

UNIVERSITATEA LIBERĂ INTERNAȚIONALĂ DIN MOLDOVA  
*FREE INTERNATIONAL UNIVERSITY OF MOLDOVA*

INSTITUT CERCETĂRI ÎN DOMENIUL PROTECȚIEI DREPTURILOR OMULUI  
*THE INSTITUTE OF THE RESEARCH IN THE DOMAIN OF HUMAN RIGHTS*

POLITIAE LEGIBUS,  
NON LEGES POLITIS ADAPTANDAE

# STUDII JURIDICE UNIVERSITARE

ANUL II

**NR. 1-2**

**2009**

UNIVERSITATEA LIBERĂ INTERNAȚIONALĂ DIN MOLDOVA (ULIM)

FREE INTERNATIONAL UNIVERSITY OF MOLDOVA

INSTITUTUL CERCETĂRI ÎN DOMENIUL PROTECȚIEI DREPTURILOR OMULUI (ICDPDO)

THE INSTITUTE OF THE RESEARCH IN THE DOMAIN OF HUMAN RIGHTS

---

## STUDII JURIDICE UNIVERSITARE

*Apare de 4 ori pe an*

---

2009, Anul II, Nr. 1—2 (5—6)

Volumul a fost recomandat spre publicare de Senatul ULIM (Proces verbal № 4 din 25.11.2009)

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

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

**SECRETAR DE REDACȚIE / EDITORIAL SECRETARY:** Ms., Alexandru CAUIA

**REDACTOR / EDITOR:** Olesia GUȘAN

### COLEGIUL DE REDACȚIE / BOARD OF EDITORS:

Prof. univ., Dr. hab., Victor POPA

Prof. univ., Dr. hab., Alexei BARBĂNEAGRĂ

Prof. univ., Dr. hab., Mihai GHEORGHITĂ

Prof. univ., Dr. hab., Dumitru BALTAG

Prof. univ., Dr., Nicolae OSMOCHEȘCU

Prof. univ., Dr., Xavier PHILIPPE (*Universitatea Paul Cézanne-Aix-Marseille III, Aix-en-Provence, Franța*)

Prof. univ., Dr., Ives SANDOZ (*Universitatea Geneva, Elveția*)

Prof. univ., Dr., Anton Florin BOȚA-MOISIL (*Universitatea Pitești, România*)

Conf. univ., Dr., Serghei ȚURCAN

Conf. univ., Dr., Mykola GNATOVSKI (*Institutul de Relații Internaționale, Universitatea Națională „Taras Shevchenko” Kiev, Ucraina*)

Conf. univ., Dr., Vitaliy IVANENKO (*Universitatea de Stat Sankt-Peterburg, Rusia*)

Conf. univ., Dr., Andrey KOZIK (*Institutul de Relații de Muncă și Sociale, Minsk, Belarusi*)

Conf. univ., Dr., Vladimir VARDANEAN (*Universitatea Erevan, Armenia*)

Conf. univ., Dr., Danielle CORRIGNAN-CARSIN (*Universitatea Rennes 1, Franța*)

*Revista STUDII JURIDICE UNIVERSITARE reprezintă o publicație periodică științifico-teoretică și informațional-practică editată de Institutul Cercetări în Domeniul Protecției Drepturilor Omului al Universității Libere Internaționale din Moldova. Articolele științifice sunt recenzate.*

Adresa: str. Vlaicu-Pârcălab, 52, Chișinău, Republica Moldova, MD 2012,

tel./fax: (+373 22) 22.99.74; e-mail: vgamurari@yahoo.fr; alex\_cauia@yahoo.com

Tiraj: 150 ex.

ISSN 1857-4122

© Universitatea Liberă Internațională din Moldova

# CUPRINS

ARGUMENT / FOREWORD .....	5
---------------------------	---

## DREPT PUBLIC / PUBLIC LAW

<b>Serghei ȚURCAN.</b> Reglementarea constituțională a îndatoririlor fundamentale ale omului: aspecte comparative.....	9
<b>Victor POPA.</b> Reforma constituțională — imperativ al timpului .....	15
<b>Ion POSTU.</b> Evoluția dreptului național al statelor prin prisma jurisprudenței CEDO .....	22
<b>Виктор ГУЦУЛЯК, Родион ЛЮДРИНСКИЙ.</b> Деликвентность как социальная и юридическая категория. Ее качественные и количественные характеристики.....	28

## ISTORIA STATULUI ȘI DREPTULUI / HISTORY OF STATE AND LAW

<b>Dumitru GRAMA.</b> Suveranitatea RSS Moldovenești în anii 1940—1990: de jure și de facto	
<b>Andrei GROZA.</b> Să ne redobândim istoria sau despre Ungaria românească .....	50

## ȘTIINȚE PENALE / CRIMINAL SCIENCES

<b>Oxana ROTARU, Mihaela TESLEV, Natalia FLENCHEA.</b> Violența în familie — un startum (inevitabil) al suicidului .....	61
<b>Xenofon ULIANOVSKI.</b> Răspunderea penală în cazul executării ordinului dat în cadrul serviciului militar sau celui similar cu serviciul militar .....	68
<b>Gheorghe GOLUBENCO, Ovidiu NEICUȚESCU.</b> Considerații privind formarea domeniului științific al expertizei judiciare în România și Republica Moldova .....	80
<b>Sergiu FURDUI.</b> Cu privire la disciplina de instruire juridică „Drept contravențional“ .....	92

## DREPT PRIVAT / PRIVATE LAW

<b>Lilia MĂRGINEANU.</b> Situația copilului aflat în dificultate — problemă actuală a cercetărilor științifice .....	101
<b>Marie-Laure Cicile DELFOSSE.</b> Le droit et l'incorporel a l'orée du XXI <sup>ème</sup> siècle: Etat des lieux.....	106
<b>Алина Николаевна БОРИСОВА.</b> Обратная отсылка и отсылка к праву третьего государства как особый правовой институт международного частного права.....	115
<b>Наталья ОСОЯНУ.</b> Влияние сближения права на развитие молдавского международного частного права.....	123

## DREPT INTERNAȚIONAL / INTERNATIONAL LAW

<b>Виталие ГАМУРАРЬ.</b> Осуществление суверенных прав государствами членами НАТО и ЕС в условиях современных интеграционных процессов.....	141
<b>Carolina SMOCHINĂ.</b> Implicațiile Tratatului de la Lisabona asupra politicii europene de mediu .....	157
<b>Anne-Marie LA ROSA.</b> La sanction dans un meilleur respect du droit humanitaire: son efficacité scrutée .....	165
<b>Всеволод Всеволодович МИЦИК.</b> Питання міжнародної провосуб'єктності фізичної особи в міжнародному праві прав людини.....	191
<b>Арам ОРБЕЛЯН.</b> Современное состояние принципа неприменения силы или угрозы силой в международных отношениях.....	202
<b>Alexandru CAUIA.</b> Evoluția reglementărilor internaționale cu privire la statutului juridic al combatantului.....	214

## TRIBUNA DOCTORANDULUI / RESEARCH'S TRIBUNE

<b>Valeriu BAEȘU.</b> Dreptul de proprietate reieșind din prevederile constituționale ale Republicii Moldova și a jurisdicției CEDO.....	227
<b>Olga BENEȘ.</b> Les effets de la CEDH dans l'ordre juridique interne des Etats.....	241
<b>Rodica CIUBOTARU.</b> Moștenirea testamentară ca modalitate de dobândire a dreptului de proprietate .....	258
<b>Елена ГЕОРГИЦЭ.</b> Правовое регулирование имущества супругов с помощью брачного договора по законодательству Республики Молдова .....	268
<b>Алин ГВИДИАНИ.</b> Сближение законодательства Республики Молдова с <i>acquis communautaires</i> .....	268
<b>Augustin PROCOVICI.</b> Locul răspunderii financiare în sistemul răspunderii juridice .....	283
<b>Mihai STĂVILĂ.</b> Cauzele care determină apariția traficului de ființe umane .....	290
<b>Viorica Gabriela ROTARU.</b> Participarea organizațiilor neguvernamentale în protecția drepturilor omului în România și Republica Moldova.....	296
<b>Cătălin DUMITRU.</b> Caracteristicile statului de drept .....	303
<b>Sorin Eugen ILEA.</b> Controlul parlamentar —mecanism eficient în guvernare .....	309

## RECENZII / REVIEWS

Recenzie la manualul „ <b>Drept Internațional Public</b> “. Redactor-coordonator de ediție BURIAN A., dr. hab., prof. univ. Ediția a III-a (revăzută și adăugată). Chișinău. Tipografia „Elena-V.I.” SRL. 2009, — 650 p., (autori — ARHILIUC V., dr. hab., prof. univ.; BALAN O., dr. hab., conf. univ.; BURIAN A., dr. hab., prof. univ.; DORUL O., dr., conf. univ.; GAMURARI V., dr., conf. univ.; OSMOCHESCU N., dr., prof. univ.; SÂRCU D., dr., conf. univ.; SUCEVEANU N., dr., conf. univ.) .....	317
--	-----

DATE DESPRE AUTORI / INFORMATION ABOUT THE AUTORS.....	318
--	-----

CERINȚE FAȚĂ DE MANUSCRISĂ / REQUIREMENTS FOR MANUSCRIPTS....	320
---	-----

## ARGUMENT / FOREWORD

*Paci sunt maxime contraria, vis et enjuria*

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

Numărul este structurat în secții ce reflectă probleme actuale ale diverselor domenii, după cum urmează: Drept Public, Istoria statului și dreptului, Științe Penale, Drept Privat și Drept Internațional. În calitate de publicații sunt acceptate lucrările cercetătorilor ICDPDO discutate în cadrul secțiilor Institutului, precum și lucrări ale unor cercetători din alte instituții, inclusiv din Republica Moldova și alte state.

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

Una din rubricile tradiționale este prezentarea noilor lucrări științifice apărute în perioada respectivă. Prezentul număr este dedicat manualului Drept Internațional Public. (autori: Arhiliuc V., dr. hab., prof. univ.; Balan O., dr. hab., conf. univ.; Burian A., dr. hab., prof. univ.; Dorul O., dr., conf. univ.; Gamurari V., dr., conf. univ.; Osmochescu N., dr., prof. univ.; Sârcu D., dr., conf. univ.; Suceveanu N., dr., conf. univ.). Redactor-coordonator de ediție Burian A., dr. hab., prof. univ. Ediția a III-a (revăzută și adăugată). Chișinău. Tipografia „Elena-V.I.” SRL. 2009, — 650 p.

Colegiul redacțional aduce sincere felicitări tuturor colaboratorilor Institutului Cercetări în Domeniul Protecției Drepturilor Omului și a Facultății Drept a Universității Libere Internaționale din Moldova cu prilejul apariției volumului în cauză al revistei științifico-teoretice și informațional-practice „Studii Juridice Universitare“, în speranța că această revistă va constitui o veritabilă tribună pentru expunerea și promovarea celor mai progresive concepte științifice, care la rândul lor vor fi încadrate în practică în procesul de implementare a standardelor și a normelor europene, ce reprezintă unul din obiectivele principale ale Republicii Moldova. În așa fel, revista va constitui un promotor real și viabil al valorilor europene, aducându-și aportul său la realizarea „ideii naționale“ — integrarea europeană. Revista Studii Juridice

Universitare va rămâne în continuare un promotor real al valorilor științifice și a tradițiilor educaționale juridice europene.

În egală măsură venim să constatăm continuitatea diversificării cercetărilor promovate de colectivul Institutului. Drept exemplu poate servi negocierea unor acorduri de colaborare, inclusiv la capitolul știință, cu Universitatea Rennes 1, Franța; Institutul Internațional de Relații de Muncă și Sociale, Minsk, Belarusi; Comitetul Internațional al Crucii Roșii, Delegația Regională Rusia, Ucraina, Belarusi și Moldova.

La 09-10 iunie 2009 a fost organizată conferința internațională științifico-practică „Promovarea drepturilor omului în contextul integrării europene: teorie și practică” cu genericul „Persoanele dispărute fără veste: constatări, concluzii și recomandări”, care se va transforma într-un colocviu anual.

Un alt moment ce merită atenție, este aceea, că numărul în cauză a inclus un nou membru al Colegiului de redacție – dna Danielle Corrignan-Carsin, Universitatea Rennes 1, Franța, fapt prevăzut în cadrul negocierii proiectului între cele două centre universitare.

*Conf. univ., dr. Vitalie GAMURARI*  
Director Institut Cercetări în Domeniul  
Protecției Drepturilor Omului, ULIM

DREPT PUBLIC

PUBLIC LAW





# REGLEMENTAREA CONSTITUȚIONALĂ A ÎNDATORIRILOR FUNDAMENTALE ALE OMULUI: ASPECTE COMPARATIVE

Serghei ȚURCAN, doctor, conferențiar universitar

*Constitutional settlements regarding fundamental human responsibilities such as Constitution respect, country devotion, country defense, financial contribution to public expenditures, environmental protection, etc, have been analyzed using the comparative method. Proposals were made to revise the Constitution of the Republic of Moldova to improve the constitutional settlements in the analyzed fields.*

Toate ființele umane se nasc libere și egale în demnitate și în drepturi, ele sunt înzestrate cu rațiune și conștiință și trebuie să se comporte unele față de celelalte în spiritul fraternității — proclamă art. 1 al Declarației Universale a Drepturilor Omului<sup>1</sup>. Aceasta presupune și faptul că individul beneficiază nu numai de drepturi și libertăți, dar poartă și îndatoriri față de colectivitate, numai în cadrul acesteia fiind posibilă dezvoltarea liberă și deplină a personalității sale.

Astfel, statutul juridic al persoanei cuprinde nu numai drepturi și libertăți, dar și îndatoriri, care ating o sferă largă de relații la care în calitate de subiect participă individul.

Îndatoririle pot fi diferențiate reieșind din natura lor juridică, unele derivând din calitatea de cetățean, altele ne fiind legate de acest statut, referindu-se tuturor. Astfel, prin dispoziții constituționale sunt fixate îndatoririle fundamentale ale omului și cetățeanului, care reflectă cele mai înalte cerințe ale responsabilității persoanei față de societate, a cetățeanului față de stat, ale respectării și promovării valorilor supreme ale statului și societății.

În această ordine de idei, prin **îndatoriri fundamentale** înțelegem acele cerințe proclamate și garantate prin norme constituționale care se impun omului și cetățeanului în vederea necesității participării acestuia la consolidarea, dezvoltarea și asigurarea valorilor supreme și intereselor generale ale societății, statului și ale altor indivizi.

În urma analizei Constituțiilor diferitor state prin care se proclamă statutul juridic al omului și cetățeanului, pot fi evidențiate următoarele îndatoriri fundamentale:

---

<sup>1</sup> Declarația Universală a Drepturilor Omului, adoptată la New York la 10 decembrie 1948 de Adunarea Generală a O.N.U. prin Rezoluția 217 A (III).

**Îndatorirea fundamentală de a respecta Constituția.** Această îndatorire reprezintă una dintre garanțiile juridice ale asigurării supremației Constituției și, de regulă, este fixată în primul titlu al legii fundamentale, în care sunt consacrate principiile fundamentale ale organizării și funcționării statului.

Astfel, spre exemplu, Constituția *României*, adoptată la 8 decembrie 1991, în redacția din 31 octombrie 2003, stipulează în art. 1, alin. (5) că „În România, respectarea Constituției, a supremației sale și a legilor este obligatorie“. Art. 9, alin. (1) al Constituției *Spaniei* din 29 decembrie 1978 prevede că „Cetățenii și puterile publice sunt supuse Constituției și celorlalte norme juridice“. Constituția *Federației Ruse* din 12 decembrie 1993 în art. 15, alin. (2) stabilește că „Organele puterii de stat, organele autoadministrării locale, persoanele cu funcții de răspundere, cetățenii și asociațiile acestora sunt obligați să respecte Constituția și legile Federației Ruse“. În conformitate cu prevederile art. 52 al Constituției *Republicii Belarus* din 15 martie 1994, fiecare persoană care se află pe teritoriul Republicii Belarus este obligat să respecte Constituția, legile și tradițiile naționale ale acesteia. Constituția *Estoniei* din 28 iunie 1992 în art. 55 stipulează că „Cetățenii străini și apatrizii care se află pe teritoriul Estoniei sunt obligați să respecte ordinea constituțională a acesteia“.

Îndatorirea de a respecta Constituția și legile este prevăzută și de art. 54, alin. (1) al Constituției *Republicii Italiene* din 22 decembrie 1947; art. 5, alin (2) al Constituției *Croației* din 22 decembrie 1990; art. 83 al Constituției *Poloniei* din 25 mai 1997; art. 28 al Constituției *Lituaniei* din 25 octombrie 1992; art. 68 al Constituției *Ucrainei* din 28 iunie 1996; art. 58, alin (1) al Constituției *Bulgariei* din 13 iulie 1991; art. 51, alin. (2) al Constituției *Macedoniei* din 17 noiembrie 1991; art. 10, alin. (2) al Constituției *Muntenegrului* din 19 octombrie 2007; art. 44, alin. (1) al Constituției *Georgiei* din 24 august 1995; art. 47, alin (1) al Constituției *Armeniei* din 5 iulie 1995, în redacția din 27 noiembrie 2005; art. 72, alin. (2) al Constituției *Republicii Azerbaidjan* din 12 noiembrie 1995; art. 34, alin. (1) al Constituției *Kazahstanului* din 30 august 1995.

Remarcăm faptul că îndatorirea fundamentală de a respecta Constituția nu este fixată în legea fundamentală a *Republicii Moldova*.

**Îndatorirea fundamentală de a exercita cu bună credință drepturile și libertățile.** Art. 55 al Constituției *Republicii Moldova*, adoptată la 29 iulie 1994, în vigoare din 27 august 1994, proclamă că orice persoană trebuie să-și exercite drepturile și libertățile constituționale cu bună credință, fără să încalce drepturile și libertățile altora. Acest drept este fixat și în art. 57 al Constituției *României*; art. 25 al Constituției *Greciei* din 11 iunie 1975; art. 28 al Constituției *Lituaniei*; art. 68 al Constituției *Ucrainei*; art. 57, alin (2) al Constituției *Bulgariei*; art. 44, alin. (2) al Constituției *Georgiei*; art. 42, alin (2) al Constituției *Armeniei*; art. 72, alin. (2) al Constituției *Republicii Azerbaidjan*; art. 53 al Constituției *Republicii Belarus*; art. 34, alin. (1) al Constituției *Kazahstanului*.

Constituția Federală a *Confederației Elvețiene* din 18 aprilie 1999 fixează în art. 6 că „orice persoană este responsabilă față de ea însăși și contribuie, potrivit posibilităților sale, la îndeplinirea sarcinilor statului și societății“.

**Devotamentul față de țară.** În conformitate cu dispozițiile art. 56 din Constituția *Republicii Moldova*, devotamentul față de țară este sacru. Cetățenii cărora le sunt încredințate funcții publice, precum și militarii, răspund de îndeplinirea cu credință a obligațiilor ce le revin și, în cazurile prevăzute de lege, depun jurământul cerut de ea. Art. 54 al Constituției *României* are practic un conținut identic, dar este intitulat „Fidelitatea față de țară”. Constituția *Estoniei* în art. 54 proclamă că cetățenii au datoria sfântă de a fi fideli ordinii constituționale și de a apăra independența țării. Devotamentul față de țară este stabilit și în art. 82 al Constituției *Poloniei*.

Constituția *Italiei* în art. 54 stipulează că toți cetățenii au datoria de a fi fideli față de Republică. Cetățenii cărora li se încredințează funcții publice au datoria de a le îndeplini cu disciplină și onoare, depunând jurământ în cazurile stabilite de lege. Devotamentul față de țară este fixat și în art. 74 al Constituției *Republicii Azerbaidjan*. Art. 75 al aceleiași legi fundamentale stabilește **îndatorirea fiecărui cetățean de a onora simbolurile de stat** ale Republicii Azerbaidjan — drapelul, stema și imnul. Art. 65 al Constituției *Ucrainei* și art. 34, alin. (1) al Constituției *Kazahstanului* de asemenea instituie datoria fiecăruia de a stima simbolurile statului.

Constituția *Bulgariei* în art. 59, alin. (1) stabilește că trădarea Patriei constituie cea mai gravă crimă și se pedepsește cu toată severitatea.

**Îndatorirea fundamentală de a apăra Patria.** Apărarea Patriei este un drept și o datorie sfântă a fiecărui cetățean — proclamă Constituția *Republicii Moldova* în art. 57, alin. (1). Serviciul militar este satisfăcut, în condițiile legii, în cadrul forțelor militare, destinate apărării naționale, pazei frontierei și menținerii ordinii publice.

Art. 54 al Constituției *României* „Apărarea țării” stabilește și condițiile de vîrstă în vederea satisfacerii serviciului militar. Astfel, cetățenii pot fi încorporați de la vîrsta de 20 de ani și pînă la vîrsta de 35 de ani, cu excepția voluntarilor, în condițiile legii organice. Această îndatorire fundamentală este fixată și în art. 59 al Constituției *Federației Ruse*, care în plus în alin. (3) oferă posibilitatea serviciului de alternativă civil pentru cetățenii care avînd drept temei viziunile sale religioase sau alte circumstanțe obiective stabilite prin lege nu pot satisface serviciul militar.

În conformitate cu prevederile art. 123 al Constituției *Sloveniei* din 23 iunie 1991, cetățeanul, care din motivul opțiunilor sale religioase, filosofice sau umanitare nu poate satisface serviciul militar, va participa la apărarea statului prin prestarea unui serviciu civil.

Constituția *Italiei* în art. 52 stipulează că satisfacerea serviciului militar nu poate aduce prejudicii cetățeanului privind locul său de muncă și nici exercitării drepturilor politice. Organizarea Forțelor armate este bazată pe spiritul democratic al Republicii.

Destul de detaliat această îndatorire este reglementată de Legea Fundamentală pentru *Republica Federală Germania* din 23 mai 1949, care în art. 12a „Serviciul militar și alte obligații de serviciu” stabilește că bărbații pot, la împlinirea vîrstei de 18 ani, să fie înrolați în forțele armate, în corpul de pază a frontierelor federale sau

într-o organizație a protecției civile. Orice persoană care, pentru motive de conștiință, refuză să îndeplinească serviciul militar în timp de război, poate fi obligat la un serviciu complementar. Durata serviciului complementar nu va putea să depășească durata serviciului militar. Supușii serviciului militar, care nu s-au înrolat într-un serviciu, pot fi obligați, pe durata stării de apărare<sup>1</sup>, să presteze, în baza unui contract de muncă, un serviciu civil în scopuri de apărare, inclusiv pentru protecția populației civile. În cazul în care în timpul stării de apărare, nevoile în prestări de serviciu civil în domeniul igienei și al sănătății publice, precum și în unitățile spitalicești militare permanente nu pot fi acoperite pe bază de voluntariat, atunci femeile de la vârsta de 18 ani împliniți până la vârsta de 55 de ani împliniți, pot fi atrase, prin lege, în prestări de așa gen de serviciu. În nici un caz femeile nu pot fi folosite în prestarea unui serviciu militar.

Art. 30 al Constituției *Spaniei* stabilește obiecția de conștiință drept cauză de scutire de serviciul militar obligatoriu și înlocuirea acestuia cu o prestație socială. Același articol fixează și posibilitatea **stabilirii unui serviciu civil obligatoriu pentru îndeplinirea scopurilor de interes general** în caz de riscuri grave, catastrofe și calamități publice. În acest context Constituția *Bulgăriei* în art. 61 prevede că cetățenii, în condițiile legii, sunt obligați să acorde ajutor statului și societății în cazul calamităților naturale sau de alt gen.

Îndatorirea fundamentală de a apăra Patria este stipulată și în art. 9a al Legii Constituționale Federale a *Austriei* din 1 octombrie 1990; art. 81 al Constituției *Danemarcei* din 5 iunie 1953; art. 75 al Constituției *Islandei* din 16 iunie 1944; § 127 al Legii Fundamentale a *Finlandei* din 11 iunie 1999; art. 25 al Constituției *Slovaciei* din 1 septembrie 1992; art. 276 al Constituției *Portugaliei* din 2 aprilie 1976; art. 47 al Constituției *Croației*; art. 85 al Constituției *Poloniei*; art. 139 al Constituției *Lituaniiei*; art. 65 al Constituției *Ucrainei*; art. 28 al Constituției *Macedoniei*; art. 101 al Constituției *Georgiei*; art. 46 al Constituției *Armeniei*; art. 76 al Constituției *Republicii Azerbaidjan*; art. 57 al Constituției *Republicii Belarus*, art. 36 al Constituției *Kazahstanului*.

**Îndatorirea fundamentală de a contribui financiar la cheltuielile publice.** Declarația Franceză a Drepturilor Omului și Cetățeanului din 26 august 1789, care este parte componentă a Constituției *Republicii Franceze*, în art. 13 prevede că pentru întreținerea forței publice, ca și pentru cheltuielile administrative, o contribuție comună este absolut necesară; ea trebuie împărțită în mod legal între toți cetățenii, în funcție de posibilitățile acestora.

În conformitate cu dispozițiile art. 58 al Constituției *Republicii Moldova*, cetățenii au obligația să contribuie, prin impozite și prin taxe, la cheltuielile publice.

1 În conformitate cu prevederile art. 115a al Legii Fundamentale pentru Republica Federală Germania, *starea de apărare* este constatarea că teritoriul federal face obiectul unui atac armat sau că un asemenea atac este iminent. Constatarea are loc la cererea Guvernului Federal și se face de către Bundestag cu acordul Bundesratului (Consiliului Federal).

Sistemul legal de impuneri trebuie să asigure așezarea justă a sarcinilor fiscale. Orice alte prestații sunt interzise, în afara celor stabilite prin lege. Remarcăm o lacună în această normă constituțională, or, această îndatorire fundamentală, conform dispozițiilor constituționale actuale se referă doar cetățenilor Republicii Moldova, pe când corect, în opinia noastră, ar fi stabilirea acestei îndatoriri fundamentale pentru toate persoanele care se află sub jurisdicția Republicii Moldova.

În sprijinul acestei afirmații menționăm și practica constituțională a altor state, cum ar fi, spre exemplu, art. 57 din Constituția *Federației Ruse*, care fixează obligațiunea de a plăti impozitele și taxele legal stabilite pentru toate persoanele. Acest articol garantează și respectarea principiului neretroactivității legii fiscale, în cazul în care aceasta stabilește impozite și taxe noi, sau înrăutățește situația contribuabilului. La rândul său, Constituția *Italiei* în art. 53 stabilește că „Fiecare persoană este obligată să participe la cheltuielile publice proporțional cu posibilitățile sale“. Art. 30 al Constituției *Japoniei* din 3 noiembrie 1946 prevede că „Toate persoanele își asumă îndatorirea de plată a impozitelor stabilite de lege“.

Îndatorirea fiecărei persoane de a contribui financiar la cheltuielile publice este fixată și în art. 54 al Constituției *Croației*; art. 84 al Constituției *Poloniei*; art. 67 al Constituției *Ucrainei*; art. 94 al Constituției *Georgiei*; art. 45 al Constituției *Armeniei*; art. 73 al Constituției *Republicii Azerbaidjan*; art. 35 al Constituției *Kazahstanului*.

### ***Îndatorirea fundamentală de a proteja mediul și de a ocroti monumentele.***

Această îndatorire fundamentală are drept scop asigurarea păstrării echilibrului ecologic, a menținerii și ameliorării calității factorilor naturali, asigurarea unor condiții mai bune de viață și de muncă. Constituția *Republicii Moldova* în art. 59 stipulează că protecția mediului înconjurător, conservarea și ocrotirea monumentelor istorice și culturale constituie o obligație a fiecărui cetățean. Remarcăm inexactitatea acestei norme constituționale: în primul rând, această îndatorire se referă doar cetățenilor Republicii Moldova, cetățenii străini și apatrizii aflați pe teritoriul statului nostru conform prevederilor actuale practic sunt exonerati de la îndeplinirea acestei obligații; în al doilea rând, este utilizată sintagma „mediul înconjurător“, corect, în opinia noastră, fiind termenul „mediu“. Astfel, conform DEXI-ului „mediul“ reprezintă natura înconjurătoare alcătuită din ansamblul factorilor și condițiilor (de relief, sol, climă, faună, floră și civilizație) care constituie ambianța în care există ființele și lucrurile<sup>1</sup>, prin esența sa mediul fiind înconjurător.

Îndatorirea fiecărei persoane de a proteja mediul și de a ocroti monumentele este stabilită și de legile fundamentale ale altor state, cum ar fi: art. 74, alin. (3) din Constituția *Serbiei* din 8 noiembrie 2006; art. 58 al Constituției *Federației Ruse*; § 20 al Legii Fundamentale a *Finlandei*; art. 73, alin (1) din Constituția *Sloveniei*; art. 86 al Constituției *Poloniei*; art. 66 al Constituției *Ucrainei*; art. 53 al Constituției *Estoniei*; art. 53, alin. (3) din Constituția *Lituaniiei*, art. 44, alin. (2) din Constituția

---

1 DEXI. *Dicționar explicativ ilustrat al Limbii Române*, Chișinău, ARC, 2007, p. 1121.

Slovaciei; art. 55 al Constituției *Bulgariei*; art. 43, alin. (2) din Constituția *Macedoniei*; art. 34, alin. (2) al Constituției *Georgiei*; art. 77, 78 din Constituția *Republicii Azerbaidjan*; art. 54, 55 din Constituția *Republicii Belarus*; art. 37, 38 din Constituția *Kazahstanului*.

Reieșind din cele menționate, în scopul eficientizării reglementărilor constituționale referitoare la îndatoririle fundamentale, considerăm necesară **revizuirea Constituției Republicii Moldova** după cum urmează:

Completarea art. 7 din Constituție „Constituția, Legea Supremă“ cu alin. (2) avînd următorul conținut „**Orice persoană aflată sub jurisdicția Republicii Moldova este obligată să respecte Constituția și legile acesteia**“;

Expunerea alin. (1), art. 58 din Constituție „Contribuții financiare“ în următoarea redacție „**Orice persoană aflată sub jurisdicția Republicii Moldova are obligația să contribuie, prin impozite și prin taxe, la cheltuielile publice**“;

Modificarea titlului art. 59 din Constituție „Protecția mediului înconjurător și ocrotirea monumentelor“ în „**Protecția mediului și ocrotirea monumentelor**“ și expunerea conținutului articolului în următoarea redacție: „**Protecția mediului, conservarea și ocrotirea monumentelor istorice și culturale constituie o îndatorire a fiecărei persoane**“.

# REFORMA CONSTITUȚIONALĂ — IMPERATIV AL TIMPULUI

**Victor POPA**, doctor habilitat, profesor universitar

*Constitution of the Republic of Moldova was approved in an undemocratic manner, without publishing the draft, without submitting the final draft for the public debates, without consulting the academic representatives, the Constitution has appeared with several faults and confusing regulatory gaps, which reduces the quality of supreme law of the state.*

## *Necesitatea reformei constituționale*

Este bine știut că normele de drept, reglementând relații sociale, au ca scop realizarea unor scopuri (finalități) clare, așteptate de membrii societății, cum ar fi organizarea și perfecționarea vieții sociale, includerea în ea a unor noi elemente care ar stimula dezvoltarea socio-economică, politică și juridică a societății. În cazul în care o normă de drept, fie ea chiar și constituțională, frânează libera dezvoltare a societății această normă trebuie înlocuită sau chiar abrogată deoarece, ar fi ridicol să se tolereze situația în care o normă de drept ar crea instabilitate politică, ar aduce atingere dezvoltării personalității umane, apărării drepturilor omului.

Este la fel bine știut că Constituția statului este numită și legea fundamentală, legea legilor, legea de bază, care reprezintă temelia de referință pentru toate aspectele vieții sociale, economice, politice și juridice ale poporului, în conformitate cu valorile fundamentale pe care statul le promovează și le apără, în acest sens constituția este văzută ca un sistem încheiat de norme juridice investite cu forță juridică supremă față de alte acte normative.

Definitiv pentru orișice Constituție este anume forța sa juridică supremă, ceea ce impune regula conformității întregului drept tuturor acțiunilor autorităților care sunt antrenate în exercitarea suveranității naționale cu dispozițiile corespunzătoare obligatorii. Prin esența sa intrinsecă, Constituția se bucură de unanimitate și prestigiu, aceste calități provenind nu doar din simpla denumire pe care o poartă „Constituție“, ci din faptul că acest act suprem în stat reprezintă sau trebuie să reprezinte cea mai importantă manifestare de voință a întregului popor care este deținătorul (suveranității) puterii politice în urma autodeterminării politice în stat.

Adoptarea constituției este un mare eveniment politic, social și juridic în viața unui stat deoarece, în ea sunt consacrate principiile fundamentale ale întregii vieți

a societății, în conformitate cu valorile fundamentale pe care statul le promovează și apără. Investirea constituției cu forță juridică supremă, ce o deosebește de o lege obișnuită, constă exact în faptul că este (sau trebuie să fie) adoptată de o putere constituantă, cu investire directă de la popor, deținătorul puterii.

În acest sens, trebuie să înțelegem că a adopta o Constituție nu poate orîșicine, în acest scop trebuie constituită o putere constituantă, care poate fi de două categorii: *originară și instituită*.

Constituția RSSM din 15 aprilie 1978 în art.71 prevedea dreptul Sovietului Suprem de a adopta o constituție și a le modifica. Deci, era vorba de o putere constituantă instituită. Însă puterea constituantă, fie ea de ori și ce categorie, trebuie să primească această autorizare direct de la popor, care este suveranul și titularul puterii.

Constituția RSSM din 1978, formal a fost discutată în colectivele de muncă, organizațiile de partid, dar nu a fost ratificată prin referendum, deci, dreptul Sovietului Suprem de a adopta o constituție nu izvoră de la popor, el a fost însușit de Sovietul Suprem, fiind de fapt o opțiune a Comitetului Central al Partidului Comunist care, înainte de adoptarea constituției de către Sovietul Suprem, a aprobat textul constituției la una din ședințele sale.

Deoarece Constituția RSSM din 1978 nu avea continuitate asupra noului stat suveran și independent apărut pe harta lumii în rezultatul autodeterminării la 27.08.1991, nici Parlamentul din 1994 nu-și putea asuma rolul de putere constituantă acordat de vechiul regim sovietic, care promova absolut alte valori ideologice, sfidând flagrant drepturile și libertățile fundamentale ale cetățenilor.

În situația creată, Parlamentul trebuia să organizeze un referendum pentru a obține aprobarea poporului pentru adoptarea noii Constituții, transformându-se într-o putere constituantă originară, sau să ceară aprobarea poporului altfel, sau eventual, se putea crea o putere constituantă specială, adică un organ special cu participarea reprezentanților a celor trei ramuri ale puterii, a tuturor partidelor politice și organizațiilor obștești, a tuturor consiliilor raionale și orășenești, a minorităților naționale din republică etc., cuprinzând un spectru cât mai larg de reprezentanți ai societății, care ar fi participat la adoptarea Constituției.

Acest lucru însă, nu a fost făcut, Parlamentul din 1994 în mod abuziv, asumându-și și el ca și Sovietul Suprem al RSSM rolul de putere constituantă, ghidându-se de prevederile vechii constituții și, într-un mod absolut nedemocratic (proiectul nu a fost publicat pentru dezbateri publice), la 29 iulie 1994 a adoptat Constituția Republicii Moldova.

Un alt aspect al procesului adoptării constituției ține de ratificarea populară. Constituția adoptată la 29.07.1994, din motive nejustificate public până în prezent, nu a fost supusă ratificării de către popor.

Astăzi nu există o regulă generală de adoptare a constituțiilor, fiecare stat și le stabilește de sine stătător. În schimb, există o tradiție, o experiență internațională, care se axează pe unele teorii, doctrine filosofice și juridice. Chiar în textul Constituției (art.2), este formulată dispoziția că suveranitatea națională aparține poporului,



care o exercită în mod direct și prin organele sale reprezentative, însă acest lucru trebuie să-l stabilească însăși poporul, titularul puterii, și nu cei cărora el ia mandat să exercite puterea în numele său. Altfel, dreptul de a exercita puterea în numele poporului este asumat abuziv de mandanți.

Deoarece Constituția a fost adoptată într-un mod nedemocratic, fără a fi publicat proiectul, fără a supune proiectul final dezbaterii publice, fără a consulta cadrul academic, ea a apărut cu multe lacune reglementări defectuoase și confuze, ceea ce diminuează mult calitatea de lege supremă a statului.

O analiză minuțioasă scoate în evidență faptul că se puteau prevedea unele reglementări și mai concrete, mai detaliate, mai precise, mai ales pentru o țară ca a noastră, care se află încă în tranziție de la un regim totalitar la unul democratic, și în care celor de la guvernare, adesea ori, lucruri clare și ușor de înțeles trebuie să li se dea „mură în gură“, altfel se poate denatura sensul și esența reglementărilor constituționale, ba mai mult, unele norme se pot interpreta după bunul lor plac.

Cu mai multe ocazii am afirmat și demonstrat că Constituția Republicii Moldova este imperfectă, conține multe lacune, contradicții, norme formulate neclar, cu un dublu înțeles, goluri care, pe de o parte, produc confuzii în viața politică a republicii, aduc prejudicii dezvoltării democrației, pluralismului și transparenței, realizării drepturilor fundamentale a cetățenilor, iar, pe de altă parte, prin analfabetismul și nihilismul juridic pe care îl promovează unii factori de decizie în cazurile în care aplică normele constituționale pe care nu le înțeleg, fac de râs sistemul politic și juridic al Republicii Moldova.

Constituția este utilizată și în jocuri politice ce ne demonstrează și schimbarea formei de guvernare, care a avut loc în mai 2000. Această schimbare s-a produs dintr-o necesitate a societății, ci dintr-o ambiție politică, o repulsie a majorității parlamentare din 2000 la inițiativa Șeful statului dlui Petru Lucinschi de a transforma Republica Moldova în republică prezidențială. Astfel, s-a schimbat modalitatea alegerii șefului statului, fără ca să se schimbe și competența acestuia, el rămânând în continuare garantul suveranității, independenței naționale, al unității și integrității teritoriale a țării sau, altfel, spus comandatul suprem al forțelor armate — funcție nespecifică pentru țările cu forma de guvernare parlamentară (Germania, Italia, Grecia).

Fără ca să-și dea seama, cei de la guvernarea țării din anul 2000, au căzut în capcana inventării unui model pur „*moldovenesc*“ de guvernare, neverificat pe parcursul anilor, fără a avea o viziune clară asupra impactului pe care-l poate produce în societate, fiind o experiență care deja se soldează cu prejudicii aduse statului de drept și societății în ansamblul ei.

Evenimentele care au avut loc în Republica Moldova în ultima perioadă, au demonstrat că actuala Constituție conservă în textul său foarte multe conflicte potențiale și probleme de nerezolvat în procesul politic și administrativ al țării. Prin intervenția nejustificată și neprofesională în textul Constituției în anul 2000, a avut loc nu atât schimbarea formei de guvernare, cât a modalității alegerii șefului statului.

În rezultat, prin reglementarea constituțională nechibzuită a fost instalată o „bombă cu efect întârziat“ care aștepta momentul deflagrației și care în 2009 a explodat.

În prezent, sa creat o situație în care exploziile se vor ține lanț, până când nu va fi lichidat mecanismul care declanșează deflagrația. Acest mecanism este alin.(3) al art.78 din Constituție care fixează dispoziția ca este ales candidatul care a obținut votul a 3/5 din deputații aleși.

În Germania, de exemplu, alegerea Președintelui se face de către Adunarea federală, care este compusă din 612 deputați ai Bundestagului (Parlamentului) și 612 reprezentanți ai adunărilor reprezentative ale landurilor. Se consideră ales candidatul care a întrunit majoritatea absolută de voturi 50 + 1 din două tururi de scrutin. În cazul în care această majoritatea nu a fost obținută de nimeni, se organizează turul trei, iar ales se consideră candidatul care a întrunit cele mai multe voturi.

Italia este și ea republică parlamentară, în care șeful statului este ales pe un termen de 7 ani de către un colegiu electoral compus din membrii Camerei Deputaților și ai Senatului (Parlamentul în ședință comună), la care se adaugă 58 de reprezentanți regionali selectați conform prevederilor art. 83 din Constituție, câte 3 pentru fiecare regiune, excepție făcând numai Valle d'Aosta, care are un singur reprezentant. Alegerile sunt secrete și, pentru a fi ales, este necesar ca candidatul să întrunească 2/3 de voturi în două tururi. În cazul în care aceasta nu s-a întâmplat, se organizează turul trei de scrutin, în care se consideră ales candidatul care a întrunit majoritatea absolută de voturi.

În Grecia, adunarea parlamentară pentru alegerea șeful statului se convoacă cu o lună înainte de expirarea mandatului. Alegerea are loc prin vot deschis cu 2/3 de voturi. În cazul în care nu s-au întrunit 2/3 de voturi, în 5 zile se organizează al doilea tur de scrutin, condițiile fiind aceleași — 2/3 de voturi. În cazul în care și în scrutinul doi nu s-a obținut numărul necesar de voturi, în 5 zile se organizează scrutinul trei, în care se consideră ales candidatul care a întrunit 3/5 din voturi. În cazul în care nici în scrutinul trei nu a fost ales președintele, în termen de 10 zile Parlamentul este dizolvat. Noul Parlament alege șeful statului prin vot deschis cu 3/5 de voturi din primul tur, majoritatea absolută (50+1) din turul doi, și majoritatea relativă (cine a obținut cele mai multe voturi) din turul trei.

După cum putem observa, numai Republica Moldova nu dispune de un sistem de alegere a Șeful statului care ar prevedea mecanisme de ieșire din situații dificile în care parlamentarii nu ajung la un consens privind alegerea Președintelui și de aici ușor declanșându-se dizolvări de Parlament și alegeri anticipate, iar de aici instabilitate politică și economic, prejudicii material și morale aduse membrilor societății..

Este bine știut și pe înțelesul tuturor că, în cazul în care este comisă o greșeală tehnică, o neînțelegere, o lacună în actul legislativ, ea trebuie să fie reparată, ajustată pentru a nu produce în societate efecte cu caracter negativ. Această logică este clară, dar nu însă, și în Republica Moldova.

Art. 60 din Constituție stabilește că Parlamentul este unica autoritate legislativă a statului. Deci, trebuie să înțelegem că nu poate exista un alt organ care ar adopta

acte cu putere de lege. În realitate, situația este, am spune chiar comică. Curtea Constituțională a Republicii Moldova nu poate crea norme de drept, deoarece ea are funcții de jurisdicție constituțională. Însă, iată că Parlamentul acceptă interpretările normelor constituționale de către Curtea Constituțională, utilizându-le în calitate de normă, în loc să purceadă la modificarea normelor constituționale sau legislative.

Astfel, prin Hotărârii Curții nr.21 din 2 iulie 1998 „Privind interpretarea unor prevederi ale art.74 alin. (1) și (2), art. 82 și art. 143 alin. (1) din Constituție“, Curtea a decis că prin sintagma „majoritatea parlamentară“ se înțelege majoritatea absolută a deputaților aleși în Parlament, adică jumătate plus unu din numărul total de deputați aleși în Parlament. Deoarece o jumătate din componența legislativului formează un număr fracționar, iar fracționarea votului nu poate fi admisă (un deputat are dreptul la un singur vot), numărul care semnifică majoritatea deputaților aleși este de 52 de deputați.

Întrebarea deschisă adresată legislatorilor noștri este dacă 51 nu constituie majoritatea din 101?

Sigur că constituie, însă judecătorii de la Curtea Constituțională a uitat regula generală că pentru a aprecia o majoritate dintr-un număr par, se aplică regula jumătate plus unu, pentru numerele impare, cum ar fi 101, jumătatea constituie 50,5 și în acest caz, jumătatea de deputat se rotunțește până la un întreg (51) și astfel se obține acel plus unu și deci majoritatea. În acest fel, normele constituționale care vorbesc de adoptarea diferitor acte cu majoritatea absolută a deputaților aleși, fiind interpretate incorect sunt și aplicate incorect, defectuos.

Cazuri în care Parlamentul și Șeful statului se conduc nu de norma juridică ci de interpretările Curții Constituționale sunt numeroase și aceasta din simplu motiv că în Legea cu privire la Curtea Constituțională art.28 stabilește că actele Curții Constituționale sunt acte oficiale și executorii pe întreg teritoriu țării, pentru toate autoritățile publice, iar printre actele Curții Constituționale legea enumeră hotărârile, deciziile și avizele. Este foarte interesantă situația respectivă, deoarece un aviz este o constatare a unei stări de fapt și ne întrebăm cum poate oare această constatare să fie obligatorie pentru executare când ea nu conține nici o prescripție de comportament?

În același timp, necesar să menționăm că în situația în care Curtea Constituțională, conform prevederilor Constituției garantează supremația Constituției, ea însăși admite și stimulează încălcarea acestei, provocând instabilitate politică în stat.

Așa se explică faptul că C.C. în repetate rânduri a validat mandatul de deputat al șefului statului, atât timp cât art.81 din Constituție prevede cu multă claritate că funcția de Președinte al Republicii Moldova este incompatibilă cu exercitarea oricărei alte funcții retribuite. Cele 30 de zile oferite deputaților în Parlament de Legea cu privire la statutul deputaților în Parlament pentru a se decide asupra incompatibilității funcției nu se referă și la Șeful statului, acesta aflându-se sub interdicția specială a art.81.

Este necesar să menționăm că criza politică care s-a declanșat în prezent în Republica Moldova este o consecință a dezvoltării constituționale nechibzuite, ac-

tivității permissive a celor care au guvernat țara și interpretării frivole a normelor constituționale și a altor reglementări legale, atât de Curtea Constituțională, cât și de unii foști înalți demnitari de stat.

Astfel fiind văzute lucrurile, considerăm că unica modalitate pentru a redresa situația social-politică din Republica Moldova, a consolida legalitatea este reforma constituțională care sa făcut necesară din mai multe considerațiuni.

În primul rând, considerăm că Constituția actuală are un caracter provizoriu deoarece a fost adoptată de către un Parlament care nu a avut împuternicire directă de la popor pentru a adopta o constituție și nu a fost supusă nici ratificării populare de către deținătorul puterii.

În rândul doi, Constituția este imperfectă, conține multe lacune, contradicții, norme formulate neclar, cu un dublu înțeles, mecanisme prost gândite, goluri care produc confuzii în viața politică a statului, aduc prejudicii dezvoltării democrației, pluralismului și transparenței, realizării drepturilor fundamentale a cetățenilor.

În rândul trei, deoarece Republica Moldova aspiră spre integrare europeană, una din cerințele de bază ale UE fiind ajustarea cadrului legislativ național la standardele UE, considerăm cea mai bună situație o constituie adoptarea unei noi constituții și dezvoltarea noilor norme constituționale printr-un cadru legislativ adecvat care în același timp vor corespunde și standardelor UE.

În final, vom scoate în evidență concluziile care justifică necesitatea adoptării unei noi Constituții:

- 1) Parlamentul Republicii Moldova care la 29.07.1994 a adoptat Constituția nu a avut o împuternicire directă de la popor de a se transforma în putere constituantă cu dreptul de a adopta și revizui constituții.
- 2) Constituția din 29.07.1994 nu a fost supusă aprobării de către popor în cadrul unui referendum și din aceste considerente forța sa juridică supremă este diminuată deoarece, actul constituțional nu conține manifestarea generală de voință a poporului.
- 3) Constituția din 29.07.1994 a fost adoptată într-un mod nedemocratic, fără a fi publicat proiectul, fără a supune proiectul final dezbaterii publice, fără a consulta cadrul academic, fără a fi supusă expertizei naționale și internaționale.
- 4) Deoarece Constituția nu prevede aprobarea de către popor, prin intermediul referendumului, schimbările și modificările textelor constituționale, sa făcut posibil de a folosi reglementările constituționale în jocuri politice. Astfel, în anul 2000 schimbarea formei de guvernământ s-a produs nu dintr-o necesitate a societății, ci dintr-o ambiție politică, o repulsie a majorității parlamentare la inițiativa Șeful statului de a transforma Republica Moldova în republică prezidențială.
- 5) În linii generale, putem afirma că în anul 2000 sa schimbat nu atât regimul de guvernământ, cât modalitatea alegerii șefului statului, fără ca să se schimbe și raporturile acestuia cu alte autorități publice ale statului antrenate în exercitarea puterii de stat.

- 6) Intervenția nejustificată în textul Constituției a făcut posibilă crearea unui model specific de guvernare, neverificat pe parcursul anilor, fără a avea o viziune clară asupra impactului pe care-l poate produce în societate, fiind o experiență, care deja a demonstrat — se soldează cu prejudicii materiale și morale aduse statului și societății în ansamblul ei.
- 7) Constituția din 29.07.1994 a apărut cu lacune, reglementări defectuoase și confuze, care ulterior au fost amplificate prin intervenții nejustificate ale celor de la guvernare. În urma analizei articolelor înserate în textul Constituției, a fost posibilă gruparea lor în următoarele categorii:
- A) articole confuze — 2
  - B) articole cu formulări incorecte — 8
  - C) articole care pot produce instabilitate politică — 1
  - D) articole cu formulări imprecise — 24
  - E) articole care necesită modificări — 18
  - F) necesitatea introducerii unor noi reglementări — 17

**Total necesită modificări: 70 articole**

### ***Bibliografie:***

1. Constituția RSSM din 15 aprilie 1978
2. Constituția Republicii Moldova din 29.07.1994
3. Constituția Germaniei din 27.05.1949
4. Constituția Italiei din 22.12.1947
5. Constituția Greciei din 11.06.1975
6. Popa Victor, Drept public, Chișinău, 1998
7. Popa Victor, Drept Parlamentar, Chișinău, 1999.
8. Popa Victor, Repere constituționale pentru depășirea crizei politice în Republica Moldova: argumente teoretice și soluții practice, IDIS „Viitorul“, CHIȘINĂU, 2009.
9. Curtea Constituțională, Culegeri de hotărâri și decizii, Chișinău, 1998
10. Hotărârea Curții Constituționale a R.M. nr.21 din 2 iulie 1998 „Privind interpretarea unor prevederi ale art.74 alin. (1) și (2), art. 82 și art. 143 alin. (1) din Constituție.

# EVOLUȚIA DREPTULUI NAȚIONAL AL STATELOR PRIN PRISMA JURISPRUDENȚEI CEDO

Ion POSTU, doctor, conferențiar universitar

*In this article we refer to integration of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms into domestic law of States Parties, but we try to identify how the decisions of the Strasbourg Court may boost and accelerate developments in one or another rule of domestic law and respectively have generated legislative reforms of the domestic legal order of Member States of Council of Europe. In this respect it is to distinguish the general legal force of decisions of the Court for those of declarative character and of the binding nature.*

Ratificînd Convenția europeană a drepturilor omului, statele își asumă angajamentul de a respecta drepturile prevăzute de aceasta, în virtutea articolului 1. Astfel, această responsabilitate implică trei obligațiuni: înlăturarea faptului ilicit; reparația echitabilă și măsurile de ordin individual (lichidarea consecințelor trecute ale faptului ilicit și satisfacerea pretențiilor reclamantului); măsuri de ordin general (evitarea încălcărilor similare pentru viitor).

Problema care va fi tratată în acest articol trebuie să fie clar delimitată. Nu vom vorbi despre integrarea Convenției europene a drepturilor omului (CEDO) în ordinea juridică internă a statelor părți, dar vom încerca să identificăm modul în care hotărârile Curții de la Strasbourg pot impulsiona și accelera evoluțiile unei sau altei norme de drept național, explorînd astfel aspecte noi ale activității de creare a dreptului. În special, ne vom referi la realizarea măsurilor de ordin general, care, presupunînd schimbări ale legislației, jurisprudenței sau practicii executive, dar și astfel de măsuri practice cum ar fi construcția de închisori, instruirea poliției sau numirea judecătorilor<sup>1</sup>. Anume aceste măsuri au impulsionat reformele legislative din ordinea juridică internă a statelor membre ale Consiliului Europei. În acest sens, trebuie să distingem forța juridică generală a hotărârilor Curții în cazul caracterului declarativ și în cel al caracterului obligatoriu.

Caracterul declarativ semnifică că Curtea constată, pentru fiecare cauză, dacă a avut loc sau nu o încălcare a CEDO, fără a recunoaște dreptul de a abroga, anula actul sau retrage decizia care a generat încălcarea. Situat în circumstanțe extreme, acest caracter presupune, de asemenea, pentru trecut, că încălcările constatate în

---

1 Donna Gomien, Ghid (Vade-mecum) al Convenției Europene pentru Drepturile Omului, Ediții ale Consiliului Europei, publicat în Republica Moldova, 2000, p. 149

hotărîre durează din ziua în care statul respectiv este legat prin Convenție sau protocolul aplicabil, iar pentru trecut — că statul „condamnat“ trebuie să definească el însuși conținutul reformelor pentru a aduce sistemul său juridic în concordanță cu exigențele CEDO. Asemenea consecințe, deseori devin periculoase, de aceea, Curtea de la Strasbourg a diminuat caracterul declarativ al hotărîrilor sale prin determinarea efectelor lor în timp și orientarea reformelor interne<sup>1</sup>.

Astfel, declararea într-o cauză că aplicarea unei anumite norme juridice interne constituie o violare a Convenției provoacă suspiciuni referitoare la toate situațiile similare anterioare hotărîrii „de condamnare“. Or, restabilirea acestor situații ar aduce o atingere gravă securității publice. Guvernul belgian a înțeles acest lucru urmare a cauzei *Marckx*<sup>2</sup>. El a subliniat că o eventuală „condamnanre“ a Belgiei pe motivul normelor sale discriminatorii ale dreptului de filiație riscă să facă ilegale majoritatea împărțirilor succesoriale anterioare, în care copii naturali au fost tratați în mod inegal. Această perspectivă devenea și mai posibilă datorită faptului că termenul de prescripție pentru astfel de acțiuni era de 30 de ani. Pentru a destrăma aceste „cutremurări“ în sistemul juridic belgian, avînd totuși posibilitatea de a condamna statul reclamat fără a-l scufunda în dificultăți juridice, hotărîrea *Marckx* a atenuat caracterul declarativ, precizînd că principiul securității juridice eliberează statul de restabilire a situațiilor sau actelor juridice anterioare pronunțării hotărîrii. Din punct de vedere al principiilor juridice clasice, trebuie să evidențiem originalitatea regulei astfel instituite de către Curtea Europeană a Drepturilor Omului. Aceste hotărîri sunt, în același timp, „declarative în esență“ și neretroactive: în mod ordinar, retroactivitatea este atașată deciziilor declarative.

Ca o prelungire logică a caracterului declarativ, Curtea a afirmat prin hotărîrea *Marckx*, și, mai recent, prin hotărîrea *B. c./Franței*<sup>3</sup> din 25 martie 1992, că ea nu trebuie să indice statului reclamat care sunt cele mai adecvate mijloace pentru alinierea dreptului său intern la cerințele CEDO. Cu toate acestea, de fapt, statul „condamnat“ cunoaște că, în cazul în care nu își va modifica dreptul său intern, va fi expus unor noi constatări ale violărilor, însă ignoră ceea ce exact urmează a fi modificat. Astfel, el ezită între două soluții la fel de puțin satisfăcătoare: fie asumarea riscului unei noi avalanșe strabsourgeze decît reformarea dreptului său intern, fie înfăptuirea unei reforme care excedează cerințele reale de conformare cu CEDO. În consecință, uneori Curtea Europeană, oferă unele indicații cu privire la conținutul reformelor. Astfel, în hotărîrile *Krüslin* și *Huvig* din 24 aprilie 1990, Curtea a precizat foarte clar ce anume Franța urma să reformeze în dreptul său referitor la ascultările telefonice pentru a respecta în viitor articolul 8 al CEDO<sup>4</sup>.

1 Jean-Pierre Marguénaud, *La Cour Européenne des Droits de l'Homme*, Dalloz, Paris, 2002, p. 114

2 Cazul *Marckx* c. Belgia din 13 iunie 1979, Seria A nr. 31

3 Cazul *B. c. Franței* din 26 martie 1992, seria A nr. 232-C

4 Ursula Kilkelly, *Dreptul la respectarea vieții private și de familie: Ghid privind punerea în aplicare a articolului 8 al Convenției europene pentru Drepturile Omului*, coll. „Manuale pri-

Pe lângă importanța problemei de a ști dacă Curtea de la Strasbourg trebuie să orienteze referențele implicite ale hotărârilor sale care constată o încălcare, este și mai important de a ști dacă aceste reforme sunt obligatorii. În virtutea articolului 46 al CEDO, statele se angajează să se conformeze hotărârilor finale ale Curții în litigiile în care ele sunt părți și, deci, incontestabil, au obligațiunea de a întreprinde măsurile proprii pentru a redresa încălcările constatate în fiecare speță. Mulți ar putea considera că, în schimb, acest text lasă libertatea de a întreprinde măsurile generale care decurg din cauză pentru a reforma legea internă care a generat încălcarea. În mod formal, această concepție este exactă. Totuși, astăzi devine foarte periculos de a o susține. Chiar dacă nu este obligat să modifice o regulă generală care i-a adus condamanrea a cărei ecou a fost amplificat de către mass-media, statul este, totuși, primul interesat, să purceadă la reformele care se impun în mod rațional pentru a evita o ploaie de cereri individuale contra sa, susceptibile de a atrage noi umilințe strasbourgeze, incomode atât din punct de vedere diplomatic, cât și politic<sup>1</sup>.

Această evidență logică este conturată cu mai mult fermitate de la pronunțarea hotărârii Curții *Vermeire* din 29 noiembrie 1991<sup>2</sup>. Această hotărâre este o continuare a hotărârii *Marckx* din 13 iunie 1979, ce a declanșat în Belgia o reformă concretizată printr-o lege din 31 martie 1987. Or, între timp, un copil natural, numit Astrid Vermeire, a cerut beneficiul drepturilor de succesiune ale bunelului său; ceea ce legea în curs de reformare, dat încă în vigoare, îi refuza. Curtea de casație belgiană a adoptat soluția clasică pe motivul că hotărârea *Marckx* nu presupunea obligativitatea elaborării unui statut general al copiilor naturali în conformitate cu CEDO. În fața Curții de la Strasbourg, care a fost sesizată cu acest caz, guvernul belgian a reluat aceeași argumentare, adăugînd că nici o lipsă de diligență nu poate fi reșoșată legislatorului în elaborarea unei reforme a cărei complexitate este notorie. În replică, Curtea de la Strasbourg a specificat că ea nu vede care ar fi putut să fie obstacolele în conformarea hotărârii *Marckx* de către organele jurisdicționale belgiene și că libertatea de alegere recunoscută statului în privința mijloacelor de îndeplinire a obligațiunilor în conformitate cu art. 46 nu justifică suspendarea aplicării CEDO pe motivul așteptării finalizării unei reforme. În rezultat, Belgia a fost condamnată, peste 12 ani de la hotărârea *Marckx* pentru încălcări identice. Afacerea *Vermeire* demonstrează ilustru că statul nu se află la adăpost de o nouă constatare a unei violări, dacă organele sale jurisdicționale nu aplică pentru fiecare cauză principiile degajate dintr-o hotărâre precedentă și dacă legislatorul său întîrzie în a le transforma în norme juridice naționale generale. Într-un mod mai puțin explicit, dar fundamentat, această hotărâre enunță că hotărârile Curții Europene pentru Drepturile Omului au un caracter

---

vind drepturile omului“, nr. 1, Ediții ale Consiliului Europei, publicat în Republica Moldova, 2003, p. 29

1 Frédéric Sudre, *La Convention européenne des droits de l'Homme*, PUF, coll. „Que sais-je“, 2002, p. 79

2 A se vedea Elisabeth Lambert-Abdelgawad, *Executarea hotărârilor Curții Europene a Drepturilor Omului*, Ediții ale Consiliului Europei, publicat în Republica Moldova, 2002, p. 21—22



obligatoriu pentru judecătorii supreme naționale, care trebuie să se conformeze acestora în toate cauzele similare pe care le vor examina ulterior.

Această practică care precizează efectul juridic general al hotărârilor Curții de la Strasbourg, au inspirat autoritățile normative ale multor state. Urmare a numeroaselor decizii care au constatat încălcări ale CEDO, autoritățile normative, care au puterea de a pune la îndoială sau de a modifica normele generale care atentează la drepturile omului, au adoptat reacții contradictorii: exemplaritate, exces de zel, indiferență, disidență<sup>1</sup>.

Am putea califica ca exemplară atitudinea Franței urmare a hotărârii *Krüslin* și *Huvig* din 24 aprilie 1990, care a constatat o violare a articolului 8 al CEDO prin legislația sa referitoare la ascultările telefonice. Deja la 27 aprilie, după numai trei zile de la pronunțarea hotărârii, ministrul justiției a adresat președinților judecărilor, procurorilor general și o notă care insista asupra interesului acordat luării în considerație imediată a principiilor fixate de aceste hotărâri în cadrul procedurilor în curs și celor viitoare. În fine, la 10 iulie 1991, după o perioadă de adaptare de un an, a fost promulgată legea care reforma dreptul cu privire la ascultările telefonice<sup>2</sup>, încercînd de a-l ajusta exigențelor definite de Curtea de la Strasbourg. Chiar dacă acest rezultat nu este pe deplin satisfăcător încă, trebuie să evidențiem rapiditatea cu care Franța a încercat să modifice în profunzime dreptul său, într-un domeniu sensibil, care pune în joc eficiența luptei contra criminalității și terorismului.

În ceea ce privește excesul de zel, avem din nou modelul francez, în care Adunarea plenară a Curții de Casație, prin hotărârile sale din 11 decembrie 1992, a mers mai departe de cerințele stipulate în hotărîrea *B.* emisă de Curtea Europeană contra Franței la 25 martie 1992. Prin această hotărîre, Curtea de la Strasbourg a concluzionat că reclamanta „era plasată zilnic într-o situație globală incompatibilă cu respectarea vieții sale private“. Ea a enumerat trei elemente care făceau situația transsexualilor incompatibilă cu prevederile articolului 8<sup>3</sup>: indicarea imperativă a sexului pe documentele oficiale; interdicția de a schimba prenumele după bunul plac; imposibilitatea de a obține modificaerea indicării sexului în registrele de stare civilă. Este remarcabil că refuzul de a modifica indicarea sexului în adeverința de naștere a transsexualilor nu a fost calificat prin sine ca încălcare a articolului 8. Pentru ca situația franceză să înceteze de a fi, în mod general, incompatibilă cu CEDO, era de ajuns de a reforma celelalte două elemente, lăsîndu-l deoparte pe al treilea, care era mai delicat. Însă Adunarea plenară a Curții de Casație din Franța nu a ținut cont

---

1 Régis de Gouttes, *Le juge français et la Convention européenne des droits de l'Homme: avancées et résistances*, *Revue trimestrielle des droits de l'Homme*, 1995.605

2 Jean-Pierre Marguénaud, *La Cour Européenne des Droits de l'Homme*, Dalloz, Paris, 2002, p. 118—119

3 A se vedea Ursula Kilkelly, *Dreptul la respectarea vieții private și de familie: Ghid privind punerea în aplicare a articolului 8 al Convenției europene pentru Drepturile Omului*, coll. „Manuale privind drepturile omului“, nr. 1, Ediții ale Consiliului Europei, publicat în Republica Moldova, 2003, p. 14—15

de acest detaliu și nu a ezitat să admită, cu excepția condițiilor medicale, dreptul transsexualilor de a modifica indicarea sexului lor în registrele de stare civilă. Cu certitudine, noua jurisprudență este susceptibilă a lua întorsături redutabile, spre exemplu, în cazul în care beneficiarii acestei reforme vor solicita să se căsătorească cu un reprezentant de același sex, neschimbat din punct de vedere cromozomic. Îndrăznim să considerăm că grija laudabilă de a se conforma rapid cerințelor Curții Europene a Drepturilor Omului a condus Curtea de Casație să meargă dincolo de ceea ce se aștepta de la ea și la dificultăți inextricabile.

Indiferența față de măsurile legislative prevăzute în hotărârile Curții Europene a Drepturilor Omului s-a manifestat, în practică, prin depășirea considerabilă a perioadei rezonabile pentru o procedură.<sup>1</sup> Acesta este cazul detenției provizorii, a cărei durată excesivă a fost denunțată prin hotărârile *Letellier* din 26 iunie 1991, *Kemmache* din 27 noiembrie 1991, *Birou* din 27 februarie 1992, *Tomasi* din 27 august 1992 și altele. Mai mult ca atât, urmare a hotărârii *Kemmache*, camera penală a Curții de Casație din Franța a afirmat că constatarea caracterului abuziv al duratei unei detenții provizorii de către Curtea de la Strasbourg nu produce efecte asupra validității procedurii interne.

La rubrica disidență, vom examina hotărârea *Poitrimol c/Franței* din 23 noiembrie 1993, prin care Curtea de la Strasbourg nu doar a precizat că dreptul la asistența unui avocat trebuie să fie garantat chiar și acuzatului care refuză să se înfățișeze, dar a mai afirmat că neadmiterea cererii în casație introduce pe numele reclamantului în fugă o sancțiune disproporțională în raport cu articolul 6 al CEDO. Prin aceasta, ea a denunțat o jurisprudență seculară instituită de camera penală pentru a contracara acțiunea celor care sfidează justiția sustrăgându-se de la executarea mandatului și disprețuind principiul efectivității autorității judiciare consacrat de Consiliul Constituțional. fără îndoială, eventualul conflict inedit între CEDO și Constituția franceză a încurajat Curtea de Casație a Franței să braveze Curtea de la Strasbourg. De fapt, prin trei hotărâri ale camerei penale din 1994, ea nu a ezitat să reafirme în esența jurisprudența sa tradițională și a expus Franța, prin hotărârile *Omar* și *Guérin* din 29 iulie 1998, aceleași lecții ca și Belgia în cauza *Vermiere*, aducând o nouă condamnare prin cauza *Papon* din 25 iulie 2002.<sup>2</sup> Disparitatea acestor reacții este surprinzătoare.

Cu toate acestea, practica arată că statele încep a se obișnui, din ce în ce mai mult, dacă nu să se supună total hotărârilor Curții, cel puțin să țină cont de ele în activitatea lor legislativă și jurisdicțională. Poate fi vorba de modificări reglementare, legislative și/sau constituționale. De-a lungul anilor, intervenția legislatorului s-a

---

1 A se vedea Nuala Mole, Catarina Harby, *Dreptul la un proces echitabil: Ghid privind punerea în aplicare a articolului 6 al Convenției europene pentru Drepturile Omului*. Col. Manuale privind drepturile omului, nr. 3, Eduții ale Consiliului Europei, publicat în Republica Moldova, 2003, p. 23 și urm.

2 Jean-Pierre Marguénaud, *La Cour Européenne des Droits de l'Homme*, Dalloz, Paris, 2002, p. 121—122

referit la modificări ce țin de garanțiile procedurale, în special, în dreptul penal și penitenciar. Sistemul juridic a cunoscut de asemenea reforme majore, în special, în Spania, Portugalia și Italia pentru a reduce durata procedurilor, precum și în țările nordice — în ceea ce privește justiția administrativă. Drepturile substanțiale ale grupurilor minoritare (prizonieri, bolnavi muntal, copii născuți în afara căsătoriei, etc.) au cunoscut de asemenea reforme importante.<sup>1</sup>

Republica Moldova, fiind un tânăr stat în Consiliul Europei, încă nu are o practică bine conturată de reacționare la exigențele jurisdicției europene. Dacă e să judecăm în baza celei mai vechi hotărâri ale Curții de la Strasbourg pronunțată contra țării noastre — Mitropolia Basarabiei și Exarhatul Plaiurilor și alții c. Moldova, din 13 decembrie 2001<sup>2</sup>, am putea vorbi de un fel de exemplaritate a legislatorului moldovenesc. Aceasta nu este o conformare totală, deoarece procesul nu este definitivat încă, timp de doi ani, dar atestă unele progrese. Astfel, a fost modificată legea anterioară cu privire la culte, care obliga asociațiile religioase să se înregistreze pentru a fi recunoscute și a fost elaborat un nou proiect de lege, ce a fost expertizat la Consiliul Europei și urmează să fie adoptat în conformitate cu standardele europene. Hotărârea Curții Europene în cazul Gheorghe Amihalachioae contra Moldovei, din 20 aprilie 2004<sup>3</sup> a fost îndeplinită prin anularea Hotărârii Curții Constituționale care limita libertatea de exprimare a avocatului Amihalachioae<sup>4</sup>. Pentru celelalte hotărâri europene contra Republicii Moldova, măsurile de ordin general urmează a fi stabilite în cadrul procedurii de monitorizare a Comitetului de Miniștri al Consiliului Europei. Însă, avînd în vedere, că majoritatea acestora țin de încălcarea articolului 6(1) al CEDO — neexecutarea deciziilor judecătorești, devine urgentă necesitatea adoptării Codului de executare.

Jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului constituie astfel un factor fundamental de armonizare a dreptului național. De altfel, jurisprudența europeană ar trebui să provoace, chiar la stadiul de elaborare a legilor, o reacție a parlamentarilor pentru a examina compatibilitatea propunerilor legislative cu prevederile Convenției, astfel evitîndu-se o reacție în cauza ulterioară. Această evoluție este paralelă cu cea implicată prin implemmentarea în democrațiile europene a Curților constituționale, care au provocat o acțiune de evaluare negîndită de către parlamentari a constituționalității propunerilor și proiectelor de legi în discuție<sup>5</sup>.

---

1 A se vedea Elisabeth Lambert-Abdelgawad, Executarea hotărîrilor Curții Europene a Drepturilor Omului, Ediții ale Consiliului Europei, publicat în Republica Moldova, 2002, p. 23

2 Publicată în Monitorul Oficial al Republicii Moldova, Anul IX, Ediție Specială, din 9 iulie 2002

3 Publicată în Monitorul Oficial al Republicii Moldova, nr. 150-155, din 20 august 2004

4 A se vedea Decizia Curții Constituționale privind Hotărîrea Curții Europene a Drepturilor Omului din 20 aprilie 2004 în cazul Gheorghe Amihalachioae versus Republica Moldova (nr. 1, 3 august 2004), Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr. 138-146, 13 august 2004

5 Spre exemplu, Grecia a creat un astfel de serviciu în cadrul parlamentului, pentru a facilita *a priori* acest control de compatibilitate.

# ДЕЛИКВЕНТНОСТЬ КАК СОЦИАЛЬНАЯ И ЮРИДИЧЕСКАЯ КАТЕГОРИЯ. ЕЕ КАЧЕСТВЕННЫЕ И КОЛИЧЕСТВЕННЫЕ ХАРАКТЕРИСТИКИ.

**Виктор ГУЦУЛЯК**, кандидат юридических наук, профессор  
**Родион ЛЮДРИНСКИЙ**, докторант

*The social relationships, regarding the observance of the conventional code of behavior in the society, are characterized by a big diversity and show up both as positive and negative. In the last case an important place occupies the criminal and unlawful behavior, to commit crimes and administrative delinquency.*

Социальные отношения, касающиеся соблюдения общепринятых правил поведения в обществе, характеризуются большим разнообразием и проявляются как с позитивной, так и с негативной стороны. В последнем случае особое место занимают преступное и иное противоправное поведение, т.е. совершение преступлений и административных правонарушений.

В этой связи на государстве лежит обязанность своевременно реагировать на подобные отклонения от установленных в обществе правил. Законодательство РМ устанавливает, что государство в лице органов публичного управления обязано предпринимать действия по организации, координации, проведении мер по обеспечению общественного порядка, а также меры по предупреждению правонарушений<sup>1</sup>.

Вместе с тем, общеизвестно, что ни один социальный феномен не может быть должным образом урегулирован, если он не изучен соответствующим образом.

Относительно такого социального феномена, как преступность, можно с полной уверенностью заметить, что целый ряд юридических наук (в первую очередь, уголовное право, уголовно-процессуальное право, криминалистика) изучают преступность, личность преступника, причины и условия преступности, пути и средства ее предупреждения всесторонне и углубленно.

Однако только криминология охватывает проблему преступности в целом. Данная наука изучает преступность как объективно существующее в обществе негативное явление, связанное с другими социальными явлениями, имеющее свои закономерности, требующее специфических форм и методов борьбы.

---

1 V. Gutuleac. *Tratat de drept Contravențional*. Chisinau, ULIM, 2009, p. 61

Проблема же деликвентности на данном этапе не изучена. И это принимая во внимание факт, что без подробного изучения деликвентности как социального феномена не может быть реализована функция противоборства с ней.

В этой связи особо актуальным становится научный анализ деликвентности, изучение причин и условий ее появления, личности правонарушителя, формах и методах борьбы с деликвентностью<sup>1</sup>.

Изучение деликвентности актуально в силу ряда причин. Во-первых, экономические трудности, переживаемые нашим обществом, инициировали широкое распространение преступности, что усугубляет социально-экономическую и политико-правовую ситуацию в стране, негативно отражается в массовом сознании, формируя и закрепляя соответствующие ценностные ориентации. Сложилась парадоксальная ситуация, характеризующаяся тем, что, с одной стороны, весь ход радикальных реформ требует активного участия граждан в их осуществлении, а, с другой стороны, особенности их проведения обусловили распространение различных видов отклоняющегося поведения, в частности деликвентного, которые выступают серьезным тормозящим фактором общественного развития.

Во-вторых, радикальные реформы, основное содержание которых составляет приватизация и становление рыночного типа экономики, сопровождаются динамичными изменениями социальной структуры и массовой маргинализацией общества. Тем самым, значительно расширяется социальная база различных видов отклоняющегося поведения.

В-третьих, радикализм проведения экономических реформ, сопряженный с разрушением механизма государственной власти, обусловил процесс криминализации общественной жизни, который стал важным фактором распространения социально-негативных форм девиантного поведения<sup>2</sup>.

Основываясь на различных определениях «преступности», как схожему социальному феномену, можем определить **деликвентность как социальный, юридически негативный феномен, имеющий массовый и исторически видоизменяющийся характер, который представляет собой общее количество правонарушений (или лиц, их совершивших), совершенных на определенной территории за определенный промежуток времени и который характеризуется качественными и количественными характеристиками**<sup>3</sup>.

**Социальная природа** и социальная обусловленность деликвентности проявляются прежде всего в том, что она возникает из конкретных деяний, совершенных людьми в обществе и против интересов общества, их особого социального поведения. Деликвентность социальна еще и потому, что в основе поведения каждой личности лежат не биологические, а социальные причины, социально-экономические законы, обусловленные совокупностью сложивших-

---

1 Там же, с 62.

2 <http://www.disszakaz.com/catalog/366868.html>

3 V. Gutuleac. *Tratat de drept Contraventional*. Chisinau, 2009, p. 62

ся общественных отношений с их закономерностями и противоречиями. Это можно проследить на примере ошибок в социально-экономической политике, которые были допущены в нашей стране в «период застоя». Нарушение органичной связи между мерами труда и потребления, искажение принципов социальной справедливости негативно сказались на морально-нравственном состоянии общества, в том числе и на уровне преступности<sup>1</sup>.

Сложившаяся в настоящее время социальная напряженность в нашем обществе, кризисные явления в экономике, политике, в социальной сфере, снижение авторитета органов власти и управления не замедлили сказаться на росте преступности и деликвентности, повышении степени общественной опасности отдельных видов преступлений и правонарушений.

Все это свидетельствует о том, что деликвентность и ее параметры тесно взаимосвязаны со всеми сторонами социальной жизни общества, и в первую очередь с теми трудностями и социальными коллизиями, которые противостоят общественному прогрессу.

Как социальное явление, деликвентность обладает определенными закономерностями, т.е. присущими ей, повторяющимися существенными особенностями, отражающими ее связи с иными социальными явлениями<sup>2</sup>.

К таким закономерностям относятся *объективный, непреходящий характер*; ее зависимость от состояния общественного развития, степени стабильности общества, существующих в нем противоречий; усложнение в связи с развитием научно-технического прогресса, экономики, средств связи, компьютеризации. Закономерностями деликвентности также являются ее рост в обществе, ослабленном реформированием социально-экономических и политических отношений; ее качественные и количественные изменения в связи с потребностями общества в защите вновь возникших общественных отношений от преступных посягательств; ее самовоспроизводство и т.п.

Деликвентность — это множество индивидуальных противоправных событий, которые в своей массе образуют негативное социальное явление, имеющее обобщенные статистические показатели и закономерности, характерные для всей их совокупности. При этом количественные характеристики преступности как массового явления обнаруживают устойчивость. В этом находит выражение действие закона больших чисел, заключающегося в том, что при достаточно большом числе единиц совокупности и некоторых определенных условиях случайные отклонения от общей нормы, свойственные отдельным единицам (в данном случае преступлениям), взаимно погашаются. В результате этого проявляется та или иная закономерность преступности как массового явления. Такая закономерность, либо, другими словами, характеристика пре-

---

1 [http://planetadisser.com/see/dis\\_166304.html](http://planetadisser.com/see/dis_166304.html)

2 Змановская Е.В. Девиантология (психология отклоняющегося поведения). — М.: Академия, 2004, с. 89.

ступности, не является случайной. Она носит устойчивый характер, и всякие второстепенные или побочные изменения не меняют ее сущности<sup>1</sup>.

Необходимость здесь прокладывает себе дорогу через массу случайностей, проявляет себя в качестве неизбежной силы.

Важной характеристикой деликвентности является ее **правовой характер**, объединение в ней индивидуальных актов нарушения запретов, сформулированных в административном законодательстве. Это позволяет отграничить правонарушения от иных аморальных поступков<sup>2</sup>.

Выработанная историческим опытом практика показывает, что нельзя регулировать поведение людей в обществе, не оценивая их поступки и не устанавливая меру ответственности за их совершение. Административно-правовая оценка того или иного действия — это прежде всего результат отношения к нему со стороны государства. Основной смысл такой оценки состоит в том, что из всего многообразия действий и поступков человека (гражданина) выделяются и оцениваются в соответствии с интересами того или иного общества те из них, которые причиняют обществу такой вред, обладают «общественной опасностью». Указанный признак является основным для оценки деяния в качестве правонарушения.

Административно-правовые категории и понятия являются основополагающими не только для науки административно-деликтного права, но и для иных правовых и социально-правовых наук, в том числе и криминологии. При этом криминология должна создавать предпосылки и условия для обнаружения и установления в определенных социальных обстоятельствах тех явлений и процессов, которые порождают общественно опасный тип поведения. На базе этого и при отсутствии достаточных уголовно-правовых оснований проводится декриминализация тех или иных общественно опасных деяний<sup>3</sup>.

Правонарушение обычно рассматривается в двух основных аспектах: как акт человеческого поведения и как административно наказуемое деяние<sup>4</sup>. В этом плане главная задача Административно-деликтного права не столько в том, чтобы зафиксировать и диагностировать последствия нравственно-правового отторжения личности, сколько в изучении и познании тех жизненных условий и обстоятельств, которые сделали эту личность криминогенной и позволили (разумеется, с учетом ее нравственно-психологического и волевого комплекса) совершить правонарушение.

Однако деликвентность не просто множество правонарушений или даже их статистическая совокупность. Она по своей природе является специфическим системным образованием с многообразными связями правонарушений

---

1 Актуальные проблемы девиантного поведения: Борьба с социальными болезнями. Ежегодник /РАН. Ин-т социологии. М., 1995, с. 130—133.

2 Намоконов В. А. Преступное поведение: детерминизм и ответственность. Владивосток, 1989. — с. 55.

3 [http://reznik-um.ru/reznik/reznik\\_00999](http://reznik-um.ru/reznik/reznik_00999)

4 <http://tellus.com.ua/page95.htm>

и правонарушителей, правонарушений и видов деликвентности, с наличием собственных закономерностей, т.е. объективных, устойчивых существенных связей с различными социальными явлениями и процессами общества. Такой подход к пониманию деликвентности важен прежде всего потому, что позволяет подойти к ней как к сложному проявлению внешних и внутривидовых связей, продукту социальной среды, несущему на себе отпечаток разных сфер жизни общества и жизнедеятельности различных групп и социальных общностей. С другой стороны, это позволяет рассматривать деликвентность как явление, обладающее относительной самостоятельностью, специфическими чертами. В частности, ее изменения не повторяют автоматически изменения внешних условий, а являются результатом их преломления через собственные специфические характеристики. При этом преступность способна оказывать обратное воздействие на условия социальной среды, породившие ее<sup>1</sup>.

### Основные показатели деликвентности

В криминологии принято выделять *количественные* и *качественные* показатели преступности. Каждый из них играет свою особую роль в оценке преступности, но, взятый в отдельности, *не может дать объективного представления о ней*. Только во взаимосвязи друг с другом показатели преступности могут выполнять свое криминологическое назначение с точки зрения углубления познания ее существенных сторон<sup>2</sup>. Используя эти знания, попытаемся перевести их на плоскость деликвентности.



1 Девиантность и социальный контроль в России (XIX—XX вв.): Тенденции и социологическое осмысление./ ред. Я. Гилинский. СПб., 2000.с. 134.

2 Домова А.И. «Социально-психологические аспекты преступности». М. Юридическая литература, 1981, с. 140

3 Криминология/Уч. Для ВУЗов/, под ред. В.Д. Малкова, Москва, Юстицинформ 1997, с. 208—221.



Анализ деликвентности обычно начинается с оценки такого ее показателя, как **объем (состояние)**, который определяется общим количеством совершенных правонарушений, а также числом лиц, их совершивших, на определенной территории за конкретный период времени<sup>1</sup>. При этом следует иметь в виду, что число правонарушений не всегда совпадает с числом лиц, их совершивших, так как одно правонарушение может быть совершено группой лиц, а одно лицо зачастую совершает несколько правонарушений.

Оценка распространенности деликвентности предполагает не только выяснение абсолютного числа правонарушений и правонарушителей, но и сопоставление имеющихся данных с показателями численности населения. Это достигается путем определения *интенсивности (уровня) деликвентности*.

**Интенсивность деликвентности** — это ее характеристика, измеряемая числом совершенных правонарушений и их участников в расчете на определенную численность населения, например на 1 или на 10 тысяч жителей. Таким образом, измеряется общий уровень деликвентности и уровень криминальной активности населения<sup>2</sup>. В целях определения интенсивности деликвентности производится расчет соответствующих коэффициентов для каждого из указанных ее уровней по следующим формулам:

**коэффициент деликвентности (К):**

$$K = \frac{n \times 10^5}{N},$$

где **n** — число совершенных (зарегистрированных) административных правонарушений на определенной территории за определенный период;

**N** — численность населения, достигшего возраста наступления административной ответственности, проживающего на территории, для которой рассчитывается коэффициент;

**10<sup>5</sup>** — единая расчетная база;

**коэффициент деликвентной активности (I):**

$$I = \frac{m \times 10^5}{N},$$

где **m** — число лиц, совершивших административные правонарушения за определенный период на определенной территории;

**N** — численность активного населения (16—60 лет), проживающего на территории, для которой рассчитывается коэффициент;

**10<sup>5</sup>** — единая расчетная база.

При этом следует иметь в виду, что учет всего количества населения нельзя считать вполне корректным, так как в этом случае общий показатель уровня

1 Антонян Ю.М., Гульдан В.В. Криминальная патопсихология. — М, Наука, 1991., с. 75—77

2 Указ. Сочинение, с. 83.

деликвентности нивелируется за счет лиц, не достигших возраста административной ответственности (16 лет), а также лиц в возрасте 60 лет и старше, которые, как известно, не обладают особой криминальной активностью. Эти категории лиц целесообразно исключать из расчетных данных интенсивности деликвентности<sup>1</sup>.

Важное значение имеет и такой показатель деликвентности, как ее **динамика**, т.е. изменение во времени. Динамика деликвентности определяется путем расчета таких ее характеристик, как *абсолютный рост (снижение)*, *темпы ее роста и прироста*, производимого по следующим формулам:

**абсолютный рост (снижение) деликвентности (А):**

$$A = I - U,$$

где **U** — показатель объема (уровня) деликвентности;

**I** — предшествующее значение того же показателя;

**темп роста (снижения) деликвентности (Тр):**

$$Tr = \frac{U}{I} \times 100\%,$$

**темп прироста деликвентности (Тпр):**

$$Tpr = Tr - 100\%.$$

Темпы роста деликвентности рассчитываются на основе использования базисных показателей динамики, когда данные ряда лет сопоставляются с постоянным базисом — объемом деликвентности в начальном для анализа периоде. Это позволяет в большей мере обеспечить сопоставимость относительных показателей — процентов, которые показывают, как соотносится деликвентность последующих периодов с предыдущим. При этом за 100% принимаются данные исходного года, а все последующие годы отражают только процент прироста. Оперирование относительными данными снимает вопрос об обусловленности снижения или роста деликвентности увеличением или снижением численности жителей, достигших возраста административной ответственности<sup>2</sup>.

На динамику деликвентности как социально-правового явления влияют две группы факторов:

*социальные*, определяющие сущность деликвентности, ее общественную опасность (причины и условия правонарушений, количество населения, его миграция и т.п.);

*юридические* — изменения административного законодательства, раскрываемость правонарушений, обеспечение неотвратимости ответственности и т.п.<sup>3</sup>.

1 Игошев К.Е. Психология преступных проявлений среди молодежи. М., 1971, с. 21.

2 Сибиряков С. Л. Предупреждение девиантного поведения молодежи. Волгоград: Волга, 1998. с. 58—59.

3 Косолапов Р., Марков В. Свобода и ответственность. М. Политиздат, 1979, с. 68.

К показателям деликвентности также относятся ее структура, характер, территориальное распределение, «цена» (другими словами, социальные последствия).

Анализ структуры деликвентности будет тем глубже, чем точнее избраны его основания. Так, если всю деликвентности несовершеннолетних принять за 100%, а затем установить ее удельный вес с учетом территориальной распространенности, то можно выявить конкретные регионы, в наибольшей степени пораженные этим видом правонарушений. Поступая таким же образом, но принимая за 100% деликвентности несовершеннолетних на определенной территории, можно выяснить, какие возрастные и социальные группы обладают наибольшей криминогенностью и совершают преобладающее количество преступлений.

Для определения **удельного веса отдельного типа, рода, вида или разновидности деликвентности (С)** используется следующая формула:

$$C = \frac{u}{U} \times 100\%,$$

где **u** — показатель объема отдельного типа, рода, вида или разновидности деликвентности на определенной территории за определенный период времени;

**U** — показатель объема всей деликвентности на той же территории за тот же период времени.

Характер деликвентности — доля наиболее опасных административных правонарушений в ее структуре. Этот показатель отражает также характеристику лиц, совершающих правонарушения. Таким образом, характер деликвентности определяет степень ее общественной опасности, исходя из совокупности в общем объеме деликвентности тяжких умышленных правонарушений, а также лиц, их совершивших. Удельный вес тяжелой деликвентности (D) рассчитывается по формуле:

$$D = \frac{u}{U} \times 100\%,$$

где **u** — показатель объема тяжелой деликвентности;

**U** — показатель объема всей деликвентности.

Особое значение имеет такой показатель деликвентности, как ее территориальное распределение по различным регионам страны (**«география» деликвентности**).

Территориальные различия в объеме, интенсивности, структуре, динамике, характере деликвентности тесно связаны с уровнем социально-экономического развития отдельных регионов страны, с национальными традициями, обычаями, уровнем культурно-воспитательной работы, организацией быта и досуга населения, качеством правоохранительной деятельности, с другими факторами. Эти различия учитываются при определении задач общества по противодействию преступности, наиболее важных направлений предупредительной работы.

Показатель **территориального распределения деликвентности** (R) рассчитывается по формуле:

$$R = \frac{u}{U},$$

где **u** — показатель объема деликвентности на одной из административно обособленных территорий, входящих в состав государства;

**U** — показатель объема деликвентности на территории, в состав которой входит конкретная административно обособленная территория.

Своеобразная «цена» деликвентности отражается в таком ее дополнительном качественно-количественном показателе, как социальные последствия. К ним относятся реальный вред, причиняемый деликвентностью общественным отношениям, выражающийся в совокупности негативных последствий в результате совершения правонарушений, а также в экономических и иных издержках общества, связанных с борьбой с деликвентностью<sup>1</sup>.

Последствия деликвентности могут проявиться в самых разных сферах жизнедеятельности общества: социально-экономической, политической, духовной, нравственной, трудовой, семейной и т.п. Естественно, что не всякий ущерб, наносимый деликвентностью, может быть исчислен или выражен в денежном эквиваленте. Но все последствия деликвентностью наносят ущерб обществу, отрицательно сказываются на общественных отношениях. Социальные последствия деликвентности могут быть **прямыми**, непосредственно связанными с совершенными правонарушениями, и **косвенными**, связь которых с совершенными правонарушениями опосредована через расходы на борьбу с деликвентностью либо на возмещение нанесенного потерпевшим нравственного ущерба.

---

<sup>1</sup> <http://www.bestreferat.ru/referat-65876.html>

ISTORIA STATULUI ȘI DREPTULUI

HISTORY OF STATE AND LAW



# SUVERANITATEA RSS MOLDOVENEȘTI ÎN ANII 1940—1990: DE JURE ȘI DE FACTO (PARTEA I)

**Dumitru GRAMA**, doctor, conferențiar universitar

*The present study presents a characteristic of the juridical status of the SSR Moldova, which in accordance with the provisions of the constitutions of URSS from 1963 and 1977 and of our constitutions from 1941 and 1978, was officially a soviet socialist sovereign state, with proper supreme state bodies: legislative, executive and judicial; having the right to elaborate and to endorse the laws of the republic, to have different prerogatives in directing the social-political, economical and cultural domains, but which are really under the dictate of the PCUS leadership and of the supreme bodies of the state power from the Soviet Union.*

*Studiul dat reprezintă o caracterizare a statutului juridic al RSS Moldovenești, care, în conformitate cu dispozițiile constituțiilor URSS din 1936 și din 1977 și a constituțiilor noastre din 1941 și din 1978, oficial era un stat sovietic socialist suveran, cu organe supreme de stat proprii: legislative, executive și judecătorești; avînd dreptul de a elabora și de a adopta legile republicii, de a dispune de diverse prerogative în dirijarea domeniilor social-politice, economice și culturale, dar care, realmente, se afla în totalitate sub dictatul conducerii PCUS și al organelor supreme ai puterii de stat din Uniunea Sovietică. Drept consecință suveranitatea RSS Moldovenești de facto avea un caracter formal-declarativ, deoarece competența și atribuțiile organelor de stat ale RSS Moldovenești, stipulate prin dispozițiile constituționale.*

RSS Moldovenească în calitate de republică unională a fost constituită prin hotărârea sesiunii a 7-a a Sovietului Suprem al URSS din 2 august 1940. În teritoriile istorico-etnice de la est de Nistru, anexat de Imperiul Rus în 1792 și în cel de la est de Prut, anexat de țarism în 1812 și reanexat de Uniunea Sovietică la 28 iunie 1940. În componența ei au fost incluse numai 6 raioane (Camenca, Râbnița, Dubăsari, Grigoriopol, Tiraspol, Slobozia) din cele 14 ale fostei RASS Moldovenești și doar 6 județe (Soroca, Bălți, Orhei, Chișinău, Tighina, Cahul) din cele 9 ale Basarabiei. Teritoriul ei cuprindea 33.700 km<sup>2</sup>. Capitală a noii formațiuni politico-statale a devenit orașul Chișinău.

Anterior, în 1924, când a fost formată RASS Moldovenească, se preconiza ca în viitoarea RSS Moldovenească unională să fie incluse toate cele 11 raioane ale republicii autonome și cele 9 județe ale Basarabiei. Academicianul A. M. Lazarev, iar mai târziu și profesorul universitar A. V. Repida menționau că, în conformitate cu deciziile organelor supreme de partid și de stat ale URSS și RSS Ucrainene, hotarele

de vest și de sud-vest ale RASS Moldovenești în 1924 erau planificate să fie stabilite pe râurile Prut și Dunăre<sup>1</sup>. Într-adevăr, Biroul Politic al CC al PC(b) din Rusia, prin decizia „Despre RASS Moldovenească” din 25 septembrie 1924 și Comitetul Executiv Central din Ucraina, prin hotărârea „Despre formarea RASS Moldovenească” din 12 octombrie 1924 au stabilit că hotarele republicii autonome în părțile de vest și de sud-vest să nu treacă pe râul Nistru, care în perioada interbelică a servit în calitate de graniță între România și Uniunea RSS, ci să coincidă cu hotarele pretinse de URSS, adică să fie pe râurile Prut și Dunăre<sup>2</sup>.

Necesitatea unirii întregii Basarabii cu întreaga RASS Moldovenească a fost expusă în primele decade ale lunii iulie 1940 la mitingurile organizate de structurile teritoriale ale partidului comunist din Chișinău, Bălți, Orhei, Soroca, Bender, Cetatea Albă, Tiraspol și din alte localități. Conceptul unirii Basarabiei întregi cu RASS Moldovenească și constituirea pe această bază a unei republici unionale mari și puternice a fost reflectat în articolul „Trăiască liberul și unitul popor moldovenesc”, publicat în cotidianul „Pravda” din 11 iulie 1940. „Unirea poporului moldovenesc și crearea Republicii Sovietice Socialiste Moldovenești unionale <...> conferă un puternic imbold dezvoltării culturale de mai departe a întregii regiuni”, se sublinia în articol. Autorii articolului prognozau că suprafața RSS Moldovenești unionale trebuia să fie de aproximativ 50.000 km<sup>2</sup>, iar numărul populației de circa 3.700.000 de oameni. Ei concluzionau: „Viitoarea RSS Moldovenească va deveni, astfel, un stat cu mult mai mare ca suprafață decât unele state ale Europei: Belgia, Olanda, Elveția”<sup>3</sup>.

Dacă RSS Moldovenească în 1940 ar fi fost constituită conform stipulațiilor documentelor aprobate în 1924 de organele supreme ale conducerii de partid și de stat ale URSS și ale RSS Ucrainene, ale opiniilor exprimate de participanții mitingurilor și de autorii articolului din cotidianul „Pravda” și din alte surse mass-media, noua republică unională ar fi dispus de un teritoriu de circa 53.000 km<sup>2</sup> și de un acces liber pe o întindere de peste 200 de kilometri la Dunăre și la Marea Neagră. Dar în 1940 în conducerea de vârf a URSS n-au existat demnitari de stat cointeresați să includă în componența RSS Moldovenești a tuturor teritoriilor istorico-etnice ale populației autohtone. „Nimeni pe atunci <...> n-a spus cuvântul potrivit pentru păstrarea integrității teritoriale a Basarabiei și RASSM. Nimeni n-a apărat acest popor mic și presat de diferite forțe imperiale”<sup>4</sup>.

Realitatea, într-adevăr, era de așa natură, că majoritatea membrilor din grupul de

- 1 Vezi: Лазарев А. М. Молдавская советская государственность и бессарабский вопрос. – Кишинёв: Карта Молдовенеаскэ, 1974. – С. 565; Репида А. В. Образование Молдавской ССР. – Кишинёв: Карта Молдовенеаскэ, 1983. – С. 197.
- 2 Образование Молдавской ССР и создание Коммунистической партии Молдавии. – Кишинёв: Карта Молдовенеаскэ, 1983. – С. 73, 86.
- 3 Правда. – 1940. – 11 июля; Moraru Anton. Contribuții la istoria formării RSS Moldovenești // Basarabia: 1940. Culegere de articole și documente. – Chișinău: Cartea Moldovei, 1991. – P. 165.
- 4 Moraru Anton. Contribuții la istoria formării RSS Moldovenești // Basarabia: 1940. Culegere de articole și documente. – Chișinău: Cartea Moldovei, 1991. – P. 173.



inițiativă, care depuseseră eforturi în 1924 pentru constituirea RASS Moldovenești, către anul 1940 nu mai erau în viață. Grigore Kotovski, conducătorul grupului și comandantul corpului al 2-lea de cavalerie, dislocat în Transnistria, fusese împușcat în 1925. M. V. Frunze, membru al CC al PC(b)R și comisar al poporului pentru apărare al URSS, care în ședințele Biroului Politic al CC al PC(b)R a susținut activ necesitatea creării RASSM, a decedat de asemenea în 1925. I. Dic-Dicescu, Ecaterina Arbore și alți membri ai grupului de inițiativă fuseseră între timp reperați. G. I. Starâi, primul președinte al Consiliului Comisarilor Poporului din RASSM, și alți conducători de vază ai republicii autonome au fost împușcați în anii '30 ai secolului XX.

Deși în iulie 1940 conducerea de atunci a RASS Moldovenești: P. G. Borodin, secretar al Comitetului regional din Moldova PC(b)U, T. A. Constantinov, președinte al Consiliului Comisarilor Poporului din RASSM, F. G. Brovko, președinte al Prezidiului Sovietului Suprem al republicii autonome au acceptat ca raioanele Kodâma, Balta, Pesceana și județele Hotin, Cetatea Albă (Akkerman) și plasa Chilia din județul Ismail să fie încorporate în RSS Ucraineană, totuși ea a întreprins tentativa de a păstra pentru noua republică unională ieșirea la Dunăre. În acest scop Comitetul regional din Moldova al PC(b)U, Consiliul Comisarilor Poporului și Prezidiul Sovietului Suprem al RASSM au rugat ca în componența RSS Moldovenești să fie inclusă aproape tot teritoriul județului Ismail, argumentând propunerea prin următoarele considerente:

„1. Populația plaselor Reni, Bolgrad și Ismail e în majoritatea sa o populație moldovenească.

2. Orașul Ismail este centrul de atracție culturală și economică a plaselor Reni, Bolgrad, Ismail și a unor plase din județul Cahul<sup>1</sup>.

A. F. Gorkin, secretar al Prezidiului Sovietului Suprem al URSS, în informația din 20 iulie 1940 prezentată secretarului CC al PC(b) din Uniunea Sovietică G. M. Malenkov cu privire la stabilirea graniței dintre RSS Ucraineană și RSS Moldovenească, considera acceptabile propunerile conducerii fostei republici autonome „de a forma RSS Moldovenească unională în componența: raioanelor Ananiev, Valea Hoțului, Grigoriopol, Dubăsari, Camenca, Kotovsk, Ocna Roșie, Râbnița, Slobozia, Tiraspol și Cerneansk din RASS Moldovenească; a județelor Bălți, Bender, Cahul, Chișinău, Orhei, Soroca și plaselor Bolgrad, Ismail și Reni din județul Ismail din Basarabia<sup>2</sup>. Pledoaria înaltului demnitar sovietic de a include plasele Bolgrad, Ismail și Reni în componența viitoarei republici unionale era argumentată prin date ce indicau în mod grăitor componența etnică ale acestora: în județul Ismail moldovenii constituiau 31,9 % din populație, iar ucrainenii doar 4,7%. Potrivit datelor oficiale, comunicate de Gorkin, la 1940 în plasa Reni locuiau 30.000 de moldoveni, ceea ce constituia 54,42% din cei 55.127 de locuitori, adică majoritatea absolută. Pe teritoriul plasei numărul ucrainenilor era de 112 oameni sau 0,12 %, iar ruși — 3830 (6,95%). Numărul total al

---

1 Pactul Molotov-Ribbentrop și consecințele lui pentru Basarabia: culegere de documente. – Chișinău: Universitas, 1991. – P. 83.

2 Ibidem.

rușilor și ucrainenilor în plasa Reni era de numai 3942 de locuitori, ceea ce constituia abia 7,15 % din populația subdiviziunii administrativ-teritoriale menționate<sup>1</sup>.

Conducerea Ucrainei, care încă din 1917 tindea să transforme Basarabia în propria-i gubernie, n-a acceptat propunerile Comitetului regional de partid, ale Consiliului Comisarilor Poporului și a Prezidiului Sovietului Suprem al RASS Moldovenești referitor la stabilirea graniței dintre RSSU și RSSM. M. S. Greciuha, președintele Prezidiului Sovietului Suprem al RSS Ucrainene, insista în informația din 22 iulie 1940 de a include în componența Ucrainei, în afară de partea de nord a Bucovinei, 8 raioane, în loc de 3, din RASS Moldovenească (Ananiev, Valea Hoțului, Kodâma, Pesceana, Balta, Kotovsk, Ocna Roșie și Cerneansk), precum și județele Hotin, Cetatea Albă și Ismail<sup>2</sup>.

Atât A. F. Gorkin, cât și M. S. Greciuha propuneau ca în procesul stabilirii definitive a graniței dintre două republici unionale, instanțele abilitate trebuiau să se conducă de criteriul apartenenței etnice a majorității populației din zonele examinate. De exemplu, M. S. Greciuha în informația din 22 iulie 1940, amintită deja, pleda ca toate localitățile cu populație preponderent ucraineană, care se aflau în zona limitrofă cu RSSU, să fie alipite la aceasta, și viceversa — toate localitățile în care majoritatea o constituiau moldovenii și care se aflau în vecinătatea teritoriului RSSM, să fie alipite la RSS Moldovenească<sup>3</sup>. Considerăm că era natural ca raioanele Valea Hoțului, Kodâma, Pesceana, Balta, Kotovsk, Ocna Roșie și Cerneansk din RASSM să fi fost incluse în componența RSS Ucrainene, deoarece ucrainenii le populau compact și constituiau mai mult de 65% din numărul total al locuitorilor. Situația era mai dificilă cu raionul Ananiev. Deși potrivit datelor recensământului din 1926 moldovenii constituiau 54,74% din populația raionului Ananiev<sup>4</sup>, totuși în mod obiectiv el nu putea fi inclus în componența noii republici, din cauza că nu avea contact teritorial cu spațiul ei geografic.

Dar repartizarea teritoriului între republici după criteriul apartenenței etnice a majorității populației a fost respectat numai în situațiile convenabile Ucrainei. Din datele tabelului prezentat de M. S. Greciuha în informația din 22 iunie 1940, observăm că în cele 3 județe ale Basarabiei, cerute de conducerea RSS Ucrainene, cota moldovenilor era mai mare decât cea a ucrainenilor: 1. în județul Akkerman moldovenii constituiau 19,6 %, iar ucrainenii doar 14,1 %; 2. în județul Ismail moldovenii dețineau 32,5 % din populație, iar ucrainenii — 20,3 %; 3. în județul Hotin moldovenii formau 48,3 %, pe când ucrainenii — 37%<sup>5</sup>.

Din punct de vedere istoric județele Hotin, Ismail și Akkerman niciodată n-au

1 Ibidem. – P. 85—86.

2 Ibidem. – P. 85.

3 Pactul Molotov-Ribbentrop și consecințele lui pentru Basarabia: Culegere de documente. – Chișinău: Universitas, 1991. – P. 85, 92.

4 Зеленчук В. С. Население Молдавии (Демографические процессы и этнический состав). – Кишинёв: Штиинца, 1973. – С. 38

5 Pactul Molotov-Ribbentrop și consecințele lui pentru Basarabia: Culegere de documente. – Chișinău: Universitas, 1991. – P. 88.

făcut parte din componența Ucrainei. Pe parcursul secolelor, până la 1812, ele au fost părți integrante ale Țării Moldovei, iar mai târziu ale regiunii Basarabia. Prin urmare, reieșind și din criteriile apartenenței istorice la Țara Moldovei și la regiunea Basarabia, județele Akkerman, Hotin și Ismail, la fel ca și Bucovina de Nord, care din 1359 și până la anexarea de către Imperiul Austriac în 1775 a fost parte componentă a Principatului Moldova, trebuiau în 1940 să fie incluse în componența RSS Moldovenești.

Însă în 1940 raioanele Kodâma, Pesceana, Valea Hoțului, Cerneavsk, Ananiev, Balta, Kotovsk și Ocna Roșie din fosta RASS Moldovenească, precum și județele Hotin, Ismail și Akkerman (Cetatea Albă) cu o suprafață de 20.000 km<sup>2</sup> au fost incluse în componența RSS Ucrainene. Astfel, RSS Moldovenească, prin decizia Sovietului Suprem al URSS, dirijat de conducerea PC(b) din Uniunea Sovietică, a fost lipsită de un teritoriu cu o suprafață de circa 20.000 km<sup>2</sup>, de cetățile sale istorice Hotin și Cetatea Albă, de porturile Cetatea Albă (în prezent — Belgorod-Dnestrovsk în Ucraina), Ismail, Reni, Vilcov, Chilia, prin care Țara Moldovei în perioada existenței sale în calitate de stat suveran și independent în secolul al XV-lea avea ieșire liberă la Dunăre și la Marea Neagră.

Dacă guvernării URSS și cei ai RSS Ucrainene într-adevăr s-ar fi ghidat de criteriul apartenenței etnice a majorității populației, propus de A. F. Gorkin și M. S. Greciuha, atunci cel puțin cele câteva zeci de localități din raioanele Nouă Suliți (Novoselița), Herța, Adâncata (Glâbokoe) și Storojineț, care erau populate în proporție mai mare de 50 % de români moldoveni și constituiau un masiv compact, puteau să fie incluse în componența RSS Moldovenești, deoarece satul Mămăliga din raionul Nouă Suliți era limitrof cu satul Criva din raionul Lipcani al republicii noastre. Între localitățile zonei menționate și RSS Moldovenească existau legături feroviare: Nouă Suliți-Lipcani și pe șosea, în aceeași direcție.

De asemenea, reieșind din criteriul apartenenței etnice a majorității populației, în componența RSS Moldovenești trebuia să fie inclus și teritoriul plasei Reni, fiindcă, cum deja am menționat, în 1940 din cei 55.127 de locuitori, circa 30.000 erau români moldoveni, ceea ce constituia 54,42 % din populație, iar în satele Barta, Cartal, Satul Nou, Dolinscoe, Limanscoe ș. a. băștinașii erau în proporție mai mare de 80 %. Cei 112 ucraineni, care locuiau pe teritoriul plasei, constituiau doar 0,2 %. Plasa Reni avea contact teritorial cu localitățile Giurgiulești, Cișmichioi, Etulia, Cuza Vodă din republica noastră și dispunea de o rețea dezvoltată de comunicație cu RSSM (fapt ce sublinia încă o dată trecutul nu prea îndepărtat comun, în cadrul aceluiași stat, care a avut grijă de dezvoltarea echilibrată a economiei etc.) prin calea ferată Reni—Tighina—Chișinău (Reni—Căinari—Chișinău), șosele și pe râul Prut, care era navigabil până la orașele Cahul și Leova.

Neinclusiunea în componența RSS Moldovenești a teritoriilor istorico-etnice ale națiunii constitutive a republicii unionale formate în 1940, n-a fost un caz întâmplător, căruia nu i s-a acordat o importanță majoră, după cum ar fi cerut-o situația. Conducerea regimului totalitar sovietic, urmărind scopul deznaționalizării popoarelor neruse, a folosit cu dibăcie principiul roman de guvernare „*divide et*

*impera*“ („*dezbină și stăpânește*“), care le convenea în cel mai înalt grad. În mod intenționat, teritoriile populate compact și majoritar de membrii unei etnii erau incluse în componența altei republici. Exemplele sunt elocvente și grăitoare în acest sens. Căci deși districtul autonom Komi-Permeațk era limitrof cu RASS Komi, având cu ea hotar comun pe o distanță de peste 200 km, iar locuitorii autohtoni ale ambelor formațiuni național-statale vorbesc limbi înrudite și se folosesc, practic, de o cultură comună, totuși nu s-a efectuat contopirea lor în cadrul unei republici comune. Districtul în permanență s-a aflat în componența regiunii Permi. În Siberia de Est poporul bureat a fost în cadrul a 3 formațiuni național-statale: 1. RASS Bureată; 2. districtul autonom Aghinski-Bureatski în componența regiunii Cita; 3. districtul autonom Ust-Ordânski Bureatski, subordonat administrativ regiunii Irkutsk. Tot în procesul de constituire și de afirmare a Uniunii Sovietice ca federație, teritoriile populate compact de ucraineni au fost incluse în componența RSFSR, iar teritoriile istorico-etnice ale Moldovei au fost incluse în componența RSS Ucrainene.

Cu toate că în 1924 conducerea URSS a chemat guvernul României să organizeze un plebiscit în Basarabia, pentru a-i da posibilitate populației să-și exprime voința în problema autodeterminării<sup>1</sup>, în 1940, când a apărut posibilitatea reală, după concepția rușilor, de a consulta populația, nu s-a organizat nici un plebiscit sau referendum. Plebiscitul n-a fost efectuat nici în cazul dezmembrării în 1940 a Moldovei de Est (Basarabiei) și nici în cazul anexării Bucovinei de Nord, și nici în cazul anexării județelor Hotin, Ismail, Cetatea Albă (Akkerman) la RSS Ucraineană.

Republicii Sovietice Socialiste Moldovenești, formate în calitate de republică uni-onală în 1940, oficial i-au fost acordate acele atribuții ale suveranității de stat, drepturi și competențe, de care au dispus atât republicile care au fondat Uniunea Sovietică la 30 decembrie 1922, cât și celelalte republici unionale, care s-au constituit mai târziu.

Până în toamna anului 1922 RSFS Rusă, RSS Ucraineană, RSS Bielorusă, RSFS Transcaucaziană (ce includea RSS Gruzină, RSS Armeană, RSS Azerbaidjană) au activat pe arena politică a lumii în calitate de state suverane și independente. Prin adoptarea la 30 decembrie 1922, la Congresul I al Sovietelor, a Declarației de constituire a Uniunii RSS și a Tratatului de constituire a Uniunii RSS, republicile menționate în calitate de fondatori au format un nou stat federativ. Suveranitatea noului stat s-a format în baza delegării unei părți din suveranitatea statelor fondatoare. În conformitate cu articolele Tratatului de constituire a URSS, republicile fondatoare au transmis în competența organelor unionale ale puterii de stat o parte considerabilă a competenței și atribuțiilor organelor proprii de stat referitor la dirijarea dezvoltării social-politice, economice și culturale, la domeniile apărării, politicii externe etc. Prin urmare, suveranitatea de stat a URSS a provenit de la suveranitatea republicilor, care au constituit noul stat federativ.

Documentul menționat n-a concretizat ab ovo, prin dispozițiile sale, domeniile în

1 История РСС Молдовенешть. Вол. II. – Кишинэу: Картя Молдовенеаскэ, 1970. – П. 263-264; Лазарев А. М. Молдавская советская государственность и бессарабский вопрос. – Кишинёв: Картя Молдовенеаскэ, 1974. – С. 197—216.

care statele fondatoare și-au păstrat competența, funcțiile și atribuțiile organelor naționale de stat, deci n-a fost specificată sfera în care ele și-au păstrat propria suveranitate politico-statală. După o experiență în domeniu, abia Constituția URSS din 1924, prin articolele capitolului II „Despre drepturile suverane ale republicilor unionale și cetățenia unională“, a legiferat că suveranitatea republicilor unionale era restrânsă doar în limitele stabilite de Legea Fundamentală a Uniunii Sovietice. Articolul 3 stipula că în afara limitelor stabilite în Constituție, republicile unionale își exercitau de sine stătător puterea de stat pe teritoriul lor. Suplimentar, articolul menționat proclama că URSS proteja drepturile suverane ale republicilor unionale. Articolul 4 proclama dreptul fiecărei republici unionale la ieșirea liberă din componența URSS. Capitolul X „Despre republicile unionale“, prin dispozițiile articolelor 64–69, reglementa statutul juridic, structura, competența funcțiile și atribuțiile organelor de stat ale republicilor unionale<sup>1</sup>.

RSS Moldovenească în aspect juridic, la fel ca celelalte republici unionale, conform dispozițiilor Constituției URSS din 1936 (articolul 15) și Constituției RSS Moldovenești din 1941 (articolul 13), era o republică sovietică unională, care, cu excepția drepturilor prevăzute de articolul 14 al Constituției URSS, avea dreptul „să exercite de sine stătător puterea de stat, menținându-și în totul drepturile suverane“ (articolul 13).

Noile constituții sovietice, adoptate în anii '70 ai secolului XX, legiferau, de asemenea, suveranitatea de stat a republicilor unionale. Astfel, Constituția URSS din 1977, prin articolul 76, proclama oficial: „Republica unională este un **stat sovietic socialist suveran**, care s-a unit cu celelalte republici sovietice în Uniunea Republicilor Sovietice Socialiste“. La rândul ei, Constituția RSS Moldovenești din 1978 stipula foarte convingător: „Republica Sovietică Socialistă Moldovenească este un **stat sovietic socialist suveran** (sublinierile noastre — D. C. G.)“. URSS prin dispozițiile Constituției din 1936 (articolul 15) și a Constituției din 1977 (articolul 81) oficial se angaja să ocrotească drepturile suverane ale republicilor unionale.

Savanții juriști din URSS considerau că suveranitatea de stat a republicilor unionale se baza pe respectarea următoarelor drepturi speciale:

1. **Dreptul de avea organe de stat proprii, legislative, executive și judiciare.** În baza stipulațiilor înscrise în constituțiile URSS din 1936 și a celei din 1977, în constituțiile RSS Moldovenești din 1941 și 1978, se legifera dreptul republicii la formarea și activitatea organelor supreme de stat legislative, executive și judiciare.

**Sovietul Suprem al RSS Moldovenești**, potrivit articolului 20 din Constituția anului 1941, era organul suprem al puterii de stat în republică și se alegea pe un termen de 4 ani după norma: un deputat de la 11 mii de locuitori. Acest organ era împuternicit să exercite toate drepturile atribuite republicii prin articolele 13 și 19 ale Constituției din 1941.

Potrivit articolului 19 din Constituția adoptată în 1941, RSS Moldovenească, prin

---

1 Vezi: Сборник законов СССР и указов Президиума Верховного Совета СССР. 1938-1967. Т. 1. – Москва: Изд-во «Известия советов депутатов трудящихся СССР», 1968. – С. 76–77, 87–88.

intermediul organelor ei supreme ale puterii de stat și prin organele administrației de stat, dispunea de următoarea competență:

- 1) Stabilirea Constituției RSS Moldovenești și controlul respectării ei;
- 2) Împărțirea teritoriului în raioane și determinarea hotarelor raioanelor și orașelor;
- 3) Legislația RSS Moldovenești;
- 4) Menținerea ordinii de stat și ocrotirea drepturilor cetățenilor;
- 5) Aprobarea planului dezvoltării economiei naționale; aprobarea bugetului de stat a republicii și a dării de seamă despre îndeplinirea lui;
- 6) Stabilirea, în conformitate cu legislația URSS, a impozitelor de stat și a celor locale, a taxelor și veniturilor nefiscale;
- 7) Conducerea îndeplinirii bugetelor locale ale raioanelor și orașelor republicii;
- 8) Conducerea sistemului de asigurări și a caselor de economii;
- 9) Conducerea industriei și construcțiilor de subordonare unional-republicană și locală; conducerea băncilor, întreprinderilor și organizațiilor industriale, agricole și comerciale de subordonare republicană;
- 10) Controlul și supravegherea stării întreprinderilor de subordonare unională și a conducerii lor;
- 11) Stabilirea modului de folosire a pământului, subsolului, pădurilor, apelor;
- 12) Conducerea gospodăriei comunale și de locuințe, a construcției de locuințe, a amenajării orașelor și ale altor localități din republică;
- 13) Conducerea transporturilor și a telecomunicațiilor de însemnătate republicană; construcția de drumuri;
- 14) Legislația muncii;
- 15) Conducerea învățământului primar, mediu și superior;
- 16) Conducerea organizațiilor și instituțiilor cultural-educative și științifice din RSS Moldovenească;
- 17) Conducerea sistemului de ocrotire a sănătății;
- 18) Conducerea sistemului de asistență socială;
- 19) Conducerea și organizarea culturii fizice și a sportului;
- 20) Legislația cu privire la organizarea judecătorească și la procedura judiciară; legislația civilă, penală și de muncă corecțională;
- 21) Acordarea drepturilor de cetățenie a RSS Moldovenești;
- 22) Legislația cu privire la căsătorie și familie;
- 23) Amnistierea și grațierea cetățenilor condamnați de organele judecătorești din republică;
- 24) Stabilirea reprezentării RSS Moldovenești în relațiile internaționale;
- 25) Stabilirea modului de organizare a formațiunilor militare ale RSS Moldovenești.

Sovietul Suprem se convoca în ședințe ordinare de 2 ori pe an, iar în cazuri de necesitate — se convoca în ședințe extraordinare. La prima sesiune a Sovietului Suprem nou ales, deputații au ales Președintele Sovietului Suprem și 4 locțiitori ai lui. De asemenea la această sesiune era ales Prezidiul Sovietului Suprem în componența unui Președinte, a doi locțiitori ai președintelui și 13 membri ai Prezidiului și încă

un organ — Sovietul Comisarilor Norodnici ai RSSM, denumit ulterior Sovietul Miniștrilor al RSSM. Constituția RSS Moldovenești din 1978 a introdus modificări neesențiale în structura și competența Sovietului Suprem al republicii.

**Sovietul Miniștrilor** (anterior — Sovietul Comisarilor Norodnici) **al RSS Moldovenești** era organul suprem executiv și de dispoziție al puterii de stat al RSSM. El era subordonat Sovietului Suprem al republicii, iar în perioada dintre sesiunile Sovietului Suprem acest organ era responsabil în fața Prezidiului Sovietului Suprem al RSS Moldovenești. Din punct de vedere al structurii, era alcătuit din: Președinte, primul locțiitor al președintelui, locțiitori ai președintelui, președinți ai comitetelor de stat, miniștri ai ministerelor unional-republicane și miniștri ai ministerelor republicane.

**Sovietul Miniștrilor al RSS Moldovenești**, dirijând activitatea ministerelor unional-republicane (agriculturii; ameliorării și gospodăriei apelor; apărării; afacerilor interne; afacerilor externe; justiției; industriei alimentare; industriei cărnii și laptelui; industriei materialelor de construcție; industriei mobile și de prelucrare a lemnului; industriei ușoare; colectărilor; comerțului; construcțiilor; construcțiilor sătești; culturii; ocrotirii sănătății; telecomunicațiilor; finanțelor; învățământului public), era obligat să-și coordoneze acțiunile cu Sovietul Miniștrilor al Uniunii Sovietice și cu ministerele unionale de resort. Potrivit Constituției URSS din 1936 (articolul 69) și Constituției URSS din 1977 (articolul 134), Sovietul Miniștrilor al URSS avea dreptul să suspende îndeplinirea hotărârilor și dispozițiilor Sovietelor Miniștrilor ale republicilor unionale, inclusiv pe cele emise de Sovietul Miniștrilor al RSSM în chestiunile date în competența URSS, prin urmare și pe cele referitoare la domeniile activității ministerelor unional-republicane.

**Justiția și procuratura.** La fel ca și alte republici unionale, RSS Moldovenească dispunea oficial de organe judiciare proprii.

**Judecătoria Supremă**, potrivit articolului 81 din Constituția anului 1941 și a articolului 152 din Constituția RSS Moldovenești din 1978, era cel mai înalt organ judecătoresc al republicii și exercita supravegherea activității de judecată a instanțelor judiciare ale RSS Moldovenești. Componenta ei era aleasă de Sovietul Suprem al republicii pe un termen de 5 ani. Din punct de vedere al structurii, Judecătoria Supremă era alcătuită din: Președinte, locțiitori ai președintelui, membri și asesori norodnici.

În orașe și în raioane justiția era efectuată de către judecătoriile norodnice.

Activitatea Judecătoriei Supreme și a judecătoriilor din orașe și din raioane ale RSS Moldovenești, potrivit articolului 104 al Constituției URSS din 1936 și articolului 153 al Constituției URSS din 1977, se afla sub supravegherea Judecătoriei Supreme a Uniunii RSS.

**Procurorul RSS Moldovenești** era numit în funcție de către Procurorul General al URSS. Procurorii orașelor și raioanelor erau numiți de Procurorul RSS Moldovenești și erau confirmați de Procurorul General al URSS. Atât procurorii republicii, cât și procurorii orașelor și raioanelor erau subordonați Procurorului General al URSS. Astfel, prin intermediul sistemului organelor procuraturii RSS Moldovenești, conducerea URSS oficial dispunea de un canal bine organizat de supraveghere și de

control asupra activității organelor de stat, executive și judiciare, fabricilor și uzinelor, colhozurilor și sovhozurilor, sindicatelor și a întregii populații în ansamblu.

Luând în considerație că exista sistemul secret foarte ramificat de supraveghere, control și reprimare al Comitetului Securității de Stat al URSS, care reprezenta ochiul de veghe și spada regimului totalitar sovietic, constatăm că de fapt suveranitatea de stat a RSS Moldovenești era pur formal-declarativă, iluzorie.

**2. Dreptul de a elabora și adopta de sine stătător constituția proprie și legile republicii.** În conformitate cu dispozițiile Constituțiilor Uniunii Sovietice din 1924 (articolul 6), 1936 (articolul 16) și celei din 1977 (articolul 76), fiecare republică uni-onală avea dreptul de a dispune de constituție proprie. Aceste Legi Fundamentale ale republicilor unionale erau elaborate și adoptate de sine stătător de către Sovietele Supreme ale republicilor respective. Oficial nu exista obligațiunea ca suplimentar constituțiile republicilor unionale să treacă prin vizorul Sovietului Suprem al URSS și să fie aprobate de acest organ superior de stat. Profesorul universitar V. K. Diablo de la Universitatea de Stat din Chișinău în 1975 expunea o idee foarte curajoasă, clară și judicioasă: „Dacă constituția statului respectiv vine din afară, de la alt stat sau este aprobată de el, atunci nici nu poate fi vorba de suveranitatea acestui stat”<sup>1</sup>.

Este știut că atât Constituția RSS Moldovenești din 8 februarie 1941, cât și cea din 15 aprilie 1978 au fost elaborate oficial și adoptate tot oficial de către Sovietul Suprem al republicii noastre. Ulterior n-a urmat nici o examinare și confirmare a acestor constituții în Sovietul Suprem al URSS.

Aceasta, însă, nu înseamnă că realmente Constituțiile RSS Moldovenești din 1941 și din 1978 reprezintă o operă juridică elaborată de deputații Sovietului Suprem al republicii sau de specialiștii autohtoni în materia dreptului. Examinarea comparativă a textelor ce se conțin în articolele din Constituția RSS Moldovenești din 1941 cu cea a Constituției RSS Ucrainene din 1937 ne permite să constatăm faptul că prin conținutul lor majoritatea absolută a articolelor practic coincid. Deosebirea principală se rezumă în mod respectiv la întrebuițarea în articolele Constituției Ucrainei a sintagmei „RSS Ucraineană”, iar în Legea Fundamentală a Moldovei a sintagmei „RSS Moldovenească”. Există multe coincidențe textuale și între articolele Constituției RSS Moldovenești din 1941 și cele ale Constituției URSS din 1936. Coincidențele menționate au fost, cu siguranță, determinate de cerința centrului ca aceste constituții ale republicilor unionale să fie întocmite în conformitate cu Constituția URSS. După părerea noastră, Constituțiile RSS Moldovenești, atât cea din 1941, cât și cea din 1978, au fost elaborate în baza proiectelor aduse de la Moscova sau de la Kiev.

La fel au fost nevoite să procedeze și celelalte republici unionale. Doar în Transcaucazia, grație gradului mai înalt al conștiinței naționale a popoarelor, exprimat în cadrul diverselor manifestări de masă, Sovietele Supreme ale Georgiei, Armeniei și Azerbaidjanului, în pofida presiunii organelor de resort unionale, au reușit să

---

1 Дябло В. К. Суверанитатя ын конструкция советикэ де стате национале. – Кишинэу: Картя Молдовей, 1975. – П. 115.



păstreze și pe viitor articolele ce confirmau limbilor băștinașilor statutul juridic de limbi de stat.

În 1961 în RSS Moldovenească a fost adoptat codul penal, în 1964 — codul civil, în 1961 — codul de procedură penală, în 1964 — codul de procedură civilă, în 1973 — codul muncii, în 1983 — codul cu privire la locuințe, în 1985 — codul cu privire la contravențiile administrative etc. Dar textele lor, cu mici excepții, la fel ca și cele ale Constituțiilor din 1941 și din 1978, n-au reprezentat o creație a juriștilor autohtoni, ele fiind în mare măsură reproduceri din codurile RSFSR sau ale RSS Ucrainene. Proiectele lor nu erau elaborate în graiul moldovenesc, ci erau traduceri, pe alocuri ad litteram, din limba rusă.

Dar oare Moldova și alte republici unionale, ne întrebăm, puteau să se bucure de un rol determinant în cadrul elaborării legislației unionale? Nici pe departe. Constituția în vigoare la 1991 a URSS nu prevedea discutarea și adoptarea prealabilă a proiectelor de legi unionale în Sovietele Supreme republicane. Nu era prevăzută de Legea Fundamentală a țării nici procedura ratificării legilor unionale în aceste Soviete Supreme. Astfel, lipsa completamente mecanismul juridic, prin intermediul căruia subiectele federației nemijlocit ar fi determinat conținutul viitoarelor legi ale URSS.

„Legea Uniunii RSS în conformitate cu articolul 115 al Constituției URSS, — se consideră adoptată în cazul când în fiecare dintre camerele Sovietului Suprem al Uniunii RSS au votat pentru ea majoritatea membrilor camerei“. Prin urmare, adoptarea oricărei legi unionale depindea nu de doleanțele tuturor republicilor unionale, ci de poziția concretă, pe care o luau deputații aleși din partea republicilor cu populație numeroasă: RSFSR, Ucrainei, Uzbekistanului, Kazahstanului, Bielarusiei. Dacă, să presupunem, toți deputații aleși din partea Moldovei, Estoniei, Armeniei, Letoniei și Lituaniei ar fi votat, bunăoară, împotriva adoptării unei legi în parlamentul unional, ea, legea, ar fi fost adoptată, totuși, grație voturilor primite din partea deputaților din celelalte republici unionale. Paradoxul consta în aceea, că legea și-ar fi extins jurisdicția atât asupra republicilor, deputații cărora ar fi votat pentru adoptarea ei, cât și pe teritoriile republicilor, reprezentanții cărora și-ar fi exprimat votul contra. Legile Uniunii RSS — conform articolului 74 din Constituția URSS — aveau o putere egală pe teritoriile tuturor republicilor unionale.

Și mai insignifiant era rolul unor subiecte ale federației sovietice în cadrul Congresului deputaților Uniunii RSS. Prin alegerea celor 750 de deputați din partea organizațiilor obștești unionale a fost, practic, redusă la zero posibilitatea reprezentanților republicilor mici de a influența asupra conținutului legilor federației. Mai mult ca atât. Asigurându-și o majoritate stabilă de voturi din partea deputaților conservatori, organele conducerii centrale ale URSS au avut posibilitatea în ultimii ani de existență a federației să adopte în cadrul Congresului deputaților legi și hotărâri ce lezau direct interesele unor republici unionale. Ca rezultat, se leza în mod flagrant și suveranitatea republicilor unionale respective.

# SĂ NE REDOBÂNDIM ISTORIA SAU DESPRE UNGARIA ROMÂNEASCĂ

**Andrei GROZA**, doctor, conferențiar universitar

*I want to mention here, that those who affirm that the Goths were German people and the Huns were Turkish people or other people say these without any arguments; they simply repeat what was written in XVII—XIX c. by the foreign historians who making up the history of their people, hid or did not want to show the real history, because this was not convenient for them. But we, recommend you to analyze the old sources, written by the contemporaries of those times and only then you will find who tells the truth.*

Conform celor scrise de istoricii musulmani din evul mediu, Gardizi și Hudud al'alam și acceptate de ceilalți istorici perși și arabi, în secolul al IX-lea al e. n., teritoriul din nordul și estul Mării Negre era populat de un neam numeros care vorbea limba „rumă“ (rumână — n. n.)<sup>1</sup>.

Câți din cetățenii noștri știu despre aceasta? Sunt sigur că foarte și foarte puțini.

De unde, în secolul al IX-lea, pe un asemenea imens teritoriu a apărut populație românească și unde a dispărut? De ce tac istoricii contemporani, de ce practic, nu vorbesc nimic despre situația descrisă mai sus? Răspunsul, probabil, constă în faptul că cele relatate de istoricii de atunci nu se încadrează în tabloul istoric care ni s-a descris până acum și/sau nu există interes.

Noi, care studiem istoria românilor de mai mulți ani și care am ajuns la alte concluzii decât cele cunoscute, vom încerca, în continuare, să răspundem la întrebările de mai sus și totodată să expunem propria viziune asupra istoriei românilor din perioada secolelor I—XIV, perioadă, practic necunoscută de români și nu numai de români.

Așa dar, știind, că cel puțin, de la începutul secolului I-ii al e.n. până în secolul de care vorbim, pe acele locuri nu au venit și nu s-au așezat cu traiul alte neamuri, iar că la începutul mileniului I-ii al e.n. întreg teritoriul dintre Dunărea de Mijloc și munții Caucaz era populat de geto-daci (de fapt ei toți erau geți, însă cei dintre Dunărea de Mijloc și Nipru, la acea perioadă, mai erau numiți și daci — n.n.), nu putem trage decât o singură concluzie și anume că atât neamul acela din nordul și estul Mării Negre, cât și limba vorbită de el, erau de origine geto-dacă și nu latină.

---

<sup>1</sup> Заходер Б.Н. Каспийский свод сведений о Восточной Европе, Т. II., М., 1967, с. 53—54.

Această concluzie mai este confirmată și de faptul că geto-dacii din această mare regiune nu au fost cucerți de romani niciodată și deci nu au putut fi romanizați, ceea ce înseamnă că ei neîntrerupt au vorbit limba lor strămoșească. Romanizarea dacilor nu rămâne decât o poveste, fiindcă romanii biruindu-l pe Decebal n-au pus stăpânire decât pe a zecea parte din pământurile acestora sau pe a douăzecea parte din pământurile tuturor geților, altfel spus, 95% din teritoriul geto-dacilor (sau din geto — daci — n.n.) niciodată nu a fost cucerit de romani (din contra, după cum veti vedea dacii împreună cu tracii vor prelua conducerea în cadrul Imperiului Roman — n.n.). Despre ce fel de romanizare a dacilor poate fi vorba?

Constatarea faptului că geto-dacii, strămoșii noștri, nu au fost cucerți de romani (pierderea a 5% din teritoriu pe o perioadă de 170 de ani nu înseamnă cucerire a unui neam — n.n.) și deci nu au fost romanizați, ne duce la altă concluzie și anume, că limba noastră, limba geto-dacă, la acea perioadă era soră cu limba romanilor — limba latină. Aceasta se confirmă și de alte lucruri descrise de istoricii din acele timpuri (la această problemă vom mai reveni — n.n.).

Spunând toate acestea și bazându-ne pe mai multe izvoare vechi scrise, în care direct sau indirect și-au găsit oglindire evenimente, date, nume din secolele I—XIV, legate de istoria celor ce au trăit pe aceste pământuri, am tras niște concluzii care în situația când se mai întrebă cine suntem noi, moldovenii, și din ce neam facem parte, le consider necesar a le aduce la cunoștința tuturor, în speranța că cunoscând adevărata istorie a strămoșilor noștri, am răspunde, în cunoștință de cauză, o dată și pentru totdeauna la întrebarea de mai sus și anume că suntem români, iar aceasta ne-ar da dreptul istoric și nu numai istoric, să gândim și să acționăm ca români.

Așa dar, lucrările, puținele lucrări ale istoricilor de atunci, din acea perioadă îndepărtată, ne dovedesc că la începutul mileniului I-ii al e. n., pe imensul teritoriu ce cuprindea Peninsula Apenină, centrul și nordul Peninsulei Balcani, pământurile de la Dunărea de Mijloc prin nordul Mării Negre până la munții Caucaz, Peninsula Anatolică, unele regiuni din Africa de Nord și Orientul Apropiat, locuia un singur neam, divizat în mai multe comunități, dar care vorbea o singură limbă, cu unele mici deosebiri regionale, însă toți se înțelegeau între ei fără translator. Cea mai mare divizare era în romani, adică în cei care trăiau în Imperiul Roman și barbari, cei care trăiau în afara imperiului. La rândul lor romanii se împărțeau în italici, tracii, ilirici, panoni, cartaginezi ș.a.m.d., iar cei din afara imperiului în daci (cei care trăiau între Dunărea de Mijloc și Nipru — n.n.) și geți (cei care trăiau între Nipru și munții Caucaz) și care de asemenea se divizau în multe alte comunități mai mici sau mai mari.

Comunitatea cea mai puternică era cea a italicilor, care de-a lungul secolelor a reușit să-și supună cea mai mare parte a consăngenilor lor de la sud și est, iar împreună cu aceștia să preia controlul asupra mai multor neamuri străine.

Cu toate că în anul 106, după cum am menționat mai sus, romanii reușesc să înfrângă armata lui Decebal și să preia controlul asupra unei părți mici din teritoriul dacilor, majoritatea absolută a acestora au rămas liberi, la fel ca frații lor, geții, care erau destul de numeroși și care împreună vor începe o ofensivă masivă împotriva imperiului.

Criza politică care a început în anul 235 a dus la înlăturarea italicilor de la conducerea statului roman și preluarea acesteia de către tracii din Balcani și dacii care către această perioadă, în rezultatul mai multor războaie, populau o bună parte din teritoriul din dreapta Dunării și care nu se deosebeau prin nimic unii de alții, iar împreună aveau în armata romană cele mai numeroase și puternice legiuni. Înlăturarea italicilor a dus, corespunzător, la schimbarea împăraților proveniți din Italia sau din altă parte, cu cei proveniți din Tracia sau Dacia din dreapta Dunării. Astfel, începând cu această perioadă și până la căderea Constantinopolului în anul 1453, aproape toți împărații romani au fost de origine dacă sau tracă. Împăratul Galerius (306—311), de origine dac a declarat public că nu acceptă ca imperiul să fie numit roman și că acesta trebuie să se numească Imperiu Dac<sup>1</sup>.

Aceste schimbări începute în prima jumătate a secolului al II-lea de rând cu altele care au urmat în alte domenii au dus la aceea că către începutul secolului al IV-lea centrul vieții militare, culturale și chiar economice al statului se mută completamente în Balcani. În anul 330 împăratul Constantin, care de altfel era dac și el<sup>2</sup>, încununează rezultatele obținute de traci și daci mutând capitala statului din orașul Roma în orașelul Bizanț, ulterior numit Constantinopol, de pe malul european al strâmtoarei Bosfor, adică instalează noua capitală pe teritoriul traco-dacilor.

Către sfârșitul secolului. al IV-lea, bogățiile care se acumulasera în această parte a imperiului i-a făcut pe goți, urmașii dacilor, aparte sau împreună cu hunii și alanii, urmașii geților din nordul și nord-estul Mării Negre care continuau să rămână divizați în diferite formațiuni statale și să poarte nume diferite, să întreprindă noi incursiuni în partea dreaptă a Dunării, deseori ajungând până la zidurile Constantinopolului (după înfrângerea din anul 106, dacii și-au pierdut rolul dominant între geți și locul lor a fost schimbat treptat de alani (sec. II—IV), goți (sec. III—IV), huni (sec. IV—V), avari (sec. VI—VII), bulgari (sec. VII—X, XII—XIV), ruși (sec. IX—XIII), unguri (sec. XI—XVI) — toți fiind de același neam (despre faptul cum s-a întâmplat că bulgarii, rușii și ungurii de astăzi ne-au furat numele strămoșilor noștri și îl poartă ei și cum istoria noastră medievală o dau drept istorie a lor am arătat anterior în altă lucrare și vom mai reveni). Războaiele fratricide dintre bizantinieni, urmașii tracilor, dacilor, italicilor și confrății lor goți, huni și alani au fost foarte grele și sângeroase care au pricinuit pagube materiale importante și au dus la moartea a sute de mii sau chiar milioane de oameni.

Aici aș dori să menționez, că acei care afirmă că goții au fost de neam german iar hunii de neam turcic sau de alt neam, fac acest lucru fără argumente, ei pur și simplu repetă cele scrise

În secolele XVII—XIX de istoricii străini care alcătuind istoria neamurilor lor au ascuns sau nu au vrut să arate istoria adevărată, fiindcă nu le convenea. Noi însă,

---

1 Lactantius, *Despre felul în care au murit prigonitorii* // Izvoarele istoriei României, București, 1970, vol. II, p.7.

2 Constantin Porfirogenetul, *Despre provincii* // Izvoarele istoriei României, vol. II, p.671.

vă recomandăm să analizați izvoarele vechi, scrise de contemporanii acelor timpuri și după aceea veți constata cine spune adevărul.

Despre faptul că goții, hunii și alanii au fost urmașii geto — dacilor și vorbeau aceeași limbă cu cei din Constantinopol și deci toți erau de același neam ne vorbesc câteva izvoare, noi însă în acest articol facem trimitere doar la trei și anume: „Getica“ lui Iordanes (485 — deceniul șase al sec. al VI-lea) care spune expres că goții sunt daci și că hunii își trag rădăcinile din goți; „Istoria romană“ a lui Amianus Marcellinus (330—400), fost ofițer în armata romană, care ni-i arată pe alanii ca geți și că toți cei care locuiau între Dunăre și Don sunt de un singur neam; „Istoria Bizanțului“ a lui Priscus Panites care în anul 448 a luat parte la o solie bizantină trimisă la curtea lui Attila și care menționa că oamenii acestuia adunați din tot nordul și nord-estul Mării Negre atunci când au nevoie să vorbească cu românii, adică cu cei din Constantinopol, folosesc limba, sau a hunilor, sau a goților, sau a ausonilor (a italicilor — n.n.)<sup>1</sup>.

În ceea ce privește strămoșii noștri direcți, urmașii dacilor din Carpați și din jurul acestora, spre sfârșitul secolului al IV-lea, făcând parte din marea comunitate a goților, încep a fi numiți gepizi. Hunii reușesc să-i supună și s-ai țină sub control de la sfârșitul acestui secol până la mijlocul secolului următor, după ce gepizii devin liberi timp de peste 130—140 de ani. La sfârșitul secolului al VI-lea ei cad sub controlul avarilor care de asemenea se trăgeau din mare familie a geților de lângă Caucaz.

Aici aș dori să menționez că în pofida tuturor invaziilor comunităților nomade, strămoșii noștri niciodată n-au abandonat completamente pământurile lor, ei întotdeauna au avut ca refugiu Carpații. O parte din cei veniți, care nu erau așa de numeroși, amestecându-se cu cei de pe loc, rămâneau aici pentru totdeauna și acest amestec de rude avea loc pe întreg teritoriul ocupat de acest neam. Credem necesar de accentuat că centrul acestui „roi“ de rude de la începutul secolului al IV-lea până la începutul secolului al XIII-lea a fost orașul Constantinopol, care în toată această perioadă a fost oraș al romano -traco -dacilor și în care întotdeauna s-a vorbit o limbă comună, care convențional poate fi numită traco-dacă, adică română veche. În ceea ce privește limba greacă, apoi ea a înlocuit limba latină, începând cu secolele VI—VII și era vorbită numi ca limbă oficială—limbă a religiei ortodoxe, la palat, la fel ca și latina, în tot evul mediu, la toate curțile țărilor europene (dacă în aceeași perioadă la curțile din Germania, Anglia și alte țări se vorbea și se scria în limba latină—limba religiei catolice, aceasta nici de cum nu însemna că populațiile acestor țări erau latine și nu existau germani, englezi ș.a.m.d. — n.n.). Ca o dovadă aparte, că în secolul al VI-lea în Imperiul Bizantin se vorbea în limba română veche, ne servesc cele relatate de Teofilact Simocata (sf. sec. VI — mijlocul sec. VII ) și Theophanes Confessor (mijlocul sec. VIII — 818), care au scris că armata bizantină în timp ce săvârșea noaptea un marș împotriva avarilor, auzind strigătul unui ostaș „torna, torna frate“ a primit

---

1 Priscus Panites, *Despre soliile romanilor la cei de alt neam* // Izvoarele istoriei României, vol. II, p. 265.

aceasta ca o comandă de retragere și a început a se retrage<sup>1</sup>. Deci, statul în care armata vorbește în limba română, căci „torna, torna frate“ se spune numai în română, nici de cum nu poate fi grec (aici mai pot fi aduse și alte argumente — n.n.).

În anul 796, după înfrângerea avarilor de către franci, daco-gepizii din Carpați, adică strămoșii noștri, în frunte cu cneazul Crumus nu numai că devin independenți, dar și preiau controlul în fostul stat al avarilor, adică asupra celorlalte comunități daco-getice de la est de Carpați și asupra celei mai mari părți a slavilor de răsărit. Mai mult chiar, ei își largesc teritoriul, incluzând în componența noului stat Crimeea și așa numita Bulgaria de la sud de Dunăre, populate de asemenea de urmașii geto-dacilor. Bizantinienii, nevăzând nici o deosebire, inclusiv de limbă, dintre cei veniți din Carpați și așa numiții bulgari, au continuat să-i numească pe toți bulgari, de asemenea și noul stat ce cuprindea teritoriul de azi al Ungariei, României, Republicii Moldova, Ucrainei de până la Nipru, Crimeei, Bulgariei până la munții Stara Planina, a rămas să fie numit tot Bulgaria. Însă oamenii, comunitatea lui Crum, încep a se numi „rumâni“, de la prescurtarea numelui Crum-rum ceea ce mai însemna de culoare roșie închisă, rumână iar țara lor — Rumânia (denumirea de „România“ a fost acceptată la 1859, crezându-se greșit că noi ne tragem rădăcinile de la niște daci romanizați, dar care de fapt nici nu au existat).

Așa dar, numele de rumân și Rumânia începe a fi folosit din prima jumătate a sec. al IX-lea. Dacă bizantinienii continuau să numească Bulgaria, imensul stat de la nord, în care toată populația era de același neam, apoi izvoarele arabe și persane îl numesc Rum, Rumânia (anume de atunci și alte neamuri, inclusiv slavii, până în prezent, continuă să scrie și să numească statul românesc- Rumânia și nu România, iar pe români-rumâni n.n.). Foarte interesant, că aceste izvoare arată că și, celelalte teritorii dintre Nipru și Caucaz care nu intrau în Rum, în secolele IX—XIII erau populate de comunități care vorbeau limba „rumână“, ceea ce dovedește încă o dată că acolo au locuit în continuu neamul geților. Să nu uităm că sub controlul rumânilor au nimerit și o parte mare a slavilor de răsărit de până la orașul Novgorod de azi.

Mai târziu la sfârșitul secolului al IX-lea comunitate unogundurilor, urmași ai geților (huni) locuitori între Nipru și Caucaz împinși de atacurile pecinegilor se retrag împreună cu maghiarii care le erau vecini spre munții Carpați, de unde cu permisiunea regelui bulgar (rumân) Simeon pleacă și se așează cu traiul: maghiarii în Câmpia Panonică de partea dreaptă a Dunării, iar unogundurii (geții) — pe malul stâng al Dunării până la râul Tisa.

Nu mult după aceea, după moartea regelui Simeon statul bulgar (rumân) se destramă. La aceasta au contribuit tendințele separatiste ale cnezilor și susținerea acestora de către împărații din Constantinopol, care vedeau în statul rumân un rival de moarte. Astfel către sfârșitul secolului al X-lea pe teritoriul fostului stat rumân Bulgaria/Rumânia apar mai multe formațiuni statale. Una din formațiuni fondator

---

1 Teofilact Simocata, *Istoriei // Izvoarele istoriei României*, vol. II, p. 539; Theophanes Confessor, *Cronografia // Izvoarele istoriei României*, vol. II, p. 605.

al căreia se consideră cneazul Ștefan (1000—1038), la sfârșitul secolului al XI-lea începe a se numi Ungaria, de la numele unogundurilor.

Acesta reușește să-i mențină sub controlul său pe maghiari și pe o parte din slavii de sud. În izvoarele scrise bizantiniene statul lui Ștefan și a urmașilor lui de rând cu numele de Ungaria mai este numit și Dacia. Aici aș vrea să menționez că nu există nici un izvor scris din acea vreme care ar confirma că numele de „unguri“ îl purtau maghiarii.

Odată cu consolidarea și lărgirea teritoriilor noului stat, ungarii, caută să-și legitimeze existența. Astfel, în anii 1077—1083, pe timpul regelui Ladislau, pentru prima oară a fost scrisă istoria statului și așa cum era de așteptat ea a început cu cneazul Ștefan<sup>1</sup>. Statul începe a fi numit Ungaria iar rumânii de aici — unguri, ca urmași ai geto — unogundurilor.

Aici am dori să mai aducem câteva argumente care ne dovedesc că numele de unguri îl purtau rumânii. Astfel, Ana Comnin, descriind campania din 1087 a pecenegilor împotriva bizantinienilor menționa că în rândurile acelor se găseau mulți daci în frunte cu conducătorul lor Solomon, rege ungar între anii 1063 — 1074<sup>2</sup>. Tot Ana Comnin, vorbind de niște ceremonii la palatul imperial ne arată că erau prezenți solii regelui Coloman din Dacia (rege ungar în anii 1095—1114)<sup>3</sup>.

Primul care s-a intitulat rege al întregii Ungariei a fost Coloman. În timpul acestuia sub stăpânirea regilor unguri (rumâni) se aflau toți maghiarii și o parte mare a slavilor de apus.

În secolele XI—XIV, capitale, centre administrative ale statului rumân Ungaria au fost orașele Arad, Timișoara, Oradea și alte orașe românești. Tot aici printre cei de un sânge cu ei erau îngropați și regii rumâni. Astfel, la Oradea au fost îngropați Ladislau și Ștefan al II-lea<sup>4</sup>. Or nu este cunoscut nici un caz când un neam care se află la conducerea statului și-ar îngropa regii printre străini.

În secolele XII—XIII regii Ungariei rumâne ca și alți regi din Europa au dus războaie cu rumânii din Bulgaria din stânga Dunării, cu sârbii, cu bizantinienii, cu pecenegii, cu cumanii, cu slavii de apus și de răsărit. În Ungaria, pe parcursul întregii perioade s-au luptat tacit cele două curente religioase: catolicismul și ortodoxismul. S-au construit orașe și sate, au fost create opere de artă, s-a dezvoltat învățământul și știința, toate în limba latină, ceea ce se făcea în toată Europa. Ungaria avansa de rând cu toate celelalte state europene.

La sfârșitul secolului al XIII-lea, Ungaria rumână slăbită considerabil după invazia tătaro-mongolă, este afectată de dezmembrarea feudală. În anul 1301 moare regele Andrei al III-lea care nu avea urmași. Ca rezultat se accelerează procesul de divizare a țării. Adunați pentru a alege un nou rege, după cum era de așteptat, cnezii rumâni nu

1 История Венгрии, Т. I., М., 1971, с. 267.

2 Анна Комнина, *Алексиада*, М., 1965, с. 203.

3 Ibidem, с. 530.

4 N. Iorga, *Istoria românilor*, vol.III, București, 1993, p.12; I.Dumitriu-Snagov, *Monumenta Romaniae Vaticana*, București, 1996, p.20.

reuşesc să convină asupra unii persoane care ar corespunde intereselor tuturor. După mai mulți ani de ceartă, cu încăierări armate, la insistența Papei de la Roma, în anul 1308 majoritatea acestora cad de acord ca la tronul țării să fie invitat Carol Robert de Anjou, un străin, catolic, dar care după mamă era rumân. Înaintând candidatura acestuia, Papa spera că el va fi primit de rumâni ca fiind rumân iar de maghiari ca fiind catolic. Însă cea mai mare parte din populația țării, rumânii, care erau ortodocși, n-au dorit să-l recunoască pe Carol de Anjou ca rege. Cneazul din Transilvania Ladislau Can care avea „în păstrare“ coroana regală a restituito abia în 1310<sup>1</sup>. Cei mai aprigi dușmani ai noului rege au fost rumânii din Muntenia în frunte cu voievodul Basarab, care era încurajat și sprijinit de regii rumâni din Bulgaria. În anul 1330 Basarab reușește chiar să obțină o victorie asupra trupelor trimise de Carol de Anjou.

Folosindu-se de faptul că regii Ungariei erau antrenați în luptele interne din Italia și Germania, voievozii Munteniei se comportau ca niște domnitori independenți. La rândul său regele Ludovic, urmașul lui Carol de Anjou, care era catolic și nu se simțea prea bine printre rumâni, în anul 1350 își mută reședința în orașul Buda<sup>2</sup>, pe malul drept al Dunării, între maghiari, care îl sprijineau și care în felul acesta sperau să iasă de sub controlul rumânilor. Treptat, la cele mai importante posturi în stat încep a fi numiți maghiarii.

La sfârșitul anilor 50 — începutul anilor 60 ai secolului al XIV-lea de sub controlul efectiv al regelui din Buda ies și voievozii moldoveni susținuți de regii din Polonia. Rumânii rămași sub sceptrul lui Ludovic adică în statul rumânesc Ungaria nu mai alcătuiau majoritatea în stat. Pentru a reduce în continuare posibilitățile rumânilor de a se afla la cârma statului, în anul 1366 Ludovic, prin act regal îi lipsește de titlul de nobil pe rumânii care nu erau catolici<sup>3</sup>, iar dacă nu dețineai acest titlu nu aveai dreptul de a ocupa nici o funcție de stat. De aici încolo majoritatea posturilor în stat, în Ungaria, trec în mâinile maghiarilor. De la sfârșitul secolului al XIV-lea numele de „ungur“ tot mai mult începe a se asocia cu cel de „maghiar“ (rumânii dintre Carpații de Sud și Dunăre încep să-și zică munteni, cei dintre Carpații de Est și Nistru — moldoveni și doar o parte nu prea însemnată din cei din Transilvania, în pofida celor întâmplare de-a lungul secolelor continuau să-și zică „rumâni“ și care mai târziu în secolele XVI—XVII, au dat motiv istoricilor, care nu știau de ce aceștia se numesc rumâni și de ce limba lor este asemănătoare cu limba latina, să concluzioneze greșit, că aceștia sunt daci romanizați — n.n.). În secolul al XV-lea rumânii din Ungaria, folosindu-se de luptele interne au încercat să preia din nou controlul asupra țării, dar fiind în minoritate n-au reușit decât pe o perioadă nu prea mare, pe timpul lui Iancu de Hunedoara și Matei Corvin.

În anul 1541 după ce Buda a fost cucerită de turci, după ce anterior Muntenia, Moldova și Transilvania au trecut sub controlul acestora Ungaria rumânească dis-

1 Istoria românilor, Iași, 1996, p. 68.

2 Энциклопедия советикэ молдовеняскэ, vol. I., Chișinău, 1970, p. 505.

3 N. Stoicescu, *O falsă problemă istorică — discontinuitatea poporului român pe teritoriul strămoșesc*, București, 1993, p. 50.



pare ca stat. Mai târziu, după eliberarea în 1686 a Budei de către austrieci, Ungaria ca formațiune statală este restabilită, numai că în componența acesteia a intrat doar teritoriul populat de maghiari. Din această cauză, mai târziu, atunci când maghiarii încep să-și scrie istoria, copiază întreagă istorie a Ungariei rumânești ca pe o istorie proprie, a lor, a maghiarilor, ceea ce constituie un fals cras. Iată de ce astăzi maghiarii își zic maghiari iar statul și-l numesc Ungaria dar nu Maghiaria.

Ce s-a întâmplat cu românii după secolul al XVII-lea este lucru cunoscut.

**P.S.** Celelalte părți din istoria medievală a noastră, printre care istoria Imperiului Bizantin(imperiului traco-dac din secolele IV—XV), istoria Bulgariei rumâne din secolele VII—XI, XII-XIV, istoria Rusiei rumâne din secolele IX—XIII, la fel, ni s-au furat de către greci, bulgari și ruși dându-le drept istorii ale neamurilor lor, lăsându-ne fără istoria noastră din secolele III—XV.

În această situație suntem obligați să ne redobândim istoria națională, care a fost măreață și totodată tragică.

După cum se vede evenimentele care au avut loc 650 de ani în urmă, nu cred, că trebuiesc sărbătorite. Din contra acestea pot fi numai regretate, fiindcă ele au contribuit în mare măsură la destrămarea, apoi dispariția statului rumânesc Ungaria.



ȘTIINȚE PENALE  
CRIMINAL SCIENCES



# VIOLENȚA ÎN FAMILIE — UN STARTUM (INEVITABIL) AL SUICIDULUI

**Oxana ROTARU**, doctor, conferențiar universitar

**Mihaela TESLEV**, studentă; **Natalia FLENCHEA**, studentă

*In Moldova, when the Romanian Book of learning by Vasile Lupu was implemented, the women was defended by law, or in accordance with the legal stipulations was mentioned that situation of violence application either physical or psychic as well as the punishment of men. But by the deviant behavior of the men the personality of the women is still decreased.*

„Nici o lege umană nu poate să-și realizeze caracterul său firesc de dirijare socială dacă vine în contradicție cu legăturile naturii“.

H.Spencer, Statistică socială, 1886

Deseori ne întrebăm de ce viața nu are rost? Cu ce am gresit de am ajuns într-un moment de cumpană? Cine poartă raspundere pentru lacrimile vărsate? Cine duce evidența celor care hotărăsc să plece dincolo? Cine este vinovatul? Sunt întrebări retorice. Este foarte greu de acceptat și de trecut peste o tragedie de asemenea proporții, e de nedescris starea de gol profund, de amaraciune care rămâne post-mortem, e dureros...

Violența în familie ar fi un startum pentru suicid- e o concluzie dedusă din cercetările în domeniu, o concluzie dureroasă ce pune pe gânduri. Oare nu există o altă cale de a rezolva conflictele cu cei de acasă??? Oare chiar aflându-ne într-o eră când homo sapiens a ajuns să exploreze tot ce mișcă și are viață, și totuși noi, oamenii, recurgem la metode de nedescris pentru a ne rezolva conflictele cu lumea exterioară și cea interioară? De ce ne inhibăm și nu căutăm speranța? De ce se ajunge până la „nu mai pot...“ și lăsăm miinele în jos? Există oameni care sunt dornici și predispuși să ajute persoanele aflate la rascrucea vieții. E doar o problemă de timp și tot ce trebuie să faci e să ceri ajutor... și vei fi ajutat la sigur... pentru că nimeni, absolut nimeni nu poate rămâne indiferent atunci când se întâmplă o tragedie!!!

Amintim că „...respectarea drepturilor omului trebuie să facă parte din educația globală și din demnitatea omului, iar toate aspectele violenței fizice sau mintale împotriva persoanei umane constituie o violare a drepturilor sale „Astfel menționăm că, în diferite epoci atât violența cât și suicidul aveau o altă însemnătate. Așa spre

exemplu, în Federația Rusă în secolul XVI se aplicau acele reguli și „sfaturi“ pentru a avea o familie armonioasă în conformitate cu care femeii îi era rezervat un loc în „suburbia“ familiei.

În Moldova, în perioada când era pusă în aplicare Cartea românească de învățătură a lui Vasile Lupu, femeia era apărată prin lege, ori conform prevederilor legale (glavaua 21 din Pravilă „când se va despărți muieria de bărbat pentru vrăjmășia bărbatului „) era menționată acea situație de aplicare a violenței fie fizice, fie psihice precum și de pedepsirea a bărbatului. Însă prin comportamentul deviant al bărbatului personalitatea femeii era totuși diminuată.

Această instrucțiune stabilește clar superioritatea bărbatului în familie. Deși nu mai este actuală în marele orașe din Rusia mai există acele sate mici, rupte de lume unde regulile de bază ale acestei instrucțiuni sunt aplicate, violența în familie avînd un nivel ridicat.

În antichitate, însă, suicidul avea o altă însemnătate, denotînd calități de vitejie, bărbăție și tărie de caracter. În Japonia procedura de a-și spinteca burta, denumită harakiri era ceva ce ținea de datoria oricărui samurai ce se respecta și era devotat statutului său.

Legislația R.M a adoptat un șir de acte normative care ar putea clarifica această problemă gravă cu care se ciocnește societatea noastră. Astfel de acte ar putea rezolva și ameliora situația, însă, implementarea lor necesită efort, timp, bani, răbdare atît din partea autorităților cît și a tuturor cetățenilor. Legea cu privire la prevenirea și combaterea violenței în familie a intrat în vigoare la 18.09.2008 stabilind bazele juridice și organizatorice ale activității de prevenire și de combatere a violenței în familie, autoritățile și instituțiile abilitate cu funcții de prevenire și de combatere a violenței în familie, mecanismul de sesizare și soluționare a cazurilor de violență. În sensul prezentei legi, următoarele noțiuni semnifică: violență în familie — orice acțiune sau inacțiune intenționată, cu excepția acțiunilor de autoapărare sau de apărare a unor alte persoane, manifestată fizic sau verbal, prin abuz fizic, sexual, psihologic, spiritual sau economic ori prin cauzare de prejudiciu material sau moral, comisă de un membru de familie contra unor alți membri de familie, inclusiv contra copiilor, precum și contra proprietății comune sau personale;

*violență fizică* — vătămare intenționată a integrității corporale ori a sănătății prin lovire, îmbrîncire, trîntire, tragere de păr, înțepare, tăiere, ardere, strangulare, mușcare, în orice formă și de orice intensitate, prin otrăvire, intoxicare, alte acțiuni cu efect similar;

*violență sexuală* — orice violență cu caracter sexual sau orice conduită sexuală ilegală în cadrul familiei sau în alte relații interpersonale, cum ar fi violul conjugal, interzicerea folosirii metodelor de contracepție, hărțuirea sexuală; orice conduită sexuală nedorită, impusă; obligarea practicării prostituției; orice comportament sexual ilegal în raport cu un membru de familie minor, inclusiv prin mîngîieri, sărutări, pozare a copilului și prin alte atingeri nedorite cu tentă sexuală; alte acțiuni cu efect similar;

*violență psihologică* — impunere a voinței sau a controlului personal, provocare a stărilor de tensiune și de suferință psihică prin ofense, luare în derîdere, înjurare, insultare, poreclire, șantajare, distrugere demonstrativă a obiectelor, prin amenințări verbale, prin afișare ostentativă a armelor sau prin lovire a animalelor domestice; neglijare; implicare în viața personală; acte de gelozie; impunere a izolării prin dețenție, inclusiv în locuința familială; izolare de familie, de comunitate, de prieteni; interzicere a realizării profesionale, interzicere a frecventării instituției de învățămînt; deposedare de acte de identitate; privare intenționată de acces la informație; alte acțiuni cu efect similar;

*violență spirituală* — subestimare sau diminuare a importanței satisfacerii necesităților moral-spirituale prin interzicere, limitare, ridiculizare, penalizare a aspirațiilor membrilor de familie, prin interzicere, limitare, luare în derîdere sau pedepsire a accesului la valorile culturale, etnice, lingvistice sau religioase; impunere a unui sistem de valori personal inacceptabile; alte acțiuni cu efect similar sau cu repercusiuni similare;

*violență economică* — privare de mijloace economice, inclusiv lipsire de mijloace de existență primară, cum ar fi hrană, medicamente, obiecte de primă necesitate; abuz de variate situații de superioritate pentru a sustrage bunurile persoanei; interzicere a dreptului de a poseda, folosi și dispune de bunurile comune; control inechitabil asupra bunurilor și resurselor comune; refuz de a susține familia; impunere la munci grele și nocive în detrimentul sănătății, inclusiv a unui membru de familie minor; alte acțiuni cu efect similar;

*agresor* — persoană care comite acte de violență în familie, în concubinaj;

*victimă* — persoană, adult sau copil, supusă actelor de violență în familie, în concubinaj.

În Republica Moldova pe lângă ONG-uri există și organe statale special abilitate în evidența și protecția „interiorului” familial. Conform legii sus numite, acestea sunt:

- a) autoritățile administrației publice centrale de specialitate (Ministerul Protecției Sociale, Familiei și Copilului, Ministerul Educației și Tineretului, Ministerul Sănătății, Ministerul Afacerilor Interne, Ministerul Administrației Publice Locale, Ministerul Justiției);
- b) autoritățile administrației publice locale de specialitate:
  - secțiile/direcțiile de asistență socială și de protecție a familiei;
  - direcțiile generale de învățămînt, tineret și sport;
  - organele ocrotirii sănătății;
  - organele afacerilor interne;
- c) comisiile pentru probleme sociale de pe lângă autoritățile administrației publice locale;
- d) centrele/serviciile de reabilitare a victimelor și agresorilor;
- e) alte organizații cu activități specializate în domeniu.

Autoritatea publică centrală abilitată cu funcții de elaborare și de promovare a politicilor de prevenire și de combatere a violenței în familie și de asistență socială a victimelor și agresorilor este Ministerul Protecției Sociale, Familiei și Copilului.

Pe lângă organelle abilitate în domeniu, actul normativ cuprinde și o serie de reglementări cu privire la drepturile victimei, precum și sancțiunile care ar putea fi aplicate agresorului. Astfel, victimei i se garantează apărarea drepturilor și intereselor legitime.

La 30.06.1993 a intrat în vigoare **hotărîrea Guvernului cu privire la unele măsuri de contracarare a propagării pornografiei, sadismului și cultului violenței**. Pe lângă Ministerul Culturii și Cultelor al Republicii Moldova a fost creat Consiliul de experți pentru contracararea tendințelor de pornografie, sadism și cult al violenței în lucrările de cultură și artă.

În societatea noastră fenomenul violenței în familie este prea puțin conștientizat. Deși majoritatea recunosc că există această problemă, ea este percepută în mod diferit. Și totuși **ce semnifică violența în familie?** Conform datelor prezentate de „La Strada” circa 75 la sută dintre respondenți cred că violența în familie semnifică nerespectarea drepturilor copiilor atunci când relațiile violente între soți reprezintă doar o problemă ce are un impact negativ asupra copiilor. Însă de remarcat ar trebui faptul că nu doar copii au suferit în urma aplicării violenței. Violența în familie se referă la toți membrii acesteia începînd cu cel mai mic și neputincios pînă la cel mai matur și puternic. Consecințele violenței domestice sunt distructive dacă am vorbi despre personalitatea victimei, iar dacă e să ne referim la sensul direct al acestui cuvînt, atunci într-adevăr se distruge omul prin apariția la acesta a nedorinței de a trăi și de ne ce nu, de a avea tentative de ași împlini voința. Iată de ce în cadrul acestui studiu ne-am propus să stabilim coraport între violența în familie și fenomenul suicidal care persistă în țara noastră.

În principiu suicidul întotdeauna a fost o problemă gravă pentru societatea modernă deoarece a prezentat mereu o combinație cu violența în familie care există decînd există și familia, însă în perioadă de criză economică mondială aceste două fenomene s-au acutizat. Astfel, multe ziare din alte țări au publicat informații despre acele persoane care ciocnindu-se cu anumite probleme financiare grave ca rezultat al impactului crizei economice asupra familiei lor, au comis acte violente cu familia sa, iar apoi s-au sinucis. În SUA, epicentrul crizei financiare, au existat deja numeroase sinucideri în rîndul persoanelor care nu au reușit să mai suporte povara creditelor ipotecare. Un manager din California și-a ucis întreaga familie și apoi s-a sinucis, după ce și-a pierdut locul de muncă și averea la începutul lunii octombrie. Cazul său a fost urmat de cel al unei femei de 90 de ani care s-a împuscat în piept în timp ce autoritățile o evacua din locuința în care își petrecuse ultimii 38 de ani din viață. În statul american Massachusetts, o femeie care a ascuns de soțul său situația financiară gravă a familiei a trimis o scrisoare companiei ipotecare în care a menționat că intenționează să se sinucidă înainte să se ia locuința. Ea s-a sinucis cu arma sotului, iar ulterior acesta a descoperit un bilet în care îl ruga să plătească ratele la casa cu banii din asigurarea sa de viață. Tot la începutul lunii mai 2009, un barbat de 45 de ani din Los Angeles s-a sinucis și și-a ucis soția, soacra și cei trei fii, motivînd în biletul lasat că se afla într-o situație financiară foarte proastă. După acest caz,



autoritățile din Los Angeles au făcut apel la toți americanii să ceară ajutor pentru ei înșiși și pentru familiile lor atunci când se simt copleșiți de problemele financiare, de teama unui val de sinucid. Prin urmare violența domestică reprezintă acel factor care defapt generează fenomenul suicidal.

Conform datelor statistice în Republica Moldova numărul de cazuri suicidale înregistrează o situație constantă în principiu, de la an la an diferența nefiind considerabilă. Deși victime ale violenței mai des sunt femeile, statistica arată că suicidul este comis mai des de bărbați, raportul în Republica Moldova fiind de 1 la 5.

Toate cercetările efectuate demonstrează că actele suicidare au avut următoarele cauze:

- 1) în 10 familii — dificultăți de ordin material, incapacitatea de a-și asigura familia cu minimumul necesar;
- 2) în 9 familii — probleme personale și familiale (3 cazuri — conflicte intrafamiliale; 2 cazuri — adulterul; 1 caz — povara singurătății; 1 caz — divorțul; 2 cazuri — dragoste neîmpărtășită);
- 3) în 4 familii — probleme cauzate de starea sănătății (2 cazuri — boala psihică; 1 caz — cancerul; 1 caz — impotența sexuală a bărbatului);
- 4) în 2 familii — probleme declanșate de comportamentul asocial (1 caz — pedeapsa penală pentru omor; 1 caz — graviditatea nedorită a adolescentei).

Conflictele personale și familiale sunt, deseori, asociate cu problemele materiale, deoarece tocmai lipsa de bani generează conflicte în familie, în special în familiile tinere, unde, adesea, principalele valori orientative nu sunt dragostea și respectul reciproc, ci banii. După toate probabilitățile, în anii '80 oamenii nu acordau atâta atenție problemelor materiale, deoarece erau protejați în plan social, datorită cărui fapt suicidele cauzate de dificultățile materiale se aflau pe ultimul loc, și nu pe primul, ca în prezent. Prin urmare, putem conchide că starea mediului familial, a celui creat în colectivul de muncă, gradul de respectare a echității sociale, nivelul bunăstării materiale și alte condiții influențează, în mare parte, comportamentul omului.

Conform datelor statistice procentajul mărit al manifestărilor de violență le revine persoanelor cu un grad mai scăzut al nivelului de studii. Cu cât o persoană este mai puțin supusă unei evoluții spirituale, cu atât comportamentul său față de aproapele este mai puțin stabil. De regula, crearea unei familii începe foarte frumos: cu declarații de dragoste, cu un „da” în fața altarului, cu gânduri senine spre un viitor fericit. Dar realitatea de zi cu zi, lipsa mijloacelor financiare, greutățile apărute pe parcurs îi face pe mulți care nu demult și-au jurat credință, dragoste și devotament să-și schimbe comportamentul. Violența în familie a devenit o problemă socială, care cu regret, se complică pe an ce trece. Dacă multe din organizațiile non-guvernamentale încearcă să facă ceva pentru combaterea violenței în familie, cu atât mai mult noi, cei care optăm pentru valori morale sănătoase, trebuie să ne implicăm în prevenirea și combaterea violenței în familie. Un studiu realizat recent de către Forul organizațiilor de femei din Republica Moldova arată că 98 la sută dintre cei chestionați au confirmat prezența tratamentului brutal în familie, 70 la sută consideră că societatea tratează

violența în familie ca o normă, iar 52% au relatat că printre prietenii lor sunt femei supuse violenței în familie, 68 la suta dintre cei chestionați( victime ale violenței în familie) — au răspuns că nu știu unde se pot adresa după ajutor.

Cu referire la **numărul femeilor afectate** de violența domestică, vom preciza că nu există o statistică unică (nemaivorbind de una la nivel național), fiecare organizație făcând trimitere fie la cifrele proprii (având ca sistem de referință beneficiarele cărora le-au acordat asistență), fie la unele rapoarte/sondaje de opinie. De exemplu, un studiu realizat de *Winrock International* în Moldova — „Femeile în situații de risc din Republica Moldova“ — menționează că circa 41% din femei au fost afectate de violență în familie cel puțin o dată în viață sau fiecare a patra femeie suferă de violență; 20% din femei nu pot lua nici o decizie fără voia/acceptul bărbatului. Același studiu precizează că rata globală a violenței în familie, estimată pe durata întregii vieți, este semnificativ ridicată pentru femeile cu vârsta cuprinsă între 25 și 35 de ani. Rata violenței este, de asemenea, mai ridicată pentru femeile cu studii neterminate, precum și pentru femeile din zonele de nord și de sud ale republicii, adică din zonele rurale. Ponderea femeilor cu copii afectate de violență în familie este mai înaltă decât cea a femeilor fără copii. Este important de menționat că cea mai răspândită formă de violență domestică în Moldova o constituie violența psihologică, însoțită de toate celelalte forme de violență enumerate. 39% dintre femei care s-au declarat victime ale violenței, au menționat că violența psihologică este cea mai dureroasă.

De asemenea, UNICEF a realizat un studiu care se referă mai mult la abuzarea copilului în familie și în școală (un studiu demografic și de sănătate, realizat în 2009), care a cuprins un eșantion de 1.620 copii cu vârsta între 10-18 ani (adică elevi) și 630 de părinți, fiind unul reprezentativ atât din punct de vedere geografic, cât și ca vârstă și sex. 20% dintre copiii intervievați spun că suferă de violență verbală, 10% dintre părinți recunosc că își abuzează emoțional și psihologic copii; 25% din numărul copiilor participanți la sondaj mărturisesc că sunt abuzați fizic sau bătuți de către părinți, 7% dintre părinți recunosc că-și palmuiesc copii, iar alte 4% — că îi și bat des. Dintre elevii intervievați 10% spun că sunt nevoiți să lipsească de la școală 1—2 săptămâni pe an pentru că părinții „îi pun la lucru în gospodărie“, fapt care constituie o încălcare a drepturilor copiilor. Acest lucru li se întâmplă de 2 ori mai des băieților decât fetelor, se mai arată în studiul realizat de UNICEF. Când despre abuzul sexual, 10% dintre copii au mărturisit că au fost supuși diferitelor forme de agresiune sexuală (fie că au fost impuși să privească filme porno, fie că au fost molestați). Circa 10% dintre cei supuși agresiunii sexuale au menționat că au avut o asemenea experiență nu osingură dată. În sfârșit, fiecare al zecelea copil este pedepsit cel puțin cu o palmă de mai multe ori pe an. Studiul demografic și de sănătate (realizat în 2008) denotă că aproximativ una din patru femei (27%) a trecut prin violență de la vârsta de 15 ani și circa 13% au suferit de violență în ultimele 12 luni, precedente studiului. Cel mai des în calitate de agresor este soțul (69%) și mai rar tatăl/tatăl vitreg (14%) ori mama/mama vitrega (7%).

Din cele menționate mai sus conchidem că numărul de suicid este mult mai mare în rândul copiilor maltratați. Avînd în vedere situația de fapt care are loc pe întreg globul pămîntesc și aici putem include situația financiară, cea demografică cît și „statutul” sentimental al fiecărei familii în parte, în ansamblu, toate acestea au generat apariția unui curent nou în rândul tinerilor care poartă denumirea de „emo”-un trend care adesea promovează hipersensibilitatea.

Cum se identifică un emo-kid? La început (1985—1994) termenul de emo era folosit în muzică, acesta fiind un subgen al rockului. Pe parcursul anilor, acest cuvînt cunoaște un domeniu vast de întrebuițări. Ascultătorii acestui gen de muzică au devenit emo-kids, felul în care se îmbracă a devenit emo-style, felul în care se machiază emo make-up iar modul în care reacționează emo-acting. Se îmbracă exclusiv în negru, sunt teribiliști și le place să-și picteze unghiile în negru. Moda emo s-a schimbat în timp. Trendul inițial prevedea păr simplu, fără cărare, pulovere strâmte, cămașă și geacă. Această modă a fost uneori caracterizată ca fiind un simplu moft, un capriciu. Recent, trendul emo este asociat cu un stereotip ce constă în a fi emoțional, sensibil, timid, introvertit, anxios. Mai este asociat și cu stări de depresie, tendințe de auto-provocare de răni, chiar și sinucidere. Pe lîngă toate acestea, adepții acestui curent își exteriorizează nemulțumirea prin introvertire. Ei susțin că lumea este prea dură pentru existența lor iar neînțelegerea celor din jur îi fac să-și pună capăt zilelor. Astfel, în martie 2009 o fetiță emo de numai 12 ani s-a sinucis și acesta nu este unicul caz. În fine, considerăm că violența în familie și suicidul sunt în interdependență directă cu acest curent deoarece anume în aceste familii lipsite de dragoste și afecțiune apar emo kids și prin urmare crește și numărul de suiciduri.

În concluzie putem invoca un protest, care ar fi în stare să diminueze acești factori distructivi ai societății, care obligă unele persoane să renunțe la cel mai frumos dar, la viață, acest cuvînt care dă un început și nicidecum un sfîrșit! Prudența în astfel de situații excepționale face casă bună cu strigătul după ajutor, ori în asemenea situații latura angelică trebuie să se trezească în fiecare din noi. Să ajutam aceste persoane care ajung la cumpăna dintre lumi, să le îndrumăm spre o cale mai bună, să le arătăm că nu totul este pierdut și că încă mai există o șansă.-o șansă care dă naștere la o nouă viață, la o nouă personalitate și ,de ce nu-la o nouă lume.

### ***Literatura selectivă***

1. Constituția RM, din 29.07.1994.
2. Legea cu privire la prevenirea și combaterea violenței în familie, din 18.09.2008.
3. Hotărîrea guvernului cu privire la unele măsuri de contracarare a propagării pornografiei, sadismului și a cultului violenței, din 30.06.1993.
4. Declarația Universală a Drepturilor Omului, din 10.12.1948.
5. N. Mitrofan, T. Butoi. Psihologia judiciară. București, 1998.
6. Sv. Rusnac. Psihologia dreptului. Chișinău, 2002.

# RĂSPUNDEREA PENALĂ ÎN CAZUL EXECUTĂRII ORDINULUI DAT ÎN CADRUL SERVICIULUI MILITAR SAU CELUI SIMILAR CU SERVICIUL MILITAR

Xenofon ULIANOVSKI, doctor, conferențiar universitar

*The execution of the order or criminal available given by any chief is dangerous, but, especially dangerous is the execution of the order or criminal available given by the chief or superior military, especially while the war or battle conditions, because taking into consideration the peculiar military service or another job, similar with that military, these orders may be very dangerous, but their execution, it depends on the situation, can have very serious consequences.*

*Executarea ordinului sau dispoziției infracționale date de orice șef este periculoasă, însă, în deosebi de periculoasă este executarea ordinului sau dispoziției infracționale date de șeful sau superiorul militar, mai ales în timp de război sau în condiții de luptă, deoarece, ținând cont de specificul serviciului militar sau de alt serviciu, similar cu cel militar, aceste ordine pot fi extrem de periculoase, iar executarea lor, în dependență de situații, poate avea consecințe extrem de nefaste.*

Anume din acest punct de vedere, se duc discuții cu privire la executarea sau neexecutarea ordinului superiorului pe parcursul a mai multor decenii, tratamentul lor juridic fiind diferit.

În ultimul timp, în majoritatea țărilor democratice dezvoltate o răspândire largă și o reglementare respectivă în legislație a căpătat doctrina „baionetelor inteligente.“ Sensul acestei doctrine constă în aceea că persoana, care se află în serviciul în unitățile înarmate ale puterii de stat (în special militarii, colaboratorii organelor de protecție a ordinii publice și a securității de stat etc.) nu trebuie să se supună orbește indicațiilor și cerințelor șefilor (comandanților) lor, dar sunt obligați să refuze, sub amenințarea sancționării lor, executarea ordinelor vădit ilegale.

Un impuls puternic acestor doctrine și prevederi legale a fost dat de către șirul de procese penale, care au avut loc după cel de-al II-lea Război mondial în privința criminalilor de război din țările axei „Berlin-Roma-Tokio<sup>1</sup>.“ Aici se poate de amintit, de exemplu, norma prevăzută în art.8 al *Statutului Tribunalului Internațional penal de la Nurnberg*, format, în corespundere cu Acordul dintre guvernele URSS, SUA, Marea

---

1 Statutul Tribunalului de la Nurnberg și Специальная прокламация, учреждающая Международный Военный Трибунал для Дальнего Востока, Токио, 19.01.1946, Устав Международного Военного Трибунала для Дальнего Востока, din A. Barbaneagra, Infracțiunile contra păcii și securității omenirii, Chișinău, 2005, pag. 220.

Britanie și Franța la 8 august 1945 cu privire la urmărirea judiciară și pedepsirea principalilor criminali de război în timpul celui de-al II-lea război mondial, conform căruia „faptul că inculpații au acționat în conformitate cu dispozițiile guvernului și a ordinului superiorilor (șefilor), nu exonerează aceste persoane de răspundere, însă aceasta poate să servească drept temei de atenuare a pedepsei, dacă Curtea va recunoaște că aceasta este dictată de interesele justiției“.<sup>1</sup>

După cum se știe, în aceste procese au fost respinse tentativele inculpaților de a se sustrage de la răspundere pentru încălcările grave a regulilor și obiceiurilor de ducere a războiului, care făceau trimitere la obligațiune lor de a executa ordinele respective date de superiori.

Unii inculpați motivau cele săvârșite prin situații de extremă necesitate, prin faptul că dânsii erau puși în fața unei grave alegeri morale: ori să execute ordinele vădit infracționale, ori să fie supuși pedepsei cu moartea pentru neexecutarea acestor ordine.

Totuși, dreptul trebuie să se orienteze la imperativele morale omenești: nu se poate să-ți cumperi (salvezi) propria viață în schimbul și cu prețul altei vieți, fără a fi pedepsit pentru aceasta.<sup>2</sup>

Doctrina „baionetelor inteligente,“ care este un element component al modelului „statului de drept,“ și-a găsit reflecție nu doar în legislația națională a multor țări, dar și într-un număr mare de documente internaționale cu caracter obligatoriu, cât și cele cu caracter de recomandare<sup>3</sup>.

De asemenea, considerăm că prin prevederile art.2 p.2 al *Convenției împotriva torturii și altor pedepse ori tratamente cu cruzime, inumane și degradante din 10 decembrie 1984*,<sup>4</sup> care indică că nici o împrejurare excepțională, oricare ar fi ea, fie că este starea de război sau amenințare cu războiul, de instabilitate politică internă sau de orice altă stare de excepție, nu poate fi invocată pentru a justifica tortura, se subînțelege și executarea ordinului superiorului, care, cu privire la tortură, este oricând vădit ilegal și infracțional.

Astfel, Convenția susindicată, cu toate că nu face referință directă la ordinul superiorului, vorbind despre orice altă stare de excepție, care nu poate fi invocată pentru a justifica tortura, are în vedere și ordinul șefului sau superiorului.

- 1 Нюрнбергский процесс, Сборник материалов в 8 томах, Vol. I, Moscova, pag.144—153.
- 2 Полторак А.И., Нюрнбергский процесс (Основные правовые проблемы), Moscova 1966, pag. 75—87.
- 3 De exemplu, o norma despre aceea că executarea ordinului nu poate fi temei de a îndreptăți o infracțiune vădită a fost prevăzută în *Regulamentul despre organizarea, pe baze democratice, a Poliției Naționale civile*, care servește ca parte componentă a Acordului de Pace, încheiat cu concursul ONU la 16 ianuarie 1992 între Guvernul Salvadorului și Frontul de Eliberare națională în numele lui Farabundo Marti. *El Salvador Agreements: The Path to Peace*, New York, 1992, pag.136.
- 4 Convenția împotriva torturii și altor pedepse ori tratamente cu cruzime, inumane și degradante din 10 decembrie 1984, Republica Moldova a aderat la această convenție prin Hotărârea Parlamentului nr.473-XIII din 31 mai 1995, Publicată în ediția oficială „Tratate internaționale“, 1998, Vol.1, pag.129.

Considerăm că aceste prevederi sunt obligatorii pentru toate statele care au ratificat această Convenție și sunt membre ale ONU, cât și pentru celelalte state, care, eventual, n-au ratificat această convenție<sup>1</sup>.

Dacă prevederile convenției susindicate sunt obligatorii pentru toate statele membre ale ONU, atunci, în calitate de norme internaționale, cu caracter de recomandare în materia discutată, pot servi prevederile ce se conțin în *Principiile fundamentale de aplicare a forței și armelor de foc de către persoanele cu funcții de răspundere în cadrul menținerii ordinii publice, adoptate de ONU în 1990*.<sup>2</sup>

În p.26 al acestui document, adoptat la Congresul VII al ONU cu privire la prevenirea infraționalității și comportamentului cu contravenienții, care a avut loc la Havana, în perioada 27.08—7.09.1990, și care a dezvoltat regulile, stabilite prin *Codul de comportament a persoanelor cu funcții de răspundere în domeniul menținerii ordinii publice*,<sup>3</sup> se stipulează „Executarea ordinelor superiorilor, persoanelor cu funcții de răspundere nu poate servi temei de îndreptățire, dacă persoanele cu funcții de răspundere în domeniul menținerii ordinii publice cunoșteau despre ilegalitatea vădită a acestor ordine cu privire la aplicarea forței sau a armelor de foc, care a dus la cauzarea decesului sau a unor răni serioase a unor persoane, având posibilitatea rațională de a refuza executarea unui asemenea ordin. În orice caz, răspunderea va fi impusă și persoanelor cu funcții de răspundere superioare, care au dat aceste ordine ilegale“.

Cât privește însăși *Codul de comportament a persoanelor cu funcții de răspundere în domeniul menținerii ordinii publice*, în el, printre alte prevederi, este inclusă obligațiunea acestor persoane să stimeze și să respecte legile și acest Cod și să folosească toate posibilitățile pentru preîntâmpinarea și persecutarea oricăror asemenea încălcări.

Termenul „persoanele de răspundere pentru menținerea ordinii publice“ include toate persoanele cu funcții de răspundere numite sau alese, care sunt legate cu aplicarea dreptului și care au competențe polițienești, în special competențe de reținere a contravenienților (infractorilor).

Conform art.8 al Codului susindicat, persoanele cu funcții de răspundere, care au temei să presupună că încălcările prevederilor acestui Cod au avut loc sau vor avea loc, trebuie să comunice despre aceasta instanțelor superioare sau superiorilor iar în caz de necesitate, altor instanțe competente sau organe, care au competența de supraveghere și control legal.

---

1 X. Ulianoschi, Unele sugestii cu privire la constituționalitatea Statutului Curții Penale Internaționale (CPI). Aspecte militare ale Statutului CPI. Avocatul Poporului, nr. 8—9, 2007, pag.12—13)

2 Principiile fundamentale de aplicare a forței și armelor de foc de către persoanele cu funcții de răspundere în cadrul menținerii ordinii publice, adoptate de ONU în 1990, Documentele ONU, A/CONF. 144/28, 1990, 5 october, pag. 124—129.

3 Codul de comportament a persoanelor cu funcții de răspundere în domeniul menținerii ordinii publice, adoptat prin Rezoluția Asambleei Generale a ONU nr. 34/169 din 17.12.1979 // *Международная защита прав и свобод человека, Сборник документов*, Moscova 1990, pag. 319—325.

În Documentul Final al Întrunirii de la Viena a reprezentanților statelor — participante la Consfătuirea pentru securitate și colaborare în Europa (OSCE), semnat la 15.01.1989, se conține un punct cu privire la respectarea obligatorie a Codului de comportament a persoanelor cu funcții de răspundere în domeniul menținerii ordinii publice.

Conform prevederilor Codului, „nici o persoană cu funcții de răspundere în domeniul menținerii ordinii publice nu poate să facă trimitere la cerințele sau dispozițiile superiorilor pentru a îndreptați tortura sau alte comportamente crude, inumane sau degradante față de alte persoane.“

Cu toate că acest Cod are caracter de recomandare, considerăm că pentru R. Moldova, ca participantă la OSCE, prevederile Codului susindicat au caracter nu de recomandare, ci de obligații moral-politice și juridice.

Dispoziții analogice se conțin în *Declarația cu privire la Poliție, care a fost adoptată la 8 mai 1979 de către Adunarea Parlamentară a Consiliului Europei*.

Conform art.4 al acestei Declarații, colaboratorul de poliție trebuie să se abțină de la executarea oricărui ordin, care, după cum el înțelege sau crede, este ilegal.

Potrivit art.3 al Declarației, colaboratorul de poliție este obligat să se împotrivească oricărui ordin sau dispoziții, care conține în sine încălcarea unei interziceri absolute la săvârșirea de execuții arbitrare, torturi sau alte tratamente sau pedepse inumane și neomenoase.

În așa caz, în privința lui nu poate fi pornită urmărirea penală sau disciplinară (art. 7).

Procesele de democratizare care a început în mijlocul anilor '80 ai sec. XX în țările Europei Centrale și de Vest, cât și în ex-URSS au dus la renașterea în aceste țări a interesului practic și științific față de doctrina „baionetelor inteligente“.

De exemplu, în art. 58 al Legii Poloniei din 6 aprilie 1990 „*Despre poliție*”<sup>1</sup> este inclusă următoarea prevedere: „Polițistul este obligat să refuze executarea ordinului sau a dispoziției acestuia, cât și ordinele Procurorului, a organului administrativ sau a organelor autorităților publice locale, dacă executarea acestui ordin sau a dispoziției este însoțită de săvârșirea infracțiunii.” Despre refuzul de a executa un asemenea ordin sau dispoziție polițistul este obligat să anunțe, ocolind rangurile de serviciu obișnuite, Comandantului Principal al Poliției.

În ceea ce privește ex-URSS, atunci procesul de restabilire în ea a consolidării legislative a bazei doctrinei examinate în teza dată, decurgea foarte dificil, inclusiv din cauza luptei politice foarte acute desfășurată în țară, care se petrecea pe fundalul creșterii accelerate a spiritelor naționale, care au dus în rezultat la dezintegrarea URSS ca țară federativă (pe bază națională).

Este vorba anume de restabilirea reglementării legislative a bazelor și odinei de neîndeplinire a ordinului ilegal, întrucât există deja o experiență națională cu privire la asemenea reglementare.

1 Dziennik Ustaw, Warszawa, 1990, nr.30, Poz. 179, citat după Артамонов Н.В., Орлов Г.В., Проблемы правового статуса военнослужащих СССР // Советское государство и право, 1990, nr.11, pag.51.

Vom menționa, că încă în „articolele militare“ din timpul lui Petru I se explica, că executării este supus doar ordinul „cuvincios și util statului“. Statutul disciplinar al Armatei Roșii Muncitorești-țăărănești din anul 1919, impunea subalternul să nu execute ordinul vădit infracțional și să raporteze imediat despre aceasta la comandă. Și Statutul disciplinar provizoriu din 1925 conținea o condiție de neexecutare a ordinului vădit infracțional al comandantului<sup>1</sup>.

De asemenea prezintă interes experiența reglementării juridico-legale a activității miliției sovietice.

Așa în conformitate cu §7 al decretului „ВЦИК“ al RFSR din 10 iunie 1920 „Despre miliția muncitorească-țăărănească (Regulament)“<sup>2</sup> în miliție s-a introdus disciplina militară și subordonarea, totodată miliția se conducea de statutele și dispozițiile, adoptate pentru Armata Roșie. În p.1 al Regulamentului despre serviciul în miliția muncitor-țăărănească, aprobat prin decretul „ВЦИК“ și „ЧК“ al RFSSR din 25 septembrie 1925<sup>3</sup>, era prevăzut special, că lucrătorul miliției care a primit un ordin vădit infracțional, este obligat, neexecutându-l, să raporteze imediat următorului șef superior, în ordinea subordonării și în cazuri necesare să comunice despre aceasta organului guvernamental corespunzător, conducându-se de necesitatea de a preîntâmpina rapid o eventuală infracțiune<sup>4</sup>. Dacă însă, ordinul primit, după părerea lucrătorului miliției, nu era totuși infracțional, dar cu toate acestea necorespunzător prevederilor legale, atunci el, milițianul, se obliga să raporteze despre aceasta șefului, care a dat ordinul, și după confirmarea ordinului — să-l îndeplinească. La îndeplinirea întocmai de către lucrătorul miliției a ordinului, dat de șef la serviciu, ultimul trebuia singur să răspundă pentru consecințele ordinului său, în afară de cazul de executare a ordinului infracțional, când împreună cu șeful care a dat ordinul, răspunderea o purta de asemenea și subalternul, care l-a executat<sup>5</sup>. În conformitate cu p.33 a Regulamentului miliției muncitorești-țăărănești, adoptat prin Hotărârea „ЧК“ a

1 Артамонов Н.В., Орлов Г.В., Проблемы правового статуса военнослужащих СССР // Советское государство и право, 1990, nr.11, pag.51.

2 Сборник законодательства РСФСР, 1920, nr. 79, pag. 371.

3 Сборник законодательства РСФСР, 1925, nr. 68 па. 539.

4 Responsabilitatea de a îndeplini toate ordinele și dispozițiile de serviciu a șefilor săi, în afară de acelea infracționale, era inclus în textul declarației, pe care o dădea fiecare, care se încadra în serviciu în miliție. În conformitate cu p.17 al Statutului disciplinar al miliției muncitorești-țăărănească, aprobată de „КВД“, la 7 iulie 1926, în coordonare cu „Наркомюст РСФСР“, „Наркомтруд РСФСР“ и „ВЦПС“, despre primirea ordinului, care dispune să se săvârșească un act criminal, colaboratorul miliției era obligat să raporteze imediat despre aceasta următorului șef superior în ordinea subordonării sau organului de supraveghere al procuraturii sau din lipsa acestora, să declare președintelui sau unui membru celui mai apropiat comitet executiv, în Действующие распоряжения милиции. 2-е издание, Москва, 1928, pag. 515—521.

5 Situația dată a fost redată în p.14 al Regulilor serviciului interior al miliției, aprobate de „НКВД“ la 5 martie 1926. în Действующие распоряжения милиции, 1926, pag. 466—483, dar nu este inclusă în Statutul Disciplinar din 1926.



URSS din 25 mai 1931<sup>1</sup>, lucrătorilor miliției li se interzicea să îndeplinească nu numai ordinele infracționale, dar și oricare alte ordine de serviciu ale șefilor săi, evident ilegale. Subalternul, care încălca interdicția absolută de a îndeplini ordinul evident ilegal, purta răspundere pentru aceasta împreună cu șeful care a dat ordinul.

În rezultat, dispoziția cu caracter democratic despre neîndeplinirea ordinului ilegal a fost exclusă din actele normative de drept, care reglementau întrebările disciplinei în „detașamentelor înarmate“ ale puterii de stat. Statul totalitar avea nevoie de o subordonare totală a executorilor.

Rolul de catalizator de căutare, de către puterile democratice din mijlocul anilor 80, a soluțiilor de rezolvare a reglementării îndeplinirii legale a ordinului, l-a jucat aplicarea forței de către armată și organele de drept împotriva demonstranților într-un șir de orașe ale ex-URSS (Alma-Ata, Tbilisi, Bacu, Vilinus etc.), ce a dus la nenumărate victime și a stârnit discuții înverșunate în republici aparte și în URSS în întregime, referitor la legalitatea și oportunitatea acțiunilor întreprinse. S-a conștientizat existența lacunelor în reglementarea legislativă a multor întrebări ce țin de activitatea forțelor de menținere a ordinii publice în condițiile democrației.

De exemplu, în Hotărârea Congresului deputaților norodnici a URSS din 24 decembrie 1989, în discursul Comisiei de cercetare a evenimentelor ce au avut loc în or. Tbilisi la 9 aprilie 1989, se atrăgea atenție la „lipsa unei reglementări legislative precise a ordinii și practicii de folosire a forțelor armate pentru rezolvarea conflictelor interne“<sup>2</sup>.

Totuși, legislativul unional așa și nu a găsit de cuviință să includă o normă specială, care să reflecte doctrina „baionetelor inteligente“, în noile Baze ale legislației penale a Uniunii RSS și republicilor sovietice.<sup>3</sup>

Asemenea normă lipsea și în astfel de acte unionale, adoptate cu scopul reglementării activității forțelor de menținere a ordinii publice, cum ar fi Legea URSS din 26 martie 1990, „Despre obligațiunile și drepturile organelor interne a Ministerului afacerilor interne a URSS la menținerea ordinii publice“<sup>4</sup>, Legea URSS din 6 martie 1991 „Despre miliția sovietică“<sup>5</sup> și Legea URSS din 16 mai 1991 „Despre organele securității de stat în URSS“<sup>6</sup>.

În reglementarea unională a relațiilor militare, până în ultimul timp continua să domine regula (deși cu evidența principiului general al legalității — art.4 al

---

1 Сборник законодательства СССР, 1931 nr. 33, pag. 247.

2 *Buletinul Congresului deputaților norodnici ai URSS și Sovietului Suprem al URSS*, 1989, nr. 29, art. 578.

3 *Buletinul Congresului deputaților norodnici ai URSS și Sovietului Suprem al URSS*, 1991 nr. 30, art. 862.

4 *Buletinul Congresului deputaților norodnici ai URSS și Sovietului Suprem al URSS*, 1990, nr. 14, art. 133.

5 *Buletinul Congresului deputaților norodnici ai URSS și Sovietului Suprem al URSS*, 1991, nr. 12, art. 319.

6 *Buletinul Congresului deputaților norodnici ai URSS și Sovietului Suprem al URSS*, nr. 22, art. 630.

Constituției URSS), expusă și în art. 6 al Statutului disciplinar al Forțelor Armate a URSS<sup>1</sup>: „Ordinul comandantului (șefului) — este lege pentru subalterni. Ordinul trebuie să fie îndeplinit necondiționat, exact și în termen“.

Totuși, unul din ultimele acte ale Președintelui URSS, emis cu puțin timp înainte de destrămarea URSS, art. 6 al Statutului a fost puțin corectat. Din text a fost exclusă dispoziția cu privire la faptul, că ordinul șefului este lege pentru subalterni, și este adăugat, că comandantul (șeful) poartă răspundere pentru legalitatea ordinului dat de el și consecințele executării lui. În afară de aceasta, militarul a obținut dreptul de a „concretiza conținutul ordinului și ordinea de executare a lui“<sup>2</sup>.

În actele normative de drept unionale, care reglementează activitatea organelor afacerilor interne, în care este stabilită disciplina militară, regula „ordinul șefului-lege pentru subaltern“ este exprimată de asemenea destul de clar.

În textul Jurământului efectivului de rând și de conducere a organelor afacerilor interne<sup>3</sup>, se conținea jurământul de a îndeplini necondiționat cerințele ordinelor.

În Statutul disciplinar al organelor afacerilor interne<sup>4</sup> era prevăzut, că ordinul șefului trebuie să fie îndeplinit necondiționat, exact și în termen (art.10). O situație analogică se conținea și în p.8 al Statutului serviciului interior al organelor afacerilor interne<sup>5</sup>.

Constatând insuficiența vizibilă a reglementării legislative unionale a întrebărilor privind răspunderea pentru darea ordinului ilegal și îndeplinirea lui (dar în prezența unor obligațiuni definite internaționale de drept ale URSS în această privință<sup>6</sup>), e necesar de menționat și studierea științifică slabă a acestor probleme. Aceasta se poate de arătat pe exemplul comentariului la art. 2 al Legii URSS din 1958 despre răspunderea penală pentru infracțiunile militare<sup>7</sup> (art. 238 C.pen. al RFSSR și articolele corespunzătoare în C.pen. ale altor republici), în care, se stabilește răspunderea pentru așa infracțiune militară, considerată gravă, cum ar fi nesupunerea. În unele publicații

---

1 Aprobata prin Decretul Prezidiumului Sovietului Suprem al URSS din 30 iulie 1975 (Buletinul Sovietului Suprem al URSS. 1975 nr. 33. art. 495)

2 *Decretul Prezidiumului Sovietului Suprem al URSS din 13 decembrie 1991 „Despre introducerea modificărilor în Statutul disciplinar a Forțelor armate a URSS“* // Buletinul Congresului deputaților norodnici ai URSS și Sovietului Suprem al URSS. 1991 nr. 51, art. 1483. Este de menționat că în proiectul Decretului dat, întocmit în Ministerul apărării al URSS, se prevedea, după comunicatele de presă, interdicția directă asupra îndeplinirii ordinelor evident infracționale, Известия, 25 octombrie 1991.

3 Aprobata prin *Decretul Prezidiumului Sovietului Suprem al URSS* din 23 octombrie 1973 (Buletinul Sovietului URSS, 1973. nr. 43. art. 603).

4 Aprobata prin *Decretul Prezidiumului Sovietului Suprem al URSS* din 3 mai 1984 (Buletinul Sovietului URSS, 1984. nr. 19. art. 342).

5 Aprobata prin *Ordinul MAI al URSS* din 6 martie 1979, nr. 80.

6 *Convenția împotriva torturilor și patru convenții de la Geneva din 1949 despre apărarea victimelor de război* // Culegerea de tratate în vigoare, înțelegeri și convenții, încheiate de URSS cu țările străine. Ediția XVI. Moscova, 1957.

7 *Buletinul Sovietului Suprem al URSS*, 1959. nr. 1, art. 10; 1973. nr. 48. art. 679; 1983 nr. 51 art. 784.

întrebarea despre neîndeplinirea ordinului ilegal este în general trecută cu tăcerea<sup>1</sup>, în altele se conține observația generală, că „statul protejează doar asemenea ordine ale șefului, care se dau în ordinea serviciului și în interesele lui”<sup>2</sup>, și doar în puține lucrări se vorbește despre răspunderea pentru darea și executarea ordinului infracțional<sup>3</sup>.

Cu toate acestea, autorii proiectului Legii URSS „Despre statutul militarilor”<sup>4</sup> au formulat în art.27 norma despre obligațiunea militarilor de a se supune necondiționat comandanților (șefilor), exact și în termen să îndeplinească ordinele și dispozițiile, în afară de cele infracționale. Totuși aici apare o întrebare: oare alte ordine ilegale, în afară de cele infracționale, trebuie să se execute?

Mai multe schimbări pozitive au avut loc în legislațiile republicane. Așa, la elaborarea în unele republici a legilor cu privire la miliție (poliție), în ele au fost incluse normele de neîndeplinire a ordinelor ilegale. Prima țară care a făcut aceasta a fost Estonia, care în Legea din 20 septembrie 1990 „Despre poliție”<sup>5</sup> reglementează că „în cazul când colaboratorului de poliție i s-au dat ordine sau dispoziții ce contravin legii, atunci el se conduce de lege” (art.20 p.5) și că îndeplinirea ordinului sau dispoziției ilegale nu eliberează colaboratorul poliției de răspundere (art.21 p.2). Dispoziții asemănătoare au fost introduse mai apoi în legile, adoptate în unele republici, care intrau în componența URSS<sup>6</sup>.

Nu a fost trecută cu atenția această întrebare nici în legislația rusă.

În conformitate cu Legea Federației Ruse din 18 aprilie 1991 „Despre miliție”<sup>7</sup> la primirea ordinului sau indicației, care evident contravine legii, lucrătorul miliției trebuie să se conducă de lege (art.25 alin.3)<sup>8</sup>.

1 Комментарий к Уголовному Кодексу РСФСР, Москва, 1984, art. 485—487.

2 А. Горный, Соцзаконность и военный порядок, Москва, 1973, pag. 95; Командиру о военном уголовном законодательстве Москва, 1983, pag. 36

3 А. Горный, Закон об уголовной ответственности за воинские преступления, Комментарий, Moscova, 1986. pag. 25.

4 Советское государство и право, Москва, 1990. nr. 1, pag. 51—60.

5 *Buletinul Republicii Estonia*, 1990. nr. 10, art. 113.

6 Spre exemplu, art. 40 Legii lituaniene din 11 decembrie 1990 „Despre poliție,” // *Buletinul Sovietului Suprem și Guvernului Republicii Lituaniene*. 1991 nr. 2, art. 22; art. 24 al Legii bielorusă din 26 februarie 1991 „Despre poliție” // *Buletinul Sovietului Suprem al RSS Bielorusă*. 1991, nr. 13, art. 150.

7 *Buletinul Congresului deputaților norodnici a RFSSR și Sovietului Suprem al RFSSR*. 1991, nr.16, art.503.

8 O normă analogică se conține și în p. 4 art.15 al Legii FR din 8 iulie 1992 „Despre organele federale a securității de stat” // *Buletinul Congresului deputaților norodnici a Federației Ruse și Sovietului Suprem al Federației Ruse*. 1992, nr. 32, art. 1871. Mai amplu, după părerea noastră, sunt formulate dispozițiile art. 11 a Legii Republicii Kazahstan din 23 iunie 1992 „Despre organele afacerilor interne ale Republicii Kazahstan”: „În cazul, când lucrătorului organelor afacerilor interne i s-au dat ordine și dispoziții care evident contravin legii, el se conduce de lege și se află sub protecția ei. Îndeplinirea conștientă a ordinului sau dispoziției ilegale nu-l eliberează pe colaboratorul afacerilor interne de răspundere. Răspundere pentru ordinul ilegal, dispoziție, poartă de asemenea persoana cu funcții de răspundere care l-a dat.” (*Consiliul Kazahstanului*, 17 iulie 1992).

În conformitate cu art.14 alin.3 al *Legii* din 13 martie 1992 *despre activitatea operativă de investigare în Federația Rusă* la primirea ordinului sau indicațiilor ce contravin legii, persoana cu funcție de răspundere a organului, care realizează activitatea de investigare operativă, „este obligată să se conducă de lege, iar dacă are motive să presupună, că în rezultatul executării ordinului sau indicației poate sau putea fi săvârșită o infracțiune — să comunice despre aceasta în organele superioare sau procuratură“<sup>1</sup>.

Însă, spre deosebire de legislația anterioară, interdicția directă de a executa ordinele ilegale nu este inclusă în *Legea* din 24 septembrie 1992 *despre forțele interne ale Ministerului Afacerilor Interne a Federației Ruse*.<sup>2</sup>

Mai târziu, în anul 1996, în Noul Cod Penal, legiuitorul rus a introdus art.42, care indică că executarea ordinului sau dispoziției, în anumite împrejurări descrise în dispoziția acestui articol, servește drept cauză ce înlătură caracterul penal al fetei.<sup>3</sup>

Mai mult ca atât, obligațiunea de neexecutare a ordinului infracțional intră acum în numărul obligațiunilor constituționale ale cetățenilor Rusiei. Art.67/4 alin.(3), introdus în Constituția Federației Ruse prin *Legea* din 21 aprilie 1992<sup>4</sup>, stipulează: „Îndeplinirea ordinului vădit infracțional atrage după sine răspunderea conform legii“<sup>5</sup>.

Evident, că întărirea normativă de drept a dispozițiilor generale a doctrinei „baionetelor inteligente“ nu rezolvă, de sinestătător toate problemele.

După cum se cunoaște, practica de pronunțare și executare a hotărârilor, indicațiilor și ordinelor ilegale a luat în țara noastră proporții, care amenință însăși statul, mai ales în condițiile de criză a sistemului de drept, apariția tristă a căreia este așa numita „luptă a legilor“, și de asemenea nivelul extrem de scăzut al culturii juridice atât a cadrelor de conducere, cât și a executorilor.

Evident, că în mare măsură comportamentul conformist al executorilor (subalternilor) este întemeiat și pe mecanismul înapoiat al protecției lor de drept, împotriva posibilităților urmării din partea șefilor, pentru nesupunerea juridică întemeiată<sup>6</sup>.

---

1 Buletinul Congresului deputaților norodnici a Federației Ruse și Sovietului Suprem al Federației Ruse. 1992, nr.17, art.892; nr. 33, art.1912.

2 Buletinul Congresului deputaților norodnici a Federației Ruse și Sovietului Suprem al Federației Ruse. 1992. nr. 42 art. 2333.

3 Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации с постановочными материалами и судебной практикой, sub redacția I.K. Volcov, Rostov pe Don, 2002, pag. 96—97.

4 Buletinul Congresului deputaților norodnici a Federației Ruse și Sovietului Suprem al Federației Ruse. 1992, nr. 20, art. 1084.

5 În comparație cu această dispoziție, pierde esențial formularea p.4 al art. 20 al proiectului Constituției, elaborat de mișcarea rusă a reformelor democratice: „Neexecutarea ordinului evident infracțional — este dreptul cetățeanului“ // Constituția Federației Ruse: Proiect. Moscova, 1992. Evident, că neexecutarea ordinului evident ilegal, și ci atât mai mult infracțional, trebuie să fie nu un drept, ci o datorie a cetățeanului.

6 Deși nu putem ca să nu menționăm tendința de întărire a asemenea mecanisme, exemplu de care sunt articolele 27 și 28 a *Legii rusești „Despre miliție“*, în conformitate cu care colaboratorii miliției au căpătat dreptul la protecția judiciară în cazul concedierii și dreptul de a se asocia în sindicate.

La întrebuițarea în practică a doctrinei examinate, apare un șir de întrebări, ce țin în primul rând de aprecierea legalității ordinului dat. Aprecierea juridică a oricărui act normativ de drept sau cu privire la drept — este un proces de meditare, cu caracter subiectiv, și rezultatul lui depind mult de nivelul general de dezvoltare și conștiința (dar prin urmare, și de pregătirea juridică) executorului, de capacitățile lui de a interpreta corect acest act și de a stabili o conexiune între conținutul ei și dispozițiile juridice în vigoare.

Urmează a considera corectă dispoziția legislativă, că ilegalitatea ordinului trebuie să fie evidentă.

Totodată apare întrebarea: ilegalitatea ordinului trebuie să fie evidentă pentru executorul dat, pentru oricare colaborator de o categorie anume în structura de stat, din care face parte el (FA, OAI, securitatea de stat, procuratură etc.), sau în general pentru cetățeanul mediu rațional?

În opinia noastră, trebuie de orientat la nivelul conștiinței de drept a colaboratorilor structurii autoritare date: poate fi supus răspunderii penale acela, care conștientiza sau trebuia să conștientizeze ilegalitatea ordinului îndeplinit de el.

Mai apare o întrebare: trebuie executorul să aprecieze legalitatea cerințelor doar a ordinului primit de el sau urmează să analizeze la obiectul legalității și documentele (inclusiv și cele normative de drept), pe baza cărora s-a emis acest ordin?

Aceasta poate fi un lanț lung de acte, inclusiv legislative, ascendente la Constituție. Nu este oare obligat executorul cu așa o analiză să reiasă din prezumția legalității actelor normative de drept, până ce alta nu va fi stabilită de către organele abilitate cu aceasta, de exemplu, în ordinea supravegherii și controlului departamental sau extradepartamental (procuraturii, judecătoresc, constituțional)?

Și toate acestea nu sânt întrebări abstract-teoretice. Să luăm ca exemplu, acțiunile miliției moscovite în timpul evenimentelor cunoscute din august 1991. Puteau oare colaboratorii de rând ai miliției să aprecieze legalitatea ordinului parvenit de a asigura respectarea *orei de comenduire*, introdusă în Moscova, în afara contextului situației și fără analiza altui număr mare de acte care aveau legătură cu cauza (ordinelor corespunzătoare ale șefilor DRMI și DGMI a Moscovei, comandantului capitalei, conducerii MAI a RFSSR și MAI a URSS, hotărârile Președintelui și Sovietului Suprem al Rusiei, documentele Comitetului de stat pe situații excepționale, și în sfârșit, decretul vice-președintelui de intrare în executarea obligațiilor Președintelui URSS)? Este evident, că în condițiile parvenirii informațiilor contradictorii despre soarta Președintelui URSS, lipsa unei proceduri constituționale de stabilire a faptului de incapacitate a președintelui de îndeplinire a funcțiilor sale și ordinii de intrare a vice-președintelui în funcția președintelui, și de asemenea conflictul de cerințe, reieșite din actele diferitor instanțe superioare, inclusiv referitor la subordonarea DGMI a Moscovei, și din punctul de vedere al analizei juridico-formale, de rezolvat problema apărută în fața colaboratorilor miliției moscovite era un lucru deloc ușor, după cum s-a menționat de mai multe ori<sup>1</sup>.

---

1 Spre exemplu: Maximov V., Când polițistul refuză să îndeplinească ordinul // *Justiția sovietică*, 1991, nr.17, pag.12.

Dar, prima analiză juridică oficială mai mult sau mai puțin amănunțită a situației a apărut de facto la sfârșitul evenimentelor<sup>1</sup>.

Ca o necesitate imperioasă se prezintă consolidarea normativă de drept a unei proceduri speciale de contestare de către executor a legalității ordinului. Asemenea procedură formală trebuie să prezinte în sine dimensiuni relative în timp și împărțită în anumite etape de rezolvare a situației de conflict în interesele serviciului și protecției drepturilor și libertăților persoanei, care pot fi încălcate în cazul executării ordinului ilegal.

Asemenea experiență există, de exemplu, în Franța. Ne vom referi la art.17 al Codului Național al eticei poliției, aprobat la 18 martie 1986, prin Decretul Prim-ministrului Franței: „Subalternul este obligat să execute dispozițiile șefului, cu excepția cazurilor, când ordinul dat este evident ilegal și poate să amenințe vreunui interes public. Dacă subalternul presupune, că are de afacere cu un astfel de ordin, el trebuie să înștiințeze șeful care a dat ordinul despre obiecțiile sale, indicând clar la aceea, ce anume consideră el ilegal în ordinul contestat“.

Dacă la confirmarea ordinului, subalternul, necătând la explicațiile sau interpretarea făcută de el, continuă să-l conteste, el raportează despre aceasta primului șef superior, la care va putea să se adreseze. Dezacordul subalternului trebuie să fie luat în considerație.

Fiecare, care nu va corespunde cerințelor indicate mai sus de refuz a îndeplinirii ordinului, atrage răspunderea persoanei participante în cauză<sup>2</sup>.

Așadar, neîndeplinirea ordinului va fi legală, dacă el va fi evident ilegal și poate să pună în pericol grav vreun interes public<sup>3</sup>. Ajungând la așa concluzie, subalternul este obligat să declare hotărât șefului despre ilegalitatea ordinului primit și să aducă mărturii de compromitere evidentă a ultimului cu oarecare dispoziție a Constituției sau cu alt act legislativ sau reglementar. Această dispoziție este îndreptată spre prevenirea refuzului neîntemeiat de a executa ordinul primit.

Menționăm blândețea formulării, care determină acțiunile șefului superior (oricărui, dar nu numai următorului după ierarhie), la care trebuie să vină în procedură rezolvarea controverselor: dezacordul subalternului trebuie să fie luat în vedere. Între timp, șefului ca și cum i s-ar recomanda să nu-l „frângă“ pe executorul îndârjit, dându-i acestuia ordin definitiv ca să se supună (ceea ce în principiu nu facilitează executarea conștiințioasă și rațională a ordinului), dar în interesele cauzei să încredințeze executarea altei persoane, pornind după necesitate pe faptul nesupunerii procedură disciplinară sau penală.

---

1 Concluzia Comitetului Sovietului Suprem al URSS pentru legislație și ordine de drept din 22 august 1991 la documentele Comitetului de stat pentru situații excepționale // Известия, 22 august 1991, nr.200.

2 Porra S., Paoli C. Code annote de deontologie policiere, Paris, 1991. p.1-7.

3 Totodată noțiunea „interes public“ cuprinde și protecția drepturilor și libertăților persoanei, fixate în Constituția Franței.

Procedură dată poate să se întrerupă la orice etapă a ei: când ordinul contestat va fi anulat sau modificat de șeful care l-a dat, ori de cei superiori, sau dacă subalternul va ceda argumentelor conducerii.

Fixarea juridică a temeiurilor legale de nesupunere și procedurii de contestare a ordinului ilegal, îi disciplinează atât personalul de conducere, cât și pe cel executiv în planul temeiniciei juridice a acțiunilor sale, și de asemenea facilitează întărirea protecției de drept, disciplinei conștiințioase, sporirea răspunderii personale și prăbușirii stereotipurilor de conformare a comportamentului executorilor.

Este rațional să se folosească mai mult practica națională și internațională de realizare a doctrinei „baionetelor inteligente“, adică reglarea normativă de drept (mai întâi de toate — la nivelul legii) temeiurilor și ordinii de neexecutare a ordinelor și dispozițiilor ilegale.

În primul rând este necesar de constatat (inclusiv în Legea serviciului public):

1. interdicția absolută de executare a ordinului (dispoziției) evident ilegal, dar nu numai a celui infracțional;
2. procedura de contestare de către executor a legalității ordinului, incluzând obligațiunea sa de a anunța despre primirea a asemenea ordin nu numai un oarecare șef superior, dar în cazuri necesare organul corespunzător de supraveghere și control din afară (extradepartamental);
3. măsuri efective de răspundere pentru darea și executarea ordinului ilegal, și de asemenea pentru refuzul neîntemeiat de a executa ordinul (dispoziția). Pentru a cultiva populației sentimentul de stimă față de drept și lege, este necesar mai întâi de toate de a înlătura nihilismul de drept și încălcările de lege în structurile puterii de stat și departamente. Pentru aceasta este necesar, printre altele, o cercetare mai aprofundată a teoriei neîndeplinirii ordinului ilegal.

# CONSIDERAȚII PRIVIND FORMAREA DOMENIULUI ȘTIINȚIFIC AL EXPERTIZEI JUDICIARE ÎN ROMÂNIA ȘI REPUBLICA MOLDOVA

**Gheorghe GOLUBENCO**, doctor, conferențiar universitar

**Ovidiu NEICUȚESCU**, doctorand

*The analysis of the specialized criminal papers, inclusively of those of PhD related to the theme of the criminal expertise, show that on the Romanian territory the juridical expertise is not regarded as a distinctive branch of scientific knowledge, as this domain of practice expertise activity in the juridical universe of the Republic of Moldova and other countries from the ex soviet territory is approached.*

În România problemele teoretice și practice ale expertizei judiciare atât în perioada anterioară cât și în epoca contemporană sunt expuse, de regulă în cadrul compartimentului de tehnică criminalistică a științei și cursului universitar de criminalistică. Acest fapt este reconfirmat de publicațiile recente apărute în țară. Spre exemplu, profesorul V. Bercheșan tratează problematica expertizei criminalistice în lucrarea sa „Tratat de tehnică criminalistică”<sup>1</sup>. În alte manuale ale autorilor români (E. Stancu<sup>2</sup>, Gh. Alecu<sup>3</sup>, I. Mircea<sup>4</sup> ș.a) această problematică este dezvoltată la fel, în partea tehnică, când se discută aspectele examinării categoriilor de urme ridicate din scena infracțiunii, dar și în partea tactică a disciplinei în cauză, când se analizează tactica de dispunere și organizare a efectuării expertizelor de laborator a acestor urme. Nu rareori în literatura românească sintagma „expertiza judiciară” este tratată ca sinonim sau chiar mai îngust ca termenul „expertiza criminalistică”<sup>5</sup>.

Mai mult, analiza lucrărilor criminalistice de specialitate, inclusiv a celor de doctorat ce țin de tematica expertizei criminalistice<sup>6</sup> denotă că în spațiul românesc expertiza judiciară, nu este privită ca ramură distinctă a cunoașterii științifice, așa cum este abordat acest domeniu al activității practice de expertiză în universul juridic al R. Moldova și a altor țări din spațiul exsovietic. Aici expertiza judiciară prezintă la ora actuală o direcție științifică de sine stătătoare și nu o parte a criminalisticii așa cum a existat în perioada anterioară. Ea are menirea de a generaliza și argumenta

1 Bercheșan V., Ruiu M. Tratat de tehnică criminalistică. București: Little Star, 2004, 752 p.

2 Stancu E. Criminalistica. Vol. I—II. București: ACTAMI, 1997, 699 p.

3 Alecu Gh. Criminalistică. Constanța: EXPONTO, 2008, 465 p.

4 Mircea I. Criminalistică. Iași: Chemarea, 1992, 430 p.

5 Alecu Gh. Criminalistică. Constanța: EXPONTO, 2008, p. 461.

6 Văduvă Nicolae. Expertiza judiciară — mijloc de probă în procesul penal. Teza dr. în drept Chișinău: ULIM, 2001, 205 p.



teoretic acele procese ce se produc în activitatea practică de expertiză judiciară și servește ca temelie solidă în formarea fundamentelor științifice ale diverselor genuri și varietăți de expertize. Având la bază teoria și metodologia sa, funcțiile specifice, ea este inclusă în nomenclatorul disciplinelor obligatorii pentru studiu de către studenții ce se specializează în Dreptul penal la facultățile de drept a universităților din R. Moldova, dar și în clasificatorul disciplinelor de susținere a tezelor de doctorat din ciclul penal la specialitatea 12.00.08 al Consiliului Național de Acreditare și Atestare a cadrelor de înaltă calificare. La ora actuală specialitatea în cauză este intitulată: Drept penal (drept penal, drept procesual penal, criminologie, criminalistică, activitate operativă de investigații, expertiză judiciară).

Denumită uneori „teoria generală a expertizei judiciare”<sup>1</sup>, alteori — „expertologie”<sup>2</sup>, această disciplină oferă posibilități de a tipiza situațiile de expertiză, sarcinile și instrumentarul expertului judiciar, denotă tipicul ce este caracteristic pentru orice gen și situație de expertiză sau caz de aplicare a cunoștințelor de specialitate în combaterea criminalității.

Întrucât în cele ce urmează pornim de la ideea că ritmul sporit al dezvoltării practicii de expertiză criminalistică necesită o asigurare teoretică a acestor activități și a unității lor (a teoriei și practicii expertuale), suntem de părerea că numai în cadrul unei teorii generale a expertizei judiciare poate fi posibil înțelegerea profundă a unor procese izolate și fenomene ce au loc în practica expertuală. Cunoașterea proceselor și a legităților fenomenelor din această sferă poate fi posibil doar pe baze științifice, întrucât numai știința în diversele sale teorii le reflectă și le analizează, scoate în evidență și prognozează tendințele evoluției în diferite intervaluri spațiale și temporale. Tocmai de aceea teoria științifică, manifestându-se ca călăuză pentru practică, inclusiv și cea de expertiză criminalistică, poate generaliza și reflecta, argumenta și proiecta direcțiile de dezvoltare ale practicii. Din aceste considerente optăm pentru crearea în spațiul românesc a acestui nou domeniu de cunoaștere — expertologia judiciară sau teoria generală a expertizei judiciare, care poate servi bază de formare în perspectivă a codului expertual și a dreptului expertual.

Ideea desprinderii din cadrul criminalistici a problematicii expertizei a fost generată de natura dublă a acestei științe încă de la începuturile apariției științei criminalistice. Este știut că încă la începutul anilor ‘50 ai sec. XX în spațiul exsovietic s-au statornicit două opinii asupra criminalisticii: prima — ca ea este o știință pur juridică; a doua, că această este o știință de natură dublă: tehnică și juridică. Ultimul punct de vedere mai clar a fost exprimat de savantul rus P. Tarasov-Rodionov, care distingea în criminalistică două direcții: prima — descoperirea și cercetarea infracțiunilor, a doua — examinarea probelor materiale, adică tot ce era legat de expertizele criminalistice<sup>3</sup>. Însă în rezultatul discuțiilor științifice, desfășurate în anii 1952—1955 a

1 Аверьянова Т.В. Судебная экспертиза. Курс общей теории. М.: Норма, 2007, 477 с.

2 Винберг А., Малаховская Н. Судебная экспертология. Волгоград, 1978.

3 Белкин Р.С. Курс криминалистики: учеб. пособие для вузов. — 3-е изд., дополненное. М.: ЮНИТИ – ДАНА, Закон и право, 2001, с. 445.

precumpănit părerea precum că criminalistica este totuși o știință juridică. Profesorul R. Belkin, în legătură cu aceasta scrie că „dacă conceptul tehnico-naturalist al naturii criminalistice a permis să fie observată apariția unei științe independente, deosebită de știința procesual penală, apoi conceptul juridic al naturii criminalistice a consolidat această independență și totodată a determinat locul ei în sistemul științelor juridice”<sup>1</sup>. Un rând de criminaliști, acceptând în fond părerea despre natura juridică a criminalisticii (A. Șleahov, V. Mitricev, A. Āisman ș.a.), menționau prezența în criminalistică a unor părți „nejuridice”, la care catalogau metodele și mijloacele tehnicii criminalistice, în particular problematica expertizei criminalistice. Mai consecvent această poziție a fost susținută de savantul A. Șleahov, care a propus să se scoată din criminalistică tot ce ține de expertiza criminalistică, considerată parte tehnico-naturalistă a ei și să se creeze pe această bază un domeniu de sinestătător.<sup>2</sup> În fond, A. Șleahov scria despre formarea domeniului independent doar al expertizei criminalistice, mai exact a metodicii acesteia, de unde se poate de concluzionat că teoria expertizei judiciare ca atare, la nivel conceptual, încă nu se întrevedea.

Doar în anii ‘70 ai sec. XX această teorie a fost conturată, la început în articole aparte semnate de către cunoscuții savanți A.Vinberg și N. Malahovskaia, mai apoi într-o lucrare monografică a lor intitulată „Expertologia judiciară”<sup>3</sup>. Aceasta a fost, în esență primul studiu monografic consacrat teoriei expertizei judiciare. Desigur, apariția acestei cărți nu putea oferi temei pentru a considera teoria în cauză consolidată, mai curând prin publicarea ei se declara posibilitatea reală de creare a unei astfel de teorii, ceea ce a stârnit multiple comentarii destul de controversate. Oricum, publicarea acestei monografii, polemica științifică pe această temă a pus începutul conștientizării teoriei expertizei judiciare.

Definirea ei, suficient de exactă pentru perioada incipientă, a fost formulată în articolul din Marea Enciclopedie Sovietică, în care expertologia judiciară a fost determinată ca ramură a științelor juridice, care „studiază legitățile, metodologia și procesul de formare și dezvoltare a fundamentelor diverselor genuri de expertize judiciare în scopul stabilirii principiilor pe care se bazează, a legăturilor structurale dintre ele...”<sup>4</sup>.

Însă elaborarea consistentă a problemelor teoriei expertizei judiciare a început poate doar la răscrucea anilor 80—90 ai sec. XX, când un rând de savanți criminaliști (Averianova T., Aliev I., Koruhov Iu., Mailis N., Orlova V., Rossinskaia E. ș.a.), prin cercetările lor științifice a teoriilor particulare au pus bazele teoriei generale a expertologiei judiciare.

În opinia acestor autori, teoria generală a expertizei trebuie să reflecte legitățile apariției și dezvoltării diverselor clase, genuri, tipuri, varietăți de expertize, să prezinte un sistem unic de cunoștințe sintetizate și sistematizate privind expertiza

1 Idem, c. 446.

2 Шляхов А. Структура экспертного исследования и гносеологическая характеристика выводов эксперта криминалиста. În: Труды ВНИИСЭ. М., 1972, Вып.4, с. 8—9.

3 Винберг А., Малаховская Н. Судебная экспертология. Волгоград, 1978.

4 Большая Советская Энциклопедия. Третье издание. М., 1978. Т.30, с. 8.

judiciară. În ea trebuie să-și găsească reflectare: noțiunea despre obiectul ei de studiu, metodologia generală, teoria despre obiectele expertizei, subiecții ei, sarcinile expertizei, metodicele de examinare, aspectele teoretice ale infrastructurii și analiza funcțional-sistematică a activității de expertiză etc. Totodată teoria expertizei judiciare a trebuit să se încadreze în aria disciplinelor juridice interdisciplinare, legată de așa științe ca procedura penală, criminologia, dreptul penal, criminalistica și științele — matcă ale genurilor de expertiză (medicina legală, contabilitatea judiciară etc).

Din cele expuse se observă că teoria generală a expertizei judiciare prezintă un sistem de principii conceptuale, noțiuni și categorii, metode, legături și relații capabile să reflecte în măsură deplină obiectul cunoașterii științifice a acestui domeniu.

Cercetările efectuate și generalizările materialului factologic, prezentat de către experții diverselor clase și genuri de expertize a trebuit să asigure extragerea unui oarecare element general, caracteristic tuturor claselor și genurilor de expertize. Astfel, în baza legităților relevate se cerea de elaborat noțiuni generale valabile pentru toate expertizele: obiectul general, obiectul special al expertizei, metodele de cunoaștere, metodica de expertiză, sarcinile expertizei etc.

În teoria expertizei judiciare și-a găsit reflectare și esența gnoseologică a activității de expertiză, în particular elementele ei componente ca etica, psihologia și calitățile profesionale ale expertului necesare pentru îndeplinirea adecvată a funcțiilor sale. Ea reprezintă o construcție logică ce urmărește trecerea de la elemente izolate, particulare spre general, dar în același timp, realizarea acestei teorii trebuie să ofere mișcarea de la general spre particular, adică, în baza cunoașterii empirice din expertiza concretă, trebuie să se poată desprinde atât ceea ce este comun tuturor expertizelor din această clasă, cât și ceva particular, caracteristic doar acestei clase, gen de expertize. Cunoștințele obținute în această bază dețin caracteristici generalizatoare mai sporite, devenind fundamentul teoriei în cauză la crearea teoriilor particulare, a noilor genuri și varietăți de expertize.

Prima lucrare consacrată integral formării teoriei generale a expertizei judiciare a fost monografia colectivului de autori, reprezentanți ai diferitor ministere și departamente a Rusiei (Ministerul Justiției, Ministerul Afacerilor Interne, SIS, Ministerul Sănătății) — „Bazele expertizei judiciare”<sup>1</sup>. Autorii, în opinia noastră, au reușit să expună în lucrarea dată bazele acestei teorii, să realizeze exigențele menționate mai sus față de ea. La crearea ei au fost utilizate diverse direcții de integrare a cunoștințelor, în particular transferul de idei și imagini categoriale dintr-un domeniu de cunoaștere în altul. Se are în vedere, în primul rând, așa teze științifice fundamentale, precum legitățile apariției informației cu relevanță penală, reflectarea ei în lumea materială, posibilitatea cunoașterii evenimentului consumat după amprentele lui prin mijlocirea examinărilor de expertiză ș.a.

Teoria generală a expertizei judiciare a folosit cu maximum de eficiență aparatul conceptual al criminalistici dar și a altor științe. Aici însă subliniem legătura strânsă a teoriei generale a expertizei judiciare cu criminalistica și tehnica criminalistică,

---

1 Основы судебной экспертизы. Общая теория. Под ред. Ю.Г.Корухова.М. 1997.ч.1.

în special. Nu este deloc întâmplător că această teorie a fost elaborată anume de criminaliști, întrucât teoria expertizei criminalistice la etapa respectivă era una dintre cele mai definitive și așezate teorii din toate clasele și genurile de expertize. În esență, ea s-a manifestat ca bază solidă pentru teoria generală a expertizei judiciare, fie prin transferul de idei, a aparatului categorial, tratamentul metodologiei examinărilor de expertiză, fie prin noțiunile sale: obiect al examinării de expertiză, sarcinile expertuale, subiecții activității de expertiză etc.

Pentru crearea teoriei expertizei judiciare autorii, în opinia noastră, au reușit să definească clar obiectul general și obiectul special al examinării de expertiză. Ca să nu complexăm expunerea cu raționamente filozofice asupra acestui subiect, subliniem principalul. Obiectul de studiu poate fi caracterizat ca model al fenomenului studiat, construit prin metoda abstracterii. Acest lucru este valabil în egală măsură și pentru fenomenele complexe din domeniul proceselor sociale, la care se referă și expertiza judiciară.

Pornind de la cele menționate, obiectul general al expertizei judiciare poate fi considerat însuși activitatea de expertiză privită ca sistem în diversitatea aspectelor sale, iar obiectul special — legitățile de funcționare ale acestui sistem. Aici, însă trebuie să precizăm încărcătura semantică și de conținut a noțiunii teoriei generale a expertizei judiciare. În aceste scopuri, este oportun a ne folosi de definiția teoriei generale a criminalisticii formulată de către savantul rus R. Belkin, care după un rând de parametri este apropiată teoriei generale a expertizei judiciare. Ea a fost formulată în felul următor: „Teoria generală a criminalisticii constituie un sistem de principii conceptuale, noțiuni și categorii, definiții și conexiuni ce interpretează obiectul științei în ansamblu. Teoria generală servește bază metodologică pentru criminalistică”<sup>1</sup>.

Însă, la formularea teoriei generale a expertizei judiciare trebuie luat în calcul că în definiția de mai sus este vorba despre teoria generală a *științei*, pe când noi urmează să definim teoria generală a unei varietăți de *activitate practică*. Diferența este în obiectul reflectării științifice. Întrucât obiectul reflectării teoriei generale a expertizei judiciare, inclusiv criminalistice, este activitatea practică, este evident că aceasta trebuie să includă nu numai „sistemul primar de cunoștințe teoretice și idei îndrumătoare”<sup>2</sup>, dar și principiile praxiologice ale acestei activități, nu numai metodele de cercetare științifică dar și metodele activității practice de expertiză.

Profesorul T. Averianova, analizând diverse definiții ale teoriei generale a expertizei judiciare propuse în literatura de specialitate (A. Aliev, Iu. Koruhov, S. Băcikova, K. Șakirova, A. Șnaider), ajunge la concluzia, corectă din punctul nostru de vedere, că teoria generală a expertizei judiciare prezintă un sistem de principii conceptuale și praxiologice ale însuși teoriei, dar și ale activității practice de expertiză, construcții teoretice particulare ale acestui domeniu de cunoaștere, a metodelor dezvoltării teoriei și realizării examinărilor de expertiză, a proceselor și a raporturilor, adică reflectarea complexă a activității de expertiză judiciară în ansamblu.

1 Белкин Р.С. Криминалистическая энциклопедия. М., 1990, с. 140

2 Golubenco Gh. Criminalistică: obiect, sistem, istorie. - Chișinău: F.E.P”Tip.Centrală”, 2008, p. 142.

O atenție deosebită, în contextul cercetării noastre, trebuie acordată naturii juridice a acestei discipline și caracterului ei interdisciplinar. Este de la sine înțeles că crearea și dezvoltarea teoriei generale a expertizei judiciare este imposibil decupând-o de criminalistică, procedura penală, dreptul penal, criminologie, procedura civilă și administrativă. Criminalistica, creându-și teoriile sale doctrinare privind modul de pregătire, comitere și tănuire a infracțiunii, a mecanismului infracțiunii, a apariției informației cu relevanță juridică rezultată din comiterea lor etc. și elaborările sale profunde în domeniul expertizei criminalistice au alcătuit fundamentul acestei noi teorii generale a expertizei judiciare.

Tezele științifice ale dreptului procesual, în egală măsură și legislația procesuală (penală, civilă, administrativă), au contribuit substanțial la crearea teoriei generale a expertizei judiciare dat fiind caracterul specific al acelor activități oglindite de teoria în cauză. Însă caracterul ei interdisciplinar nu se rezumă la evidențierea tezelor ce determină natura juridică a teoriei în cauză. În ea și-au găsit reflectare și tezele general-teoretice ale doctrinei medico-legale, psihiatrice judiciare, economico-judiciare, tehnico-inginieresti și altor expertize.

Toate acestea permit a aborda teoria generală a expertizei judiciare ca una sintetică după natura cunoștințelor și interdisciplinară după forma și importanța ei pentru fiecare gen și clasă de expertize, de unde și legătura strânsă a acestora cu tehnica criminalistică. Se are în vedere, în primul rând, că teoria generală a expertizei judiciare a preluat din criminalistică un rând de principii generale și unele teze ale teoriilor particulare ce țin de subramurile tehnicii criminalistice și a expertizelor respective (traseologice, balistice, grafoscopice etc.). Aceasta însă nu prezintă teme pentru a considera că teoria în cauză a fost formată prin desprinderea unor părți sau compartimente din criminalistică. Este vorba doar de transferul de idei, noțiuni și principii. Tehnica criminalistică rămâne unică atât pentru experți cât și pentru ofițerii de urmărire penală. Exact tot așa cum, spre exemplu, expertiza biologică se sprijină pe datele științei biologice, care de loc nu înseamnă că trebuie în acest caz excluse din această știință, la fel și expertiza criminalistică nu presupune excluderea cunoștințelor respective din tehnica criminalistică. Un proces asemănător a avut loc, când în adâncurile criminalisticii s-au format, iar mai apoi sau desprins, consolidându-se ca domeniu de cunoaștere teoria activității operative de investigații. Strict vorbind, expertiza criminalistică, în limitele în care ea este cuprinsă de compartimentul tehnicii criminalistice, a rămas aceeași. Însă obiectul ei, metoda de examinare, în opinia noastră, doar cu unele rezerve pot fi catalogate la tehnica criminalistică. Poate chiar invers, tehnica criminalistică, având un rol de asigurare a examinărilor de expertiză cu materiale de probă, este în esență subordonată acestei activități și trebuie considerat element al teoriei expertizei criminalistice. Chiar și istoricește, examinările de expertiză, numite mult mai târziu criminalistice, au precedat apariția criminalistici ca atare. În literatura de specialitate sesubliniază că „până pe la mijlocul secolului al XIX-lea, experiența aplicării metodelor și a procedurilor de cercetare a infracțiunilor se generaliza și se studia în cadrul urmăririi judiciare penale — astăzi disciplină a

dreptului procesual penal. În lucrările ce țin de acest domeniu, mai cu seamă începând cu sec. al XVII-lea se întâlnesc recomandății de a folosi cunoștințele de specialitate ale unor persoane versate în cercetarea înscrisurilor, în detectarea unor otrăvuri, în diagnosticarea monedelor contrafăcute etc. Uneori specialiștii în cauză se asociau în corporații specifice, spre exemplu — Comunitatea scriitorilor experți verficatori (Paris, a.1570). În Franța, Italia se publică primele lucrări consacrate cercetării desanelor papilare, scrisului, semnate de cunoscuții cercetători: F.Demelle (a.1609); E.Raveneau (a.1666) M. Malpigi (a.1686); B.Albinus (a.1764); J.Purkinje (a.1823) ș.a<sup>1</sup>.

Cele menționate denotă că dacă obiectul de studiu al teoriei generale a expertizei judiciare constituie practica efectuării de expertiză, tehnicii criminalistice îi cade în sarcină o așa componentă importantă a activității de investigare a infracțiunilor precum asigurarea cu mijloace și metode științifice de depistare, fixare și ridicare a urmelor și a altor mijloace materiale de probă, interpretarea lor la fața locului și dispunerea ulterioară a expertizelor. Sub această optică, observăm o coincidență a naturii și surselor de dezvoltare ale criminalisticii și teoriei generale a expertizei judiciare. În linii mari acestea sunt realizările științelor naturii, tehnicii, disciplinelor umanitare, precum și practica realizării posibilităților acestora în soluționarea obiectivelor tehnico-criminalistice și de expertiză. Desigur, un rol primordial în formarea teoriilor particulare ale expertizei judiciare îl joacă atât realizările științelor materne, cât și a celor specializate — criminalistica, medicina legală, psihiatria legală, contabilitatea judiciară ș.a.

La fel ca și criminalistica, teoria generală a expertizei judiciare după natura sa prezintă o știință sintetică, căreia într-o anumită măsură îi este specific elemente juridice și de organizare. În ea se reflectă ceea ce este comun și ceea ce unește toate genurile și tipurile de expertize, ceea ce contribuie la dezvoltarea ei, sporind în final soluționarea sarcinilor legate de probațiune nu numai în procedura penală dar și în cea civilă sau administrativă.

Prin urmare, inițial tehnica criminalistică ca compartiment al științei criminalistice, formulând idei îndrumătoare pentru marea majoritate a domeniilor de cunoaștere din sfera expertizei judiciare, îndeplinea funcții metodologice față de expertiza judiciară în ansamblu. Pe măsura perfecționării acestor domenii s-a produs și diferențierea cunoștințelor respective. În multe puncte de intersecție ale acestor discipline a început un proces invers: mijloacele tehnice, elaborate în expertiză, se aplică pe larg în tehnica criminalistică. Deci, se produc transformări și extrapolări de metode și mijloace, idei și teorii, confirmând odată în plus prezența vădită a proceselor de integrare a cunoștințelor științifice.

Mai mult, astăzi expertiza judiciară a atins așa culmi de dezvoltare, încât ea însuși poate să promoveze funcții metodologice pentru tehnica criminalistică, mai cu seamă teoria ei generală. La ora actuală ea este capabilă nu numai să sintetizeze cunoștințele acumulate dar și să le integreze într-un sistem unic, să le dezvolte și să le perfecționeze, să creeze un sistem de teorii particulare.

---

1 Golubenco Gh. Criminalistică: obiect, sistem, istorie. – Chișinău: F.E.P."Tip.Centrală", 2008, p. 14.

Rezultatele elaborării teoriei generale a expertizei judiciare în Republica Moldova și-au găsit reflectare în Legea Republicii Moldova cu privire la expertiza judiciară, constatările tehnico-științifice și medico-legale nr. 1086-XIV din 23.06.2000<sup>1</sup>, la elaborarea și perfecționarea căreia au participat și unii criminaliști autohtoni. Legea în cauză reglementează activitatea de expertiză, realizată mai cu seamă în instituțiile de stat ale Republicii Moldova prin care, de fapt, se atestă o formă de activitate a statului, chemată să asigure înfăptuirea justiției cu expertize de înaltă calitate la nivelul exigențelor contemporane. Analizând Legea în cauză notăm, că prin intermediul ei au fost acreditate structurile de expertiză ce funcționează în cadrul diverselor ministere și departamente: Ministerul Justiției, Ministerul Sănătății, subdiviziunile tehnico-criminalistice operative ale Ministerului Afacerilor Interne, ale Centrului pentru Combaterea Crimelor Economice și Corupției, ale Ministerului Apărării și ale Serviciului de Informații și Securitate, precum și de către alte persoane competente, desemnate de ofițerul de urmărire penală, de procuror sau de instanța judecătorească. Este important a menționa că în Republica Moldova expertiza judiciară, spre deosebire de România, poate fi efectuată și de către experții particulari, incluși în Registrul de stat al experților judiciari atestați, cu excepția expertizelor în cauzele penale privind infracțiunile comise împotriva vieții, sănătății, libertății și demnității persoanei.

O bună parte din aceste structuri activează destul de stabil pe parcursul a multor decenii și și-au dovedit fiabilitatea în efectuarea expertizelor. Astfel, experiență și tradiții centenare au subdiviziunile de expertiză ale Ministerului Afacerilor Interne care activează din octombrie 1940, din septembrie 1951 funcționează serviciul de medicină legală a Ministerului Sănătății, din iunie 1962 și-a început activitatea serviciul de expertiză al Ministerului Justiției<sup>2</sup>. Meritul sistemelor statale de expertiză judiciară prezintă baza tehnico-materială și științifică solidă a acestora, experiența acumulată de-a lungul anilor de activitate. Datorită acestora în activitatea de expertiză se implementează în permanență realizările progresului tehnico-științific, se creează noi genuri de expertize, se examinează noi obiecte, se elaborează metode și metodici de examinare cu aplicarea aparatului instrumentale contemporane. Toate acestea contribuie la sporirea obiectivității, autenticității și solidității rezultatelor examinărilor de expertiză. În fiecare din sistemele enumerate există servicii speciale de pregătire, perfecționare și atestare a cadrelor de experți, se realizează controlul asupra calificării profesionale a experților. Aceste sisteme asigură necesitățile instanțelor de judecată, a organelor de urmărire penală ale R. Moldova.

Atribuirea rangului statal expertizei judiciare capătă o importanță deosebită în perioada actuală de consolidare a statului de drept și de reformare a sistemului judiciar. Trecerea la economia de piață a stimulat apariția în Republica Moldova a

1 Legea Republicii Moldova cu privire la expertiza judiciară, constatările tehnico-științifice și medico-legale nr.1086-XIV din 23.06.2000. În: Monitorul Oficial al R. Moldova nr. 144-145/41056 din 16.11.2000.

2 Golubenco Gh. Criminalistică: obiect, sistem, istorie. — Chișinău: F.E.P. „Tip.Centrală”, 2008, p. 56—58.

unor structuri ne statale de expertiză, organizate sub egida acordării serviciilor de expertiză maselor largi de populație: Centrul de Expertize Independente „CEXIN“, Asociația Națională a Experților Judiciari Independenți „ANEJI“ ș.a. Folosind în denumirile structurilor sale termenul „independent“, sursele publicitare, unitățile ne statale încearcă pe de o parte să-și egaleze activitatea sa cu cea statală, iar pe de altă parte — să se opună acesteia, demonstrând independența sa față de stat.

Conform legislației procesuale a Republicii Moldova în vigoare, expertiza judiciară poate fi efectuată în orice instituție (statală sau ne statală), precum și de către experții particulari. Însă la etapa embrionară de dezvoltare a instituțiilor de expertiză alternativă, este firesc că cele statale pot asigura organizarea și efectuarea expertizelor la un nivel mai înalt. Unitățile ne statale de expertiză î-și selectează cadrele de experți, mai cu seamă din rândul pensionarilor care au activat anterior în cadrul celor statale sau din numărul celor care au fost eliberați din alte motive. Aceste unități nu formează un sistem instituțional unic de expertiză, la fel nu dețin în fapt și un centru coordonator metodico-științific, de aceea asigurarea cu metode contemporane de cercetare rămâne pe seama fiecărei instituții și expert în parte.

Intensificarea tendinței principiului contradictorialității în activitatea procesuală contemporană nu compromite faptul că de cele mai multe ori ordonatorii expertizelor preferă să le dispună cu precădere în instituțiile statale de expertiză. Uneori se crede că atât criminalistica cât și activitatea de expertiză criminalistică trebuie fondate pe acest principiu, adică să existe „experți ai părții de apărare“ și „experți ai părții de acuzare“, care să promoveze interesele acestora, ceea ce iminent va submina fundamentele metodologice ale expertizei. Expertul judiciar în rezultatul efectuării expertizei stabilește fapte, care urmează a fi dovedite pe cauza concretă. Cerința principală care se formulează în fața expertului este corectitudinea și temeinicia raportului de expertiză. Dacă examinarea de expertiză este realizată la modul cuvenit, raportul corespunde cerințelor susmenționate și este autentic. De aceea în procedura judiciară nu poate exista „expertiză a părții de acuzare“ și „expertiză a părții de apărare“, raportul expertului totdeauna trebuie să fie obiectiv. În cazul unor îndoieli în corectitudinea sau temeinicia raportului de expertiză Legea Republicii Moldova cu privire la expertiza judiciară, constatările tehnico-științifice și medico-legale oferă posibilitatea verificării corectitudinii și corijarea erorii dacă aceasta a fost admisă prin dispunerea și efectuarea expertizei repetate. De aceea, principiul adversativ, care pe drept are tendința de a se extinde asupra tuturor genurilor de proceduri judiciare, în această ramură poate să se manifeste doar prin lărgirea drepturilor părților în cazul dispunerii expertizelor: la formularea întrebărilor în fața expertului, la selectarea instituției de expertiză sau a expertului, în situația aprecierii raportului și luării deciziei de a numi expertiza repetată sau suplimentară, însă nu trebuie să se realizeze prin implementarea expertizei contradictoriale. În caz contrar, este firesc că părțile vor invita și vor remunera acei experți, care, cu toată independența lor față de stat, pot formula concluzii în favoarea lor. Prezența a astfel de experți în proces nu va contribui la stabilirea adevărului obiectiv pe cauza dată și la pronunțarea unei sentințe legale.



La ora actuală Legea analizată nu reglementează activitatea ne statală de expertiză. În opinia noastră un rând întreg de norme ale acestei Legi țin de activitatea de expertiză la general, de aceea acestea trebuie extrapolate asupra activității ne statale de expertiză. Spre exemplu, art. 3, 7, consacrate principiilor activității de expertiză, art. 4, 5 privind independența expertului judiciar, obiectivitatea și plenitudinea cercetărilor, art. 9,10,11 privind drepturile și obligațiile expertului judiciar, refuzul efectuării expertizei, art. 21 ce privește structura raportului de expertiză și a procesului verbal privind imposibilitatea întocmirii lui și multe altele. Credem că această Lege ar trebui să prevadă expres valabilitatea unor articole concrete asupra activității ne statale de expertiză și a experților particulari într-un articol sau capitol aparte, care, desigur nu ar exclude elaborarea unei legi aparte privind activitatea ne statală de expertiză.

Legea în cauză nu este scutită și de alte lacune. Se are în vedere chiar noțiunea de expertiză judiciară expusă în art. 1, noțiunea de constatare tehnico științifică și medico-legală, obligațiile și drepturile expertului judiciar și ale conducătorului instituției de expertiză judiciară, problema efectuării expertizei complexe, aprecierea raportului de expertiză ș.a.

De-a lungul a nouă ani de la elaborarea, adoptarea și intrarea Legii analizate în vigoare, ea a suferit mai multe modificări, care nu totdeauna au fost progresiste. Bunăoară, în prima variantă a ei din a. 2000, în conformitate cu prevederile Reformei judiciare și de drept a Republicii Moldova, instituția de expertiză judiciară trebuia să fie scoasă din sistemul MAI R. Moldova și plasată sub auspiciul Ministerului Justiției. Din motivul că unitățile de expertiză ale acestui minister în frunte cu Institutul Republican de expertiză judiciară și criminalistică, care avea state de personal și bază tehnico-materială destul de modeste și nu putea să „țină piept“ valului de expertize ce urmau a fi efectuate, peste doi ani s-a renunțat la această idee. Astăzi, de vreme ce constatările tehnico-științifice au obținut forță probantă, conform art. 93 din Codul de procedură penală al R. Moldova dispăre necesitatea să se dispună întotdeauna efectuarea unei expertize, poate mai frecvent — constatarea tehnico-științifică. Prin urmare, astăzi specialiștii-criminaliști ai MAI ar putea, în fond, să activeze în direcția asigurării muncii de teren (cercetarea la fața locului, alte acte de urmărire penală, activități operative de investigație și de administrare a evidențelor criminalistice), precum și să efectueze constatări tehnico-științifice în cazurile în care există pericol de dispariție a unor mijloace de probă sau de schimbare a unor stări de fapt și este necesară explicarea urgentă a unor fapte sau circumstanțe ale cauzei.<sup>1</sup>

În acest context expertiza ca instituție într-o perspectivă mai îndepărtată ar putea fi scoasă din cadrul MAI, elaborându-se din timp mecanismul respectiv (componentele tehnico-materiale, financiare, ale statelor de personal etc.) de realizare în fapt și plasarea ei în subordinea Ministerului Justiției, în cadrul căruia funcționează o rețea de laboratoare în teritoriu, în frunte cu Centrul Național de Expertize Judiciare. Astăzi în statele de personal ale acestuia, conform Regulamentului Centrului,

---

1 Codul de procedură penală al Republicii Moldova nr.122-XV din 14.03.2003. În: Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr.104-110/447 din 07.06.2003.

se află circa 56 de experți, o bună parte dintre care sunt dotați la un nivel cât de cât suficient cu tehnică criminalistică modernă și calculatoare. Desigur, în acest context se cer a fi operate o serie de modificări în activitatea Centrului. Socotim necesar a ridica statutul acestuia, formulându-i și sarcina, pe lângă cea de coordonare metodică și pe cea de cercetare științifică în ramura expertizei judiciare.

Cât privește situația în plan practic a domeniului de expertiză judiciară din România observăm o tendință tot mai mare de oficializare a expertizei, oficializare care se traduce în fapt, atât prin prevederea obligativității expertizei în multe cazuri, cât și prin crearea de instituții specializate în acest scop. Titlurile pe care le întâlnim la două texte din codul de procedură penală (art. 117 — „Expertiza obligatorie“ și art. 119 — „Experți oficiali“) sunt elocvente din acest punct de vedere. Această tendință de instituționalizare a expertizei în contextul democratizării tuturor sferelor sociale, implementării principiului contradictorialității în activitatea judecătorească, nu totdeauna este îndreptățită. Mai mult, monopolismul statului în organizarea producerii expertizelor judiciare, în puterea legităților obiective de dezvoltare a oricărui sistem monopolist, are mai multe cusururi decât avantaje și se reflectă negativ asupra principiului independenței și obiectivității efectuării expertizelor. Acest fenomen se discută intens atât pe paginile literaturii de specialitate<sup>1</sup> cât și în presa cotidiană<sup>2</sup>. El a preocupat și colaboratorii proiectului „Consolidarea capacității de expertiză judiciară (MATO 6/ R.M. /8/2)“, inițiat de un colectiv al Ministerului Justiției din Olanda, derulat în perioada ianuarie–octombrie 2007, ca o acordare de asistență necesară în procesul de reformă și adaptare a sistemului judiciar al României în conformitate cu poziția sa de membru al Uniunii Europene.

Principala recomandare care s-a desprins din acest proiect a fost reorganizarea fundamentală a sistemului de expertiză judiciară, unificarea legislației aferente experților judiciari cu actele normative ce reglementează activitatea criminaliștilor, excluderea monopolului de stat în efectuarea expertizelor.

Acest monopol face practic imposibilă atacarea concluziilor formulate de experții Ministerului Justiției sau ai Ministerului de Interne. În prezent, există două instituții agreate legal în a întocmi astfel de rapoarte de expertiză, respectiv Institutul de Criminalistică al Inspectoratului General al Poliției Române și Institutul Național de Expertize Criminalistice din cadrul Ministerului Justiției.

Orice litigiu, indiferent că este penal sau civil, în care se efectuează expertize criminalistice, acestea sunt efectuate doar de către experții de stat, iar o eventuală contraexpertiză privată (alternativă, nestatală) solicitată de vreuna dintre părțile implicate în respectivul litigiu are doar valoare informativă. Potrivit legislației în vigoare, expertizele

---

1 Fierbițeanu M. Amendamente aduse la Legea nr. 156 din 08.04.2002 pentru aprobarea Ordonanței Guvernului nr. 2/2000 privind organizarea activității de expertiză tehnică judiciară și extrajudiciară și a Legii nr. 488 din 11.06.2002 privind autorizarea experților criminaliști. În: Criminalistica. Revistă de informare, documentare și opinii, nr. 3. București, 2008, p. 23—25.

2 Grigoraș C. Monopol de stat în mafia expertizelor. În: Gardianul.10.09.2007: [http://www.gardianul.ro/cat\\_menu.css](http://www.gardianul.ro/cat_menu.css)

criminalistice nu pot fi atacate printr-o contraexpertiză făcută de un expert ales. Astfel, prin Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 75 din 24 august 2000, privind autorizarea experților criminaliști, ordonanță modificată prin Legea nr. 488/11 iulie 2002 pentru aprobarea OUG 75/2000, „expertizele criminalistice se efectuează de experți autorizați în institutele și laboratoarele de expertiză criminalistică înființate potrivit dispozițiilor legale. La efectuarea expertizelor criminalistice de către experți oficiali pot participa și anumiți experți numiți de organele judiciare, la cererea acestora și recomandați de aceștea, autorizați în condițiile prezentei ordonanțe“. Experții autorizați, așa cum se specifică în art. 7 (1) din OUG 75/2000, participă personal la efectuarea expertizelor prin observații cu privire la obiectul expertizei, modificarea sau completarea acestuia, verificarea și completarea materialului necesar pentru efectuarea expertizei, precum și prin obiecții la raportul de expertiză, obiecții ridicate organului judiciar.

Cu alte cuvinte, experților criminaliști autorizați nu le este permis să efectueze ei înșiși expertize criminalistice, iar părțile nu se pot apăra printr-o expertiză efectuată de către un expert independent, fie că el este din țară, fie că este din străinătate. Observăm că **România, care este singurul stat membru al UE în care nu există instituția expertului independent, credem, trebuie să-și armonizeze legislația în această ramură, întrucât** monopolul de stat în activitatea de expertiză devine „generator de trafic de influență, de corupție, de diletantism și nu se regăsește un asemenea sistem în statele din Uniunea Europeană și din SUA“<sup>1</sup>. Expertul criminalist independent, poate fi singura entitate care să poată contraexpertiza o lucrare a expertului de stat. Instituția expertului independent există în statele fost comuniste, precum Polonia, Cehia, Ungaria, avem chiar țări din fostul bloc comunist și care nu sunt membre ale Uniunii Europene, precum Rusia și R. Moldova, care au instituția expertului independent numit expert privat.

În concluzie, la problema legăturii reciproce și a deosebirii domeniilor expertizei judiciare și a criminalisticii putem afirma că aceste două științe înrudite dar independente după scop și funcții praxeologice au tangente dar și divergențe vădite. Analiza funcțiilor acestor discipline denotă că ele asigură metodologic practica de urmărire penală și de expertiză judiciară. Pe de altă parte, obiectele lor de studiu se suprapun, întrucât este evident că examinarea probelor nu poate fi realizată fără a ține cont de rezultatele expertizelor și constatărilor tehnico-științifice. Dacă obiectul teoriei generale sunt legitățile activității de expertiză ca un tot întreg, apoi obiectul de studiu al criminalisticii servesc legitățile activității de colectare, examinare și utilizare a probelor.

Știința criminalistică influențează semnificativ dezvoltarea teoriei generale a expertizei judiciare și activității practice de expertiză la general. Dezvoltarea științei și tehnologiei influențează activitatea infracțională și dă naștere noilor moduri de comitere a infracțiunilor ceea ce determină apariția unor noi metodici de cercetare ale acestora. Acest fapt, la rândul său, conduce la crearea a noi metodici de examinare, formarea a noi varietăți de expertize judiciare.

---

1 Grigoraș C. Monopol de stat în mafia expertizelor. În: *Gardianul*.10.09.2007: [http://www.gardianul.ro/cat menu.css](http://www.gardianul.ro/cat%20menu.css)

# CU PRIVIRE LA DISCIPLINA DE INSTRUIRE JURIDICĂ „DREPT CONTRAVENȚIONAL“

**Sergiu FURDUI**, doctor, conferențiar universitar

*Following the goal of initial and continuous asiguration of the juridical-contraventional knowledges for the students, we propose to apply the course of instruction „Contraventional Law“ in superior educational university institutions in domain of „Jurisprudence“.*

*We explain the conviction that the application of this didactical discipline constitute a supreme necessity and a reasonable opportunity for the juridical educational system in Republic of Moldova, reason for which we hope that our proposal will be appreciated at the exact value by the decisional factors.*

Participînd la conferința internațională științifico-practică „Educație și cercetare într-un stat bazat pe drept” consacrat împlinirii a 50 de ani de la formarea Facultății de Drept a Universității de Stat din Moldova, care și-a desfășurat lucrările în ziua de 16 octombrie 2009, am constatat cu satisfacție că specialitatea Drept în cadrul instituției respective formează specialiști în domeniul jurisprudenței, oferind o viziune de ansamblu, cunoștințe teoretice despre mecanismele funcționării dreptului și abilități practice în aplicarea acestora.

Concomitent, am constatat că în planurile de învățămînt pentru anii 2007, 2008 și 2009 n-a fost inclus modulul/disciplina „Dreptul contravențional“. Astfel, din analiza Programului de formare, studii Superioare de Licență, Ciclu I, Specialitatea Drept, rezultă că lipsește denumirea modulului/disciplinei menționate și, respectiv, nu și-a găsit locul nici fișa respectivă la curricula academică.

Cu precădere, în cazul dat este sesizabilă influența de concepție veche ce persista în doctrină potrivit căreia materia contravențională făcea parte din dreptul administrativ și, respectiv, această materie juridică se studia în cadrul disciplinei academice respective.

În ultimii 20 de ani, această concepție a fost reevaluată, dezvoltată, motiv pentru care, în principiu, doctrina juridică contemporană recunoaște dreptul contravențional ca o ramură de drept autonomă în sistemul de drept<sup>1</sup>.

---

1 Roșca T., Furdul S., Considerații asupra procedurii contravenționale în viitoarea reglementare legislativă, Revista „Legea și viața“, Chișinău 1998, Nr.8, pag. 13—17; Orlov M., Drept administrativ, Chișinău, 2000; Pivnicieru M., Susanu P., Tudorache D., Contravenția, Iași, 1997; Poenaru I., Regimul juridic al contravențiilor, București, 2002.

O mențiune explicită în doctrina juridică privind justificarea existenței dreptului contravențional găsim într-o reputată lucrare în care se menționează că „nici în prezent contravenția nu este o faptă care constituie numai o încălcare a relațiilor social-juridice ce se formează în desfășurarea activității executive a statului, a normelor dreptului administrativ. Contravenția, chiar în intenția Legii nr.32/1968, aduce atingerea unor valori generice pentru societate, care se pot afla și dincolo de sfera administrației de stat. Tocmai de aceea am apreciat că, de lege ferenda, regimul juridic contravențional trebuie înțeles ca un regim juridic de sine stătător, contravențional ca atare, reglementat de dreptul contravențional și nu de dreptul administrativ”<sup>1</sup>.

Prin urmare, absența modulului/disciplinei „Drept contravențional” în Programul de formare, Studii Superioare de Licență, Ciclu 1, Specialitatea Drept, evidențiază concepții depășite care nu oferă viitorilor juriști formarea necesară în specialitatea vizată, nu tratează adecvat sistemul educațional național, întocmind planuri de studiu universitar într-o manieră ce contravine sistemului educațional european și intereselor studenților.

Sub acest aspect, menționăm că procesul de la Bologna, Italia<sup>2</sup>, conferă studenților dreptul la un studiu care să-i asigure obținerea calificării de care să posede posibilitatea de a utiliza cunoștințe profunde și efective în practică. Acest proces reprezintă un izvor de informare și ghid de dezvoltare a învățământului superior în cadrul căruia principalul factor constă în reforma sau revizuirea profundă a programelor de studii articulate pe două niveluri conform bunelor practici europene.

Pe această linie de idei, pentru sporirea combativității învățământului superior juridic din Republica Moldova, se impune un sistem de măsuri prin care să fie promovate mobilitatea și rezultatele științei autohtone, formarea și cercetarea integrală. Una din setul de măsuri menționate este și instituirea și aplicarea cursului de instruire juridică „Drept contravențional”.

În rândurile ce urmează, vom releva considerentele noastre privind oportunitatea și necesitatea instituirii și, respectiv, aplicării modulului/disciplinei „Dreptul contravențional” la Specialitatea Drept prin prisma perspectivelor dezvoltării învățământului juridic superior în Republica Moldova.

Fiind stimulat de activitatea de magistrat, precum și de activitatea didactică universitară, am constatat că în cadrul procesului învățământului juridic din Republica Moldova se apreciază la nivel înalt legislația din domeniul contravențional, jurisprudența privind soluționarea cauzelor contravenționale și știința Dreptului contravențional.

Concomitent, se resimte absența unui curs de instruire juridică pentru studenții facultăților de drept și, respectiv, conceptului privind Curricula instruirii inițiale la cursul „Dreptul contravențional”.

1 Iorgovan A., Răspunderea contravențională, teză de doctorat, p.94 și Drept administrativ, București, 1989, p. 182.

2 Declarația de la Bologna din 19 iunie 1999, semnată de 29 Miniștri ai învățământului din Europa

În atare situație, urmărind scopul asigurării inițiale și continuă a cunoștințelor juridico-contravenționale pentru persoanele care îmbrățișează profesia de jurist, propunem de aplicat cursul de instruire „Drept contravențional“ în cadrul instituțiilor de învățământ superior universitar la profilul „Jurisprudență“.

Această propunere vine cu o anumită întârziere în raport cu imperativele timpului, unul din motive fiind așteptările în legătură cu adoptarea și intrarea în vigoare a Codului contravențional.

Prin Legea nr. 218-XVI din 24 octombrie 2008<sup>1</sup> a fost adoptat Codul Contravențional al Republicii Moldova, iar prin Decretul nr. 2046-IV din 29 decembrie 2008<sup>2</sup> a fost promulgat acest act normativ.

Conform art.481 din CC prezentul cod a intrat în vigoare la 31 mai 2009, iar conform art.482 lit.a) al acestui cod la data intrării în vigoare, Codul cu privire la contravențiile administrative, aprobat prin Legea R.S.S. Moldovenești din 29 martie 1985<sup>3</sup>, cu modificările ulterioare, a fost abrogat.

Astfel, în prezent dreptul contravențional — susținut de o parte, contestat sau privit cu rezerve de altă parte, se impune în sistemul de drept al Republicii Moldova ca un drept autonom, capabil să răspundă, pe plan doctrinar, legislativ și judiciar, realităților politico-economice și social-culturale noi și să contribuie la reglementarea acestor raporturi juridice din societate.

Odată cu constituirea ca ramură de drept, dreptul contravențional își va lărgi domeniul de acțiune: realitatea juridică obligă știința, precum și jurisprudența să-și dezvolte funcțiile de interpretare și aplicare a normelor contravenționale, dublate de prospectare și prognoză, astfel, în esență, revenindu-i sarcina și obligația de a analiza și a cerceta domeniul extrem de vast și diversificat al noului regim juridic al contravențiilor în Republica Moldova.

Rezultă, prin urmare, că în prezent, dreptul contravențional se impune să se dezvolte și ca disciplină didactică, care în raport cu tendințele evolutive ale dreptului contravențional ca ramură de drept și ca știință juridică va cuprinde cunoștințe necesare în conformitate cu cerințele Programului de predare la instituțiile cu profil juridic.

Ca disciplină didactică, dreptul contravențional urmează să selecteze o parte din știința juridică relevantă în sursele de specialitate (manuale, monografii, prelegeri, articole etc.) asigurând, astfel, minimul necesar de cunoștințe teoretice în conformitate cu sarcinile pregătirii cadrelor juridice.

În contextul dat, remarcăm că în ultimul timp, în Republica Moldova, s-au elaborat și publicat un set de lucrări științifice în mareria contravențională, care pot constitui un suport de curs la modulul/disciplina Dreptul contravențional. Printre aceste lucrări remarcăm: „Procedura în cazurile cu privire la contravențiile administrative“<sup>4</sup>,

1 Monitorul Oficial, 2009, nr. 3-6, art. 15.

2 Monitorul Oficial, 2009, nr. 3-6, art. 14.

3 Veștile Sovietului Suprem și ale Guvernului R.S.S.Moldovenești, 1985, nr. 3, art. 47

4 Furdui S. „Procedura în cazurile cu privire la contravențiile administrative“, Chișinău, 2000;

„Dreptul contravențional”<sup>1</sup>, „Drept contravențional”<sup>2</sup>, „Administrarea eficientă a justiției”<sup>3</sup>, „Tratat de Drept contravențional”<sup>4</sup>.

Prin tematica, conținutul și structura lor, în baza investigațiilor practico-științifice realizate de autori, aceste lucrări oferă cunoștințe profunde pentru distinatari ce derivă dintr-o serie de concluzii și recomandări cu caracter teoretico-aplicativ în domeniul vizat. Asocierile de idei conținute în lucrări și expuse într-un limbaj accesibil sunt sugerate de mai multe surse bibliografice, de legislația internă și internațională în vigoare, de practica judiciară și, fără îndoială, de bogata experiență a autorilor în activitatea profesională și doctrinară pe care o exercită.

Obiectul dreptului contravențional ca disciplină didactică nu trebuie confundat cu obiectul dreptului contravențional ca ramură de drept, al cărui obiect îl constituie relațiile sociale generate în urma comiterii contravenției. Ca disciplină didactică, dreptul contravențional cercetează normele de drept care constituie însuși dreptul contravențional ca ramură de drept. Astfel, disciplina în cauză oferă celor ce aplică normele contravenționale cunoștințe necesare privind soluționarea cazurilor contravenționale, asigură înțelegerea justă și aplicarea uniformă, în strictă concordanță cu voința legiuitorului, a normelor dreptului contravențional, precum și modul în care aceste norme sunt aplicate de organele competente în varietatea cazurilor concrete oferite de realitate.

Sistemul disciplinei didactice nominalizate este în fond, determinat de legislația contravențională, dar, totodată, pe lângă expunerea problemelor teoretice conținute în normele juridice contravenționale, include și alte chestiuni indisolubil legate între ele, cum ar fi principiile și izvoarele dreptului contravențional, raportul juridic contravențional etc.

O asemenea cercetare contribuie, alături de știința dreptului contravențional, la promovarea unor idei moderne și progresiste privind statornicia și perfecționarea principiilor, normelor și a instituțiilor, a tuturor celorlalte raporturi contravenționale, pentru a le asigura o eficiență sporită în combaterea acestui fenomen în conexiunea sa cu celelalte fenomene criminale din cadrul societății.

Revenind la propunerea propriu-zisă, motivarea respectivă se axează pe trei niveluri comportamentale, cu un grad divers de complexitate:

1. înțelegerea, ceea ce presupune acumularea cunoștințelor teoretice și formarea bazei conceptuale în domeniul Dreptului contravențional;
2. aplicarea, ceea ce presupune formarea obligațiilor tipice domeniului de activitate respectiv și dezvoltarea deprinderilor practice în studierea Dreptului contravențional;
3. integrarea, ceea ce presupune formarea capacității de transfer a cunoștințelor teoretice și abilităților practice în rezolvarea situațiilor nestandarde cu problemă juridico-contravențională.

1 Sergiu Furdul „Dreptul contravențional”, Chișinău: Cartier, 2005.

2 Victor Guțuleac „Drept contravențional”, Chișinău, ULIM, 2006.

3 Sergiu Furdul, „Administrarea eficientă a justiției”, pag. 93—131, Chișinău: Cartier, 2006.

4 Victor Guțuleac „Tratat de drept contravențional”, Chișinău, ULIM, 2009.

Pe această linie de gândire, se evidențiază următoarele obiective curriculare în cadrul disciplinei nominalizate:

**1. La nivel de înțelegere —**

- a) fundamentarea conceptelor, principiilor, sarcinilor și scopurilor Dreptului contravențional în sistemul de drept, de științe juridice și de discipline academice;
- b) determinarea bazelor teoretice ale noțiunilor fundamentale ale Dreptului contravențional: contravenția, sancțiunea contravențională, răspunderea contravențională și procesul contravențional;
- c) familiarizarea cu baza juridico-normativă națională și internațională ce reglementează raporturi contravenționale;
- d) cunoașterea diverselor metode de studiere a problemelor teoretice și practice din domeniul Dreptului contravențional.

**2. La nivel de aplicare —**

- a) explicarea coerentă a noțiunilor și principiilor fundamentale ale Dreptului contravențional;
- b) interpretarea corectă a normelor Dreptului contravențional și utilizarea justă a actelor normative și rezolvarea spețelor din domeniul respectiv;
- c) promovarea diferitelor forme de comunicare, adecvate obiectivelor Dreptului contravențional;
- d) formarea metodelor specifice de realizare a cercetărilor științifice în domeniul Dreptului contravențional și determinarea direcțiilor prioritare de perfecționare a legislației contravenționale.

**3. La nivel de integrare —**

- a) determinarea și stabilirea locului și rolului Dreptului contravențional în sistemul de drept al Republicii Moldova;
- b) elaborarea proiectelor de cercetare științifică și propunerea inițiativelor legislative în domeniul Dreptului contravențional;
- c) diagnosticarea mediului intern și a culturii organizaționale în cadrul instituțiilor și punerea în exercițiu a reglementărilor Dreptului contravențional;
- d) monitorizarea și evaluarea activității organelor competente să soluționeze cauzele contravenționale.

Pe această linie de idei, se impune elaborarea și promovarea conceptului privind Curricula Instruirii inițiale la cursul „Drept contravențional“. Acest concept constă în elaborarea unui suport metodologic pentru persoanele participante la procesul de inițiere și implementare a standartelor educaționale privind formarea și dezvoltarea profesională a studenților facultăților de drept.

În baza Conceptului propriu-zis, urmează elaborarea Programei analitice la disciplina de instruire „Drept contravențional“. La rîndul său, această Programă va fi elaborată în baza diferitor surse practico-științifice de instruire juridică, ce conțin un sistem de cunoștințe teoretice temeinice, menite să formeze abilități practice utile în viitoarea activitate profesională.



Implementarea și evaluarea disciplinei de instruire juridică „Drept contravențional“ se va realiza prin studiul disciplinei respective la orele de prelegeri și seminare, finalizându-se printr-un examen ce va constitui indiciul ce confirmă implicarea disciplinei respective în contextul formării competențelor profesionale. Criteriile de evaluare a disciplinei, se vor elabora în baza obiectivelor curriculare menționate mai sus.

În susținerea propunerii, merită de menționat că o parte componentă a Programului de învățământ aprobat în cadrul Institutului Național al Justiției îl constituie cursul de instruire „Drept contravențional“, care se bucură de atenția cuvenită și interesul deosebit din partea destinatarilor. În scopul de a veni în sprijinul instruirii candidaților la funcțiile de judecător și de procuror, propunându-se ca obiectiv și evaluare teoretico-practică a audiențelor în materia cuprinsă în ele au fost elaborate suporturile de curs respective inclusiv și în materia contravențională<sup>1</sup>.

În așa mod, de rînd cu alte discipline de instruire, implementarea cursului „Drept contravențional“, se înscrie în cadrul măsurilor concrete prevăzute în planul de învățământ și Curriculumului INJ, care au beneficiat de expertizare din partea experților Consiliului Europei în cadrul Programului Comun al Consiliului Europei și Comisiei Europene privind sporirea independenței, transparenței și eficienței justiției în Republica Moldova<sup>2</sup>.

În concluzie, exprimăm convingerea că aplicarea cursului de instruire „Drept contravențional“ în cadrul instituțiilor de învățământ superior universitar la profilul „Jurisprudență“ constituie o necesitate vitală și o oportunitate rezonabilă pentru sistemul de învățământ juridic al Republicii Moldova, motiv pentru care sperăm ca propunerea noastră să fie apreciată la justa valoare de către factorii decizionali.

---

1 Sergiu Furdui, Stella Bleșceaga „Administrarea cauzelor contravenționale”, INJ, Chișinău, 2009; Sergiu Furdui, Stella Bleșceaga „Metodologia întocmirii actelor procedurale contravenționale”, INJ, Chișinău, 2009:

2 Eugenia Festican, Cuvînt înainte, Suporturi de curs: Administrarea cauzelor de contencios administrativ, Administrarea cauzelor contravenționale, Cartea VIII; Metodologia întocmirii actelor procesual civile, Metodologia întocmirii actelor procedurale penale în faza de judecată, Metodologia întocmirii actelor procedurale contravenționale, Întocmirea actelor procedurale în faza de urmărire penală, Cartea IX.



DREPT PRIVAT

PRIVAT LAW



# SITUAȚIA COPILULUI AFLAT ÎN DIFICULTATE — PROBLEMĂ ACTUALĂ A CERCETĂRILOR ȘTIINȚIFICE

Lilia MĂRGINEANU, doctor, conferențiar universitar

*The state programs constitute the principal form of promotion of the state policy within the sphere of science and innovation. Constituting an organized way of progress achievement of the country through the fundamental directions, the state programs represent a set of projects (theme), a set of scientific, administrative organizational etc. actions, correlated between them through resources, executors and achievement terms, directed to an efficient solution of the foreseen strategic problems, which form part of various domains of activity with priority on the children's rights and freedoms.*

Politica de stat în sfera științei și inovării, ca parte componentă a politicii de stat în domeniile social-economic, educativ și cultural, prevede concentrarea resurselor și organizarea activității în direcțiile prioritare ale cercetării-dezvoltării, inovării și transferului tehnologic. Direcțiile prioritare de activitate se identifică în funcție de tendințele de pe plan internațional, de potențialul național, de pronosticul dezvoltării social-economice.

Forma principală de promovare a politicii de stat în sfera științei și inovării o constituie programele de stat. Constituind un mijloc organizat de realizare a progresului țării prin direcțiile fundamentale, programele de stat reprezintă un set de proiecte (teme), un ansamblu de acțiuni științifice, administrative, organizaționale etc., corelate între ele prin resurse, executori și termene de realizare, direcționate spre soluționarea eficientă a problemelor strategice preconizate, ce fac parte din cele mai diverse domenii de activitate<sup>1</sup>.

În epoca contemporană statul are misiuni cu un pronunțat caracter de ocrotire a colectivităților umane, în ultimă instanță, a fiecărui membru al societății. Problema corelației dintre stat și persoană poate fi realizată doar într-un stat de drept, deoarece statul de drept este organizarea și funcționarea puterii publice, inclusiv în relațiile cu cetățenii, în baza Constituției și legilor în corespundere cu prescripția, dintre care esențiale se prezintă recunoașterea drepturilor și libertăților omului și cetățeanului. Întrucât cei administrați au drepturi care trebuie să fie respectate de către organele

---

1 Hotărârea Guvernului Republicii Moldova nr. 1339 din 07.11.2003 despre aprobarea Modulului de elaborare și realizare a programului de stat de cercetare-dezvoltare, Monitorul Oficial al R. Moldova nr. 229-233 din 21.11.2003. P.I, pct.2.

statului, nu mai poate fi vorba de arbitrar în raporturile dintre cei ce administrează și cei ce sunt administrați. Aceste raporturi juridice urmează să fie precizate și determinate, pentru a le oferi stabilitate<sup>1</sup>. Garantul principal al acestei stabilități este administrația publică, ca reprezentant al colectivității la nivel central și local.

Fundamentul internațional al drepturilor omului îl constituie Carta Internațională a drepturilor omului, care cuprinde o listă amplă de drepturi ale omului, listă care a fost și continuă a fi dezvoltată în pacte, tratate, declarații, convenții etc., centrate pe reglementarea unor probleme speciale.

Sporirea preocupărilor și reglementărilor internaționale, nu schimbă și nu diminuează rolul major al legislației interne în proclamarea și garantarea drepturilor cetățenești, în proclamarea și încurajarea drepturilor omului în general. Aceasta pentru că statele și națiunile rămân cadrul firesc în care se pot realiza libertățile publice. În acest sens sunt formulate prevederile din Carta Internațională a drepturilor omului. Acest sens dă expresie recunoașterii suveranității statelor, calității de membri egali ai comunității internaționale, fiind reflectarea faptului că drepturile și libertățile cetățenești pot fi reale și efective numai în măsura în care prin Constituția statelor sunt proclamate și garantate. Aceasta le dă, în ultimă instanță, conținut și eficiență.

Din cauza lipsei lor de maturitate fizică și intelectuală, copiii au nevoie de o protecție și îngrijire specială, de o protecție juridică adecvată, înainte și după naștere. Principiile fundamentale ale protecției copilului sunt stabilite prin Convenția ONU cu privire la drepturile copilului. Cuprinzând standarde universale, aplicabile tuturor copiilor lumii, fără nici un fel de discriminare, pe fondul recunoașterii și proclamării acestor standarde comune, Convenția propune să se i-a în considerare diferențele de natură culturală, socială, economică și politică dintre state, subliniind dreptul acestora de a identifica mijloacele proprii de implementare a drepturilor comune tuturor copiilor.

Prin ratificarea Convenției cu privire la drepturile copilului, adoptarea Legii privind drepturile copilului, a Concepției și a Strategiei Naționale privind protecția copilului și familiei, Republica Moldova se obligă să respecte și să promoveze drepturile copilului ca subiect independent cu drept la ajutor și ocrotire specială, precum și să dezvolte politica națională în domeniul protecției copilului și familiei. Copiii și tinerii se bucură de un regim special de asistență în realizarea drepturilor lor<sup>2</sup>. Anume protecția și ocrotirea drepturilor copilului este apreciată drept indicatorul cel mai sensibil al sănătății unei societăți<sup>3</sup>.

Deși drepturile omului sunt universale și toți se nasc egali, viața în virtutea diversității sale obiective, nu asigură pentru toți posibilități egale pentru a-și dezvolta și exercita în volumul necesar drepturile sale, existând pericolul instituirii unor inegalități. De aceea, este necesar ca statul, societatea, prin diferite activități, să asigure șanse și oportunități acceptabile de realizare a drepturilor fiecărui individ,

1 Negulescu Paul, „Tratat de drept administrativ”, Editura „E.Muruan”, București, 1934, p. 3.

2 Constituția Republicii Moldova, Monitorul Oficial al R. Moldova, nr. 1, 1994, art. 50, alin.2

3 Balahur Doina, „Protecția drepturilor copilului ca principiu al asistenței sociale, București, Ed. ALLBECK, 2001, p. 168.

instituirea mediului favorabil pentru toți și, în primul rând, pentru cei care sunt sau pot deveni dezavantajați, spre a nu admite scoaterea lor în afara vieții sociale.

Asigurând protecția și îngrijirile necesare pentru toți copiii aflați sub jurisdicția sa, statul urmează să-și concentreze eforturile, în primul rând, asupra copiilor ce se află în dificultate și să întreprindă măsuri de ocrotire specială a acestora în conformitate cu situația de dificultate. Astfel, Conferința internațională asupra drepturilor omului de la Viena (15—25 iunie 1993), la art. 25 al Declarației adoptate cu acest prilej, fără a defini noțiunea de „copil aflat în dificultate”, reafirmă necesitatea întăririi mecanismelor naționale și internaționale de apărare și protecție a copiilor, în special al celor abandonați, a copiilor străzii, a celor exploatați economic și sexual, împotriva prostituției și a vânzării de organe, a copiilor victime ale unor maladii, în special SIDA, a copiilor refugiaților, a celor aflați în detenție, a celor care sunt victime ale drogurilor.<sup>1</sup>

În același context, Ordonanța de urgență a Guvernului României nr. 26 din 09.06.1997 privind protecția copilului aflat în dificultate, la art. 1 prevede: „copilul se află în dificultate dacă dezvoltarea, securitatea sau integritatea sa, fizică sau morală, este periclitată”<sup>2</sup>. Din această reglementare legală rezultă că un copil se află în dificultate în situația în care:

- a) dezvoltarea fizică sau morală a copilului este periclitată;
- b) securitatea sau integritatea fizică ori morală a copilului este periclitată.

În asemenea situații se găsesc acei copii care temporar sau definitiv, sunt lipsiți de mediul familial sau care, în propriul lor interes, superior, nu pot fi lăsați în acest mediu<sup>3</sup>. Prin urmare, în sensul actului normativ menționat, față de copiii aflați în dificultate intervenția specială vizează aspectele socio-afective datorită privării sale de dreptul natural, moral și legal — dreptul la familie. Responsabilitatea de a asigura copilului aflat în dificultate protecție și asistență în realizarea și exercitarea drepturilor sale revin, în primul rând, colectivității locale din care acesta face parte<sup>4</sup>.

Strategia guvernamentală adoptată de Guvernul României în domeniul protecției copilului în dificultate (2001—2004) are în vedere, cu prioritate, următoarele grupuri de copii în dificultate: — copiii instituționalizați; — copiii protejați în familie, atât în cea proprie (în vederea reducerii riscului de abandon), cât și în familia substitutivă (servicii alternative de tip familial); — copiii maltratați, neglijați sau abuzați în

---

1 [www.unhchr.org](http://www.unhchr.org), World Conference on Human Rights, Declaration and Programme of Action.

2 Ordonanța de urgență a Guvernului României nr. 26 din 09.06.1997 privind protecția copilului aflat în dificultate, Monitorul Oficial al României, nr. 120 din 12 iunie 1997, republicată în Monitorul Oficial nr. 276 din 24.07.1998, art.1, alin.1.

3 Ordonanța de urgență a Guvernului României nr. 26 din 09.06.1997 privind protecția copilului aflat în dificultate, Monitorul Oficial al României, nr. 120 din 12 iunie 1997, republicată în Monitorul Oficial nr. 276 din 24.07.1998, art.3, alin.2.

4 Ordonanța de urgență a Guvernului României nr. 26 din 09.06.1997 privind protecția copilului aflat în dificultate, Monitorul Oficial al României, nr. 120 din 12 iunie 1997, republicată în Monitorul Oficial nr. 276 din 24.07.1998, art.3, alin.1.

propria familie; — copiii cu nevoi speciale și cei infectați HIV ori bolnavi SIDA, aflați în instituții sau în forme de protecție alternative de tip familial; — copiii delincvenți; — copiii străzii; — copiii/tinerii care ating vârsta majoratului pe parcursul instituționalizării pe termen lung. De asemenea, o atenție deosebită se va acorda copiilor aparținând minorității romilor<sup>1</sup>.

Tendențele majore ce caracterizează societatea Republicii Moldova în ultimii ani — nivelul de trai în continuă scădere, nivelul ridicat al migrațiunii, sistemul inadecvat de asigurări sociale, capacitatea limitată a autorităților publice de a aplica legislația adoptată etc. — sporesc povara ce apasă pe umerii familiilor, deteriorând sever valorile morale tradiționale ale familiei și a societății în ansamblu. În aceste condiții, copii sunt supuși unor riscuri tot mai mari de abuz, neglijare, exploatare. Tot mai mulți copii rămân fără familie sau petrec foarte mult timp pe stradă, mărind numărul copiilor în dificultate — a celor care abandonează școala, consumă alcool sau droguri, ceea ce se asociază direct cu numărul tot mai mare de adolescenți aflați în conflict cu legea, a celor traficați sau infectați cu virusul imunodeficient etc.

În prezent, pe lângă categoriile tradiționale de copii în dificultate — copii orfani și lipsiți de îngrijirea părintească, copii abandonați, copii cu dizabilități, copii din familii numeroase și cu părinți cu dizabilități pot fi identificate categorii noi de copii social-vulnerabili și copii în situații de risc: copiii străzii, copii victime ale abuzului și/sau traficului, copii în conflict cu legea, copii cu HIV/SIDA, copii, cetățeni ai Republicii Moldova, abandonați peste hotare etc., ceea ce necesită noi abordări de politică socială și metodologică, revederea și completarea cadrului legal și instituțional<sup>2</sup>. *Prin urmare, una dintre problemele prioritare ce necesită a fi soluționate în cadrul programelor de stat o constituie protecția socială a copiilor aflați în dificultate.*

Cu părere de rău, la momentul actual, în Republica Moldova, legislația care să asigure protecție juridică copiilor în dificultate este încă slab dezvoltată. Proiectul legii privind protecția copilului aflat în dificultate, elaborat încă din anul 2002 de către Ministerul Muncii și Protecției Sociale, sub egida Reprezentanței UNICEF în Moldova, care a trecut avizarea autorităților abilitate și a fost aprobat de către Guvern, până în prezent nu este adoptată în Parlament. Legea nr. 338 privind drepturile copilului a fost adoptată încă în anul 1994, fiind completată neesențial prin Legea nr. 1001 din 19.04.2002. În general, marea majoritate a actelor normative: cu privire la protecția socială a copilului; privind sănătatea și serviciile sanitare; dreptul la educație și învățământ, odihnă și sport; drepturile, obligațiile civile și libertățile copiilor etc. au fost adoptate în perioada anilor 1993—2000, iar mecanismele de impunere a lor și standardele de procedură au devenit necorespunzătoare condițiilor actuale.

1 Hotărârea Guvernului României nr.539 din 07.06.2001, Strategia guvernamentală în domeniul protecției copilului în dificultate (2001-2004), Monitorul Oficial al României nr. 321 din 14.06.2001, pct. 6.

2 Hotărârea Guvernului Republicii Moldova nr. 727 din 16.06.2003 despre aprobarea Strategiei naționale privind protecția copilului și familiei, Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr. 126-131 din 27.06.2003, pct. 15.



Având în centrul atenției interesul superior al copilului, modernizarea cadrului legal urmează să determine ierarhia opțiunilor pentru îngrijirea și educarea copilului: sprijinirea familiei, reintegrarea în familia biologică și integrarea/reintegrarea copilului în familia extinsă, adopția, plasarea copilului la asistentul parental și în casa de copii de tip familial până la găsirea unei soluții optime și, drept ultimă opțiune, instituția rezidențială.

Distribuirea (delegarea) eficace a sarcinilor și responsabilităților în cadrul structurilor de resort și între nivelurile administrației publice, reflectând scopul și structura problemelor copilului în dificultate, trebuie să asigure protecția copilului în orice situație și față de orice risc social. Se impune divizarea clară și transparentă a sarcinilor și responsabilităților între structurile responsabile de protecția copilului și familiei; promovarea formelor eficiente de prevenire a intrării copiilor în îngrijire rezidențială; elaborarea și implementarea standardelor de îngrijire și oferirea de servicii medicale, educaționale și protecție socială; elaborarea și crearea sistemelor de monitorizare și evaluare ce ar urmări continuu calitatea și asigurarea serviciilor; elaborarea și aplicarea la nivel național și local a mecanismelor de motivare morală a familiei de a crește și educa copii sănătoși.

Dezvoltarea capacităților și resurselor umane în vederea protecției copilului în dificultate presupune: dezvoltarea conceptelor de formare și perfecționare profesională a studenților și personalului din domeniul protecției copilului și familiei: asistență socială, educație, sănătate, economie, legislație etc.; elaborarea programelor de formare și perfecționare profesională pentru personalul angajat în protecția copilului și familiei în conformitate cu standardele profesionale reflectate în programele cursurilor a Convenției ONU cu privire la drepturile copilului și cu legislația națională; elaborarea criteriilor de selectare, recrutare și angajare a personalului pentru serviciile de protecție a copilului și familiei, precum și revizuirea periodică a criteriilor de dezvoltare și motivare a personalului angajat; dezvoltarea capacităților părinților de a asista necesitățile copiilor cu cerințe speciale și/sau în situații de risc etc.

Dezvoltarea serviciilor comunitare de protecție a copiilor aflați în dificultate necesită promovarea modelelor viabile a serviciilor de prevenire a intrării copilului în dificultate și în sistemul rezidențial de îngrijire și educație, precum și a serviciilor de asistență socială pentru copiii și familiile în situații de risc. Elaborarea mecanismelor de implicare a sectorului privat în soluționarea problemelor copilului în dificultate și crearea serviciilor comunitare de protecție socială; susținerea metodologică, informațională și managerială a comunităților și a autorităților publice locale în identificarea problemelor copilului aflat în dificultate etc., sunt probleme ce își așteaptă rezolvarea.

Așa dar, se poate concluziona că problema protecției copilului aflat în dificultate beneficiază de atenție specială în comunitatea internațională dar și în societatea moldovenească și urmează a fi tratată dintr-o perspectivă interdisciplinară, psihosociologică și juridică: copilul și drepturile sale.

# LE DROIT ET L'INCORPOREL A L'ORÉE DU XXI<sup>ÈME</sup> SIÈCLE : ETAT DES LIEUX<sup>1</sup>

**Marie-Laure Cicile DELFOSSE,**

Professeur à la Faculté de droit et de science politique de l'Université de Rennes 1

Centre de Droit des Affaires, du Patrimoine et de la Responsabilité

*Dreptul roman privat a făcut distincția dintre bunurile corporale și cele incorporale. În secolul XXI se cristalizează un șir de tendințe și realități noi care influențează direct această distincție. Prezentul articol reflectă opinia autoarei în ceea ce privește clasificarea bunurilor în corporale și incorporale prin prisma provocărilor generate de realizările progresului tehnico științific.*

« Le droit a recouvert le monde bariolé des choses d'un uniforme capuchon gris, la notion de bien, cette abstraction »<sup>2</sup>. Ce célèbre constat du doyen Carbonnier conduit à se demander s'il ne serait pas vain de réfléchir à l'appréhension par le droit de l'incorporalité. Ne conviendrait-il pas, en effet, d'en étendre la portée pour considérer que le droit prend indistinctement en considération, sous le terme générique et juridique de bien, toutes les réalités, qu'elles soient corporelles ou incorporelles, que l'homme est susceptible de s'approprier ? Une telle réponse serait assurément trop simple. L'histoire en témoigne qui révèle que le droit a depuis fort longtemps, distingué le corporel de l'« *impalpable* », l'« *immatériel* », c'est-à-dire les « *biens ou valeurs qui échappent à toute appréhension matérielle* »<sup>3</sup>.

C'est d'une grande banalité de rappeler que le droit romain déjà connaissait la distinction entre les *res corporales*, les corps, et les *res incorporales*, les droits, toutes deux placées sous le *dominium*, la puissance, du *pater familias*. La taxinomie romaine reposait ainsi sur la distinction des choses matérielles et des rapports juridiques par nature immatériels. Or, cette conception, brouillée sous l'Ancien droit, a été remise en lumière sous la Révolution. Les projets de Code — notamment le premier projet de Cambacérès — reconnaissent expressément, au côté de biens corporels, l'existence de biens incorporels tels les droits sur la chose d'autrui et les droits de créance<sup>4</sup>. Le Code civil reprend, quant à lui, de manière implicite mais non équivoque, la distinction. Il suffit évoquer la classification des biens et la distinction entre les immeubles par nature

1 Cet article a été publié à la Revue Lamy Droit civil, numéro spécial, novembre 2009.

2 J. Carbonnier, *Droit civil. Vol. II Les biens, les obligations*, PUF Quadrige, 2004, p. 1592, n° 707.

3 Définition de l'incorporel donnée in *Vocabulaire juridique. Association Henri Capitant*, par G. Cornu, PUF, 48<sup>ème</sup> éd., 2007.

4 1<sup>er</sup> projet, Livre II, Titre I, art. 19 et s., Fenet, I, p. 39.

et les immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent<sup>1</sup>, entre les meubles par nature et les meubles par la détermination de la loi<sup>2</sup>. Il n'est encore que de rappeler la définition descriptive de la possession posée à l'article 2228, devenu l'article 2255 du Code civil : « *la possession est la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit ...* » ou bien la notion de gage telle qu'elle résultait de l'article 2075 du Code civil aujourd'hui abrogé qui traitait du gage sur les meubles incorporels, tels que les créances mobilières.

Certes, cette catégorie de biens incorporels, conformément à la conception romaine, ne comprenait que des droits. Sans doute existait-il déjà en 1804 d'autres biens incorporels que les concepts engendrés par l'esprit juridique. Pour autant, ils ne pouvaient alors apparaître dans un Code d'inspiration physiocratique dont la figure centrale se trouvait être celle du propriétaire terrien. Nul ne l'ignore, le droit des biens se réduit, peu ou prou, en 1804, à un droit de l'immeuble orienté vers sa préservation et sa transmission. « *C'est le droit des fonds de terre et des bâtiments, des moulins à eau et à vent, des récoltes pendantes par racine ou des fruits des arbres, des coupes de bois taillis et des futaies mises en coupe réglée, des animaux de culture et des pressoirs, chaudières, alambics, cuves et tonnes* »<sup>3</sup>...sans oublier les ruches à miel, les lapins des garennes, les pigeons des colombiers. Bref, c'est le droit d'une civilisation agraire.

Or, on le sait, les biens incorporels ont connu, du fait de l'essor industriel et de l'évolution des techniques, un accroissement exponentiel de sorte qu'ils occupent, à l'heure actuelle, une place dominante dans des fortunes de plus en plus désincarnées. Le dire et le décrire est devenu un lieu commun de la littérature juridique.

Les titres, parts de sociétés, dont la spécificité n'est plus à démontrer, ont remplacé pour une très large part les fonds de terre et bâtiments. Ces valeurs ont, du reste, atteint une désincarnation maximale depuis qu'une simple inscription en compte a remplacé les titres qui les représentaient. La nécessité économique de reconnaître une valeur en soi à un ensemble de biens attractifs de clientèle a favorisé le développement de fonds d'exploitation divers et variés, universalité immatérielle. Le fonds de commerce fait aujourd'hui figure d'ancêtre ; sont apparus plus récemment le fonds artisanal réglementé par une loi du 5 juillet 1996<sup>4</sup>, le fonds libéral dont la reconnaissance découle de la cessibilité de la clientèle civile admise par la Cour de cassation dans un arrêt du 7 novembre 2000<sup>5</sup>, et enfin le fonds agricole, consacré à la suite

---

1 Articles 517 C. civ.

2 Article 527 C. civ.

3 R. Libchaber, La recodification du droit des biens, in *Le Code civil 1804-2004. Livre du bicentenaire*, Dalloz, Litec, p.299 n° 3.

4 Loi n° 96-603 du 5 juillet 1996 relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat.

5 Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 nov. 2000 : Bull. Civ. I, n° 283; *JCP G* 2001, II, 10452, note Vialla ; *JCP G* 2001, I, 301, n° 16, obs. Rochfeld ; *JCP E* 2001, 419, note Loiseau ; *Contrats, conc., consom.* 2001, 18, note Leveneur ; *RTDciv.* 2001, 130, obs. Mestre, et 167, obs. Revet ; *Defrénois* 2001, 431, obs. Libchaber ; *D.* 2002, somm. 930, obs. Tournafond.

d'une évolution jurisprudentielle, par la loi d'orientation agricole du 5 janvier 2006<sup>1</sup>. La nécessité de protéger les droits des auteurs et des inventeurs a donné naissance à ce que l'on a appelé des propriétés intellectuelles : propriété littéraire et artistique pour les œuvres d'art et les ouvrages littéraires dont le domaine a été élargi par la suite notamment aux logiciels et aux bases de données ; propriété industrielle pour les brevets d'invention dont la philosophie a servi de modèle à l'élaboration de régimes appropriés aux marques, dessins et modèles, topographies de semi-conducteurs et certificats d'obtention végétale. Cette rapide énumération ne peut, du reste, épuiser la liste des éléments immatériels qui apparaissent ou apparaîtront au gré des évolutions technologiques et appelleront, tôt ou tard, la protection du droit.

Enfin, signe peut-être le plus éclatant de l'importance de l'incorporel dans notre société, les biens corporels eux-mêmes n'échappent pas à la dématérialisation. Que l'on songe aux biens se situant aux confins de la matière tels l'onde ou l'énergie dont le doyen Savatier, dans une étude de 1958 demeurée célèbre, avait déjà perçu la grande spécificité<sup>2</sup>. Que l'on pense encore à l'émergence récente de nouvelles modalités d'appréhension de l'espace, sous forme de volume délimité, qui viennent se substituer à l'archétype de la propriété de 1804, la propriété de l'immeuble de terre et de pierre. Certes, s'ils sont impalpables, de tels biens ne sont toutefois pas de pures abstractions. Ils n'en manifestent pas moins une certaine dématérialisation de l'univers sensible.

Or, devant ce constat de la montée en puissance de l'incorporel, la question posée au juriste est simple. Un code, dont on vient de fêter le bicentenaire, élaboré pour une toute autre société, peut-il accueillir en son sein les biens immatériels ? Sa généralité, vantée par Portalis dans le discours préliminaire, lui permet-elle de régir ces richesses nouvelles ? Autrement dit, le droit commun est-il apte à saisir l'incorporel ?

La question doit être posée et la réflexion menée alors que l'œuvre de recodification est amorcée. Lors des études menées à l'occasion des célébrations du bicentenaire du Code civil en 2004, il est, en effet, paru évident que la réforme du droit civil économique s'imposait alors qu'il avait été tenu à l'écart des grandes lois modificatrices de la seconde moitié du 20<sup>ème</sup> siècle. Les raisons en sont simples. Elles tiennent tant à l'évolution des réalités socio-économiques qu'à la nécessité de doter notre pays d'instruments juridiques récents lui permettant d'être entendu dans le contexte actuel de mondialisation et de régionalisation. Quatre ans plus tard, des réformes ont vu le jour, comme celle du droit des sûretés entreprise par l'ordonnance du 23 mars 2006<sup>3</sup> ; d'autres sont en gestation, comme celle du droit des biens, matière qui fait l'objet d'un avant-projet de réforme proposé, sous l'égide de l'association Capitant, par un groupe de travail présidé par M. le professeur Hugues Périnet-Marquet.

Dans cette perspective, le débat sur la place de l'incorporel dans notre droit ne saurait être occulté comme en atteste, d'ailleurs, un certain nombre de travaux

---

1 Loi n° 2006-11 du 5 janvier 2006 d'orientation agricole.

2 R. Savatier, Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification juridique des biens incorporels, *RTDciv.* 1958, 1.

3 Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés.

doctrinaux<sup>1</sup>. L'enjeu est fondamental : le droit ne peut, en effet, manquer de prendre en compte l'évolution d'une société où les valeurs économiques essentielles résident désormais dans des éléments immatériels.

Une vision superficielle du droit pourrait laisser à penser que l'affaire est entendue. L'apparition d'éléments immatériels présentant une valeur économique a, en effet, appelé des réactions ponctuelles du droit. Des législations particulières se sont ainsi développées en dehors du Code civil afin de répondre aux besoins de préservation et de commercialisation de certains biens incorporels : lois régissant les fonds d'exploitation ou encore relatives aux propriétés intellectuelles. Ne faudrait-il pas, dès lors, déduire de l'existence de ce corps de règles resté à l'écart du vénérable Code que le droit commun est inadapté à ces richesses nouvelles ? Un pareil constat conduirait alors, de manière plus radicale, à se demander si les dispositions du Code civil, qui ne pourraient s'appliquer à une part importante des biens composant le patrimoine, seraient encore de nature à être considérées comme le droit commun en la matière. Ne se contenteraient-elles pas, désormais, d'édicter le droit des choses corporelles, les biens incorporels étant, quant à eux, réglementés au cas par cas par des lois particulières tenant compte de leur spécificité ? Le débat n'aurait alors même plus d'utilité.

Une telle conclusion ne s'impose, cependant, nullement. Certes, de nombreuses législations spéciales, au côté du Code civil, prospèrent ; elles ne peuvent toutefois avoir l'ambition de régir tout l'univers immatériel. Elles apparaissent, pour tel ou tel bien particulier, lorsque le besoin de réglementation se fait pressant. Au-delà, le recours au droit commun pourrait s'avérer d'une grande utilité.

Il en va ainsi lors de la naissance d'éléments incorporels nouveaux que les progrès de la technologie et l'évolution des idées ne manquent pas et ne manqueront pas, à l'avenir, d'engendrer. Avant que le législateur prenne acte de cette naissance et du besoin de protection qu'elle appelle, faut-il les rejeter dans la sphère du non droit ? Ce serait alors la règle du tout ou rien<sup>2</sup> : les biens pris en compte de manière particulière par le législateur seraient efficacement protégés ; les autres éléments

---

1 Notamment : R. Libchaber, La recodification du droit des biens, in *Le Code civil 1804-2004. Livre du bicentenaire*, Dalloz, Litec, p. 297 ; T. Revet, Le Code civil et le régime des biens ; questions pour un bicentenaire, *Droit et patrimoine*, 2004, n° 124, p. 20 ; F. Zénati, Pour une rénovation de la théorie de la propriété, *RTDciv.* 1993, p. 305 - L'immatériel et les choses, in *Le droit et l'immatériel*, Archives de philosophie du droit, Tome 43, p. 79 ; D. Gutmann, Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens, Les ressources du langage juridique, in *Le droit et l'immatériel*, Archives de philosophie du droit, Tome 43, p. 65 ; P. Catala, L'immatériel et la propriété, in *Le droit et l'immatériel*, Archives de philosophie du droit, Tome 43, p. 61 ; A. Piédelièvre, Le matériel et l'immatériel. Essai d'approche de la notion de bien, in *Aspects du droit privé en fin du 20<sup>ème</sup> siècle, Etudes réunies en l'honneur de M. de Juglart*, LGDJ, Montchrestien, Litec, 1986, p. 55 ; M. Vivant, L'immatériel, nouvelle frontière pour un nouveau millénaire, *JCP G* 2000, I, 193 — L'immatériel en sûreté, in *Mélanges Michel Cabrillac*, Dalloz et Litec, 1999, p. 405. V. aussi. F. Zénati-Castaing et T. Revet, *Les biens*, PUF Droit, coll. Droit Fondamental, 3<sup>ème</sup> éd., 2008, n° 45 et s., p. 91 et s.

2 V. R. Libchaber, La recodification du droit des biens, préc., n° 42, p. 344.

immatériels ne bénéficieraient, au contraire, d'aucune garantie et cette situation risquerait de perdurer alors que l'intervention du Parlement se fait souvent attendre longtemps. On le constate, l'application du droit commun à ces nouvelles valeurs pourrait alors constituer un remède approprié.

En outre, même lorsqu'elle intervient, la loi ne peut assurément avoir tout prévu, aussi détaillée fût-elle, tant est inhérente à la vie économique l'apparition de nouvelles problématiques. Là encore, le recours au droit commun serait propre à apporter des éléments de solution.

Enfin, il n'est guère certain que les législations spéciales édictées ne soient pas que la simple mise en œuvre, adaptée à la spécificité de certains biens immatériels particuliers, de règles générales qui auraient vocation à s'appliquer aux réalités tant corporelles qu'incorporelles.

On ne saurait donc se contenter, dans le domaine immatériel, du constat de l'obsolescence d'un Code civil remplacé efficacement par des pans entiers de droit spécial. La réflexion, le débat, s'imposent.

Pour l'ouvrir, deux pistes peuvent être suivies : la prétendue sclérose d'un droit commun réduit à ne régir que des réalités corporelles serait un véritable trompe-l'œil masquant la vitalité d'un droit commun apte à saisir l'incorporel (I) ; pour autant, des décalages entre les axes généraux du droit commun et l'immatériel rendrait nécessaire une revitalisation du droit commun au regard de l'incorporel (II).

### ***I. La vitalité d'un droit commun apte à saisir l'incorporel.***

Cette vitalité du droit commun, mise en exergue par des travaux récents<sup>1</sup>, ne doit pas être négligée. C'est ainsi que les principes généraux du droit des biens sont indéniablement applicables aux biens incorporels que sont les fonds d'exploitation et les propriétés intellectuelles. Comme il l'a été souligné<sup>2</sup>, ces biens sont, « *aliénables et transmissibles, font l'objet des principaux modes d'acquisition, peuvent faire l'objet d'une indivision, et sont susceptibles d'être grevés de droits réels* », de sorte que jurisprudence comme doctrine peuvent puiser dans les règles de droit commun les solutions appropriées aux difficultés à résorber. On en donnera pour preuve le recours à la notion de possession, comme présomption de la titularité des droits d'auteur en l'absence de revendication des véritables titulaires<sup>3</sup>.

---

1 Notamment, T. Revet, *Le Code civil et le régime des biens ; questions pour un bicentenaire*, préc., n° 124, p. 20.

2 F. Zénati-Castaing et T. Revet, *Les biens*, op. cit., n° 53 p. 99.

3 « *Des « actes de possession » consistant dans la divulgation ou l'exploitation d'une œuvre font, en l'absence de toute revendication de la part des personnes qui l'ont réalisée, présumer que ceux qui les accomplissent sont titulaires du droit de propriété incorporelle de l'auteur* ». Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 24 mars 1993 : *Bull. civ. I* n° 126; *JCP G* 1993, II, 22085 note Greffe ; *RIDA* oct. 1993, p. 191 obs. A. Kerever; *RTDcom.* 1995, 418, obs. Françon. V. encore Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 31 janv. 1995 : *Bull. civ. I*, n° 63 ; *D.* 1995, somm. 287, obs. Colombat - 28 mars 1995 : *RIDA*, juill. 1995, p. 327 — 9 janv. 1996 : *Bull. civ. I*, n° 28; *RIDA*, juill. 1996, p. 341 ; *RTDcom.* 1997, 95, obs.

La constatation ne se limite cependant pas aux propriétés incorporelles. C'est ainsi que, concernant les portefeuilles de valeurs mobilières, le recours à la notion d'universalité a permis d'élaborer un régime adapté lorsque de tels biens sont entre les mains d'un usufruitier<sup>1</sup>. De même, le recours à la notion de possession permet d'apporter la preuve de la détention<sup>2</sup> comme la référence à la tradition, en dépit de la dématérialisation des valeurs et de leur support, a fondé la reconnaissance du don manuel<sup>3</sup>. De manière générale, si la spécificité de telles valeurs mobilières — ni droit de créance, ni droit réel -, n'est plus à démontrer, les besoins nés de la pratique ont conduit à utiliser les règles de droit commun afin d'apporter des solutions appropriées avant même que le législateur n'intervienne parfois pour les consacrer.

Est-ce là toutefois mouvement de fond ou simples applications jurisprudentielles ponctuelles dans une matière qui s'avèrerait dans l'ensemble rebelle à l'appréhension de l'incorporel ?

La réponse paraît aller de soi lorsqu'on examine le droit des sûretés. Les réformes du Code civil entreprises récemment ont, en effet, pris en considération l'immatériel comme source d'obtention de crédit. Ces évolutions étaient vivement souhaitées. A la veille de la réforme, en effet, les sûretés constituées sur biens incorporels faisaient l'objet de textes spéciaux disparates. Il en allait ainsi du nantissement du fonds de commerce<sup>4</sup> et du fonds artisanal<sup>5</sup>, du nantissement du droit d'exploitation des logiciels<sup>6</sup>, du gage sur les dessins et modèles<sup>7</sup> ou encore sur les marques<sup>8</sup> ou les obtentions végétales<sup>9</sup>... Pour autant, ces textes dispersés ne donnaient guère satisfaction de sorte que les praticiens délaissaient cette importante source de richesse comme garantie

---

Françon ; *D.* 1996, somm. 285, obs. Burst — 13 oct. 1998 : *Bull. civ. I*, n° 293; *RIDA* janv. 1999, p. 385, obs. Kerever; *RTDcom.* 1999, 393, obs. J. Azéma.

- 1 Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 12 nov. 1998 : *Bull. civ. I*, n° 315 ; *D.* 1999, 167, note Aynès et Fiorina ; *JCP G* 1999, II, 10027, note Piédelièvre ; *JCP N* 1999, 351, note Hovasse ; *JCP E* 1999, II 426 note Rouxel ; *RTDciv.* 1999, 422, obs. Zénati et 674, obs. Patarin ; *RTDcom.* 1999, 459, obs. Storck. Sur nouveau pourvoi, Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 3 déc. 2002 : *D.* 2003, 2495, note Fiorina ; *JCP G* 2003, II, 10158, note Piédelièvre ; *RTDciv.* 2003, 118, obs. Revet.
- 2 « *La seule conséquence de la « dématérialisation » des valeurs mobilières est de permettre la preuve de leur détention, non par leur support matériel mais par leur inscription en compte, qui conserve la force attachée auparavant à la possession du titre-papier* ». Cass. crim., 30 mai 1996 : *Bull. crim.*, n° 224 ; *RJDA* 1996, 728, concl. av. gén. Dintilhac ; *Dr. soc.* 1996, n° 156, obs. Hovasse ; *LPA* 1996, n° 139, 7, note Lassalas ; *RTDciv.* 1998, 137, obs. Zénati.
- 3 Cass. Com. 19 mai 1998 : *D.* 1998, 551, note D. R. Martin ; *D.* 1999, somm. 308, obs. Nicod ; *RTDcom.* 1998, 967, obs. Deboissy ; *RTDcom.* 1999, 170, obs. Cabrillac ; *RTDciv.* 1999, 677, obs. Patarin. V. encore Cass. com., 21 janv. 2004 : pourvoi n° 00-14211, inédit.
- 4 Loi du 17 mars 1909.
- 5 Loi n° 96-603 du 5 juill. 1996.
- 6 Art. L. 132-34 et s. CPI.
- 7 Art. R. 512-15 CPI
- 8 Art.L. 714-1, R. 712-21 et 714-4 CPI.
- 9 Art. L. 623-14 CPI.

du crédit<sup>1</sup>. Certes, en l'absence de disposition particulière, le droit du gage s'appliquait ; mais les sûretés sur biens incorporels se coulaient difficilement dans le moule traditionnel édicté pour les biens corporels. L'immatérialité de l'assiette de la sûreté influait nécessairement tant sur sa constitution que sur ses effets.

Aussi la consécration d'un chapitre entier au nantissement de meubles incorporels par l'ordonnance du 23 mars 2006<sup>2</sup>, comme l'admission de la fiducie-sûreté par la loi n° 2007-211 du 19 février 2007, modifiée par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008<sup>3</sup> paraissent manifester de manière éclatante la vitalité d'un droit commun, pleinement apte à recevoir les valeurs immatérielles.

Pour autant un important courant doctrinal dénonça, à l'issue de ces réformes, leur caractère très parcellaire et appela de ses vœux une revitalisation du droit commun applicable.

## ***II. La revitalisation du droit commun au regard de l'incorporel.***

Les axes généraux du droit commun édictés par le Code civil, centrés sur le corporel, ne seraient pas toujours adaptés à l'évolution des patrimoines et à la montée en puissance de l'incorporel. Aussi importerait-il de repenser les principes juridiques au regard de l'évolution des réalités économiques.

En droit des biens, ce serait, en premier lieu, le concept même de propriété, véritable clé de voûte de notre système juridique, qu'il conviendrait de repenser. Il est, nul ne l'ignore, une idée largement répandue selon laquelle le droit de propriété se confondrait avec la chose sur laquelle le titulaire du droit exercerait une mainmise totale. Dans cette perspective, le droit de propriété serait étroitement lié à la corporalité et le concept ne serait pas susceptible d'extension aux valeurs caractérisées par leur immatérialité. L'enjeu est d'importance. Si le domaine de la propriété est limité au corporel, l'incorporel resterait en dehors de la sphère d'appropriation, disponible pour tous. Seule une intervention législative spéciale pourrait répondre aux besoins de préservation et de commercialisation de ces valeurs nouvelles. Ces considérations auraient conduit le législateur à développer un ensemble de règles, en dehors du Code civil, consacré à la propriété littéraire et artistique ainsi qu'à la propriété industrielle. Cependant, un important courant doctrinal<sup>4</sup> professe aujourd'hui que la nature corporelle de l'objet de propriété ne constitue qu'un dogme doctrinal qui résulte d'une véritable « *manipulation* » de la notion de propriété par les romanistes médiévaux. La propriété, caractérisée par un pouvoir d'exclusivité sur le bien, s'appliquerait aux choses corporelles comme aux droits et autres valeurs

---

1 V. notamment, M. Vivant, L'immatériel en sûreté, préc., p. 405, n° 1.

2 Art. 2355 et s. C. civ.

3 Art. . *infra* 2011 et s. C. civ.

4 Notamment, T. Revet, Le Code civil et le régime des biens : questions pour un bicentenaire, préc., p. 28 et s. ; F. Zénati, Pour une rénovation de la théorie de la propriété, préc., p. 307 et s., et L'immatériel et les choses, préc., p. 84 et s. ; R. Libchaber, La recodification du droit des biens, préc., p. 333.



immatérielles. L'absence de *corpus* ne ferait qu'induire un régime adapté. Dans cette perspective, les pans de droit développés en dehors du Code ne seraient que la mise en œuvre, dans un domaine particulier, d'une appropriation qui leur préexisterait et rentrerait dans le giron de l'article 544 du Code civil.

Ce serait, en second lieu, la *summa divisio* fondamentale du droit des biens qu'il importerait de réformer en ce qu'elle ne serait nullement adaptée à l'avènement de l'immatérialité. Il faudrait alors revenir sur la proclamation péremptoire ouvrant le Livre II du Code civil : « *Tous les biens sont meubles ou immeubles* ». On le sait, cette dichotomie repose avant tout sur un critère physique, celui de fixité, et répond à la nécessité d'établir un régime très protecteur des immeubles, seuls biens véritablement considérés en 1804. Certes, ce critère physique paraît affaibli lorsqu'il s'agit de classer les droits. Il subsiste néanmoins par une sorte de métonymie juridique<sup>1</sup> qui consiste à donner à un bien le statut d'un objet avec lequel il entretient un rapport très étroit : le droit, l'action, seront mobiliers ou immobiliers par référence à l'objet sur lequel ils portent. Toutefois, ce critère physique ne peut présider à la classification de biens purement immatériels. Le droit a alors résolu la difficulté en érigeant les meubles en catégorie résiduelle qui reçoit donc, à ce titre, les biens incorporels. Pour autant, la résolution de la difficulté ne serait-elle pas qu'apparente ? Au-delà, il importe, en effet, de se demander si le régime mobilier, conçu par les rédacteurs du Code en contemplation du caractère mobile de biens de peu de valeur, est adapté à ces nouvelles formes de richesse. Ne faudrait-il pas repenser les distinctions autour du corporel et de l'incorporel ? Les débats animent la doctrine<sup>2</sup>. On se souvient de la controverse suscitée par l'arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 7 mars 2006<sup>3</sup> qui refusa d'appliquer l'article 2279, devenu l'article 2276 du Code civil à un bien incorporel, une licence d'exploitation de débit de boissons, qui manifesta de manière éclatante de la diversité des opinions en la matière.

De telles interrogations se prolongent du reste, en droit des sûretés. Certes, le législateur a paru prendre en considération récemment l'immatériel. Pour autant, une partie de la doctrine<sup>4</sup> observe que, au-delà de cette proclamation de principe, le droit des

---

1 D. Gutmann, Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens, Les ressources du langage juridique, préc., p. 69.

2 V. notamment R. Libchaber, La recodification du droit des biens, préc., p. 329 et 336 ; T. Revet, Le Code civil et le régime des biens : questions pour un bicentenaire, préc., p. 21 et s. ; D. Gutmann, Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens, Les ressources du langage juridique, préc., p. 69 et 75.

3 Cass. com., 7 mars 2006 : *Bull.* IV, n° 62 ; *JCP G* 2006, II, 10143, note Loiseau ; *JCP G* 2006, I, 178, n° 3, obs. Périnet-Marquet ; *RTDciv.* 2006, 348, obs. Revet.

4 V. Notamment : N. Martial, Le droit des sûretés réelles sur propriétés intellectuelle à l'aune de la réforme du droit des sûretés, in *Propriété intellectuelle et droit commun*, PUAM 2007, Préface M. Vivant, sous la direction de J.M. Bruguière, N. Mallet-Pujol et A. Robin, p. 307 ; C. Lisanti, Quelques remarques à propos des sûretés sur les meubles incorporels dans l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006, *D.* 2006, chron. 2671 ; J. Stoufflet, Le natissement des meubles incorporels, *JCP G*, 2006, n° 20, I, 5 ; F. Zénati-Castaing et T. Revet, *Les biens*,

sûretés continue d'être pensée au regard des biens corporels mobiliers. Plus précisément, dans l'ordonnance de 2006, la référence demeure le gage, sûreté forgée pour des biens corporels mobiles et inadaptée à la spécificité de l'assiette de la sûreté pour les biens immatériels. On se rappelle, en effet, que le législateur n'a prévu de règles spécifiques que pour le nantissement de créance, l'article 2355 du Code civil, en son dernier alinéa, se contentant de renvoyer pour les autres meubles incorporels, à défaut de dispositions spéciales, aux règles prévues pour le gage de meubles corporels. Quant à la fiducie-sûreté, elle ne serait pas mieux pensée. A cet égard, les exemples étrangers pourraient nous éclairer. Divers pays, en effet, ont opéré cette révolution de l'immatériel tels le Québec et l'Argentine. Les réformes qu'ils ont entreprises pour tenir compte de l'incorporalité des biens en droit des sûretés pourraient être riches d'enseignement. Le projet d'harmonisation et d'unification des droits des sûretés mené sous l'égide de la Commission des Nations Unies pour le droit du commerce international (CNUDCI) pourrait également fort utilement contribuer à la réflexion. Il tend, en effet, à la consécration, sur le modèle anglo-saxon, d'une sûreté permettant une affectation immatérielle des biens en garantie indépendamment de la nature corporelle ou incorporelle de l'assiette.

Le décalage entre un droit commun fondé sur le corporel et l'avènement de l'immatériel trouverait une ultime illustration dans le droit des procédures d'exécution. En tant que telle, en effet, la saisie des biens incorporels n'existe pas. Le législateur n'a organisé que des saisies particulières adaptées à tel ou tel type de biens immatériels — comme les valeurs mobilières et les droits d'associés. Or, ne serait-ce pas encore là le signe de l'inaptitude du droit commun à appréhender l'incorporel ? Le législateur serait alors réduit à des pis-aller, en élaborant des régimes particuliers censés étendre avec plus ou moins de succès, un concept forgé pour des biens corporels dans le domaine de l'immatériel. Toutefois, les règles instaurées pourraient aussi bien n'être que la mise en œuvre concrète de l'exécution sur un bien incorporel, exécution dont le principe serait, de manière générale, admis. Dans cette optique la saisie, loin de se réduire à s'emparer physiquement du bien d'autrui, consisterait à instituer, à la demande d'une personne, l'indisponibilité d'un bien appartenant à une autre. La possibilité de saisir des biens dénués de corporalité révélerait alors, en la tirant de la gangue de la corporalité, la véritable nature, l'essence de la mesure d'exécution<sup>1</sup>.

Tel est peut-être, pour finir, le seul vrai défi posé au juriste par l'avènement de l'ère immatérielle. L'incorporalité, loin de conduire à repenser, à refonder le droit, aboutirait plutôt à le mieux penser en révélant l'essence même des concepts de droit commun<sup>2</sup>.

---

n° 87, p. 143.

1 V. D. Gutmann, Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens, *Les ressources du langage juridique*, préc., p. 70.

2 En ce sens : R. Libchaber, *La recodification du droit des biens*, préc., p. 302.

# ОБРАТНАЯ ОТСЫЛКА И ОТСЫЛКА К ПРАВУ ТРЕТЬЕГО ГОСУДАРСТВА КАК ОСОБЫЙ ПРАВОВОЙ ИНСТИТУТ МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА

Алина Николаевна БОРИСОВА, кандидат юридических наук

*Renvoi or remission to the law of a third state is one of the eldest institutes of international private law, containing a "unique" method of adjustment of rules for the choice of law descending from different legal systems, which can be used in exceptional situations of benevolent recognition of foreign law's priority (the law of foreign contracting party or the law of a third state) with an aim to overcome legal uncertainty in regulation of international private relations.*

*Retrimiterea urmează să fie tratată ca fiind una dintre cele mai vechi modalități de soluționare a conflictelor de legi prin referirea la legea statului terț, se propune interpretarea acestuia drept unul dintr- cele mai vechi instituții de drept internațional privat și una dintre cele mai „originale” forme de soluționare a conflictului de legi, utilizat în cazurile excepționale prin recunoașterea benevolă de către un stat a caracterului prioritar al legii statului terț față de contragent, cu scopul de a depăși situațiile conflictuale care apar pe tărîmul dreptului internațional privat.*

**Вопрос об обратной отсылке — один из самых сложных вопросов применения коллизионных норм.**

Решение вопроса об обратной отсылке связано, прежде всего, с решением вопроса относительно характера и действия коллизионных норм.

Поскольку коллизионная норма предписывает применение иностранного права, и теории, и практике приходится ответить на вопрос — в каком объеме это право должно быть применено: подлежит ли применению только материально-правовая норма указанного иностранного правопорядка или весь этот правопорядок в целом, т.е. включая и его коллизионные нормы, которые могут, в свою очередь, указывать на отечественную норму суда (*lex fori*) или же на норму какого-нибудь третьего государства.

Тот или иной ответ на этот вопрос приводит на практике к существенно различным последствиям.

Если считать, что отечественная коллизионная норма отсылает к иностранному праву в целом, то следует применять иностранные коллизионные нормы и, соответственно, следует принять обратную отсылку.

Если отечественная коллизионная норма отсылает только к нормам иностранного материального права, то нормы иностранного коллизионного права не принимаются и, соответственно, не принимается обратная отсылка.

*Возьмем для примера такой случай.*

В итальянском суде подлежит разрешению вопрос о дееспособности датчанина 23 лет, имеющего местожительство в Италии. Статья 6 Итальянского кодекса 1865г.<sup>1</sup> предписывает разрешать вопрос о дееспособности лица по его национальному закону (*lex nationalis*).

Следовательно, в данном случае, по закону датскому.

По датскому праву совершеннолетие наступает с достижением 25-летнего возраста. Поэтому, применив к данному казусу норму датского материального права, мы должны будем разрешить вопрос о дееспособности не достигшего 25-летнего возраста датчанина в Италии отрицательно.

Если же под датским национальным законом понимать не только норму права материального, но и права коллизионного, то, обратившись к последнему, мы убедимся, что датская коллизионная норма предписывает дееспособность лица обсуждать по закону его местожительства, каковым законом в данном случае является закон итальянский.

Применив датскую коллизионную норму, необходимо будет, следовательно, положить в основу решения норму итальянского материального права, устанавливающего совершеннолетие в 21 год, т.е. признать проживающего в Италии датчанина 23 лет от роду дееспособным.

Следовательно, в приведенном казусе итальянский закон «отсылает» к закону датскому, а датский закон — обратно, к закону итальянскому и, в зависимости от того, будет ли применима или нет возникшая «отсылка» — указанный казус будет разрешен тем или иным образом<sup>2</sup>.

Для отсылки в целом характерна *двуступенчатость* движения закона:

#### **Вариант А.**

Первоначальный выбор права, диктуемый коллизионной нормой и указывающий на применение иностранного права, который завершается фактическим рассмотрением дела.

В таком случае, обратная отсылка возможна в двух вариантах:

- а) возвращение к исходному праву, т.е. двухэтапный выбор права и/или
- в) отсылка к законодательству третьего государства.

#### **Вариант В.**

Многоэтапный выбор права, состоящий из серии простых отсылок (*single*

---

1 (Прим. автора). Следует заметить, что в настоящее время в Италии действует Закон Италии № 218 «О реформе итальянской системы международного частного права» от 31 мая 1995г. (вступил в силу 1 сентября 1995г.).

2 Макаров А.Н. Основные начала международного частного права. (Впервые изданы в 1924г.) — М.: ООО «Книгодел», 2005. С. 57.

*renvoi*), которые на каком-то этапе могут повернуть рассмотрение дела к первому, избранному судом правопорядку (подробно изложен в § 5 (1-3) Федерального закона Австрии «О международном частном праве» от 15 июня 1978г. (вступил в силу с 1 января 1979г.) (с изменениями 1998г.)<sup>1</sup>

и/или сложный процесс сочетания собственно обратной отсылки и ряда последовательных сингулярных отсылок к праву третьего государства.

При этом в Австрии принимается также отсылка к законодательству третьего государства.

Анализ законодательства ряда государств показывает, что обратная отсылка и отсылка к праву третьего государства реализуется следующими способами:

- в виде простой (*single renvoi*);
- в виде двухэтапной, т.е. собственно обратной отсылки, характеризующейся возвращением и принятием, первоначально отсылающим правопорядком, без отсылки к праву третьего государства;
- в виде многоэтапной, состоящей из серии простых (*single*) отсылок, характеризующейся процессом выбора применимого к спорному правоотношению права и завершающимся возвращением к первоначальному правопорядку и/или процессом сочетания собственно обратной отсылки и ряда последовательных сингулярных отсылок к праву третьего государства, образующих систему отсылок, с так называемым «непредсказуемым» результатом, искажающим сам процесс выбора применимого права.

В этой связи, цели отыскания наиболее компетентного правопорядка станет служить «тенденция отказа от механистического понимания» обратной отсылки и отсылки к праву третьего государства.

Целью же обратной отсылки является преодоление трудностей, с которыми сталкивается судья, когда оба закона претендуют на применение или когда оба отказываются от него<sup>2</sup>, т.е. как в случае положительной, так и отрицательной коллизии.

Возможна ситуация, когда законы двух стран претендуют на регулирование данного правоотношения, или, напротив, оба они отказывают в применении, считая себя некомпетентными.

Например, алжирец, домицилированный во Франции, умирает, оставив наследство в виде движимого и недвижимого имущества<sup>3</sup>.

1 Международное частное право: Иностранное законодательство / Предисл. А.Л. Маковского; сост. и научн. ред. А.Н. Жильцов, А.И. Муранов. — М.: «Статут», 2001. С. 158-159.

2 (Прим. автора). Термин «*renvoi*» может ввести в заблуждение, поскольку он подразумевает отказ от компетенции в пользу того закона, который «отослал» к данной отсылке. Классическая же терминология вкладывает в него смысл, основанный на грамматическом значении: адресовать, передать более компетентной юрисдикции или власти. (См.: Muller V.K. English-Russian Dictionary. Russky Yazyk. Moscow. 1990. S. 593).

3 Иссад М. МЧП. Пер. с фр. / Ред. и послесл. М.М. Богуславского. М.: Прогресс, 1989. С. 113.

Если дело о наследстве будет рассматриваться во французском суде, судья в силу французской коллизионной нормы применит к наследованию движимого имущества закон последнего domicilia наследодателя (*lex domicilii*), а недвижимого — закон места нахождения имущества (*lex rei sitae*), то есть в обоих случаях применимым будет французское право.

Если же дело будет рассматриваться в алжирском суде, в силу ст. 16 ГК Алжира будет применено алжирское право.

Возникает позитивная коллизия, поскольку оба закона — французский и алжирский — считают себя компетентными решать данный спор.

*Предположим теперь*, что француз, domiciliрованный в Алжире, умирает там и оставляет в наследство движимое и недвижимое имущество.

Если дело будет рассматриваться во французском суде, судья применит в отношении движимого имущества алжирское право как закон последнего domicilia умершего и закон местонахождения вещи — в отношении недвижимости. Если же спор о наследстве будет передан в алжирский суд, судья в силу ст. 16 ГК Алжира применит французское право.

Французское право, на применение которого указывает алжирская коллизионная норма, и алжирское право, к которому отсылает французская коллизионная норма, считают себя некомпетентными, поскольку условия привязки неодинаковы: алжирская коллизионная норма учитывает гражданство (*lex patriae*), а французская — последний domicilium (*lex domicilii*) наследодателя и местонахождение имущества (*lex rei sitae*)<sup>1</sup>.

*Следовательно*, недостаточно обратиться к отечественной коллизионной норме и применить то право, к которому она отсылает.

Необходимо еще узнать, признает ли себя компетентным данный закон.

**Как общий постулат**, суд или иной компетентный орган в коллизионной норме своего права находит ответ на вопрос, будет ли применяться при регулировании конкретного гражданско-правового отношения с иностранным элементом национальное право или право какого-либо иностранного государства, с которым конкретное гражданско-правовое отношение также находится в определенной связи.

Если национальная коллизионная норма предусматривает применение национального права, то в этом случае суд (иной компетентный орган) при регулировании правоотношения напрямую применяет национальное право, как если бы речь шла о внутригосударственном правоотношении<sup>2</sup>.

Если для регулирования конкретного гражданско-правового отношения национальная коллизионная норма предусматривает применение права определенного иностранного государства, то в этом случае возникает вопрос:

---

1 (Прим. автора). В этом случае имеет место быть *негативная* коллизия.

2 Бендевский Траян. Международное частное право / Перевод с македонского С.Ю. Клейн; Отв. ред. Е.А. Суханов. — М.: Статут, 2005. С. 226-227.

«рассматривается ли в качестве применимого материальное право этого государства или в таком качестве рассматривается вся правовая система иностранного государства — его материальное и коллизионное право?»<sup>1</sup>

В соответствии с содержанием коллизионной нормы государства суда правильно было бы применять «*всю правовую систему государства (the whole law)*», включая его материальное и коллизионное право»<sup>2</sup>.

На основании вышеуказанного суд (иной компетентный орган) приступает к регулированию гражданско-правового отношения, применяя материальное право иностранного государства, при условии, что коллизионная норма этого права, регулирующая конкретное правоотношение, имеет ту же привязку, что и коллизионная норма государства суда<sup>3</sup>.

Нередко возникают ситуации, когда коллизионные нормы различных государств содержат *разные привязки*, регулирующие одни и те же правоотношения. Например, коллизионная норма государства суда (*государство А*) признает в качестве привязки гражданство (*lex patriae*) лица, а норма *государства В*, право которого применяется в соответствии с коллизионной нормой *государства А*, в качестве привязки признает домицилий (*lex domicilii*).

По мнению видного представителя доктрины международного частного права Республики Македония проф. Траяна Бендевского:

«Именно этим обусловлено существование *обратной отсылки и отсылки к «закону третьей стороны» (le renvoi au premier degree, le renvoi au second degree; Ruckverweisung, Weiterverweisung, renvoi of remittal, renvoi of transmissions)*»<sup>4</sup>.

Например, если в суде Республики Македонии рассматривается вопрос о дееспособности английского гражданина, который имеет место жительства в Македонии, то в соответствии с коллизионным правом Македонии будет применяться английское право как *lex patriae* лица.

Ввиду того, что в праве Англии правоспособность лиц определяется *lex domicilii* (другая привязка), возникает обратная отсылка к праву Македонии, которое и должно регулировать правоспособность английского гражданина, проживающего в Македонии.

Если бы в рассмотренном примере англичанин проживал в Греции, то в этом случае имела бы место отсылка к «закону третьей страны» (*le renvoi au second degree*)<sup>5</sup>.

Как справедливо отмечает доктор юридических наук Г.Ю. Федосеева, одним из оснований применения обратной отсылки является «*наличие в каждой*

1 Бендевский Траян. Международное частное право / Перевод с македонского С.Ю. Клейн; Отв. ред. Е.А. Суханов. — М.: Статут, 2005. С. 227.

2 Бендевский Траян. Указ. соч. С. 227.

3 Бендевский Траян. Указ. соч. С. 227.

4 Бендевский Траян. Указ. соч. С. 227.

5 Бендевский Траян. Международное частное право / Перевод с македонского С.Ю. Клейн; Отв. ред. Е.А. Суханов. — М.: Статут, 2005. С. 227-228.

правовой системе коллизионных норм, одинаковых по объему (т.е. регулирующих одни и те же правоотношения) и различных по коллизионным привязкам»<sup>1</sup>.

Привязка, как правило, производится к материальным нормам. По мнению представителя немецкой доктрины международного частного права Leo Raape, «всякая отсылка — это отсылка к материальной праву»<sup>2</sup>.

Этому «непреложному» положению не противоречит указываемое далее различие привязок:

1. В одних случаях привязка является «безусловной, категорической, принудительной, безоговорочной»<sup>3</sup>.

Это означает, что привязка производится вне зависимости от того, как со своей стороны поступает государство, к материальным нормам которого мы привязываем: допускает ли оно, привязку к своей собственной материальной норме или к материальной норме другого государства?

Если это иностранное государство допускает привязку к материальной норме собственного государства — говорят об обратной отсылке; а если оно делает привязку к материальной норме третьего государства — говорят об отсылке к «третьему закону».

Точка зрения, согласно которой иностранная материальная норма вообще никогда не может применяться против воли установившего ее государства, несостоятельна и, по существу, сводит на нет все международное частное право — действительность тысячу раз опровергает подобный взгляд и, прежде всего, это касается обязательственного права<sup>4</sup>.

«Необходимо всегда учитывать одно: фактический состав, предусматриваемый иностранной материальной нормой, должен применяться в том виде, в каком он указан в данной норме»<sup>5</sup>.

Следовательно, должны быть учтены и те ее предпосылки, которые связывают эту норму с определенным местом — например, что лицо является гражданином данной страны (речь идет о реальном статуте (*statuta realia*), что в ней находится его местожительство (*lex domicilii*); или же с местом исполнения договора (*lex loci solutionis*).

Не считаться с этими предпосылками — значило бы изменить саму материальную норму. Они носят материально-правовой характер, входят в фактический состав материальной нормы и являются ее частью. Пределы дей-

1 Федосеева Г.Ю. Международное частное право. М.: ПМЮИ. 2002. С. 104.

2 International Privatrecht Von Dr. Leo Raape ord. Professor an der Universitat Hamburg 4. neubearbeitete Auflage 1955 / Л. Раане. Международное Частное Право. 1955. М.: Издательство иностранной литературы. С. 68.

3 Raape Leo. Указ. соч. С. 68.

4 International Privatrecht Von Dr. Leo Raape ord. Professor an der Universitat Hamburg 4. neubearbeitete Auflage 1955 / Л. Раане. Международное Частное Право. 1955. М.: Издательство иностранной литературы. С. 68.

5 Цитировано по Лео Раане. Указ. соч. С. 68.



ствия указаны в самой материальной норме, они не устанавливаются только извне при помощи коллизионной нормы<sup>1</sup>.

2. Иногда привязка производится условно, с той оговоркой, что иностранное государство, к материальной норме которого «привязываемся», также применило бы ее<sup>2</sup>.

В противном случае должна быть применена материальная норма другого государства — отечественного или же норма третьего государства, к которой отсылает иностранное государство.

Другими словами, в этом случае необходимо сообразоваться с возможно делаемой иностранным государством обратной отсылкой или отсылкой к праву третьей страны, и тогда, как говорят, «имеет место обратная отсылка или отсылка к третьему закону»<sup>3</sup>.

В отношении каждой коллизионной нормы встает вопрос: как ее следует понимать: предписывает ли она безусловную либо условную привязку.

Закон не дает на это исчерпывающего ответа.

Таким образом, по мнению видного представителя немецкой доктрины международного частного права L. Raape, напрашивается единственно логический и верный вывод — «там, где закон молчит, следует, как и всегда, обратиться к смыслу закона, что означает в данном случае — к основанию привязки»<sup>4</sup>.

**Цель остается неизменной: привязка должна отвечать существу дела, быть справедливой, целесообразной.**

*При этом необходимо иметь в виду следующее:*

1) если учитываем право иностранного государства, то не потому, что «оно этого желает», но потому, что считаем это правильным выбором применимого права к спорному частноправовому отношению.

---

1 Некоторые государства к материальным нормам обычно тут же добавляют коллизионные нормы, в частности, к такому методу склоняется Англия (См.: Legitimacy Act, стр. 350).

Так же поступала и Германия, согласно определенным специальным законам. В подобных случаях, естественно, может возникнуть сомнение, является ли предпосылка связи данной нормы с определенным местом частью самой материальной нормы или же лишь ее коллизионно — правовой рамкой. (См.: International Privatrecht Von Dr. Leo Raape ord. Professor an der Universitat Hamburg 4. neubearbeitete Auflage 1955 / Л. Раапе. Международное Частное Право. 1955. М.: Издательство иностранной литературы. С. 68).

2 International Privatrecht Von Dr. Leo Raape ord. Professor an der Universitat Hamburg 4. neubearbeitete Auflage 1955 / Л. Раапе. Международное Частное Право. 1955. М.: Издательство иностранной литературы. С. 69.

3 Raape Leo. Kommentar zum Einfuhrungsgesetz, 1931 (сокращенно «Kommentar»). S. 741.

4 International Privatrecht Von Dr. Leo Raape ord. Professor an der Universitat Hamburg 4. neubearbeitete Auflage 1955 / Л. Раапе. Международное Частное Право. 1955. М.: Издательство иностранной литературы. С. 70.

Таким образом, выполняется не воля иностранного государства, а воля отечественного государства и, как следствие, создается возможность доверия отечественного законодателя к иностранному праву;

2) иногда смысл и цель коллизионной нормы требуют, чтобы присутствовало подчинение иностранному государству, а иногда этого не требуется и даже напрямую запрещается.

Нет, следовательно, ничего более ошибочного, чем, глубоко укоренившийся взгляд, что если вообще когда-либо принимается во внимание коллизионная норма иностранного государства, то так следует поступать во всех случаях<sup>1</sup>.

Проблема «обратной отсылки» и «отсылки к третьему закону» не может быть решена в одном лишь положительном или в одном лишь отрицательном смысле.

**Таким образом,** на основании выявленных признаков и юридических особенностей обратная отсылка и отсылка к праву третьего государства рассматривается как — особый институт международного частного права, обладающий объективной формой выражения; устоявшейся практикой применения; специальным объектом регулирования, характеризующимся присущими ему особенностями взаимодействия с коллизионными нормами различных правопорядков, результатами применения, а также присущими только ему отличительными чертами и технико-юридическими особенностями, способствующими более точному определению применимого права.

**Под обратной отсылкой и отсылкой к праву третьего государства предлагается понимать один из старейших институтов международного частного права, содержащий «уникальный» способ согласования конфликтных норм различных правопорядков, используемый в исключительных ситуациях добровольного признания государством приоритета иностранного права контрагента (или третьего государства) в целях преодоления правовой неопределенности при регулировании международных частнопровых отношений.**

---

1 International Privatrecht Von Dr. Leo Raape ord. Professor an der Universitat Hamburg 4. neubearbeitete Auflage 1955 / Л. Раапе. Международное Частное Право. 1955. М.: Издательство иностранной литературы. С. 70.

# ВЛИЯНИЕ СБЛИЖЕНИЯ ПРАВА НА РАЗВИТИЕ МОЛДАВСКОГО МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА

Наталья ОСОЯНУ, магистр права, старший преподаватель

*This article is dedicated to the problem of approximation of legal systems. There are considered two main forms of approximation — unification of law and harmonization of law, — which are characterized, their basic features are pointed out, and their importance for the international private law of Republic of Moldova is enunciated. Also in this article there are classified the main factors which influence the harmonization of law, representing an interest in the context of the international private law of Republic of Moldova.*

*Articolul este consacrat problemei diminuării diferențelor de reglementare juridică dintre state în ceea ce ține de dreptul internațional privat. Sunt studiate două modalități de soluționare a problemei — unificarea dreptului și armonizarea dreptului, se reflectă o caracteristică succintă a acestor forme, caracteristicile și importanța acestora pentru dezvoltarea dreptului internațional privat al Republicii Moldova. Deasemenea se face o clasificare a factorilor care influențează procesul de armonizare a dreptului, care în contextul dreptului internațional privat al Republicii Moldova este de importanță incontestabilă.*

## 1. Унификация и гармонизация как формы сближения права

Сближение права — это протекающий на мировом и региональном уровнях процесс, в ходе которого уменьшаются различия между правовыми системами отдельных государств. Сближение права представляет собой одно из проявлений интернационализации всех сфер жизнедеятельности человека. Для международного частного права (далее — МЧП) данный процесс особенно важен, поскольку он позволяет заблаговременно разрешить коллизию права путём внедрения унифицированного правового регулирования. В этом контексте можно процитировать Л.А.Лунца: «Организация международного оборота возможна и не в порядке создания коллизионных норм, а в порядке устранения в области некоторых отношений различий в материальном гражданском законодательстве отдельных стран»<sup>1</sup>.

Необходимо отметить, что в юридической литературе нет единогласия относительно точной классификации форм сближения права: авторы выделяют

---

1 Лунц Л.А. Курс международного частного права: В 3 т. — М.: Спарк, 2002. — С. 31.

унификацию и гармонизацию<sup>1</sup>, прямую и косвенную унификацию<sup>2</sup>, унификацию и кодификацию<sup>3</sup>, модельное нормотворчество в различных вариантах<sup>4</sup>, сближение, гармонизацию и унификацию законодательств в сочетании с модельным нормотворчеством<sup>5</sup>, правовую «трансплантацию»<sup>6</sup>, а также многочисленные другие виды и формы процессов, направленных на усиление общности между различными правовыми системами. Чтобы устранить правовую неопределённость, возникающую в данном случае, необходимо избрать строгие критерии разделения сближения права на конкретные формы.

Наиболее значимым в данном контексте является критерий наличия/отсутствия обязательств, принимаемых на себя государствами, участвующими в процессе сближения права, поскольку именно он определяет степень этого сближения:

1. Если обязательства существуют, то сближение максимальное: государства в этом случае несут ответственность за соблюдение единства формулировок нормативно-правовых актов, принимаемых согласно международному унифицирующему соглашению.
2. Если обязательств нет, то сближение происходит на добровольной основе, в результате волеизъявления конкретного государства, обусловленного различными факторами — экономикой, историей, политикой, культурой и т.д. Не требуется единообразие формулировок, и сама процедура принятия новых правовых норм включает те же этапы, что и принятие обычных внутренних законов (тогда как в первом случае закону предшествует принятие международного договора и его ратификация в соответствии с принципами международного публичного права и действующим внутренним законодательством).

Таким образом, побудительный импульс к сближению права может зародиться как в результате межгосударственного соглашения, влекущего строго установленные обязательства стран-участниц, так и в силу волеизъявления

---

1 См., например: Международное частное право: учебник. / Л.П.Ануфриева, К.А.Бекашев, Г.К.Дмитриева [и др.]; отв. ред. Г.К.Дмитриева. — 2-е изд., перераб. и доп. — С. 102—116; Гетьман-Павлова И.В. Международное частное право: учебник. — М.: ЭКСМО, 2005 г. — С. 32—34.

2 Ануфриева Л.П. Международное частное право: В 3-х тт. Том 1. Общая часть: Учебник. — М.: Издательство БЕК, 2002 г. — С. 30—32.

3 Бендевский Т. Международное частное право: Учебник / Перевод с македонского С.Ю.Клейн; Отв.ред. Е.А.Суханов. — М.: Статут, 2005. — С. 47—48.

4 Безбородов Ю.С. Международные модельные нормы. — М.: Вольтерс Клувер, 2008. — С. 39—55.

5 Тихомиров Ю.А. Курс сравнительного правоведения. — М.: Норма, 1996. — С. 74—103.

6 Carbonara E., Parisi F. The Paradox of Legal Harmonization. // George Mason University School of Law. Law & Economics Research Paper No. 05-40. University of Minnesota Law School. Legal Studies Research Paper No. 07-14 [<http://ssrn.com/abstract=870519>]

отдельного государства. С этой точки зрения можно разграничить сближение не только по интенсивности, но и по способу осуществления, который может быть международно-правовым либо национально-правовым. Однако этот критерий нельзя принимать в качестве определяющего, поскольку в ряде ситуаций он способен усилить правовую неопределённость: так, принятие модельных законов происходит на международном уровне и может быть основано на соглашении нескольких государств, но сами по себе положения этих правовых актов не являются обязательными и страны-участницы процесса сближения права могут изменять и дополнять их по своему усмотрению.

С учётом изложенного, можно выделить две основные формы сближения права:

1. Унификация права — «сотрудничество государств, направленное на создание, изменение или прекращение одинаковых (единообразных, унифицированных) правовых норм во внутреннем праве определённого круга государств»<sup>1</sup>;
2. Гармонизация права — процесс, нацеленный на устранение или уменьшение различий в праве разных государств<sup>2</sup>, не связанный с принятием на себя каких-либо конкретных обязательств по изменению внутреннего права и не требующий введения норм с идентичной формулировкой.

Общее значение обеих форм сближения права для одной из сфер МЧП хорошо сформулировано в Резолюции 51/161 Генеральной Ассамблеи ООН, принятой 16 декабря 1996 года на 85-ом пленарном заседании: «Прогрессивная гармонизация и унификация права международной торговли, снижающие или устраняющие юридические препятствия к осуществлению международной торговли, способны оказать значительное содействие развитию мирового экономического сотрудничества между всеми государствами, основанного на равенстве, справедливости и общих интересах, а также содействовать устранению дискриминации в международной торговле и, тем самым, формированию благосостояния всех народов»<sup>3</sup>. Именно Генеральная Ассамблея в 1966 г. учредила специальную Комиссию ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ), одним из приоритетных направлений деятельности которой является создание благоприятных условий для сближения права<sup>4</sup>.

Таким образом, унификация и гармонизация как составные части процесса сближения права, оказывают существенное влияние на развитие некоторых

---

1 Международное частное право: учебник. / Л.П.Ануфриева, К.А.Бекашев, Г.К.Дмитриева [и др.]; отв. ред. Г.К.Дмитриева. — 2-е изд., перераб. и доп. — С. 101.

2 Там же, с.112.

3 См. [<http://www.un.org/documents/ga/res/51/ares51-161.htm>]

4 Резолюция 2205(XXI) от 17 декабря 1966 г., [<http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&JN=NR078799>]; см. также [<http://www.uncitral.org/uncitral/ru/about/origin.html>] — «Создание, мандат и членский состав ЮНСИТРАЛ».

областей международного частного права. МЧП РМ также подвержено этому влиянию, однако чтобы определить его пределы и значение с точки зрения эволюции данной отрасли права необходимо установить отличительные особенности каждой из рассматриваемых форм сближения.

**Унификация права и эволюция МЧП РМ.** Процесс унификации права протекает в два этапа: на первом решающую роль играет сотрудничество государств, осуществляемое посредством заключения международных договоров; на втором — имплементация положений этих договоров на национальном уровне. «Только тогда, когда нормы, содержащиеся в международном договоре, станут частью национального (внутреннего) права государств, можно говорить об унификации права как о законченном процессе»<sup>1</sup>. Результатом унификации являются появившиеся во внутреннем праве стран-участниц договора одинаковые правовые нормы. Международный договор, таким образом, предопределяет основную характерную черту унификации права: она носит обязывающий характер, поскольку государства, принимающие на себя определённые обязательства, должны их исполнить в строгом соответствии с положениями договора.

Республика Молдова участвует во многих многосторонних международно-правовых актах, направленных на унификацию права. Можно отметить, в частности, Бернскую конвенцию об охране литературных и художественных произведений 1886 г. (в силе для РМ со 2 ноября 1995 г.), Гаагскую конвенцию по вопросам гражданского процесса от 1 марта 1954 г. (в силе для РМ с 3 ноября 1993 г.), Европейскую конвенцию об информации относительно иностранного законодательства от 7 июня 1968 г. (в силе для РМ с 15 июня 2002 г.), Минскую конвенцию о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам от 22 января 1993 г.<sup>2</sup> Существуют также двусторонние договоры о правовой помощи, заключённые между РМ и рядом государств (Россия, Румыния, Азербайджан, Турция и др.)<sup>3</sup>; некоторые из норм, содержащихся в этих договорах, можно отнести к категории унифицирующих.

На первой стадии унификации не возникает никаких проблем, связанных с МЧП РМ, однако вторая — национально-правовая — стадия вызывает определённые сложности. Прежде всего, в праве РМ нет положения, анало-

---

1 Международное частное право: учебник. / Л.П.Ануфриева, К.А.Бекашев, Г.К.Дмитриева [и др.]; отв. ред. Г.К.Дмитриева. — 2-е изд., перераб. и доп. — С. 102.

2 РМ подписала, но до сих пор не ратифицировала Кишиневскую конвенцию о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам от 7 октября 2002 г.

3 Договор между РМ и РФ о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам от 25 февраля 1993 г.; Договор между РМ и Румынией от 6 июля 1996 года; Договор между РМ и Турцией от 22 мая 1996 года; Договор между РМ и Республикой Азербайджан от 26 октября 2004 года. См. [www.justice.md]

гичного норме, содержащейся, например, в п.4 ст.15 Конституции РФ: «... Международные договоры Российской Федерации являются составной частью её правовой системы». Международные договоры, подписанные и ратифицированные РМ в установленном порядке, применяются на основании ряда статей специальных нормативно-правовых актов — например, ст.7 ГК РМ, согласно которой «если международным договором, одной из сторон которого является Республика Молдова, установлены иные положения, чем те, которые предусмотрены гражданским законодательством, применяются положения международного договора». Ещё одна аналогичная норма содержится в статье 1586 ГК РМ: «Положения настоящей [Пятой] книги применяются в случаях, когда международными договорами не установлено иное»<sup>1</sup>. Чтобы применять положения международных договоров, касающиеся сферы МЧП, достаточно процитированных норм ГК РМ, однако отсутствие генеральной трансформационной нормы создает в ряде случаев правовую неопределённость и отрицательно сказывается на второй стадии унификации. Проблема известна давно: например, В.Гамурарь и Н.Осмокеску в монографии «Suveranitatea și dreptul internațional: Probleme teoretice și practice actuale» указали, что «статья 8 Конституции РМ должна предусматривать включение общепризнанных принципов международного права, равно как и международных договоров, в которых РМ участвует, в молдавскую правовую систему»<sup>2</sup>.

Ещё одна сложность, связанная с унификацией, состоит в том, что в "Monitorul oficial" публикуются только указы и постановления о ратификации каких-либо международных договоров, но не сами тексты договоров. Проблема заключается не столько в усложнении доступа к необходимой информации, сколько в том, что большинство международных актов, подписанных РМ, не переведены на государственный язык. На практике их применение подразумевает обращение к одному из аутентичных текстов и самостоятельный перевод необходимых положений. Представляется крайне маловероятным, чтобы в таких условиях не возникали разногласия, связанные с квалификацией юридических терминов. Единообразное применение норм права также существенно осложняется, в результате чего на первый план выходит уже упоминавшаяся в статье правовая неопределённость.

---

1 Как можно заметить, эти нормы практически дублируют друг друга по содержанию: статья 1586 ГК РМ сужает сферу действия статьи 7 ГК РМ до отношений, регулируемых согласно Книге V ГК РМ, но при этом не детализирует общий принцип, а повторяет его. Такое дублирование является косвенным свидетельством того, что первоначально предусматривалось принятие в РМ отдельного закона по МЧП, спроектированного аналогично румынскому закону №105 1992 г., чья статья 10 гласит: «Положения настоящего Закона применяются в той мере, в какой международные договоры, в которых Румыния является стороной, не устанавливают иное регулирование».

2 Gamurari V., Osmochescu N. Suveranitatea și dreptul internațional: Probleme teoretice și practice actuale. — Ch.: CEP USM, 2007. — P.238.

Возвращаясь к роли унификации права для развития молдавского МЧП, необходимо отметить следующее: конвенции и другие международные договоры, участницей которых является РМ, имеют очень большое значение для формирования в молдавской правовой системе комплекса унифицированных правовых норм, регулирующих правоотношения в области международной торговли, интеллектуальной собственности, международного гражданского процесса и т.д. Для полноценного осуществления унификации, однако, необходимо устранить две отмеченные проблемы: во-первых, ввести в Конституцию РМ положение, согласно которому ратифицированный в установленном порядке международный договор становится частью молдавской правовой системы; во-вторых, обеспечить перевод ратифицированных документов на государственный язык и публикацию этого перевода в «Monitorul oficial».

**Гармонизация права и эволюция МЧП РМ.** Главное отличие гармонизации права от унификации заключается в отсутствии в этом процессе международно-правовых обязательств, закрепленных международным договором. Гармонизация может быть стихийной и целенаправленной, односторонней и взаимной, однако её результат не зависит от формы — он заключается, во-первых, в устранении противоречий между правовыми системами разных государств и, во-вторых, в создании похожих правовых норм (а не одинаковых, как это происходит в результате унификации). Если процесс унификации требует отлаженного механизма трансформации международно-правовых норм в национально-правовые, то процесс целенаправленной гармонизации подразумевает глубокие познания в области иностранного права и сравнительного правоведения — таким образом, обе формы сближения права обладают характерными особенностями, осложняющими их воплощение в жизнь. М.Антокольская отмечает ещё одну особенность гармонизации, указывая, что «гармонизированные нормы берут своё начало в уже существующих законах, а не разрабатываются составителями законопроектов»<sup>1</sup>.

Гармонизация МЧП более интересна, чем унификация: являясь формой сближения права, она приводит к появлению в молдавском МЧП признаков сходства с румынским и российским правом, но вместе с тем именно сочетание этих признаков формирует самобытный облик молдавского МЧП, его индивидуальность.

Сравнительно-правовой анализ положений Книги Пятой ГК РМ, Раздела VII Части Третьей ГК РФ и румынского Закона №105 1992 г. о международном частном праве позволяет установить, что многие коллизионные нормы и принципы молдавского МЧП заимствованы из российского ГК и румынского

---

1 Antokolskaia M. The “Better Law” Approach and the Harmonization of Family Law. // Perspectives for the Unification and Harmonization of Family Law in Europe (by Katharina Boele-Woelki). — Antwerpen / Oxford / New York. — Intersentia nv, 2003. — P. 160.



закона; при этом факт заимствования может быть доказан не совпадением смысла этих норм и принципов, но совпадением их формулировок. Можно привести следующие примеры заимствования:

а) из румынского закона<sup>1</sup>:

<b>ГК РМ</b>	<b>Румынский закон №105</b>
<p><i>Ст.1621</i> Закон, применяемый к наследованию, касается:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>а) момента открытия наследства;</li> <li>б) категорий лиц, могущих быть наследниками;</li> <li>с) условий закона относительно пассивной способности наследования;</li> <li>д) осуществления права владения имуществом, оставшимся от наследодателя;</li> <li>е) условий и последствий принятия на себя наследства и отказа от него;</li> <li>ф) пределов обязанности наследников нести обязательства по пассиву;</li> <li>г) прав государства на выморочное наследство.</li> </ul>	<p><i>Статья 67</i> Закон, применимый к наследованию, в частности, определяет:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>а) время открытия наследства;</li> <li>б) лиц, призванных к наследованию;</li> <li>с) качества, которыми должны обладать наследники;</li> <li>д) порядок владения имуществом, оставленным наследодателем;</li> <li>е) условия и последствия распоряжения наследодателя на случай смерти;</li> <li>ф) пределы обязанности наследников уплачивать долги наследодателя;</li> <li>г) право государства наследовать выморочное имущество.</li> </ul>

в) Из российского ГК<sup>2</sup>:

<b>ГК РМ</b>	<b>ГК РФ</b>
<p><i>Статья 1592</i> (3) Отношения между опекуном или попечителем и подопечным определяются по закону государства, учреждение которого назначило опекуна или попечителя.</p>	<p><i>Статья 1199</i> (3) Отношения между опекуном (попечителем) и лицом, находящимся под опекой (попечительством), определяются по праву страны, учреждение которой назначило опекуна (попечителя).</p>

Помимо заимствований в области законодательного регулирования коллизионных отношений существуют и заимствования иного характера, также представляющие собой гармонизацию права. Молдавское МЧП как наука и учебная дисциплина переняло некоторые черты, характерные румынскому и французскому МЧП — в частности, систему, включающую такие элементы, как

1 В ГК РФ данный вопрос не урегулирован.

2 В румынском законе №105 данная сфера регулируется иначе.

«правовая коллизия», «юрисдикционная коллизия» и «право иностранцев»<sup>1</sup>. Можно утверждать, что, с одной стороны, молдавское законодательство в области МЧП сформировалось под влиянием российского ГК, хотя отдельные нормы и были заимствованы из румынского закона №105/1992; с другой стороны, доктрина молдавского МЧП переняла у румынской доктрины концепцию системы МЧП, которая не соответствует российской. Это свидетельствует о том, что гармонизацию права в широком смысле можно разделить на гармонизацию законодательства и гармонизацию правовых доктрин. Эти два процесса могут быть разнонаправленными, поскольку законодательство по своей природе является более гибким, чем доктрина (оно способно измениться очень быстро, тогда как для внедрения в научную и учебную литературу какого-либо нового понятия требуются годы или десятилетия).

В случае МЧП РМ гармонизация привела к определённым проблемам (в частности, к рассогласованию между законодательством и доктриной), однако эти проблемы связаны не с сущностью гармонизации как таковой, а с тем, что процесс «сращивания» концепций и понятий, заимствованных из разных правовых систем, только начался. В целом возможность перенять опыт более развитых соседних стран является положительным фактором воздействия на внутреннее право РМ по тем же причинам, какие выдвигает Пол Б. Стефан, говоря о роли гармонизации: «Во-первых, черпая информацию из международного объединенного резерва правовых знаний, мы увеличиваем с количественной и качественной точек зрения свою компетентность в определённой области, а рост компетентности может привести к принятию лучших норм. Во-вторых, систематическое изучение опыта иностранных правовых систем способно снабдить правовых реформаторов обширными и точными данными по поводу того, какие именно нормы пригодны для правового регулирования»<sup>2</sup>.

**Роль модельного законодательства в развитии МЧП РМ.** Модельное нормотворчество одни авторы относят к унификации, а другие — к гармонизации. Отсутствие единообразия в доктрине частично объясняется тем, что данная форма сближения права действительно сочетает в себе признаки обоих процессов, рассмотренных ранее: с одной стороны, модельные акты создаются на международном уровне, что сближает их с унифицирующими документами; с другой стороны, принятие модельного акта в качестве образца для национального закона не влечёт за собой никаких обязательств со стороны государства. Модельный закон — это не международный договор, и его положения можно

---

1 Данная проблема также была рассмотрена автором в статье «Правовые доктрины как один из элементов процесса гармонизации права (на примере доктрин МЧП Франции, Российской Федерации, Республики Молдова и Румынии)» // «Актуальные проблемы российского права», №3/2008, с. 507—513.

2 Stephan, Paul B. The Futility of Unification and Harmonization in International Commercial Law // University of Virginia, School of Law. Working Paper Series No. 99-10, June 1999. [[http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract\\_id=169209](http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=169209)]

менять, сокращать или дополнять в зависимости от конкретной ситуации и конкретных условий. Если принять в качестве основного признака для разграничения унификации и гармонизации именно наличие либо отсутствие обязательств, взятых на себя государством, то сближение права с помощью модельных актов следует признать формой гармонизации права.

Ряд коллизионных норм перешли в Книгу V ГК РМ из Модельного гражданского кодекса для стран СНГ 1996 г. В ходе реформирования молдавского внутреннего законодательства также были использованы и другие образцы модельного нормотворчества. В частности, принятые в 2004 году Законы РМ «Об электронном документе и цифровой подписи»<sup>1</sup> и «Об электронной торговле»<sup>2</sup> основываются на типовых законах UNCITRAL 1996 и 2001 гг.<sup>3</sup>, а принятый в 2008 году Закон РМ о международном коммерческом арбитраже<sup>4</sup> — на типовом законе UNCITRAL 1985 г.<sup>5</sup> В соответствующих резолюциях Генеральной ассамблеи ООН государствам было рекомендовано должным образом принимать во внимание тексты типовых законов. Эти рекомендации интересны как в контексте своей основной функции, так и в том, что касается формулировок: в резолюции 40/72 от 11.12.1985 г. говорится о «желательности единообразия» национального законодательства об арбитраже, а в резолюциях 51/162 от 16.12.96 и 56/80 от 12.12.2001 — о «необходимости унификации» соответствующего законодательства. Тем не менее, употребление термина «унификация» в двух последних случаях не дает достаточных оснований для того, чтобы отнести к унифицирующим актам типовой закон UNCITRAL об электронных подписях, ведь сами по себе процитированные резолюции являются консультативными. Национальный законодатель имеет право модифицировать нормы модельного акта по своему усмотрению — менять порядок следования, формулировку и смысл, — что можно продемонстрировать на примере следующих положений:

- 
- 1 Закон №264 от 15.07.2004, опубликован 06.08.2004 в Monitorul Oficial Nr. 132 [<http://lex.justice.md/index.php?action=view&view=doc&lang=2&id=313061>]
  - 2 Закон №284 от 22.07.2004, опубликован 13.08.2004 в Monitorul Oficial Nr. 138-146. [<http://lex.justice.md/index.php?action=view&view=doc&lang=2&id=313078>]
  - 3 Типовой закон об электронной торговле, принят UNCITRAL, рекомендован резолюцией 51/162 ГА ООН от 16.12.96. [<http://www.un.org/russian/documen/convents/commerce.htm>]; Типовой закон об электронных подписях, принят UNCITRAL, рекомендован резолюцией 56/80 ГА ООН от 12.12.2001 [<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/490/28/PDF/N0149028.pdf>]
  - 4 Закон РМ №24 от 22.02.2008, опубликован 20.05.2008 в Monitorul Oficial Nr. 88-89 [<http://lex.justice.md/index.php?action=view&view=doc&lang=2&id=327885>]
  - 5 Типовой закон UNCITRAL «О международном коммерческом арбитраже», рекомендован резолюцией ГА ООН 40/72 от 11.12.85 и уточнен Резолюцией ГА ООН 61/33 от 4.12.2006. [[http://www.uncitral.org/uncitral/ru/uncitral\\_texts/arbitration/1985Model\\_arbitration.html](http://www.uncitral.org/uncitral/ru/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html)]

Закон РМ «Об электронной торговле»	Типовой закон UNCITRAL «Об электронной торговле»
<p><i>Статья 13</i> (2) В случаях, когда согласно закону информация должна быть представлена в письменной форме, это требование считается выполненным при представлении электронного сообщения, если содержащаяся в нем информация доступна для ее неоднократного использования.</p>	<p><i>Статья 6. Письменная форма</i> 1. Когда законодательство требует, чтобы информация была представлена в письменной форме, это требование считается выполненным путем представления сообщения данных, если содержащаяся в нем информация является доступной для ее последующего использования.</p>
<p><i>Статья 13</i> (3) Электронное сообщение не может быть лишено юридической или доказательственной силы на том лишь основании, что оно составлено в электронной форме.</p>	<p><i>Статья 5. Признание юридической силы сообщений данных</i> Информация не может быть лишена юридической силы, действительности или исковой силы на том лишь основании, что она составлена в форме сообщения данных.</p>

Как следует из таблицы, смысл процитированных норм Типового закона сохранён, но изменены формулировка и порядок расположения. Если подобным образом проанализировать другие положения Законов РМ «Об электронной торговле» и «Об электронном документе и цифровой подписи», то можно обнаружить не только аналогичные примеры, но и гораздо более существенные изменения. Совсем иная ситуация наблюдается в случае с Законом РМ 2008 г. «О международном коммерческом арбитраже» — этот закон интересен уже тем, что в его преамбуле установлено следующее: «Настоящий закон учитывает положения международных договоров о международном коммерческом арбитраже, одной из сторон которых является Республика Молдова, а также Типового закона о международном коммерческом арбитраже, принятого в 1985 году Комиссией ООН по праву международной торговли, утвержденного Генеральной Ассамблеей ООН и предложенного для использования в национальных законодательствах». В отличие от рассмотренных ранее законов 2004 г. «Об электронном документе и цифровой подписи» и «Об электронной торговле», Закон РМ «О международном коммерческом арбитраже» в гораздо большей степени похож на свой прообраз, типовой документ UNCITRAL. Это можно показать на примере следующих статей:

<b>Закон РМ «О международном коммерческом арбитраже»</b>	<b>Типовой закон UNCITRAL</b>
<i>Статья 1. Сфера применения</i>	<i>Статья 1. Сфера применения</i>
(2) Арбитраж считается международным, если: а) стороны арбитражного соглашения на момент его заключения имеют места ведения дела в различных государствах;	3) Арбитраж является международным, если: а) коммерческие предприятия сторон арбитражного соглашения в момент его заключения находятся в различных государствах; или
б) одно из следующих мест находится вне территории государства, в котором стороны имеют места ведения дела: — место арбитража, если оно предусмотрено в арбитражном соглашении или определено в соответствии с ним; — место, в котором должна быть исполнена значительная часть обязательств, вытекающих из торговых отношений, или место, с которым предмет спора связан наиболее тесно;	б) одно из следующих мест находится за пределами государства, в котором стороны имеют свои коммерческие предприятия: i) место арбитража, если оно определено в арбитражном соглашении или в соответствии с ним; ii) любое место, где должна быть исполнена значительная часть обязательств, вытекающих из торговых отношений, или место, с которым наиболее тесно связан предмет спора; или
с) стороны специально договорились, что предмет арбитражного соглашения связан не менее чем с двумя странами.	с) стороны прямо договорились о том, что предмет арбитражного соглашения связан более чем с одной страной.
(3) Для целей части (2) устанавливается следующее: а) если сторона арбитражного соглашения имеет несколько мест ведения дела, местом ведения дела считается то, которое наиболее тесно связано с арбитражным соглашением; б) если сторона не имеет места ведения дела, таковым считается ее место жительства или место нахождения.	4) Для целей пункта 3 настоящей статьи: а) если сторона имеет более чем одно коммерческое предприятие, коммерческим предприятием считается то, которое имеет наиболее тесную связь с арбитражным соглашением; б) если сторона не имеет коммерческого предприятия, принимается во внимание ее привычное местопребывание.

Изменения в формулировке норм модельного закона минимальные, их последовательность сохранена. Хотя в целом Закон РМ «О международном коммерческом арбитраже» нельзя назвать копией типового закона UNCITRAL, поскольку он содержит немало положений, заимствованных из других ис-

точников или разработанных составителями законопроекта, всё же можно утверждать, что в данном случае произошло ощутимое сближение молдавского МЧП с правом тех стран, которые также приняли типовой закон UNCITRAL в качестве основы для своих внутренних нормативно-правовых актов — или, иными словами, была достигнута цель, поставленная в процитированной ранее резолюции ГА ООН 51/161 от 16.12.96.

## ***2. Классификация факторов, влияющих на гармонизацию права (на примере воздействия российского и румынского международного частного права на молдавское международное частное право)***

В российской правовой доктрине высказывалось мнение, что «весь исторический процесс развития внутреннего права государств сопровождался элементами гармонизации, так как формируя свою правовую систему, государства заимствовали опыт друг друга»<sup>1</sup>. Исходя из этого первым среди факторов, оказывающих влияние на процесс сближения права, является исторический фактор. Чаще всего в данном качестве выступают события, связанные с насильственным распространением влияния одного государства на другое — то есть, как показывают примеры прошлых веков, с войной или колонизацией. Иллюстрацией такого процесса могут служить как введение в ряде стран Кодекса Наполеона, так и «проецирование» французского и английского права на колониальные территории. Справедливо также и замечание Г.К.Дмитриевой о том, что история знает примеры, когда «завоеватели воспринимали более развитое право покоренных»<sup>2</sup>. Исторический фактор имеет большое значение, если речь идёт о государствах, чьи территории в прошлом были частью единого целого в течение достаточно долгого времени, в результате чего их правовые системы даже после обретения независимости продолжали развиваться параллельными путями. Именно этим обосновывается тот факт, что молдавское право в целом и МЧП в частности в значительной степени сходны с российским правом: пребывание в составе СССР сформировало молдавскую правовую систему, равно как и правовые системы остальных бывших советских социалистических республик. Хотя на современном этапе уже проявляются различия, зачастую весьма существенные, по-прежнему справедливым остаётся утверждение, что молдавское, российское, украинское, белорусское (и так далее) право сходны и развиваются в одном и том же направлении. Значимые расхождения между ними могут сформироваться по прошествии ряда лет, когда станет очевидным результат влияния на процесс гармонизации других факторов, не менее важных, чем закономерности исторического развития.

---

1 Международное частное право: учебник. / Л.П. Ануфриева, К.А. Бекашев, Г.К. Дмитриева [и др.]; отв. ред. Г.К.Дмитриева. — 2-е изд., перераб. и доп. — С. 112.

2 Там же, с. 113.

Одним из этих факторов является политический<sup>1</sup>, который объясняет сходство молдавского МЧП с румынским по ряду важных позиций, хотя и не является единственной причиной данного сходства. Небезызвестен тот факт, что многие страны подвержены политическому влиянию своих соседей либо государств, занимающих в отдельно взятом регионе лидирующие позиции. Зачастую исторический и политический факторы взаимно обуславливают друг друга и вследствие этого их очень трудно разделить. Однако если два конкретных государства никогда не состояли в отношениях «метрополия-колония» и не были частью единого целого на протяжении значительного временного отрезка, то сходство их правовых систем можно объяснить именно политическим влиянием одной страны на другую. Так, говоря о МЧП РМ и Румынии, можно отметить следующее: интенсивное развитие данной отрасли права в обеих странах началось в конце XX — начале XXI вв., когда Молдова обрела независимость, а в Румынии сменился политический строй. Если общность этих двух государств в других сферах и можно объяснить историческими закономерностями, то в том, что касается МЧП, влияние исторического фактора минимально, поскольку молдавское и румынское МЧП приобрело свой современный вид, когда Молдова и Румыния были самостоятельными, независимыми государствами. Таким образом, схожесть ряда важнейших положений молдавского Гражданского кодекса и румынского закона №105 обусловлена, в первую очередь, политическим воздействием Румынии на Молдову.

Следующим по степени важности можно считать социально-правовой фактор. Он объединяет те ситуации, когда процесс гармонизации права захватывает страны, не подверженные политическому влиянию друг друга и не обладающие какой-либо значительной исторической общностью. К примеру, сформулированный в рамках системы *common law* критерий определения личного закона юридического лица по месту регистрации его устава в настоящее время используется и в ряде стран с континентальной правовой системой — в том числе в Российской Федерации и Республике Молдова, — однако это произошло вовсе не по историческим или политическим причинам. То же самое можно сказать о ряде других случаев, когда одно государство заимствует у другого ряд норм, какой-либо нормативно-правовой акт, юридическое понятие или доктринальную концепцию, желая перенять опыт, ускорить развитие собственной правовой системы, а также упростить подготовку и проведение законодательных реформ. Следует отметить, что надлежащее изучение иностранных правовых систем позволяет минимизировать количество ошибок, которые неизбежны в таком сложном деле, как формирование нового зако-

---

1 Некоторые авторы, анализируя этот фактор, ставили под сомнение саму возможность гармонизации права, поскольку определённые аспекты права слишком тесно связаны с политикой. — См. анализ полемики А. Уотсона (Alan Watson) и О. Кан-Фройнда (Otto Kahn-Freund) в статье Waller S.W. Neo-Realism and the International Harmonization of Law: Lessons from Antitrust. // *Kansas Law Review*, Vol.42/1994. – P.564—565.

нодательного регулирования в определённых областях. Социально-правовой фактор подразумевает, что гармонизация права осуществляется отдельно взятым государством добровольно — то есть, иностранная «правовая модель» принимается им на основании самостоятельного решения, а не навязывается в результате влияния извне. Данный фактор обуславливает оба «вектора гармонизации» молдавского МЧП: в Румынии правовое регулирование частнопровых отношений с иностранным элементом получило законодательное закрепление на десять лет раньше, чем в Молдове, а достижения советской доктрины МЧП в значительной степени переняла российская правовая доктрина. Молдавский законодатель, таким образом, опирался на право тех государств, у которых опыт в рассматриваемой области был и остаётся на данный момент более весомым и существенным, чем опыт самой Республики Молдовы.

Ещё одним важнейшим фактором, обуславливающим процесс гармонизации права, является экономический фактор, который проявляется, в частности, в необходимости устранить препятствия к свободному осуществлению торговли экономическими агентами. Как указывает G.Low, занятая в международной торговле фирма несёт дополнительные затраты двух видов — «затраты на информирование об иностранном праве» и «затраты на соответствие иностранному праву» — и поэтому является субъектом, заинтересованным в сближении правовых систем<sup>1</sup>. «Сочетая информацию об экономических взаимосвязях между отдельными юрисдикциями с результатами сравнительно-правовых исследований в области частного права, можно получить новое представление о том, почему гармонизация частного права на глобальном уровне является полезной»<sup>2</sup>. Влияние экономики на развитие правовой системы неоспоримо, а в области МЧП оно приобретает достаточно чёткие очертания: так, именно необходимость надлежащего правового урегулирования отношений внешней торговли объясняет принятие внутреннего законодательства об иностранных инвестициях, международном лизинге и факторинге, международном коммерческом арбитраже, международных расчётах и так далее. По некоторым из перечисленных областей существуют модельные акты, а международные конвенции приняты практически во всех сферах (из чего следует, что экономический фактор воздействует не только на гармонизацию, но и на унификацию права).

Следующий фактор — географическое положение государства. Сопредельные страны всегда воздействуют друг на друга во многих областях, в том числе и в области права. Это вполне логичный и естественный процесс, хотя

---

1 Low G. How and Why We Are (Not) Bothered by the Costs of Diversity. A Behavioral approach to the harmonization of the European contract law. // Tilburg institute of Comparative and transnational law – working paper. No.8/2009 [[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1456327](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1456327)]

2 Herings P. Jean-Jacques, Kanning Arnard J. Harmonization of private law on a global level. // *International Review of Law and Economics*, №28 (2008). — P. 256.



протекать он может разнообразно в силу того, что географическое соседство вовсе не подразумевает культурного единства или сходства, в частности, правовых традиций — ярким примером служит сосуществование на европейском континенте таких правовых систем и семей, как французская, германская, скандинавская и *common law*. Тем не менее, географическое положение соответствующих стран обусловило некоторые заимствования, осуществлённые ими друг у друга, и привело, в конечном итоге, к формированию новой, особой правовой системы — европейского права. Частью Европейского союза на данном этапе является и Румыния, поэтому граница между нею и Республикой Молдова является нечто намного большее, чем обычная граница между двумя сопредельными государствами. Но трудно оспорить тот факт, что географическое положение в ряде случаев существенно упрощает влияние одной правовой системы на другую, что и произошло в случае молдавского и румынского МЧП. С другой стороны, у Республики Молдова и Российской Федерации нет общей границы, поэтому в данном направлении географический фактор не имеет влияния (что компенсируется в полной мере другими факторами, не менее значительными).

Лингвистический фактор — последний из тех, которые следует упомянуть, исследуя гармонизацию права. Это специфический фактор, обладающий тем же свойством, что и близкое географическое положение — способностью упрощать заимствование в правовой и иных сферах. Он снимает проблему интерпретации юридических терминов, возникающую в связи с переводом с одного языка на другой; в контексте МЧП можно также утверждать, что лингвистический фактор снимает и проблему квалификации. Его воздействие отчасти объясняет сходство между правовыми системами стран, у которых один и тот же государственный язык или в значительной степени сходные языки. В ситуации, когда новое независимое государство приступает к реформированию своей правовой системы, вполне закономерно ожидать, что оно заимствует какие-либо нормы или даже правовые акты у страны, говорящей на том же языке. Лингвистический фактор стал дополнительным обстоятельством, повлиявшим на формирование молдавского законодательства в области МЧП и обусловившим его сходство с румынским законодательством, однако он же явился причиной некоторых проблем, связанных с квалификацией юридических понятий.

Таким образом, был выделен ряд факторов, воздействующих на гармонизацию права:

- 1) относительно вектора гармонизации «Республика Молдова — Российская Федерация» таковыми являются экономический, исторический и социально-правовой факторы;
- 2) относительно вектора гармонизации «Республика Молдова — Румыния» таковыми являются экономический, политический, географический и лингвистический факторы.



DREPT INTERNAȚIONAL  
INTERNATIONAL LAW



# ОСУЩЕСТВЛЕНИЕ СУВЕРЕННЫХ ПРАВ ГОСУДАРСТВАМИ ЧЛЕНАМИ НАТО И ЕС В УСЛОВИЯХ СОВРЕМЕННЫХ ИНТЕГРАЦИОННЫХ ПРОЦЕССОВ

**Виталие ГАМУРАРЬ**, кандидат юридических наук, доцент

*International law rests on state sovereignty and the principle of sovereign equality is the first governing principle of the United Nations according to Article 2(1) of the UN Charter. The preamble of the North Atlantic Treaty (1949) refers explicitly to the “goals and principles of The United Nations Charter”, thus, it implicitly refers to the principle of sovereign equality. The preamble of the European Community Treaty (1957) refers to “the principles of the United Nations Charter” as far as the solidarity between Europe and overseas countries is concerned. These principles are also mentioned by article J.1 of the Treaty on European Union (Maastricht, 1992, now article 11 since the Amsterdam Treaty, 1997), which deals with the aims of the Common foreign and security policy (CFSP). All these references do not suffice to reassure “Euroscptics” and opponents to the Uniting of Europe. They fear consequences of military integration in NATO and economic, legal and political integration in the European Union. Are these fears justified?*

## *Введение*

В связи с празднованием 60-тия Северо-Атлантического альянса и проведения в связи с этим событием целого ряда мероприятий, вызвавшие массовые беспорядки на улицах одного из символов послевоенной Европы, возникает целый ряд вопросов, как например соотношение самостоятельности государств в принятии решений по вопросам внешней политики и безопасности и членства в данной международной организации. Более того, так как вопрос общей внешней политики и политики безопасности составляет третью опору Европейского Союза, возникает такой же вопрос относительно ЕС.

Мы не ставим перед собой задачу дать полную картину в связи с участием государств в НАТО и ЕС, а лишь попытаемся ответить на один вопрос — насколько совместимы государственный суверенитет и членство государств в международных организациях, взяв в качестве примера эти две авторитетные международные организации, участвовать в которых стремятся и Республика Молдова.<sup>1</sup>

Сразу же отметим, что классическое международное право основывается на принципе суверенитета государств, а Устав ООН указывает среди первых принципов руководящих деятельностью Всемирной организацией принцип

---

<sup>1</sup> По крайней мере, лозунга о членстве в ЕС придерживалось большинство молдавских политических партий на парламентских выборах от 5 апреля и 29 июля 2009 г.

суверенного равенства: «Организация основана на принципе суверенного равенства государств-членов» (ст.2 §1).<sup>1</sup> Преамбула Северо-Атлантического Договора (Вашингтон, 4 апреля 1949) ссылается прямо «на цели и принципы Устава ООН», среди которых особняком является принцип суверенного равенства. Что касается Договора об учреждении Европейских сообществ (Рим, 25 марта 1957), то преамбула ссылается на «принципы Устава ООН» и принцип солидарности связывающую Европу и заморские страны. Договор о Европейском Союзе (Маастрихт, 7 февраля 1992) также указал их, определяя цели общей внешней политики и политики безопасности (PESC) в статье J.1 (статья 11 Амстердамского Договора от 2 октября 1997).

Все эти ссылки не достаточны для убеждения «евроскептиков» и тех, кто сопротивляется европейскому строительству. Данные лица критикуют последствия военной интеграции в НАТО, а также последствия экономической, социальной, юридической и политической интеграции в ЕС. Насколько оправдана эта критика? Мы не собираемся высказываться относительно правильности или неправильности данной критики, а всего лишь хотим предоставить некоторые суждения по этому поводу, указывая одновременно на общие высказывания относительно осуществления суверенитета в рамках международных отношений и международного права. Затем рассмотрим вопрос относительно осуществления суверенитета в момент предоставления членства в НАТО и ЕС, после чего — непосредственно во время осуществления полномочий и по окончании полномочий (вопрос о выходе или исключении), а в конце рассмотрим некоторые вопросы, связанные с осуществлением суверенитета государствами членами ЕС в свете Лиссабонского договора.

Результаты повторного референдума в Ирландии по Лиссабонскому договору и позиции Чехии и Польши вселили оптимизм в рядах сторонников европейской интеграции немного пошатнувшейся после нескольких «нет» высказанных Европейской Конституции Францией и Нидерландами весной 2005 года и, конечно же, Ирландией во время первого референдума по Лиссабонскому договору. Парадоксально, но именно Ирландия чье нынешнее благосостояние определяется в первую очередь европейской интеграцией, где два из трех рабочих мест косвенно созданы благодаря этому же процессу, чей электорат составляет всего 1% от общего количества европейских избирателей, чуть было не «похоронила» идеи, выдвинутые Лиссабонским договором.

Мы не ставим перед собой целью дать характеристику данному процессу, коснемся лишь вопроса осуществления суверенных прав государствами ЕС с принятием нового договора заменяющего ранее существующие соглашения.<sup>2</sup>

1 Leland M. GOODRICH et Edvard HAMBRO, Commentaire de la Charte des Nations Unies; Keba MBAYE, « Commentaire de l'article 2 §1 », in : J.P. Cot et A. Pellet, La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article, Paris : Economica, 2<sup>e</sup> ed. 1991.

2 Лиссабонский договор об изменении Договора о Европейском Союзе и Договора о создании Европейского Сообщества был подписан 13 декабря 2007 года.

## **Общие суждения относительно осуществления суверенитета в рамках международных отношений и международного права**

В настоящее время общепризнанным является то, что суверенитет является относительным как в рамках международных отношений, так и международного права. Со своей стороны, попытаемся рассмотреть данный вопрос в свете подхода не совсем принятого в интеллектуальных кругах, несмотря на то, что он естественно далек от совершенства.

Те, кто интересуются международной жизнью, автоматически рассматривают ее в ракурсе «глобализации» экономики и международных проблем. В свете актуальности проблем кажется, что они правы. Глобализация, что характеризуется «техническим прогрессом в транспортном секторе и в секторе коммуникаций» и «позволяющая рынку стать универсальным»<sup>1</sup> олицетворяется кризисом суверенного государства и девалоризацией национальных границ в экономическом и юридическом плане. Отсюда «транснациональные корпорации и неправительственные организации проводят свои стратегии в глобализованном обществе, в котором имеет ценность то, что движется; трансграничный поток выдвигает совсем другую логику, нежели территориальный суверенитет».<sup>2</sup> Можно с уверенностью указать на то, что данный феномен не нов, несмотря на то, что особое развитие он получил только в наше время. В конце XIX-го — начале XX-го века, акцент ставился на интернационализацию экономических отношений, которые впоследствии по аналогии предлагалось перевести в юридическую плоскость.

По правде говоря, то, что случилось после 1945 года, нельзя иначе назвать как «навязанная солидарность» — именно так поступали Великие Державы, включающая полное отрицание суверенитета государств или «конфискацию» суверенитета в пользу отдельно взятого государства. История международных отношений после 1945 года, характеризующаяся разделением мира на два противоборствующих блока является тому подтверждением. С исчезновением СССР, глобализация отождествляется победой одной сверхдержавы, поглощающей для своего блага суверенитет других государств. Что касается Европы, то отмена всех внутренних границ в рамках ЕС (статья В Договора о ЕС, ставшей статьей 2 с принятием Амстердамского Договора) и создание единого рынка квалифицированного как «внутренний рынок» (статья 3 Договора об учреждении Европейского сообщества) вызвали бурную критику защитников государственного суверенитета.<sup>3</sup>

1 Jean TOUSCOZ, “Mondialisation et sécurité économique internationale (Quelques remarques juridiques et institutionnelles)”, *Revue générale de droit international public*, nr.3, 1998, pp. 623—645, în special p. 625 și 626.

2 Ibid.

3 Во Франции, г-н Мишель Дебре, начиная с 1979 года, критиковал Суд Европейских Сообществ, обвиняя в желании установить правительство судей создающих право,

По правде говоря, девалоризация понятия границы в международном плане и исчезновение границ внутри Европы может вызвать ряд вопросов, особенно в том, что касается борьбы с преступностью или контроль над миграцией. Однако считаем, что говорить о потере государством суверенитета в данной области преждевременно.

Суверенитет в противоположность некоторым высказываниям, не может толковаться как абсолютная власть. Как отмечал еще в начале XX века известный французский юрист Жюль Басдевант, «государство является наиболее авторитетной структурой в существующей юридической иерархии — она является наивысшей структурой. Отметим в связи с этим, что никто не спорит с тем, что Кассационная палата является Суверенной палатой в юридической структуре Франции и то же самое можно сказать о Высшей судебной палате США».<sup>1</sup>

Иначе говоря, понятие суверенитета не является неизменчивым. Важно иметь в виду, что толкование данного понятия необходимо производить исходя из тенденций современных международных отношений. Если государства в действительности нашли в ст.2 §7 Устава ООН ответ на непосягательство на свой суверенитет, то толкование, данное органами ООН (Генеральная Ассамблея и Совет Безопасности) являются тому доказательством. Не касаясь признанного сегодня права применения силы против отдельно взятого государства на основании резолюции Совета Безопасности ООН,<sup>2</sup> отметим, что различие между международными и внутренними конфликтами является все более размытым, если не говорить о фактическом исчезновении. Совет Безопасности все чаще прибегает к статье 39 и Главе VII в случае внутренних конфликтов без прямого международного вмешательства, а практика международных уголовных трибуналов для бывшей Югославии и Руанды подтвердила отсутствие границы между международными и внутренними конфликтами при применении международного гуманитарного права.<sup>3</sup> Создание международных уголовных юрисдикций может считаться само как посягательство на судебный суверенитет государств, что объясняет многочисленные противостояния со стороны государств, считающие себя суверенными в данной области, особенно, что касается ареста виновных лиц или других процессуальных вопросов в отношении своих граждан.

---

направленного против правительств и национальных законодателей. Он создал в 1987 году Ассоциацию в поддержку суверенитета французского права.

- 1 Jules BASDEVANT, *Règles générales du droit de la paix*, Académie de droit international de la Haye, Recueil des Cours, 1936, t.58, vol. III, p.578.
- 2 Mario BETTATI, *Le droit d'ingérence. Mutation de l'ordre international*, Paris: Editions Odile Jacob, 1996, 394 p.
- 3 ТРИУ. Le Procureur c. Dusko Tadic, alias „Dule“. Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence. 2 octobre 1995 <http://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/fr/51002JN3.htm>



Суверенитет государств, таким образом становится, объектом исследования со стороны различных специалистов, включая политологов интересующихся международными отношениями, юристов-международников. Относительно вопросов связанных с членством государства в какой-либо международной организации, таких как НАТО либо ЕС, отметим, что остается место и для суверенитета, другими словами последнее слово остается за государствами.

### *Суверенитет и членство в НАТО и ЕС*

Сразу же отметим, что государство не может стать членом НАТО и/или Европейского Союза путем одностороннего выражения согласия. Они должны пройти определенную процедуру имеющее отношение к суверенитету, как государств-членов, так и государств-кандидатов. Несмотря на то, что процедуры вступления в НАТО и ЕС отличаются, в конце концов, в обоих случаях основой является согласие всех заинтересованных сторон, то есть выражение суверенитета. В связи с этим отметим, что Постоянная Палата Международного Правосудия напомнила в своем первом решении, что заключение договора является выражением суверенитета государством, включая случаи, когда договор ограничивает полномочия государства. Данное дело касалось доставки амуниций предназначенных Польше во время войны с Россией, через Кильский канал: «Палата не находит что заключение договора, посредством которого государство обязывается сделать что-либо или нет, является отказом от суверенитета. Безусловно, любая конвенция, предусматривая такого рода обязательство, накладывает определенные ограничения на осуществления суверенных прав государством, в том смысле, что оно указывает на определенное направление. Однако обязательства, накладываемые международными соглашениями, являются частью государственного суверенитета».<sup>1</sup> Отметим также, что суверенитет государства присоединившегося к международной организации всегда соблюдается, поскольку он предусматривает согласие и может выражаться для государств-членов организации в принятии или отказе новых членов, особенно это ярко выражено в случае, когда принятие решается большинством, а не единогласно, как предусмотрено, например Уставом ООН (ст.4, 18 и 27).

Статья 10 Северо-Атлантического договора рассматривает процедуру приглашения со стороны государств-членов и присоединения со стороны кандидата. Приглашение должно исходить от «единого согласия» и находит свое отражение в протоколе приложении к Договору (например, протокол от 22 октября 1951 г. для Греции и Турции, протокол от 23 октября 1954 г. для ФРГ, декабрьский протокол 1981 г. для Испании). До того как государство кандидат смогло бы сдать инструменты о присоединении правительству США, все

---

1 CPJI, Wimbledon, arrêt du 17 août 1923, série A nr.1, p.25 [http://www.icj-cij.org/pcij/serie\\_A/A\\_01/03\\_Wimbledon\\_Arret\\_08\\_1923.pdf](http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_01/03_Wimbledon_Arret_08_1923.pdf)

государства должны ратифицировать протокол. Возьмем в качестве примера Чешскую республику, Венгрию и Польшу. Приглашение начать переговоры было сделано в Мадриде в июле 1997 г., а протоколы о присоединении были подписаны в Брюсселе 16 декабря 1999 г. Процедура ратификации документа о присоединении и принятие этих трех новых государств прошла 12 марта 1999 г., официальные мероприятия, будучи приурочены к мероприятиям связанными с празднованием 50-летней годовщины Альянса.

Что касается Договора ЕС, отметим что статья О ставшая статьей 49 в Амстердамском договоре, объединила процедуру принятия предусмотренная тремя ранними соглашениями. Последние содержат отдельную фазу в рамках сообществ — единогласное решение Совета и межгосударственную фазу — предусматривающую соглашение между государствами членами и государствами кандидатами, предусматривающего условия присоединения и необходимые изменения, связанные с учредительными договорами. Суверенитет государств, как членов, так и кандидатов, соблюден полностью, поскольку соглашение должно быть ратифицировано ими в соответствии с конституционными нормами стран. Речь не идет о формальном подходе как в случае Норвегии, дважды проголосовавшую против присоединения к Европейским сообществам. Таким образом, суверенитет государства кандидата осуществляется вплоть до процедуры присоединения при соблюдении следующего условия: общественное мнение будет считать, что процедура присоединения, та, что была обговорена.

Верно и то, что, как правило, среди условий присоединения фигурирует соблюдение «*acquis communautaire*». Данное условие может показаться слишком обязывающим для государства-кандидата, формально посягая на суверенитет в экономическом и юридическом плане. Кандидат должен в принципе принять не только правила содержащиеся в договорах, но также правовые нормы, исходящие от них. Данное обязательство довольно таки сложное, поэтому государства кандидаты предпринимают необходимые реформы до присоединения. Необходимо также отметить, что для кандидатов к присоединению всегда предусмотрен транзитный период, часто довольно таки длинный позволяющий адаптироваться в юридическом и экономическом плане к новой ситуации. Это в свою очередь предоставляет возможность решения определенных проблем внутреннего характера.

Понятие «*acquis*» было прямо указано в документах сообщества, в то же время они могут быть найдены и в документах НАТО. Также можно указать на то, что соблюдение «*acquis*» присоединившимися странами является общим принципом права международных организаций: государства ставшие членом международной организации признает не только права и обязанности, вытекающие непосредственно из учредительного договора, но и из производного права организации. Это относится и к универсальным организациям, таким как ООН и к региональным, как ЕС и НАТО. Что касается последнего,

вопрос «acquis» менее принципиален, чем в случае ЕС, но он также существует. Так, например, в связи с ним возникли определенные сложности при принятии Испании. Государства члены НАТО предпринимают, как правило, меры по упрощению переходного периода и подготавливают присоединение новых членов, для того чтобы последние могли принять необходимые меры для эффективного участия в работе организации. В одной из статей *Revue de l'OTAN*, nr.5, septembre-octobre 1997, Президент Польской Республики г-н Александр Квасниевский заявил что «Польша предпримет конкретные меры для достижения целей связанных с присоединением к НАТО. Модернизация армии, в особенности является одним из приоритетов в рамках присоединения к Альянсу». Что касается посла Венгрии г-на Андруса Симония, он констатировал, что с момента подписания протоколов о присоединении в декабре 1997 г., приглашенные страны обладают статусом равным наблюдателям и являются ассоциированными в многочисленных деятельности НАТО. Он сравнивает присоединение с поездом на ходу: «Подготовку к присоединению к НАТО можно сравнить с попыткой сесть в поезд на ходу, одновременно проводя реформы, так как само НАТО не перестает развиваться».<sup>1</sup>

Вопрос об «acquis» сам по себе касается некоторого ограничения государственного суверенитета в рамках международной организации, поскольку сама процедура присоединения предусматривает частичное делегирование суверенитета со стороны кандидата.

### ***Суверенитет и осуществление членства в НАТО и ЕС***

Одновременно с выражением суверенитета государством в процессе присоединения к международной организации, оно осуществляет его, участвуя в деятельности данной организации в качестве государства члена. Это отражается в правилах регулирующих процесс принятия решения, а также тех, что фиксируют область компетенций организации, сохраняя за государствами определенное поле деятельности.

Относительно принятия решений в рамках НАТО, то они основываются на принципе единогласия, особенно это касается Совета, единственного органа, прямо предусмотренного Северо-Атлантическим договором (ст.9). Обсуждения Совета могут приобретать форму решения или настоящих соглашений (в упрощенной форме), однако в любом случае речь не идет об отказе от суверенитета в юридическом смысле. В то же время различные вспомогательные органы, образованные Советом создали интегрированную военную структуру, что может придать видимость того, что суверенитет государств существенно ограничен. В качестве примера приведем интервенцию НАТО в бывшей Югославии, когда согласие государств было учтено. Что касается юридического обязательства

---

<sup>1</sup> *Revue de l'OTAN*, nr. 3, automne 1998.

предусмотренного ст.5 Вашингтонского договора то он полностью совместим с государственным суверенитетом. Так, согласно тексту «Стороны согласны с тем, что военное нападение на одного или нескольких государств членом в Европе или Северной Америке будет считаться как нападение, направленное против всех Сторон», однако каждое из них «самостоятельно, совместно с другими Сторонами, принимает то решение, которое считает необходимым, включая применение военной силы для восстановления и обеспечения безопасности в Северной Атлантике». Таким образом, не существует никакого автоматического обязательства, которое могло бы представлять угрозу государственному суверенитету. Ситуация отличается в случае Западно-европейской организации (УЕО) где обязательство вытекающее из положений статьи 5 считаются автоматическими.

Что касается Европейских сообществ и Европейского Союза, процесс принятия решений получил большее развитие. Он сложен и разнообразен в зависимости от области. Договора предусмотрели принятие решений Советом простым большинством (не так часто применяемого), квалифицированным большинством (чаще всего) или единогласно (бывшая статья 148, ставшая статьей 205 в Амстердамском договоре). Даже если общая тенденция сводится к ограничению случаев принятия единогласного решения, данная процедура предусмотрена в целом ряде случаев, что сохраняет, в том числе и *de facto* государственный суверенитет. Более того, единогласная форма предусмотрена, в случае если Совет не согласен с предложением Комиссии (ст.250 Амстердамского договора, бывшая ст.189 А). Как последний аргумент государство может сослаться на знаменитый «Люксембургский компромисс» появившийся в период кризиса 1965-66 гг. и остающегося всегда в силе, несмотря на различные интерпретации на разных этапах развития ЕС. Этот компромисс позволяет государству прибегнуть к настоящему вето для препятствия чему-либо, если в его видении это касается важных государственных интересов. Даже если ставим под вопрос законность такой процедуры, она все же существует на практике, и она без сомнения стала правилом сообщества, являющейся частью «*acquis communautaire*».<sup>1</sup>

Если правила процедуры являются эффективными средствами гаранта суверенитета государств, то некоторые правила касающиеся самой сути права сообществ идут по тому же пути. Все новые области социальной жизни изымаются из компетенции государства и подчиняются этим правилам, следующим юрисдикции Суда Европейских Сообществ и Суда первой инстанции. Среди наиболее значительных примеров, процитируем дело *Босмана* (СЕС, 15 декабря 1995) посредством которого спортивная деятельность попала в поле применения права сообществ. Что касается юриспруденции относительно статьи 119 и равенства полов, отметим, что она открывает новые перспективы. В то же время

---

1 Joel RIDEAU, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, Paris: LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 1996, p.283.

некоторые судебные решения в рамках сообществ свидетельствуют о том, что движение расширения не безвозвратно и что некий откат права сообществ может быть предусмотрен, особенно в связи с расширением Европейского Союза.

Данная юрисдикционная тенденция основывается естественно на принципе субсидиарности зафиксированного в статье 3 В Договора о создании Европейского сообщества (ставшей статьей 5 в Амстердамском договоре), указанного уже в статье В Договора о Европейском Союзе (статья 2 Амстердамского договора), предусмотренного также в статье 6 (ывшая статья F) чей третий абзац четко предусматривает что «Союз уважает национальное единство государств членов» (данный текст повторяет то, что содержалось ранее в первом абзаце статьи F). Некоторые противники Маастрихта и Амстердама видят в этих положениях федеральный подход европейского строительства подпадающего под две концепции суверенитета: федеративного государства и федерации государств. В этом смысле формула, фигурирующая в статье 71 Кодифицированного международного права, автор Блунтшли<sup>1</sup> подходит идеально к ситуации Европейского Союза: «Суверенитет Союза осуществляется в рамках конституционных полномочий центральной власти и суверенитета государств в особых областях каждым из них».

В то же время, исходя из проделанного анализа, государства, присоединяющиеся к Европейскому Союзу, часто игнорируют те возможности, что им предоставляет принцип субсидиарности для защиты своего суверенитета. Амстердамский договор предоставляет также иные возможности в этом смысле в виде понятия «продвинутое сотрудничество» предусматривающего идею развития Европы на двух или более скоростях. Данная идея является неким компромиссом сторонников неких уступок относительно европейского строительства основанного на принципах установленных отцами основателями единой Европы. Среди этих принципов особняком является принцип недопущения свертывания процесса развития Европы, что в свою очередь накладывает определенные обязательства на государства не покидать данный процесс, так как они суверенно согласились участвовать в нем.

### *Суверенитет и потеря членства в НАТО и ЕС*

Договор ЕС не предусматривает возможность выхода государства из организации или его исключение.<sup>2</sup> Следует ли из этого то, что проблема не возникает? Конечно же, нет. Возьмем, к примеру, Северо-Атлантический договор, статья 13 которого предусматривает, что сторона может согласиться с

1 Georges SCHELLE, *Précis de droit des Gens*, Paris: Sirey, 1932, vol. I, p.187 et s. (chapitre III. Le phénomène fédératif).

2 Paul TAVERNIER, Commentaire de l'article 240 (pp.1572-1575), in: Vlad CONSTANTINESCO, Jean-Paul JACQUE, Robert KOVAR et Denys SIMON, *Traité instituant la CEE. Commentaire article par article*, Paris: Economica, 1992, 1648 p.

окончанием договора по истечении двадцати лет. Денонсация должна быть уведомлена правительству США, депозитарию договора, а юридические последствия начинаются через год. Данные положения применены начиная с 24 августа 1969 г., то есть через двадцать лет после вступления в силу договора. Это не помешало Франции выйти из организации в 1966, несмотря на то, что с юридической точки зрения это было невозможно сделать. Правда и то, что генерал Де Голь принял решение относительно Организации а не Альянса. В то же время, Альянс и Организация взаимосвязаны, а последующая практика показала, что их разделение очень сложно и выглядит искусственно. После этого Франция вернулась без особых заявлений к деятельности Организации, а декларация сделанная Президентом Николя Саркози о возвращении и в военные структуры Альянса ставит точку в этой затянувшейся истории. Данный пример доказывает, что практически невозможно противостоять политической воле, явно выраженной государством, решившего осуществить свое суверенное право не участвовать в международной организации.<sup>1</sup>

Случай Франции с НАТО заслуживает пристального изучения, в случае если он возникает относительно Европейских сообществ и Европейского Союза, учитывая, что договора ничего не говорят о процедуре выхода государств. Договор о создании Европейского сообщества (ст.312, бывшая ст.240) и Договор о Евроатоме (ст.208) уточняют лишь, что они заключаются на неограниченное время, в то время как Договор ЕСУС был заключен на 50 лет с момента вступления его в силу (ст.97). Договор ЕС также заключен на неограниченный срок (ст.Q, нынешняя ст.51), что также не является решением проблемы.<sup>2</sup> Автор работы, на которую мы ссылаемся, считает, что вопросы о выходе или исключении государства из ЕС должны быть рассмотрены для государств в свете тех положений, что были предоставлены Дании.<sup>3</sup> То же самое можно сказать и о статье 13 Амстердамского договора. В то же время новый элемент появился в статье F.1 (настоящая статья 7 Договора ЕС) относительно возможности приостановления некоторых прав государств членов, среди которых отметим право голосования в Совете в случае серьезных нарушений принципов провозглашенных в статье 6, параграф 1 (принципы свободы, демократии, соблюдения прав человека и правового государства). Процедура выхода не предусмотрена, в принципе, как и исключения, однако при приостановлении прав необходимо привести аргументы строго юридического характера.

---

1 Вопрос стал относительно Индонезии вышедшей из ООН в 1965 г., тогда как Устав ООН, в отличие от Пакта Лиги Наций, не предусматривает возможность выхода. Индонезия впоследствии вернулась в ООН в 1966 г. а свой выход был истолкован как временное отсутствие.

2 Yves PETIT, Commentaire de l'article Q (pp.904-911), in: Vlad CONSTANTINESCO, Robert KOVAR et Denys SIMON, *Traité sur L'Union européenne (signé a Maastricht le 7 février 1992). Commentaire article par article*, Paris: Economica, 1995, 1000 p.

3 Idem.

Практика показывает, что были найдены некоторые решения, так как некоторые государства пригрозили выходом, как например, в случае Великобритании или Дании относительно Гренландии и Маастрихтского договора. В доктрине также отмечается возможность выхода путем достижения согласия между заинтересованным государством и другими государствами членами.<sup>1</sup> Но без сомнения необходимо идти дальше и предусмотреть, что некое государство может сослаться на свой суверенитет для одностороннего решения о выходе, что в свою очередь может спровоцировать серьезный политический кризис в европейском строительстве. В конце концов, суверенитет государства обладает свойством, позволяющему быть частично ограниченным посредством участия в международных организациях или в интегрированных структурах типа НАТО или ЕС, но который ни в коей мере не означает, что государство отказывается от суверенитета.

Понятие интеграции, как и суверенитета, являются довольно таки обобщенными. Так интеграция внутри советского блока привела к применению доктрины Брежнева, названной также «ограниченным суверенитетом». И напротив интеграция новых государств в НАТО и ЕС может быть представлена как гарантия их суверенитета в существующей геополитической ситуации. Представляет интерес, и тот факт, что доктрина ограниченного суверенитета была использована в решении Стрелец, Кесслер и Кренц рассмотренного Европейским судом по правам человека 22 марта 2001 г. (дело относительно права открыть огонь по лицам пытавшимся разрушить Берлинскую стену. Относительно третьего истца, Егона Кренца, Берлинский суд счел, что ограниченный суверенитет ГДР не имел никаких последствий по отношению к индивидуальной уголовной ответственности, применяемой к лицам такого высокого ранга как он. Суд счел, что истец не мог оправдываться, приводя в качестве примера ограниченный суверенитет ГДР, продиктованный зависимостью от СССР, поскольку обязательства, вытекающие из соглашения об альянсе, не освобождает индивида от уголовной ответственности (§23 решения ЕСПЧ).

### *Осуществление суверенитета государствами членами ЕС в свете Лиссабонского договора*

Итак, что же нового предусматривает Лиссабонский договор?

1 Относительно институционных положений (часть 1 «Конституции»), Лиссабонский договор содержит следующие положения:

- предоставление статуса юридического лица Союзу;
- объединение трех опор;
- новые правила двойного большинства;

---

1 Joel RIDEAU, op. cit., p.78.

- провозглашение принципа совместного решения Европейского Парламента и Совета Министров в качестве обычной законодательной процедуры;
- стабильное президентство в Европейском Совете (в течении двух с половиной лет);
- создание поста «высокого представителя Союза по иностранным делам и политике безопасности»;
- право инициативы граждан и т.д.

Рассмотрим некоторые из них относящихся к нашей теме.

Статус юридического лица предоставляет право становит участником международной конвенции, а также предоставляет право членства в международной организации.

Объединение трех опор предусматривает слияние Первой опоры — Европейского сообщества, Европейского сообщества по атомной энергии, а также бывшего Европейского сообщества угля и стали, созданного на период 50 лет и прекратившего свое существование 22 июля 2002 года, Второй опоры посвященной общей внешней политике и политике безопасности и Третьей опоры посвященной сотрудничеству полиции и судов в уголовно-правовой сфере.

Хартия основных прав (часть 2 «Конституции») остается «законсервированной», несмотря на то, что одна статья указывает на возможность юридического отступления исключительно для Великобритании и Польши, обладающих данным правом.

Положения относительно нового правила двойного большинства по возрастающему объему вопросов (например, выдача виз и контроль над передвижением иностранцев, общая система убежища, общая иммиграционная политика, а также сотрудничество судов по уголовно-правовым делам и т.д.) заимствованы в части 3 Конституции.

Одновременно, Лиссабонский договор предусматривает возможность принятия договоров позволяющих избежать процедуры долгого пересмотра:

- так называемые «*clauses passerelles*», позволяющие Европейскому Совету принимать решения единогласно, исключение составляют вопросы обороны — переход к формуле квалифицированного большинства по определенным вопросам.
- так называемые «*clauses de flexibilité*», для определения полномочий Союза.

2 Лиссабонский договор более не является «Европейской Конституцией».

В отличие от «Европейской Конституции» предлагавшей отменить существующие договора и заменить их единым текстом, тем самым провозглашая идею конституционализма, Лиссабонский договор ограничивается изменением существующих соглашений, откуда и название «договор об изменении». Этим объясняется процедура ратификации парламентами во многих странах, например во Франции, выдвинутой Президентом Республики во время кампании прези-



дентских выборов. Эти ратификации создали условия для публичных дебатов по новому договору между демократически избранными представителями, свидетелями которых мы являлись и являемся до сих пор. Чего стоит риторический вопрос прозвучавшей на канале Euro News 14 октября 2009 года — выстоит ли Президент Чехии перед остальными 26 государствами членами ЕС и помогут ли ему в этом британские консерваторы в случае победы на парламентских выборах? Или вот другой пример — поскольку рейтинг ирландского премьера был довольно таки низок, а он выступал ярким сторонником ратификации Лиссабонского договора, многие опасались отрицательного исхода голосования.

Договор вносит изменения в Маастрихтский договор 1992 года о создании Европейского Союза. Изменения касаются институтов, продвинутого сотрудничества, общей внешней политики, политики безопасности, а также политики обороны.

Договор вносит изменения в Римский договор 1957 года о создании Европейского Сообщества. Лиссабонский договор уточняет компетенции и области, подпадающие под регулирование ЕС. Более того, договор становится «договором о функционировании ЕС».

Даная смена перспектив, на первый взгляд чисто формальные, позволяют ответить на запросы таких стран как Нидерланды, Чехия, Великобритания выдвинувшие определенные требования в процессе переговоров, в результате чего были исключены:

- «конституционные» символы (понятия «Конституция», «европейский министр иностранных дел», «закон», а также «закон-модель»);
- символы Союза (флаг, гимн и т.д.).

### 3 Лиссабонский договор и политика расширения.

Присоединение к Европейскому Союзу в 2004 году десяти новых государств, а в 2007 Румынии и Болгарии стали субъектами основных дебатов во время референдума во Франции и Нидерландах. Оказалось, что политика расширения является одним из важнейших факторов. Лиссабонский договор отвечает на этот вопрос, впервые договор, принятый в рамках сообщества содержит положения относительно критериев присоединения к Союзу.

#### *Условия присоединения к Европейскому Союзу*

Для присоединения к ЕС необходимо соответствовать трем критериям:

- **политический** критерий: наличие стабильных институтов являющимися гарантами демократии, правовое государство, права человека, соблюдение прав меньшинств;
- **экономический** критерий: наличие реальной рыночной экономики и способность отвечать вызовам рынка и конкурентному давлению внутри Союза;
- критерий ***acquis communautaire***: способность брать на себя обязательства, вытекающие из присоединения, а также следовать объективам предусмотренным политическим, экономическим и валютным союзом.

Данные условия в принципе известны под названием «Копенгагские критерии», место, где Европейский Совет в 1993 году определил их.

Копенгагский саммит Европейского Совета указал в равной степени условие, навязанное Европейскому Союзу, носящее название «способность интеграции» и определенной как «способность Союза ассимилировать новые государства одновременно сохраняя уровень европейской интеграции». Таким образом, можно сделать следующие выводы:

- критерии присоединения не предусмотрены прямо Лиссабонским договором, однако он ссылается на статью 49 Договора о Европейском Союзе: «Критерии соответствия принятые Европейским Советом учитываются»;
- государства кандидаты должны будут соблюдать «ценности» Европейского Союза (уважение человеческого достоинства, свободы, демократии, равенства, правового государства, прав человека и меньшинств);
- государство кандидат на присоединение направляет ходатайство Совету чье решение должно быть единогласным. Одновременно оно должно информировать Европейский парламент и национальные парламенты, которые в свою очередь не играют никакой роли при регулировании процесса присоединения. Совет принимает решение единогласно.

#### *Формы выхода из Европейского Союза*

Впервые предусмотрено условие выхода из Европейского Союза. Так, договор предусматривающий формы выхода обговаривается с заинтересованным государством. Совет принимает его квалифицированным большинством после его принятия Европейским парламентом. В случае если государство, покинувшее Европейский Союз желает новой интеграции оно должно сделать новое заявление о присоединении и соответствовать условиям присоединения.

#### *К общей политики европейской обороны*

Лиссабонский договор содержит серьезные продвижения в области «общей политики безопасности и обороны» и делает серьезный шаг к развитию европейской обороны.

- Договор предусматривает «клаузу молчаливой обороны». Так, в случае если государство член Европейского Союза становится объектом агрессии, другие государства обязуются оказать помощь данному государству.
- Договор предусматривает «клаузу солидарности». Она предписывает Союзу и каждому государству члену обязательство оказать помощь всеми средствами государству, подвергшемуся гуманитарной или природной катастрофе либо террористической атаке.
- Договор предусматривает также возможность противодействия Союза терроризму, участвовать в миссиях по предупреждению конфликтов, в миссиях по пост-конфликтной стабилизации и т.д.
- Договор вводит «постоянное структурное сотрудничество», открытое для государств, взявших на себя обязательство участвовать в главных

европейских программах по военному оснащению и направлять подготовленных военнослужащих для нужд Европейского Союза. Данные государства смогут также заменять военные миссии наиболее значимые для ЕС, в первую очередь в связи с запросами ООН.

- Договор предусматривает создание Европейского агентства по обороне в перспективе развития реальной европейской политики вооружения, а также координации усилий различных национальных военных структур государств, что представляет собой важную инновацию. Лиссабонский договор расширяет свою деятельность за счет промышленных и коммерческих аспектов в области вооружений.

#### 4 Лиссабонский договор и внешняя деятельность Европейского Союза.

##### *К единому внешнему представительству Европейского Союза*

Лиссабонский договор содержит важные новшества, предоставляя Союзу средства развивать единый подход в осуществлении единой внешней политики.

- Лиссабонский договор предусматривает создание поста Высокого представителя Союза по иностранным делам и политики безопасности, объединяющего должности Высокого представителя по общей внешней политике и безопасности<sup>1</sup> и Европейского комиссара уполномоченного по внешним отношениям.<sup>2</sup> Он будет одним из вице-председателей Европейской Комиссии, и подчиняться будет также Совету.

- Миссии данной должности состоят в следующем:

- представлять Европейский Союз за рубежом;
- председательствовать в Совете по иностранным делам, объединяющего Министерства иностранных дел Европейского Союза;

- Предусматривает создание европейской дипломатической службы. Это способствует развитию общей внешней политики, включая единый подход в осуществлении внешней деятельности Европейского Союза.

##### *К усилению международного влияния Европейского Союза*

Отсутствие на момент статуса юридического лица у Европейского Союза определяет некоторые ограничения в возможности влияния и облегчения говорить единым голосом на международной арене.

Предоставление статуса юридического лица Европейскому Союзу позволит ЕС занять свое место на международной арене, а также продвигать свои интересы и свои ценности, в одинаковой мере во внешней торговле, политики развития и гуманитарной помощи, а также в создании международных норм регулирующих процесс глобализации.

Статус юридического лица предоставляет возможность участвовать в международных конвенциях либо стать участником международной организации.

---

1 На момент публикации эту должность занимал г-н *Javier Solana*.

2 На момент публикации эту должность занимала г-жа *Benita Ferrero-Waldner*.

## *Заключение*

Таким образом, в результате проделанного анализа можем сделать несколько выводов:

- 1) вопрос о членстве в международной организации решается в первую очередь на внутреннем уровне, т.е. в соответствии с конституционными положениями государства, тем самым государство сознательно идет на частичное делегирование своих суверенных прав в тех областях, что подпадают под юрисдикцию данной организации;
- 2) изучая и рассматривая понятие «суверенитета» необходимо исходить из современных тенденций толкования международного права в целом и концепции «государственного суверенитета» в особенности;
- 3) при проведении юридического анализа понятия «суверенитета» необходимо учитывать и другие различные факторы, в том числе политического, экономического и иного рода характера;
- 4) участие государства в экономических, политических и других международных отношениях *ipso facto* предусматривает добровольное «ограничение» своих суверенных прав в данных областях;
- 5) накладывая на себя определенные обязательства, тем самым косвенно ограничивая себя в осуществлении суверенных прав, государство одновременно приобретает определенные права в соответствии с международным правом;
- 6) участие в международных организациях является добровольным, т.е. появляется суверенитет при определении направлений внешней политики, тем самым государству предоставляется возможность совместно с другими государствами участвовать в решении общих проблем, в том числе регионального и глобального характера.

В заключение отметим, что именно такого рода положениями характеризуются такие организации как ЕС и НАТО.

*Lucrarea a fost prezentată la 15.10.2009*

# IMPLICAȚIILE TRATATULUI DE LA LISABONA ASUPRA POLITICII EUROPENE DE MEDIU

**Carolina SMOCHINĂ**, doctor, conferențiar universitar

*At its founding in 1957 the European Union had no environmental dimension, but today it has some of the most progressive environmental policies in the world. Before environmental protection and sustainable development became fundamental objectives in EU treaties, environment policy was mainly developed through the environment action programmes. Today binding environmental regulations are one of the more extensive areas of European legislation. The Lisbon Treaty which entered into force 1st of December 2009 marks the end of the confusion brought about by failure to ratify the Treaty establishing a Constitution for Europe. Like the Constitution before, the environmental implications of the Treaty are not immediately obvious. Articles 191 and 193 of the Treaty deal specifically with the Environment, Climate Change and Energy and they deserve some consideration by anyone concerned with these issues.*

Politica Uniunii Europene în domeniul mediului este una de succes în comparație cu alte politici comunitare. Prezentul articol este dedicat analizei procesului evolutiv al politicii de mediu prin prisma tratatelor comunitare, îndeosebi făcând referință la mult așteptatul Tratat de la Lisabona care aduce modificări esențiale atât Tratatului asupra Uniunii Europene (TEU) cât și Tratatului de la Roma pe care totodată îl și redenumeste în Tratatul asupra Funcționării a Uniunii Europene (TFEU). Analiza de față este bazată pe metoda comparativă, cronologică și sistematică, pentru a putea scoate la lumină cele mai importante etape de dezvoltare a politicii europene de mediu și problemele juridice curente.

Este cert faptul că politica de mediu a Uniunii Europene este rezultatul procedurilor de decizie stabilite prin multitudinea de tratate ale Uniunii Europene. Debutul procesului de integrare europeană a avut loc într-o perioadă în care mediul nu constituia o preocupare la nivel de politici publice, iar prioritățile Comunităților erau centrate pe obiective pur economice legate de reconstrucția Europei după cel de-al doilea război mondial. Prin urmare tratatele constitutive nu au inclus competențele comunitare în domeniul mediului.

Până spre sfârșitul anilor 1960 nici un stat european nu a avut definită o politică clară a mediului. La nivelul Uniunii Europene, preocuparea pentru mediu a dobândit un caracter distinct odată cu semnalele date privind diminuarea resurselor naturale și deteriorarea calității apei, aerului și solului. Legislația europeană privind protecția

mediului înconjurător a fost inițiată cu prilejul unei conferințe a șefilor de stat sau guvern desfășurată în octombrie 1972, unde s-a stabilit că este esențială existența unei politici comune pentru protecția mediului.

Pasul decisiv spre conturarea unei politici de mediu la nivel european s-a făcut abia prin Actul Unic European. Acesta a adăugat la Tratatul de la Roma<sup>1</sup>, prin Titlul VII, politica de mediu, cu aplicarea principiului subsidiarității, având drept obiective conservarea, protecția și ameliorarea calității mediului, protecția sănătății și utilizarea rațională a resurselor naturale. De asemenea Actul Unic European integrează protecția mediului în alte politici comunitare, iar statele membre trebuie să adopte măsuri mai clare pentru mediu.

Totuși momentul culminant în dezvoltarea instituțională a politicii de mediu a fost adoptarea Tratatului de la Maastricht care a conferit pentru prima dată acțiunilor de mediu ale Uniunii, statutul de politică într-o concepție unitară, prin articolele 2, 3 și 174.<sup>2</sup>

Conform articolului 2 al Tratatului, Comunitatea își propune ca „printr-o piață comună, o Uniune economică și monetară și adoptarea de politici sau de acțiuni comune, să promoveze [...] un nivel ridicat de protecție și de ameliorare a calității mediului“; scop în care acțiunea Comunității presupune printre altele și cu titlu de noutate „o politică în domeniul mediului“ (art. 3)<sup>3</sup>. Deși apreciat ca având importante limite în crearea unui cadru favorabil acțiunii comunitare (în special ca urmare a lipsei de proceduri decizionale), Tratatul Uniunii Europene are totuși meritul de a fi adăugat la prioritățile europene obiectivul protecției mediului, de a fi instituționalizat mediul ca politică europeană comunitară și de a fi ameliorat procedurile decizionale (înlocuirea votului unanim cu majoritate calificată, ca regulă generală).

Confirmarea decisivă a importanței acordată de către Comunitate protecției mediului a venit câțiva ani mai târziu, prin Tratatul de la Amsterdam<sup>4</sup> (1997).

În primul rând, noul tratat introduce prin art. 2 conceptul de dezvoltare durabilă, chiar dacă prin asocierea de cuvinte „dezvoltare echilibrată și durabilă“, astfel că aceasta devine un obiectiv cu același statut ca și al dezvoltării economice ori dezvoltării sociale. Progresul esențial însă, adus de tratat, vine prin art. 6 care transformă relativ noua politică europeană de mediu în politica orizontală, astfel că aspectele de protecție a mediului fiind considerate obligatorii pentru celelalte politici comunitare.

Articolul 6 al tratatului consolidat stipulează că „exigențele de mediu trebuiesc integrate în definirea și aplicarea politicilor și acțiunilor Comunității în scopul promovării dezvoltării durabile“. Dezvoltarea durabilă devine astfel un obiectiv cheie al Uniunii, iar principiul integrării devine mecanismul central al realizării ei. Tratatul

1 A se vedea: Tratatul de la Roma // [http://www.ier.ro/Tratate/11957E\\_ROMA.pdf](http://www.ier.ro/Tratate/11957E_ROMA.pdf)

2 A se vedea: Gabriela Carmen Pascariu, in „Mediul european al afacerilor“, editor Maria Barsan, Editura Fundației pentru Studii Europene, Cluj-Napoca, 2006, pp. 275-310.

3 A se vedea: Tratatul de la Maastricht // [http://www.ier.ro/Tratate/11992M\\_Maastricht.pdf](http://www.ier.ro/Tratate/11992M_Maastricht.pdf)

4 A se vedea: Tratatul de la Amsterdam // [http://www.ier.ro/Tratate/11997D\\_Amsterdam.pdf](http://www.ier.ro/Tratate/11997D_Amsterdam.pdf)

simplifică, de asemenea, procedurile decizionale și introduce dimensiunea externă a integrării de mediu, prin art. 177, conform căruia „prin politica în domeniul cooperării, complementară celei a statelor membre, Comunitatea urmărește dezvoltarea economică și sociabilă durabilă a țărilor în dezvoltare, în mod special, a celor mai defavorizate dintre ele“.

Ulterior Tratatului de la Amsterdam, nu s-au mai făcut completări relevante în materie de politică europeană de mediu, de menționat doar că odată cu amendările aduse de Tratatul de la Nisa a fost adoptată o declarație cu privire la importanța promovării protecției mediului atât la nivel european cât și global.<sup>1</sup>

Nici proiectul Tratatului Constituțional nu venea cu elemente noi legate de obiective, principii sau proceduri decizionale. Tratatul Constituțional întărea poate doar forța de acțiune a principiului integrării, prin art. 3, unde se preciza pentru prima dată, în mod clar, faptul că modelul european este un model al dezvoltării durabile : „Uniunea acționează pentru dezvoltarea durabilă a Europei fondată pe creștere economică echilibrată și stabilitatea prețurilor, o economie socială de piață garantând ocuparea deplină și progresul social, precum și un nivel ridicat de ameliorare a calității mediului“.<sup>2</sup>

Tratatul de la Lisabona<sup>3</sup>, cunoscut în faza de proiect sub numele de Tratatul de Reformă este destinat să înlocuiască Tratatul Constituțional european. Numele oficial este Tratatul de la Lisabona de modificare a Tratatului privind Uniunea Europeană și a Tratatului de instituire a Comunității Europene. Textul tratatului s-a finalizat în urma unui summit la Lisabona pe 19 octombrie 2007, iar tratatul a fost semnat pe 13 decembrie de către reprezentanții celor 27 de state membre ale Uniunii Europene. Intrarea în vigoare a Tratatului era programată, potrivit articolului 6, pentru 1 ianuarie 2009, în cazul în care toate instrumentele de ratificare ar fi fost depuse anterior acestei date sau, în caz contrar, în prima zi a lunii următoare celei în care a fost depus ultimul instrument de ratificare. Cum tratatul a supraviețuit referendumul irlandez, iar pe data de 3 noiembrie 2009 tratatul a fost ratificat și de Republica Cehă, ultima dintre cele 27 de țări membre care a îndeplinit această procedură, el a intrat în vigoare la 1 decembrie 2009.

Obiectivul principal al Tratatului de la Lisabona este revizuirea regulilor care stau la baza cooperării dintre țări. Statele membre nu mai sunt în măsură să facă față singure problemelor. De-aceia, pentru a găsi soluții și a răspunde preocupărilor cetățenilor, este necesar un efort colectiv la nivel european. Europa trebuie să se modernizeze, să dispună de instrumente eficiente și coerente, adaptate nu numai la funcționarea unei Uniuni recent extinse de la 15 la 27 de state membre, ci și la transformările rapide prin care trece lumea de astăzi.

1 A se vedea: Tratatul de la Nisa // [http://www.ier.ro/Tratate/12001C\\_Nisa.pdf](http://www.ier.ro/Tratate/12001C_Nisa.pdf)

2 A se vedea: Tratatul instituind o Constituție pentru Europa // <http://european-convention.eu.int/docs/Treaty/850RO.pdf>

3 A se vedea: Tratatul de la Lisabona // Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, 9.5.2008, C 115/132

Prin intermediul Tratatului de la Lisabona, liderii europeni au convenit asupra unor noi reguli ținând cont de schimbările politice, economice și sociale și dorind, în același timp, să răspundă aspirațiilor și speranțelor europenilor. În mod general putem afirma că Tratatul de la Lisabona stabilește care sunt competențele Uniunii Europene și mijloacele pe care aceasta le poate utiliza și modifică structura instituțiilor și modul de funcționare a acestora. În consecință, caracterul democratic și valorile fundamentale ale Uniunii sunt consolidate.

Printre principalele inovații ce sunt aduse prin Tratatul de la Lisabona, se numără:

Acordarea statutului juridic obligatoriu Cartei Drepturilor Fundamentale; rol întărit acordat parlamentelor naționale (informarea acestora cu privire la proiectele legislative inițiate de Uniune sau asupra cererilor de aderare; implicarea sporită a parlamentelor naționale în aspecte privind spațiul de libertate, securitate și justiție, consolidarea rolului acestora în controlul subsidiarității); menținerea inovațiilor aduse în materie de politică externă și de securitate comună din Tratatul Constituțional, precum și în cea de apărare, prin preluarea majorității prevederilor în aceste domenii.

Astfel, este introdusă posibilitatea unei cooperări mai strânse între statele membre interesate în domeniul de securitate și apărare (cooperarea structurată permanentă). De asemenea, este asigurată vizibilitatea și coerența acțiunii europene în aceste domenii, prin înființarea postului de Înalt Reprezentant al Uniunii pentru Afaceri Externe și Politica de securitate, care va prezida Consiliul Relații Externe și va fi în același timp unul dintre vice-președinții Comisiei.

Pentru prima dată în istoria construcției europene, importanța relațiilor de vecinătate ale Uniunii este consacrată la nivel de Tratat. Acordarea personalității juridice unice Uniunii Europene (aspect care va permite o coerență și vizibilitate crescute a acesteia pe scena internațională, prin capacitatea de reprezentare sau de a deveni membru al unei organizații internaționale); includerea principiului supremației dreptului comunitar, consacrat în trecut numai pe cale jurisprudențială.

Cu privire la politica de mediu a Uniunii Europene, Tratatul de la Lisabona reușește să ridice standardele cu privire la politica de mediu. În urma analizei textului acestuia, găsim prevederi reformulate în cadrul obiectivelor Uniunii, principiilor, titlului, competențelor în luarea deciziilor, schimbărilor climaterice etc.

Astfel că Tratatul de la Lisabona conține careva ajustări și precizări, în special articolele relevante conform versiunii consolidate sunt 191-193 înloc de 174-76, incluse în cadrul titlului XX intitulat „Mediul“. Totodată schimbarea pur cosmetică se referă și la includerea referinței cu privire la schimbările climaterice.<sup>1</sup>

De menționat în acest context faptul că în anii precedenți Uniunea Europeană a avut o intensă activitate diplomatică la nivel internațional („green diplomacy“) în combaterea schimbărilor climatice, jucând un rol decisiv în realizarea celor două

---

1 A se vedea: Hans Vedder, *The Treaty of Lisbon and European Environmental Policy* // <http://ssrn.com/1310190/> p. 3



tratate majore din acest domeniu, Convenția Cadru a Națiunilor Unite privind Schimbările Climatice și Protocolul Kyoto. În martie 2000, Comisia a lansat Programul European privind Schimbările Climatice, care a condus la adoptarea unei serii de noi reglementări și măsuri, printre care schemele de comerț cu emisii, care au devenit operative de la 1 ianuarie 2005.

Dacă revenim la Tratatul de la Lisabona, acesta menționează în articolul 2 că unul dintre obiectivele Uniunii este de a contribui la dezvoltarea durabilă a Europei care se bazează, în mod special, pe un nivel ridicat de protecție a mediului și pe îmbunătățirea calității acestuia.

Deși ideea de dezvoltare durabilă era menționată și în tratatele anterioare, Tratatul de la Lisabona va întări și va defini mai bine acest obiectiv. Astfel că dezvoltarea durabilă este, de asemenea, considerată ca fiind unul dintre obiectivele fundamentale ale Uniunii în relațiile sale cu restul lumii<sup>1</sup>.

Totuși schimbările climatice se numără printre cele mai mari provocări ecologice, sociale și economice cu care se confruntă omenirea în prezent<sup>2</sup>. Odată cu Tratatul de la Lisabona, combaterea schimbărilor climatice la nivel mondial devine un obiectiv specific al politicii de mediu a Uniunii Europene. De menționat faptul că aceste modificări cu privire la schimbările climaterice au fost aduse în urma negocierilor cu guvernului irlandez, astfel că datorită acestuia schimbările climaterice au devenit un obiectiv explicit al Uniunii Europene. Apropo în acest context de menționat că Tratatul de la Lisabona este primul tratat care face referire la energie.<sup>3</sup>

Tratatul de la Lisabona include sprijinirea acțiunilor internaționale de combatere a schimbărilor climatice pe lista obiectivelor care definesc politica europeană de mediu. În acest fel, Tratatul afirmă, în mod clar, că, în acest domeniu, Uniunea Europeană are de jucat un rol de importanță majoră pe scena mondială.

Conform articolului 19, politica Uniunii în domeniul mediului contribuie la următoarele obiective:

- Conservarea, protecția și îmbunătățirea calității mediului;
- Ocrotirea sănătății persoanelor;
- Utilizarea prudentă și rațională a resurselor naturale;
- Promovarea pe plan internațional a unor măsuri destinate să contracareze problemele de mediu la scară regională sau mondială și *în special lupta împotriva schimbărilor climaterice.*

---

1 A se vedea: Articolul 2(5) Tratatul de la Lisabona // Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, 9.5.2008, C 115/132

2 A se vedea: ADAPTING to climate change: towards a European framework for action: White Paper: - Brussels: Commission of the European Communities, 2009. – 17 p.; Commission staff working document accompanying the White Paper: adapting to climate change: towards a European framework for action: impact assessment. – Brussels: Commission of the European Communities, 1.4.2009.- 133 p.

3 A se vedea: Articolul 194 TFEU Tratatul de la Lisabona // Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, 9.5.2008, C 115/132

Finalul frazei este nou. Aceasta confirmă și reîntărește angajamentul politic față de importanța schimbărilor climaterice, mai ales pe plan mondial.<sup>1</sup>

Totodată politica Uniunii în domeniul mediului urmărește un nivel ridicat de protecție, ținând seama de diversitatea situațiilor din diferite regiuni ale Uniunii. Aceasta se bazează pe principiile precauției și acțiunii preventive, pe principiul remedierii, cu prioritate la sursă, a daunelor provocate mediului și pe principiul „poluatorul plătește“. În acest context, măsurile de armonizare care răspund cerințelor în domeniul protecției mediului presupun, în cazuri adecvate, o clauză de salvagardare care autorizează statele membre să ia, din motive de protecție a mediului fără caracter economic, măsuri provizorii supuse unei proceduri de control din partea Uniunii.

În elaborarea politicii sale în domeniul mediului, Uniunea ține seama de:

- datele științifice și tehnice disponibile;
- condițiile de mediu din diferite regiuni ale Uniunii;
- avantajele și costurile care pot rezulta din acțiune sau din inacțiune;
- dezvoltarea economică și socială a Uniunii în ansamblul său și de dezvoltarea echilibrată a regiunilor sale.

În cadrul competențelor lor, Uniunea și statele membre cooperează cu țările terțe și cu organizațiile internaționale competente. Condițiile cooperării Uniunii pot face obiectul unor acorduri între aceasta și terțele părți în cauză. Paragraful precedent nu aduce atingere competenței statelor membre de a negocia în cadrul organismelor internaționale și de a încheia acorduri internaționale.

Conform celor menționate mai sus, prin intermediul Tratatului de la Lisabona, Carta drepturilor fundamentale a devenit izvor de drept obligatoriu pentru statele membre ale Uniunii Europene. Astfel că aceasta conține de asemenea prevederi cu privire la politica europeană de mediu. Articolul 37 se referă explicit la protecția mediului, stipulând că politicile Uniunii trebuie să prevadă un nivel ridicat de protecție a mediului și de îmbunătățire a calității acestuia, care să fie asigurat în conformitate cu principiul dezvoltării durabile.<sup>2</sup>

De fapt acest articol dedicat mediului, nu este încadrat în limbajul „drepturilor“<sup>3</sup>, dar cuprinde unul din principiile de integrare ale politicii de mediu și anume cel al dezvoltării durabile.

Din punctul de vedere al principiilor de mediu, Tratatul de la Lisabona prezintă o surpriză interesantă, incluzând în textul său trei principii ale mediului. În articolul 11 al TFEU versiunea consolidată este stipulat faptul că cerințele de protecție a mediului trebuie integrate în definirea și punerea în aplicare a politicilor și acțiunilor Uniunii, în special pentru promovarea *dezvoltării durabile*; iar Uniunea Europeană și statele

1 A se vedea: Maria Lee, The environmental implications of the Lisbon Treaty // Environmental Law Review 10 (2008), p.133

2 A se vedea: Carta drepturilor fundamentale // [http://www.europarl.europa.eu/charter/default\\_en.htm](http://www.europarl.europa.eu/charter/default_en.htm)

3 A se vedea: Maria Lee, The environmental implications of the Lisbon Treaty // Environmental Law Review 10 (2008), p.138

membre țin seama de toate cerințele *bunăstării animalelor* ca ființe sensibile [...].<sup>1</sup> Iar în articolul 194(2) se menționează cel de-al treilea principiu și anume principiul cu privire la *explorarea propriilor resurse energetice*.

Deci în linii generale putem afirma faptul că în urma intrării în vigoare a Tratatului de la Lisabona avem de a face cu o Europă mai eficientă, cu metode de lucru și reguli de vot simplificate, cu instituții eficiente și moderne pentru o Uniune Europeană cu 27 de membri, capabilă să acționeze mai bine în domenii de prioritate majoră. Cât privește subiectul de cercetare, Tratatul de la Lisabona oferă o viață mai bună pentru europeni, deoarece ameliorează capacitatea Uniunii Europene de a acționa în diverse domenii de prioritate majoră pentru Uniunea de azi și pentru cetățenii săi — precum politica energetică, sănătatea publică, schimbările climatice, serviciile de interes general, cercetare etc.

### *Concluzii*

În urma analizei efectuate, ar putea fi trase câteva concluzii ce pot servi juriștilor și nu numai drept subiecte de reflecție și dezbateri. Și anume:

- La fondarea Uniunii Europene în 1957 aceasta nu includea prevederi legate de mediu, dar astăzi Uniunea Europeană are una din cele mai progresive politici de mediu din lume;
- Politica de mediu a Uniunii Europene este rezultatul procedurilor de decizie stabilite prin tratatele comunitare;
- Imediat sau în termen mediu este de așteptat ca Uniunea Europeană să fie izvorul primar paneuropean al politicii de mediu, conducând aproape toate deciziile naționale în aceeași direcție cum face astăzi, iar una din marile provocări o constituie aplicarea politicii de mediu în noile țări membre;
- În 50 de ani, Europa s-a schimbat mult — la fel ca întreaga lume. Astăzi, mai mult ca niciodată, într-o lume în evoluție constantă, Europa trebuie să facă față unor noi provocări: globalizarea economiei, evoluția demografică, schimbările climatice, nevoia de surse durabile de energie și noile amenințări la adresa securității. Iată provocările secolului al XXI-lea; astfel că Uniunea Europeană ar putea fi numită promotor global al dezvoltării durabile;
- Tratatul de la Lisabona stabilește care sunt competențele Uniunii Europene și mijloacele pe care aceasta le poate utiliza și modifică structura instituțiilor și modul de funcționare a acestora. În consecință, caracterul democratic și valorile fundamentale ale Uniunii sunt consolidate;
- Schimbările climatice se numără printre cele mai mari provocări ecologice, sociale și economice cu care se confruntă omenirea în prezent. Odată cu Tratatul de la Lisabona, combaterea schimbărilor climatice la nivel mondial

---

<sup>1</sup> A se vedea: Articolul 13 TFEU Tratatul de la Lisabona // Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, 9.5.2008, C 115/132

devine un obiectiv specific al politicii de mediu a Uniunii Europene.

- Cu privire la politica de mediu a Uniunii Europene, Tratatul de la Lisabona reușește să ridice standardele acesteia.

Iar în ceea ce privesc argumentele cu privire la titlul articolului, ar fi de precizat faptul că tentativa de „înverzire“ a Tratatului de la Lisabona prin intermediul lobby-ului din partea „verzilor“, comparativ cu tratatele de la Maastricht, Amsterdam și Nisa, a fost restrânsă de procedura relativ obscură a negocierilor textului tratatului. Astfel, conform celor menționate mai sus, Tratatul de la Lisabona a fost preocupat în mod special de arhitectura instituțională a Uniunii Europene și a integrării europene în general.

Impactul asupra politicii europene de mediu este minimal, dar care totuși contribuie la consolidarea dreptului european al mediului și la continuarea dezbaterilor în rândul specialiștilor, dând un impuls cercetărilor ulterioare.

# LA SANCTION DANS UN MEILLEUR RESPECT DU DROIT HUMANITAIRE: SON EFFICACITE SCRUTEE

Anne-Marie LA ROSA<sup>1</sup>

*În anul 2004 Comitetul Internațional al Crucii Roșii a publicat un studiu asupra factorilor care influențează într-o manieră decisivă comportamentul celor ce poartă armă pe parcursul ostilităților. Una dintre principalele concluzii ale studiului relevă importanța sancționării penale a încălcarilor de drept internațional umanitar în procesul de implementare a acestor norme. Autoarea reflectă o poziție argumentată în ceea ce privește importanța sancțiunii penale pentru procesul de implementare a normelor de drept internațional umanitar.*

## *Introduction*

En 2004, le CICR a publié une étude sur les origines du comportement en temps de guerre, dont le but est d'identifier les facteurs qui conditionnent de manière décisive le comportement des porteurs d'armes dans les conflits armés (ci-après l'Etude d'influence)<sup>2</sup>. Une des principales conclusions de l'Etude d'influence relève que l'encadrement rigoureux des combattants, des ordres stricts et des sanctions effectives sont les leviers les plus efficaces pour obtenir des porteurs d'armes un meilleur respect du droit humanitaire.

Depuis 2006, le CICR a souhaité approfondir ces conclusions, en se concentrant en particulier sur le rôle des sanctions quand il s'agit de mieux faire respecter le droit humanitaire. Ce choix est aussi justifié par le fait que, dans le domaine des violations graves du droit international humanitaire, la sanction est incontournable. Les textes internationaux prévoient, dans des termes plus ou moins semblables, que les Parties doivent prendre les mesures législatives nécessaires pour assurer leur application et notamment prévoir des sanctions pénales adéquates, réellement efficaces et strictement

---

1 La principale auteure de cette contribution est Anne-Marie La Rosa, responsable du projet sanction au sein des Services consultatifs du CICR. Depuis 2006, le projet a bénéficié de l'appui continu et des conseils du directeur du GERJC de l'Université Paul Cézanne - Aix-Marseille III, le Professeur Xavier Philippe, ainsi que d'un groupe d'experts provenant d'horizons divers dont la liste est en annexe.

2 Munoz-Rojas, D., Frésard, J.-J., *Origines du comportement dans la guerre - Comprendre et prévenir les violations du droit international humanitaire*, CICR, Genève, octobre 2004.

appliquées ou encore des sanctions suffisamment dissuasives, lorsque des violations touchant à des valeurs fondamentales ont été commises.

Dans les efforts d'accompagnement du CICR auprès des Etats et parties aux conflits auxquels incombent la responsabilité première de la mise en œuvre et de l'application du droit international humanitaire, la recherche des moyens permettant une meilleure réalisation de la sanction devient cruciale. En d'autres termes, il s'agit, de se concentrer sur les conditions qui pourraient permettre d'augmenter l'effet préventif de la sanction et préciser la lisibilité de son message lorsqu'elle est appliquée aux violations du droit international humanitaire.

L'approfondissement du rôle de la sanction dans un meilleur respect du droit humanitaire permet aussi de réaffirmer l'importance de la règle de droit et des valeurs universelles fondamentales qu'elle défend. Cette réflexion devrait contribuer au renforcement de la norme elle-même et éviter, du même coup, sa remise en cause. Elle devrait aussi participer à la détermination de ce qui relève du négociable et de ce qui devrait d'emblée en être exclu.

Pour mener à bien cet exercice et trouver le juste alliage entre les principes théoriques et le pragmatisme, un certain nombre de défis doivent être surmontés. En premier lieu, le choix de ne pas définir d'emblée la notion de sanction peut surprendre<sup>1</sup>. Si la sanction pénale et son efficacité restent au cœur du débat, il nous semble que le mérite des différentes sanctions doit être analysé dans le cadre d'un processus de justice qui s'inscrit dans le temps et dans l'espace et qui revêt une pluralité de formes complémentaires. Prise isolément, la sanction est bien souvent insuffisante et peu efficace. Elle peut toutefois trouver toute sa pertinence si on la situe dans ce processus holistique. Il permet du reste de répondre à des exigences parfois contradictoires, telles celles de justice réfléchie et de célérité. Approfondir le rôle de la sanction dans un meilleur respect du droit humanitaire oblige donc à se pencher tant sur la nature et les caractéristiques des sanctions proprement dites que sur des questions telles que les formes de justice, les personnes auxquelles elles s'appliquent ou encore l'environnement dans lequel elles sont utilisées.

Deuxièmement, une réflexion sur le rôle des sanctions oblige, pour être crédible et suffisamment approfondie, à décloisonner le débat et à soumettre les questions au feu croisé de différentes spécialités avec l'espoir de générer une fertilisation réciproque et le risque de demeurer dans le domaine des généralités. Enfin, il faut être aussi conscient qu'il existera toujours un écart entre le nombre de sanctions et le nombre de crimes qui ont été commis dans le contexte de conflits armés, étant donné le caractère souvent massif ou systématique de ces crimes: le respect strict du principe d'égalité apparaît dans ces circonstances difficilement réalisable.

Ceci étant, certaines précisions sont néanmoins de mise. La réflexion se limite aux porteurs d'armes, y compris aux groupes non étatiques, même si dans ce dernier

---

1 Sur la question de la définition de la sanction en droit international, se référer à la contribution de E. Decaux, *infra*.

cas, l'information est souvent incomplète et fragmentaire. La toile de fond est donc le comportement dans la guerre et l'attention est portée sur les violations du droit applicable dans les conflits armés. Dans ce cadre, il faut prendre en considération la réalité sociale d'une situation de guerre où les crimes - même graves - sont souvent commis en raison de circonstances et par des personnes qui n'auraient pas basculé dans la criminalité en temps normal. La réflexion se limite aux mesures qui visent les individus et non les Etats suite à un fait internationalement illicite, même si ces questions sont parfois inextricables, surtout lorsqu'il est question de juger les dirigeants et que les violations du droit humanitaire sont la conséquence d'une politique qu'ils ont eux-mêmes élaborée. Il ne faut pas en effet ignorer le rôle important que peuvent jouer les organes judiciaires internationaux en reconnaissant officiellement les violations du droit international humanitaire dont les victimes ont été l'objet et leur octroient réparation, lorsque les Etats n'ont pas respecté leurs obligations internationales. En outre, cette jurisprudence peut avoir une influence réelle sur le comportement des Etats concernés qui doit être prise en compte<sup>1</sup>.

La réflexion sur le rôle des sanctions dans un meilleur respect du droit international humanitaire porte sur sept volets qui ont été identifiés lors des travaux entrepris par le CICR depuis 2006:

- le premier soulève la question de l'adhésion à la norme et explore le degré de connaissance du droit international humanitaire par les parties concernées;
- le second se réfère à la sanction proprement dite;
- le troisième volet s'intéresse aux caractéristiques de l'auteur;
- la situation des groupes armés est traitée de manière distincte dans le quatrième;
- le cinquième s'intéresse à la problématique du groupe;
- la justice transitionnelle, en tant que mesure d'accompagnement, est traitée dans le sixième; et, enfin,
- la problématique des victimes est approfondie dans le septième et dernier volet.

Pour chacun de ces thèmes, seront proposées certaines lignes directrices et modalités qui pourraient servir de base au développement d'un outil opérationnel. Ce dernier devrait être à même d'aider les parties concernées dans la mise en place d'un système de sanctions en mesure d'influencer durablement le comportement des porteurs d'armes dans un meilleur respect du droit international humanitaire. Ces lignes directrices et modalités sont présentées de manière synthétique dans les conclusions. Les questions qui ont été identifiées lors des travaux et pour lesquelles un besoin d'approfondissement et de recherches supplémentaires s'avère nécessaire sont aussi précisées au fil des différentes sections.

---

1 A cet égard, des développements intéressants ont pu être observés dans la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme et la Cour interaméricaine des Droits de l'Homme: se référer notamment aux récentes affaires de la CEDH sur la question des disparus. Voir également, dans ce numéro, la contribution de X. Philippe portant notamment sur la répartition des compétences entre organes judiciaires. *Infra*.

## *Adhésion à la norme*

L'application de la sanction, c'est aussi le constat d'un degré insuffisant d'adhésion à la norme dont on doit marquer le non-respect. Or, pour que des individus adhèrent à une norme particulière, encore faut-il qu'ils la connaissent, qu'elle fasse partie de leur cadre de référence. Le simple fait pour un Etat d'être partie à un traité international ne suffit pas et des mesures appropriées doivent être prises par les autorités compétentes afin de transposer les normes qu'il contient dans le droit national.

Or, bien que le droit international humanitaire prévoit l'obligation de répression pour toutes violations graves de ses dispositions, il faut constater avec regret que la législation d'un bon nombre de pays ne satisfait pas à cette exigence. Certains faits qui devraient être réprimés - et par voie de conséquence les sanctions qui s'y appliquent - ne sont tout simplement pas inclus dans la législation de référence d'un bon nombre d'Etats, ni sous une forme ni sous une autre. Cette situation s'explique par différents facteurs tels l'ancienneté des textes en cause, l'absence de priorité ou d'intérêt des autorités en ce qui concerne les questions de droit humanitaire ou enfin un manque de volonté de politique.

Dans les cas où certaines mesures ont été prises, il faut aussi constater que, bien souvent, elles sont incomplètes et génèrent des problèmes tant du point de vue du fond que de la forme. Par exemple, il arrive fréquemment que la liste des crimes inclus dans la législation nationale soit lacunaire. Dans certains cas, il n'y a pas, non plus, de dispositions relatives aux principes généraux du droit international humanitaire et du droit international pénal. En conséquence, les dispositions d'application générale des législations pénales nationales restent applicables aux crimes internationaux et permettent de soulever indûment certains obstacles à l'action pénale, telles la survenance d'une prescription extinctive ou la défense de l'ordre supérieur. En outre, les modifications et ajustements nécessaires ne sont pas toujours apportés à tous les textes pertinents, notamment ceux qui s'appliquent aux porteurs d'armes et rendent possible une double incrimination pour les mêmes faits tant comme crimes relevant de la législation pénale de droit commun que comme infractions militaires. Ces crimes sont généralement jugés par des instances distinctes et donnent lieu à des peines parfois très différentes. Enfin, les systèmes pèchent fréquemment par un manque de clarté, les dispositions relatives à la répression des violations les plus graves du droit international humanitaire étant dispersées dans plusieurs textes d'application (code pénal, code de procédure pénale, code de justice militaire, code pénal militaire, code de discipline militaire, loi spéciale...). Ces dispositions sont rarement regroupées dans un seul texte. Les crimes sont parfois inclus dans les textes de droit pénal général ou dans ceux de nature militaire, ou les deux à la fois. Dans certains cas, les juridictions de droit commun sont exclusivement compétentes pour juger ces crimes alors que dans d'autres, ce sont les tribunaux militaires qui sont retenus. D'autres systèmes retiennent la compétence concurrente. Cette disparité est source de méconnaissance des règles et de leur application et d'une double incohérence. Incohérence quant à



l'éclatement des juridictions chargées de juger des mêmes faits ; incohérence quant aux risques de différence de traitement - procédurales et de fond - qui peuvent exister entre les différents ordres ou types de juridictions. Un effort de rationalisation est nécessaire pour assurer une meilleure efficacité de la sanction. Si l'unification au profit d'un seul tribunal semble souhaitable, elle semble irréaliste au regard de l'attachement des Etats à leur système juridictionnel. En revanche, l'idée de similitude des garanties, voire des procédures, devant les juridictions chargées du traitement des violations graves du droit international humanitaire devrait pouvoir faire l'objet d'une meilleure réception de la part des Etats.

Il faut aussi admettre que certaines normes du droit international humanitaire devraient être clarifiées pour permettre une meilleure cohérence des différentes justices pénales. En effet, les juges nationaux sont souvent confrontés non pas au seul défaut d'existence des règles mais à leur manque de concrétisation en raison du faible nombre de cas dont ils ont à traiter. Cette situation est susceptible de générer une certaine timidité à l'égard des crimes internationaux lorsqu'ils y sont confrontés et de conduire soit à la déclinaison de leur compétence au regard des faits répréhensibles, soit à une appréhension erronée ou incomplète de la règle existante. La clarification de ces règles pourrait permettre de minimiser ce risque.

### *Caractéristiques de la sanction*

Une réflexion portant sur l'efficacité des sanctions dans le domaine des violations du droit international humanitaire doit se référer en grande partie aux nombreux travaux réalisés au niveau national en la matière, notamment dans les domaines de la criminologie et de la pénologie. Toutefois, des caractéristiques spécifiques sont à prendre en compte dans cette réflexion. D'abord, il ne faut pas oublier que ces violations sont commises dans une situation exceptionnelle de violence exacerbée. Il faut aussi reconnaître qu'il est difficilement envisageable de penser que tous les crimes seront réprimés et, enfin, les personnes ayant commis des exactions et qui devraient faire l'objet de ces sanctions ne présentent pas, pour la majorité, le profil de criminels de droit commun. Ces considérations doivent dès lors demeurer à l'esprit dans l'exercice d'identification des caractéristiques de la sanction.

#### *Efficacité de la sanction*

Une sanction efficace est celle qui produit l'effet qu'on en attend. Vu sous cet angle et compte tenu de la variété tant des crimes que de leurs auteurs ou de leurs victimes, il peut être difficile d'évaluer l'efficacité de la sanction lorsque des violations du droit humanitaire ont été commises. Les objectifs de la sanction peuvent en effet se multiplier et se superposer, varier dans le temps et dans l'espace et dépendre des individus concernés. On ne peut pas, par exemple, assimiler les mesures dont devraient faire l'objet les dirigeants qui planifient, organisent ou ordonnent l'exécution des crimes à celles visant les commettants, parmi lesquels sont malheureusement parfois inclus les enfants. On ne peut pas, non plus, exclure de l'évaluation des sanc-

tions, les impacts qu'elles produisent sur les personnes qui ont été d'une manière ou d'une autre lésées.

D'une façon générale, la définition des infractions et des sanctions souffre d'un certain manque de prévisibilité ou de lisibilité pour les personnes susceptibles d'être impliquées dans des conflits armés en tant que porteur d'armes. L'approche exclusivement pénale du comportement infractionnel et de la sanction rend par ailleurs son effet dissuasif assez illusoire. La dynamique de l'exercice consiste à rechercher quels pourraient être les facteurs et les conditions conduisant à éviter que le crime ne se produise ou qu'il ne se répète. A cet effet, il s'agit de garder constamment à l'esprit l'idée d'une construction par paliers avec des freins (qu'ils soient ou non sous forme de sanctions) à chaque échelon d'un processus qui conduit l'individu à commettre un crime. Cette capacité de réaction existe sur le papier mais est insuffisamment exploitée dans la pratique.

Ceci étant dit, certaines caractéristiques demeurent invariables, indépendamment des circonstances, des individus visés ou de la juridiction qui prononce la sanction. En premier lieu, il semble que la sanction ne puisse jouer pleinement son rôle que dans la mesure où elle permet de marquer, dans tous les cas, soit pendant, soit juste après l'infraction, le caractère répréhensible de celle-ci. La sanction doit dès lors se caractériser par la certitude qu'elle sera prononcée et par son immédiateté, c'est-à-dire qu'une réaction tombera sans délai. Il faut évidemment reconnaître que certaines sanctions, notamment pénales, ne permettent pas toujours cette célérité d'où l'intérêt d'explorer la combinaison de mesures qui soient les plus à même de produire les effets recherchés auprès des auteurs, des victimes ou de toutes autres personnes intéressées. La sanction doit également être appliquée indistinctement à tous les auteurs des violations, quels que soient leurs groupes d'appartenance, afin de respecter le principe d'égalité.

Deuxièmement, la publicité qui entoure la sanction est aussi importante. L'obligation de diffusion est fondamentale pour l'efficacité de la sanction car c'est à travers elle que les gens sont informés et éduqués sur ce qui constitue une violation grave et les conséquences qu'elle entraîne. Cette publicité soulève de complexes enjeux notamment sur la manière de l'assurer en temps de paix comme en temps de guerre. Elle doit, dans tous les cas, couvrir le raisonnement de la sanction, c'est-à-dire ce qui explique son choix, la rend lisible. Elle doit aussi porter sur tout le processus qui aboutit au prononcé de la sanction (compte tenu toutefois des impératifs de la protection des données individuelles), ce qui d'emblée en toutes circonstances les juridictions clandestines et les lieux secrets.

Troisièmement, la sanction devrait se caractériser par sa proximité tant formelle que substantielle. Elle devrait être, autant que faire se peut, le plus près des lieux où les infractions ont été commises et de ceux sur lesquels elle doit produire ses effets. Il faut éviter autant que possible un processus abstrait, désincarné, hors sol. La délocalisation ne devrait être envisagée que lorsque la justice *in situ* s'avère impossible pour des raisons notamment liées à l'incapacité ou au manque de volonté

des parties qui en sont responsables et devrait être systématiquement accompagnée d'un processus complémentaire de sensibilisation locale. Il faut, dans tous les cas, prendre en compte le contexte local (national), tout en pondérant ce facteur avec des critères universels mentionnés ci-dessous. Par contexte, on entend l'ensemble des éléments médiats et immédiats permettant un meilleur impact de la sanction au cadre et à l'individu auxquels elle s'applique, en tenant notamment compte du facteur culturel. Le domaine de la sanction semble ouvert à l'exploration de processus qui vont au-delà du système accusatoire et qui sont fondés sur des logiques qui pourraient produire de meilleurs effets dans certaines circonstances, tels les processus fondés sur la stigmatisation publique (*shaming*) ou sur la réhabilitation<sup>1</sup>. En d'autres termes, les Etats devraient davantage explorer les différentes façons d'appliquer le droit «à leur manière», en n'excluant pas le recours à des formes adaptées de justice plus traditionnelle, en vue d'une meilleure effectivité du droit.

Quatrièmement, rien ne justifie de s'éloigner des principes bien établis de l'individualisation et de la proportionnalité de la peine. Il faut toutefois reconnaître que le principe de proportionnalité paraît difficile à mettre en œuvre dans le cas de violations massives ou systématiques du droit international humanitaire<sup>2</sup>. Pourtant, à regarder de plus près, le principe de proportionnalité constitue l'une de ces fausses idées claires de la science juridique, auxquelles tous se réfèrent sans jamais vraiment en cerner les contours. Concept nomade de différentes sciences, la proportionnalité constitue un principe incontournable en raison de la fonction logique qu'elle exerce dans la mise en œuvre des règles de droit. Sa richesse - mais également sa complexité - repose sur l'évaluation d'un rapport entre plusieurs grandeurs ou variables qui obligent d'abord l'acteur, puis le juge, à apprécier des 'rapports de proportion', comme le ferait un peintre reproduisant un paysage sur un tableau. Bien évidemment, outre la proportion initiale entre la gravité de la faute et la sanction, il existe plusieurs autres 'rapports de proportion', ce qui explique que l'on parle davantage - ou l'on devrait parler davantage - de 'principe d'absence de disproportion' que de principe de proportionnalité. En droit pénal, le principe de proportionnalité oblige le juge à une démarche synthétique, c'est-à-dire à prendre en considération non seulement les faits reprochés à l'auteur mais également l'intégralité de l'environnement qui a conduit à leur commission aux fins de déterminer la peine. Cette compréhension du principe de proportionnalité permet de s'éloigner de la logique stricte du talion, génératrice de cycles de vengeance et de violence certainement inhibiteurs à un meilleur respect du droit international humanitaire<sup>3</sup>.

---

1 A cet égard, voir notamment la contribution A. Cottino qui explore le traitement des crimes par les communautés Navajos et indigènes hawaïennes. *Infra*.

2 E. Decaux observe à cet égard que c'est justement parce que le crime commis est sans commune mesure que la grandeur morale est échapper à la logique de la vengeance, du règlement de compte ... sans pour autant se contenter d'un 'procès symbolique'. *Infra*

3 Voir la contribution de D. Scalia pour un développement sur l'application à la peine des principes de la légalité, de la nécessité, de la proportionnalité et de la non-rétroactivité. *Infra*.

### *Typologie de la sanction*

Vu sous cet angle, la sanction peut être diverse : tantôt pénale ou disciplinaire, juridictionnelle ou non, tantôt imposée par un organe pénal de droit commun ou militaire, ou encore international ou national. Il semble que le droit international humanitaire ne devrait pas exclure d'emblée le recours à d'autres solutions que la sanction pénale. Celles-ci pourraient être susceptibles de mieux prendre en considération les particularités contextuelles et être plus adaptées pour tenir compte du caractère massif ou systématique des violations. Toutefois, on ne saurait transiger avec le fait qu'il reste obligatoire de conserver une sanction pénale, non soumise à la prescription, pour les violations graves du droit international humanitaire et que l'emprisonnement reste indispensable dans ces cas. L'emprisonnement est notamment la seule sanction envisageable pour punir des grands criminels longtemps après la commission de leurs infractions (parfois plusieurs décennies), hypothèse crédible dans la mesure où ces crimes sont imprescriptibles et où la lutte contre l'impunité a pris une nouvelle dynamique depuis quelques années. Les particularités contextuelles ne sauraient pas non plus remettre en cause les règles internationalement reconnues dans le domaine de la justice des mineurs, aussi applicables aux enfants qui ont été impliqués dans la commission de violations du droit international humanitaire, et qui sont fondées en tout premier lieu sur l'intérêt supérieur de l'enfant et poursuivent un objectif de réhabilitation et de réintégration<sup>1</sup>.

Cette approche intégrée de la sanction, poussée par la volonté d'en extraire toute la capacité, amène à en combiner différents types. Pour les porteurs d'armes, par exemple, le recours à la sanction disciplinaire appliquée sans délai, couplée à un processus pénal lorsqu'il s'agit de violations graves, devrait être privilégié<sup>2</sup>. En effet, la sanction disciplinaire qui constitue la réaction immédiate de la hiérarchie est à même d'affecter tout de suite la dynamique du groupe et de marquer immédiatement l'interdit, évitant toute déviation systémique subséquente. Pour sa part, la sanction pénale, qui intervient nécessairement plus tard, s'inscrit tel un message de rappel des normes et des règles du droit humanitaire envers l'auteur de l'infraction et envers la société.

Le fait d'accepter que l'efficacité de la sanction peut dépendre d'une combinaison de ses diverses formes suppose aussi que différents systèmes de justice puissent

---

1 Se référer notamment à la Convention relative aux droits de l'enfant (2 sept. 1990), art.37, 39 et 40; Pacte international relatif aux droits civils et politiques (23 mars 1976), art. 14, par. 4 et, aussi, aux textes internationaux qui traitent spécifiquement de la question, tels l'Ensemble des règles minima des Nations Unies concernant l'administration de la justice pour mineurs (*Beijing Rules*), doc. off. AGNU/RES/40/33 (29 nov. 1983); Principes directeurs des Nations Unies pour la prévention de la délinquance (*Riyadh Guidelines*), doc. off. CES/RES/1989/66 (24 mai 1989); Règles des Nations Unies pour la protection des mineurs privés de liberté, doc. off. AGNU/RES/45/113 (14 déc. 1990); et Directives des Nations Unies relatives aux enfants dans le système de justice pénale, doc. off. CES/RES/1997/30 (21 juillet 1997).

2 Sur la question des sanctions disciplinaires applicables dans le contexte des forces armées, se référer à la contribution de C. Renaut, *infra*.

être mis à profit. Quels qu'ils soient, on ne saurait trop insister sur l'importance de règles nationales et internationales claires posant les critères à respecter en termes d'impartialité, d'indépendance, de publicité et de conformité aux normes garantissant une procédure équitable, y compris dans le prononcé de la peine. En outre, les individus appelés à trancher devraient être correctement formés avant d'assumer leurs fonctions, y compris sur le contexte culturel dans lequel ils sont appelés à intervenir. Ce socle essentiel étant acquis, reste à déterminer quel est le système le plus adéquat selon les circonstances. Il est apparu une claire préférence, quand cela est possible, pour un système national plutôt qu'international et de juridictions pénales ordinaires plutôt que de juridictions pénales militaires, mais avec bien sûr, un certain nombre de nuances. Il existe certes des situations où le complément international est indispensable - voire inévitable - et des domaines où la justice militaire peut harmonieusement compléter la justice ordinaire, notamment lorsqu'elle permet un déploiement rapide sur les lieux<sup>1</sup>.

Le rôle complémentaire que peut aussi jouer la justice traditionnelle dans le processus mérite une analyse attentive comportant le grand défi de concilier le souci d'efficacité avec la préservation des principes essentiels, notamment ceux liés aux garanties d'une procédure équitable, dans des situations où des violations massives ont été commises<sup>2</sup>. Tout en reconnaissant l'importance de la spécificité culturelle qui permet d'échapper à une vision ethnocentrique, elle ne peut pas devenir un prétexte pour brader de tels principes et le risque d'instrumentalisation de la justice traditionnelle ne doit pas être sous-estimé.

Dans le cas des parties qui ne sont pas en mesure de répondre elles-mêmes aux violations et où le complément international est nécessaire, s'ouvre un champ d'investigation qui devrait être alimenté par les expériences encore toutes fraîches qui sont réalisées dans les systèmes très divers mis en place. On s'accorde toutefois pour dire que l'apport international devrait être transitoire et viser à remettre en place les systèmes nationaux dans la durée, en renforçant notamment leurs capacités. Il est temps d'évaluer les mérites de ces systèmes ad hoc, tels celui de la Bosnie avec l'intégration de juges internationaux dans le système national, de la Sierra Leone avec la création d'une cour mixte, ou des tribunaux internationaux indépendants des systèmes nationaux, comme ceux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda, tout en tenant compte bien sûr de l'existence de la Cour pénale internationale. Tous ces systèmes ont évidemment

---

1 Dans le contexte de conflits armés, il faut préciser que les textes de référence disposent que les prisonniers de guerre doivent être jugés, en règle générale, par des tribunaux militaires, assimilant ainsi les prisonniers de guerre aux forces armées de la puissance occupante. Au contraire, les civils qui se trouvent au pouvoir de l'ennemi devront l'être par les tribunaux qui seraient normalement compétents sur leur territoire. Dans tous les cas, ces tribunaux devront offrir toutes les garanties judiciaires des droits de la personne et du droit international humanitaire (voir notamment Convention de Genève (III), art. 82-88; Convention de Genève (IV), art. 3, 64-66 et 71).

2 Voir la contribution de A. Cottino à cet égard, *infra*.

leurs limites, notamment en raison de leur capacité d'absorption limitée, ce qui peut constituer une source de frustration. Il s'agirait donc de tenter de formuler des lignes directrices visant notamment à identifier les conditions les plus propices pour la fourniture d'une expertise internationale aux structures nationales, à susciter une réponse nationale adéquate et à favoriser une dialectique d'enrichissement entre les différents systèmes de justice impliqués. Dans cette cohabitation de systèmes différents, il faut veiller à éviter les inégalités que peuvent engendrer autant les systèmes eux-mêmes que leur mise en œuvre dans la détermination et l'application de la sanction.

Enfin, dans cette réflexion sur la complémentarité des rôles des systèmes appelés à marquer l'opprobre, on ne saurait passer sous silence la compétence universelle, ce système donnant vocation aux tribunaux de tout Etat pour connaître de certains crimes internationaux et ce, quel que soit le lieu de perpétration de l'infraction ou la nationalité de l'auteur ou de la victime. L'objectif de cette compétence est d'assurer une répression sans faille pour certaines infractions particulièrement graves. Elle marque la solidarité des Etats dans la lutte contre la délinquance internationale et devrait, au moins en théorie, permettre de trouver dans tous les cas un organe compétent pour punir. De récents exemples ont également démontré que la compétence universelle, c'est-à-dire l'initiation de procédures à l'étranger, pouvait avoir une emprise sur les juridictions de l'Etat sur le territoire duquel les crimes ont été commis ou de la nationalité de l'auteur en incitant au déclenchement d'une action sur le territoire national.

La compétence universelle a également des répercussions sur la perception de la sanction dans le cadre national. La tendance générale des autorités judiciaires à l'égard des violations graves du droit international humanitaire consiste à considérer que le risque relativement limité d'avoir à traiter de telles affaires rend inutile un approfondissement de leurs connaissances dans ces domaines. Or, si les mécanismes de la compétence universelle viennent à se développer, même les endroits les plus pacifiés de la planète peuvent se retrouver confrontés au devoir de juger des criminels de guerre. La situation est loin d'être une hypothèse d'école : le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a, par exemple, transféré aux Etats certains dossiers d'accusés qui seront examinés dans le cadre de leurs systèmes judiciaires nationaux et le Tribunal pénal international pour le Rwanda s'apprête à faire de même<sup>1</sup>. Dès lors, la connaissance par les juges des règles relatives aux crimes internationaux constitue une nécessité et le prolongement naturel d'une compétence universelle réaffirmée. Elle est d'autant plus indispensable que l'effectivité de la sanction est l'affaire de tous.

La compétence universelle paraît essentielle en raison du fait qu'elle est liée à l'efficacité de la sanction et à l'idée qu'aucun criminel de guerre ne doit échapper à la répression. Dans la pratique, toutefois, sa mise en œuvre est souvent difficile et se heurte à des obstacles tant techniques (les conditions ne sont pas identiques d'un pays à l'autre) que politiques (sélectivité des cas) qui font qu'elle est exercée aujourd'hui de

---

1 Il s'agit de la procédure prévue à l'article 11*bis* de leurs règlements de procédure et de preuve.

manière sporadique et anarchique. Il semblerait dès lors opportun d'élaborer des lignes directrices pour l'exercice de la compétence universelle qui pourraient tirer profit du cadre de la complémentarité prônée par le Statut de la Cour pénale internationale. Ces lignes, qui tiendront compte des travaux déjà réalisés en la matière<sup>1</sup>, pourraient établir le minimum de liens qui doivent exister entre l'auteur de l'infraction et le lieu du procès, par exemple en exigeant sa présence sur le territoire en question, insister sur les modalités de coopération entre les Etats concernés et mettre aussi l'accent sur l'importance pour les Etats du lieu des infractions de respecter leur obligation de répression ou, à défaut, de permettre aux autres Etats ou organes internationaux compétents de le faire.

### *Caractéristiques de l'auteur*

L'ensemble des travaux révèle la nécessité de mettre en place des mécanismes nécessaires pour punir tant l'auteur de la violation que la hiérarchie qui en est responsable. Pour ce qui est de l'auteur proprement dit de la violation, des questions demeurent sur son degré de responsabilité lorsque les crimes sont commis à la suite d'un ordre (manifestement) illégal. Il faut à cet égard rappeler que la discipline militaire exige que les ordres soient suivis sans tergiversation sous peine de sanctions qui peuvent être très sévères, surtout lorsque la désobéissance intervient dans le cadre d'opérations sur le terrain. Le non-respect de l'ordre peut survenir dans au moins deux cas de figure qu'il convient de distinguer. Le premier se réfère aux cas où l'ordre donné est, *a priori*, légal mais son exécution ne l'est pas, en raison du fait que son imprécision n'a pas permis aux subordonnés de comprendre ce qu'il signifiait ou les mesures qu'il autorisait. Dans ce cas, il est évident que la formation prend toute son importance. La latitude d'interprétation laissée volontairement ou non aux subordonnés devrait se mesurer à l'aune des règles applicables du droit humanitaire qu'ils auront intégrées et leur acte devrait demeurer, si le processus a été correctement appliqué, dans la légalité.

Le second cas de figure renvoie à un ordre manifestement illégal. Dans ce cas, le droit est limpide: son respect est sujet à sanction et ne peut d'aucune manière être un facteur d'exonération, tout au plus peut-il être pris en considération comme circonstance atténuante, sous certaines conditions strictes. Le subordonné doit donc refuser de s'y plier. Un ordre manifestement illégal est une injonction dont l'illégalité est évidente. Vu sous cet angle, le caractère illégal des infractions graves incluses dans les Conventions de Genève et leur Protocole additionnel I, du génocide ou

---

1 Voir notamment les travaux entrepris par l'Université Princeton sur la compétence universelle qui a identifié en 2001 certains principes, disponibles à l'adresse suivante: <<http://www1.umn.edu/humanrts/instreet/princeton.html>>. Voir aussi la résolution de l'Institut de droit international, adoptée à sa session de Cracovie en 2005, relative à la compétence universelle en matière pénale à l'égard du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre, disponible à l'adresse suivante: [http://www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/2005\\_kra\\_03\\_fr.pdf](http://www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/2005_kra_03_fr.pdf)

des crimes contre l'humanité est difficilement contestable. C'est du reste l'approche retenue par le Statut de Rome, au moins pour ces deux derniers crimes<sup>1</sup>. Dans ces cas, ils s'avèrent être une concrétisation du principe d'humanité, en ce qu'ils sont susceptibles de léser l'être humain dans ce qui lui est le plus essentiel et qu'ils sont indiscutablement répréhensibles. La situation du subordonné qui doit évaluer le caractère manifestement illégal d'un ordre est plus délicat pour ce qui est de certains crimes de guerre qui prennent en considération un élément de proportionnalité<sup>2</sup> ou qui obligent à distinguer entre ceux qui participent aux hostilités et les autres. Dans les cas où la responsabilité du subordonné est retenue, la sanction devrait très certainement tenir compte de la situation difficile dans laquelle il se trouvait (y compris les pressions qu'il a subies, voire les menaces dont il a fait l'objet). Lorsqu'il s'agit d'un ordre que le soldat considère comme manifestement illégal, le cadre opérationnel devrait prévoir un mécanisme de clarification de l'ordre auquel le subordonné pourrait avoir recours.

Pour sa part, le supérieur hiérarchique peut voir sa responsabilité engagée à différents égards pour notamment: avoir participé sous une forme ou une autre à la violation; avoir ordonné de commettre une violation; avoir omis d'empêcher la commission d'une infraction et, de ce fait, failli à son devoir de vigilance; avoir omis de punir ceux qui ont commis les violations, ou pire les avoir couverts; et enfin n'avoir pas suffisamment formé ses subordonnés.

On s'entend pour reconnaître l'importance de la responsabilité des supérieurs civils et militaires même s'ils n'ont pas participé directement à l'infraction et on se félicite des récents développements de la jurisprudence en la matière tant au niveau national qu'international, notamment en ce qui concerne les conditions qui doivent être réunies pour que les supérieurs civils ou militaires voient leur responsabilité engagée<sup>3</sup>. Toutefois, il est convenu que de nombreuses zones méritent d'être éclaircies pour que cette forme de responsabilité soit pleinement intégrée dans les théâtres d'opération tant pour ce qui est des violations graves du droit humanitaire que pour celles qui ne le sont pas. D'abord, la notion même de supérieur devrait être précisée. Sur cette question, le commentaire du Protocole I évoque «un supérieur qui a une responsabilité personnelle à l'égard de l'auteur des agissements en question, parce que ce dernier, étant son subordonné, se trouvait placé sous son contrôle.»<sup>4</sup> Il est toutefois peu prolix en ce qui concerne les problèmes liés à la chaîne hiérarchique et au commandement ainsi qu'au degré de responsabilité en fonction de différents

---

1 Statut de Rome, art.33, par.2.

2 Il est fait ici référence au principe de proportionnalité propre au droit international humanitaire qui requiert une relation raisonnable entre l'avantage militaire attendu et la gravité des conséquences d'une conduite déterminée sur les personnes et biens protégés par ce droit.

3 Pour plus d'information sur cette question, voir la contribution de J. Williamson dans ce numéro. *Infra*.

4 CICR, *Commentaires des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Genève, CICR, 1986, notamment au par. 3544.



scénarios, allant de l'ordre de commettre l'infraction aux lacunes dans l'instruction, en passant par la complicité, l'instigation, l'encouragement et la tolérance. Cette question pourrait certes être approfondie et utilement liée à celle de l'ordre manifestement illégal mentionnée ci-dessus.

Deuxièmement, les mesures qui doivent être prises par les supérieurs devraient être plus clairement définies en fonction de leur hiérarchie et de leurs positions dans la chaîne de commandement pour leur permettre de mieux cerner ce qui est raisonnablement attendu d'eux. Enfin, on ne peut ignorer les liens qui existent entre le contrôle militaire et le pouvoir de l'organe civil de tutelle. Il faut que le spectre de la sanction soit susceptible d'influencer tous ceux qui pourraient voir leur responsabilité engagée, surtout les dirigeants.

Troisièmement, il faut reconnaître que cette approche fondée sur la distinction entre supérieurs et subordonnés occulte l'importance des cadres intermédiaires tant dans la mise en œuvre d'entreprises criminelles que dans la reconstruction d'une société qui sort d'un conflit. En effet, l'examen des peines qui ont été prononcées par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie révèle que les peines les plus sévères ont été réservées aux dirigeants qui ont été jugés ainsi qu'aux subalternes dont les actes étaient particulièrement ignominieux. A la lumière de premières analyses, il semble que ceux des accusés qui avaient occupé des positions intermédiaires dans la hiérarchie se sont vus sanctionner, en règle générale, de manière plus clémentine, ce qui pourrait traduire aussi leur détachement par rapport aux politiques criminelles poursuivies ou encore leur volonté d'alléger les dommages ou souffrances qui en sont les conséquences. Il faut être conscient que c'est le contexte bien particulier du conflit armé qui a fait basculer dans la criminalité plusieurs d'entre eux. C'est aussi sur eux que se fonderont inéluctablement les efforts de reconstruction sociale dans la période suivant le conflit. Dans ce contexte, le caractère pédagogique et didactique de la sanction prend toute son importance. Elle doit en effet correctement détailler la connexion qui existe entre le crime reproché et la personne concernée, de manière à ce que cette dernière n'ait d'autre choix que de s'y reconnaître. Une sanction qui n'expliquerait pas suffisamment en quoi la participation de l'individu concerné est blâmable ou laisserait entendre que sa responsabilité n'est engagée qu'en raison d'une association éloignée avec le crime risque malheureusement de faire naître un phénomène de rejet de l'ensemble du processus et est susceptible de fomenter des sentiments de rancœur qui seront inévitablement transmis aux générations futures, reproduisant de ce fait précisément ce que la sanction vise à prévenir<sup>1</sup>.

Cette approche binaire fondée sur l'opposition supérieur-subordonné ne prend pas assez en considération non plus le rôle des instigateurs dans la préparation de l'environnement propice à la violation du droit international humanitaire. A cet égard,

---

1 Il faut aussi noter que le processus auquel est soumis la personne condamnée doit, pour espérer pouvoir produire les effets discutés, couvrir également les mécanismes permettant de moduler la peine en fonction de l'individu ainsi que la situation à laquelle cette personne devra faire face une fois la peine purgée.

il faut se réjouir des développements jurisprudentiels des tribunaux internationaux, notamment du Tribunal pénal international pour le Rwanda, qui ont appliqué, pour le génocide, les dispositions de leurs statuts qui reprennent celles déjà incluses en 1948 dans la Convention sur le génocide et qui rendent punissables l'incitation directe et publique à commettre un génocide. Il n'y a du reste pas de raison qui s'oppose à étendre cette forme de participation criminelle pour les autres crimes internationaux, vu la place que prennent les instigateurs qui, en martelant leurs discours, contribuent à la diabolisation de l'adversaire et à la justification des crimes qui sont commis à son encontre, tel qu'explicité ci-dessous.

Enfin, il reste aussi l'importance pour une bonne justice de couvrir l'ensemble de ceux qui peuvent commettre des violations du droit humanitaire. Le cas particulier des forces de l'Organisation des Nations Unies ou d'Organisations régionales ainsi que la situation ambiguë des compagnies privées de sécurité doivent continuer de faire l'objet d'investigation même si beaucoup de travaux sont entrepris à cet égard. La récente résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies sur la responsabilité des fonctionnaires des Nations Unies et des experts en mission qui recommande de prévoir, dans la législation nationale, des dispositions pénales particulières pour les contingents des pays qui composent les forces de l'ONU mérite d'être soulignée et prise en compte par tous ceux qui participent et assistent le processus de mise en œuvre des obligations internationales au niveau national, y compris le CICR<sup>1</sup>. Au-delà, les Nations Unies et les organisations régionales compétentes devraient également s'appliquer à elles-mêmes les critères les plus sévères en la matière et notamment envisager mettre en place un système disciplinaire commun qui serait à même de répondre au besoin de célérité et d'immédiateté exigé par la sanction<sup>2</sup>. Ces Organisations devraient également veiller à la formation appropriée de leurs cadres et assurer à tous les niveaux la répercussion des connaissances.

### *Groupes armés<sup>3</sup>*

Etant entendu que les sanctions devraient produire les mêmes effets sur des personnes placées dans des circonstances similaires, dans quelle mesure peuvent-elles

---

1 Voir notamment doc. off. AGNU A/RES/62/63 (8 janvier 2008), notamment les par. 2 et 3 du dispositif.

2 Sur cette question, E. Decaux ajoute avec justesse qu'un tel système doit être fondé sur les principes de subsidiarité et *non bis in idem*.

3 Le CICR s'intéresse particulièrement à la question du respect du droit international humanitaire par les groupes armés et a identifié une série d'outils utiles à cet égard: voir notamment l'annexe 3 du rapport intitulé «le droit international humanitaire et les défis posés par les conflits armés contemporains» présenté à la XXXe Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge (doc. 301C/07/8.4). Ce document est disponible à l'adresse suivante: [http://www.icrc.org/web/fre/sitefre0.nsf/htmlall/ihl-30-international-conference-101207/\\$File/30IC\\_8-4\\_IHLchallenges\\_Report&Annexes\\_FRA\\_FINAL.pdf](http://www.icrc.org/web/fre/sitefre0.nsf/htmlall/ihl-30-international-conference-101207/$File/30IC_8-4_IHLchallenges_Report&Annexes_FRA_FINAL.pdf)

atteindre les parties dissidentes de conflits armés non internationaux ? On exclut ici d'emblée les sanctions qui pourraient être imposées par les autorités contre les membres de factions armées pour le seul fait d'avoir participé aux hostilités<sup>1</sup>. Ce qui retient ici l'attention c'est la mesure dans laquelle le discours de la sanction peut être intégré dans la logique des groupes armés et contribuer à un meilleur respect du droit humanitaire.

La diffusion de la norme à l'égard des groupes armés constitue un point clef non seulement de leur sensibilisation à la sanction mais également de leur adhésion au processus. L'accès plus difficile à ces groupes et leurs structures souvent peu claires peuvent rendre la mise en œuvre du droit international humanitaire aléatoire. En matière de sanction, le message doit être clairement diffusé : les membres des groupes armés, ceux des autres groupes participant au conflit ainsi que les membres des forces gouvernementales ou de groupes rattachés à celles-ci devront tous répondre des exactions commises. C'est du reste l'approche retenue par la Cour pénale internationale dont les crimes visent toute personne physique, sans exiger un nécessaire rattachement à un Etat. En outre, ce message devrait posséder une double connotation. D'une part, il devrait permettre de prévenir les auteurs d'exactions potentielles qu'ils encourent le risque que des mesures soient prises à leur encontre et que le conflit ne sera pas une excuse. D'autre part, il permet également de souligner que tout le monde sera logé à la même enseigne, réaffirmant le principe d'égalité. Le CICR possède à l'égard des groupes armés une grande responsabilité en la matière. Il lui incombe, dans la mesure où il a accès à ces groupes, de tenir un discours clair sur la sanction et l'importance de punir toute violation grave du droit international humanitaire. La diffusion de la règle ne suffit pas ; il faut également que le discours porte sur les modalités du respect ainsi que sur les mécanismes à mettre en œuvre en cas de violation, mécanismes qui doivent, dans tous les cas, respecter les principes d'une justice équitable.

Différents facteurs influencent le rôle que joue la sanction sur le comportement des groupes armés. L'ampleur du groupe, l'intensité et la durée du contrôle exercé sur un territoire sont des facteurs dont dépend la mise en place d'institutions similaires à celles que les Etats ont l'obligation d'instituer. L'existence d'une chaîne de commandement claire demeure par ailleurs essentielle tant pour ce qui est de véhiculer des normes qui soient conformes au droit humanitaire et former les troupes en la matière que pour ce qui est de mettre fin aux comportements qui s'en éloigneraient et de les réprimer. Enfin, les buts poursuivis par le groupe armé peuvent aussi influencer la place qui est réservée à la sanction dans la logique du groupe. Par exemple, l'importance de la reconnaissance par la communauté internationale du groupe armé peut exercer une influence positive déterminante puisqu'elle pourrait les inciter à démontrer leur respect du droit et leur capacité à marquer et réprimer ce qui est interdit, ce qui, du même coup, pourrait contribuer à rehausser leur image. Au contraire, on peut imaginer

---

1 Voir Protocole II, art. 6(5).

que les effets de la sanction seront négligeables sur un groupe armé dont l'objectif premier est la déstabilisation et la volonté de briser, en d'autres termes, tout élément de normalisation. Si le groupe lutte contre un régime raciste ou oppresseur, il adhèrera plus facilement à certaines valeurs que si son objectif premier est la remise en cause de ces valeurs et le rejet du système sur lequel elles reposent. L'importance attachée par le groupe de la première catégorie à l'image qu'il projette dans la communauté internationale peut exercer une influence positive sur sa volonté de démontrer son souci de respecter ces valeurs et sa capacité de réprimer leur transgression.

Il est toutefois évident que, dans ce domaine, des investigations approfondies doivent encore être réalisées sur la manière dont la justice est rendue par les parties dissidentes de conflits armés non internationaux ainsi que sur l'adaptation, si nécessaire, des principes d'une bonne justice, dans ces situations qui sont, par nature, instables et qui se veulent transitoires<sup>1</sup>. Le droit international humanitaire ne semble pas exclure, *a priori*, que des procédures pénales soient initiées par les groupes armés. Il insiste plutôt sur l'importance de la constitution régulière de ces tribunaux, sur leur caractère indépendant et impartial et sur le fait qu'ils doivent assurer toutes les garanties judiciaires reconnues. A cet égard, il semble important et nécessaire de mener des travaux aux fins de mieux mettre en lumière les garanties procédurales indispensables à une bonne justice pénale et assurer leur concrétisation et respect. Si aucune mesure n'est prise par les parties concernées contre les membres des groupes armés qui ont commis des violations du droit humanitaire, cette asymétrie dans l'application de la sanction ne peut être que génératrice d'un sentiment d'injustice et d'impunité qui vient malheureusement annuler tout effet positif de la sanction. Il est donc important de rechercher des mécanismes assurant sur une même base la répression de toute personne qui viole le droit international humanitaire, quelle que soit son allégeance.

### *Groupe et sanction*

Le rôle du groupe sur le comportement du combattant a été abondamment traité dans l'Etude d'influence. Par exemple, elle relève que de nombreux travaux de recherche réalisés au cours des dernières décennies ont démontré que les combattants sont influencés bien souvent non par idéologie, haine ou peur mais plutôt par la pression du groupe et la peur d'être rejeté - voire puni - par ce dernier. L'Etude d'influence souligne dès lors l'importance de comprendre les dynamiques des groupes de référence<sup>2</sup>. En termes militaires, on se réfère notamment à l'esprit de camaraderie de l'unité militaire à laquelle on appartient et qui produit une solidarité tant verticale

---

1 Voir, à cet effet, notamment, l'article 3 commun aux Conventions de Genève et le paragraphe 2 de l'article 6 du Protocole additionnel II.

2 L'Etude d'influence porte une attention toute particulière aux mécanismes de désengagement moral et de déshumanisation: voir notamment le Chapitre 11 de *Origine du comportement dans la guerre: révision de la littérature* qui traite abondamment de ces questions. Se référer aussi à *Origine du comportement dans la guerre*, op. cit.

qu'horizontale. Dans ce contexte, l'obéissance à l'autorité prend toute son importance. Un dirigeant de la FORPRONU, présent lors du siège de Sarajevo en 1995, a observé lors de la réunion interrégionale tenue par la CICR sur la question du rôle de la sanction, que l'exercice de l'autorité n'est pas l'imposition d'une discipline féroce. C'est plutôt une alchimie subtile qui se crée dans une confiance absolue entre le chef et ses subordonnés et qui repose sur la compétence du chef bien sûr, sur son autorité, mais aussi sur l'attention bienveillante qu'il témoigne à chacun de ses hommes, avec une composante affective très forte<sup>1</sup>. On notera l'ambivalence manifeste de ses propos et la possibilité que cette dynamique soit pour le meilleur ou pour le pire. D'où l'importance de faire concilier les principes et règles que promeut l'autorité avec le droit international humanitaire de telle sorte que la pression du groupe et l'autorité s'exercent de manière positive sur l'individu. Il faut tout faire pour éviter que la pression du groupe ne s'exerce dans un sens favorable à la commission de violations graves. Dans une telle hypothèse, une spirale de violence risque de s'enclencher, accroissant, de façon souvent irréversible, la fracture initiale entre les comportements répréhensibles des membres du groupe et le respect de la règle.<sup>2</sup>

Or, pour que les troupes respectent les règles et principes du droit humanitaire dans les situations de violence exacerbée que sont les conflits armés, elles doivent faire l'objet de formation appropriée en la matière. Les troupes doivent être soumises à un entraînement leur permettant de pleinement intérioriser les règles et principes du droit humanitaire, tout comme les autres obligations liées au service, jusqu'à devenir un réflexe. Le porteur d'armes ne doit pas avoir à peser le pour et le contre dans le feu de l'action et ses réactions instinctives doivent être conforme au droit<sup>3</sup>.

La sanction doit aussi faire partie de ce processus et doit, en tout premier lieu, être cohérente avec les règles existantes dans la société ou le groupe concerné, puisque tant qu'il y aura une légitimation des crimes en leur sein, elle demeurera vaine. L'idée du respect nécessaire de la loi, et par conséquent de la sanction, doit aussi faire partie de la formation, de telle sorte que si le porteur d'armes ne respecte pas la règle, il sache qu'il sera puni. A cet égard, il semble approprié que les corps armés développent des codes de conduite qui incluent des règles simples qui intègrent de manière pratique les comportements que doit générer le respect des principes du droit humanitaire, y compris pour ce qui est des conséquences qui sont rattachées à leur non-respect. On ne saurait que trop réprouver les cultures militaires qui font de la haine de l'adversaire un des fondements de la formation militaire<sup>4</sup>. De telles attitudes sont fondamentalement contraires à toute la philosophie du droit international

---

1 Se référer, à cet égard, à l'entrevue du J.-R. Bachelet, General (2<sup>ème</sup> Son), France, *supra*.

2 Voir la contribution de A. Cottino qui traite notamment de la question de la responsabilité de l'entité collective qui n'a pas été approfondie dans ce rapport mais dont l'importance ne doit pas être sous-estimée.

3 Voir la contribution de E. Castano qui porte sur l'influence du groupe, *infra*.

4 Voir notamment à cet égard: M. Yakovleff, «Fondement du moral et de l'éthique dans les armées: des différences révélatrices entre proches alliés», *Inflexions*, 2007, no. 6, pp. 151-176. (check)

humanitaire et en ébranlent les fondements mêmes. La régression dans le respect des principes d'humanité résulte souvent de la diabolisation ou de la déshumanisation de l'adversaire ou de politiques qui visent à ostraciser «l'Autre».

Sur ce dernier point, le poids du groupe ne doit pas non plus être sous-estimé dans cette construction que l'on fait de l'ennemi. Avant que le conflit ne commence, le groupe peut être amené à jouer un rôle déterminant dans la conscience qu'il transmet à ses membres d'appartenir à un ensemble tout en stigmatisant la non-appartenance - à quelque degré que ce soit - des autres qui sont alors conçus comme des «a-normaux». Dans ce schéma, la «normativité» rejoint la «normalité» ce qui se traduit par la construction de nouvelles règles sociales mettant à l'écart celles et ceux qui sont «a-normaux», c'est-à-dire font partie d'un autre groupe créé pour la circonstance. Il devient alors très facile lorsque le conflit armé est déclenché de cibler les groupes «autres», en se fondant sur leur statut juridique particulier (de minorité créée) et leur absence de normalité au sens où ce terme est nouvellement entendu. Cette mise hors normes présente l'avantage de justifier le traitement discriminatoire réservé aux groupes créés et permet surtout aux membres du groupe dominant de trouver une justification à leur action en la considérant comme normale et conforme aux nouvelles règles établies. Ainsi, se crée une politique de la justification des atteintes et permet une acceptation des violations sans que la question de leur conformité aux règles du droit international humanitaire soit même posée.

On constate ainsi une forme de transfert du cadre et des valeurs de référence qui amène les auteurs de violations non seulement à accepter, mais à considérer comme «normaux» des actes qu'ils auraient condamnés sans réserve quelques années auparavant. Ce transfert de normalité explique que la menace d'une sanction est non seulement improbable dans l'esprit du groupe mais que de surcroît, ils se sentent protégés par les nouvelles règles auxquelles ses membres ont adhéré.

On remarquera également que ce type d'attitude peut être différencié en fonction des cercles d'influence. Cela signifie que la normalité n'est pas nécessairement la même au sein d'une société et chez les porteurs d'armes qui peuvent accepter plus facilement certaines violations du droit international humanitaire en estimant que la perception de leur environnement n'est pas nécessairement la même que celle du simple citoyen et que la défense de leur cause justifie de telles violations. Cette dernière peut même être différenciée au sein d'un même groupe armé en fonction des activités et responsabilités diverses des membres du groupe. A chaque cercle d'influence et de décision peut correspondre une perception différenciée de la normalité<sup>1</sup>.

Il est donc nécessaire de casser cette dynamique de groupe qui conduit à la banalisation des violations en insistant sur le fait que la sanction n'est pas négociable et en rappelant qu'il ne s'agit pas d'une éventualité mais d'une certitude et que des comptes devront être rendus.

---

1 Pour une discussion portant sur l'existence de différentes dynamiques qui peuvent exister en parallèle, avec un accent sur le local, voir la contribution de S. Tanner, *infra*.

## *Justice transitionnelle*

Replacer la sanction prévue au regard du droit humanitaire dans le contexte de la réflexion portant sur la justice transitionnelle, c'est reconnaître que, prise isolément, elle est souvent insuffisante, voire inefficace. C'est aussi accepter, du même coup, que le droit humanitaire n'exclut pas le recours à des solutions complémentaires plus à même de prendre en considération le caractère massif ou systématique des violations qui ont été commises dans le contexte de conflits armés, ou encore les particularités contextuelles ainsi que les attentes des populations ou individus concernés.

Positionner de la sorte le droit humanitaire permet la dynamisation de son respect et de sa mise en œuvre en les replaçant dans la continuité de la justice qui, lorsque des violations massives ont été commises, s'inscrit sur des décennies, prend des formes variables qui vont de la quête de la vérité à la réparation en passant par la mémoire et exige des mécanismes adaptés à ces fins. Cette approche intégrée fondée sur le pragmatisme permet de saisir toutes les fenêtres d'opportunité en espérant déclencher une sorte de dynamique salutaire au niveau de la société et des individus concernés: le pire, lorsque le tissu social a été profondément blessé, c'est qu'il n'y ait rien. On accepte dès lors que la justice transitionnelle soit complémentaire à la justice pénale et qu'elle puisse aider à reconstruire une société et les individus qui la composent et aussi à écrire une histoire cohérente, authentique et honnête. Toutefois, on ne saurait transiger sur le fait que les crimes graves doivent être sanctionnés pénalement pour marquer que les interdits sont absolus et ne souffrent pas de dérogation, même si, dans la réalité contextuelle, cette approche peut se heurter à celles visant à promouvoir la paix et qui sont fondées sur des mécanismes d'oubli et d'amnistie<sup>1</sup>. Il faut aussi être conscient du risque de manipulation des mesures de justice transitionnelle lorsqu'elles sont utilisées dans le cadre de politiques d'impunité déguisée<sup>2</sup>.

La justice transitionnelle déplace l'attention du crime et place la victime au cœur du processus. Ses mécanismes sont eux aussi complémentaires et peuvent être déclinés à la lumière des objectifs poursuivis : «recherche de la vérité», «réparation», «répression» et enfin «sanction», dans le cadre de l'objectif général et premier de la réconciliation. La réforme des institutions est un préalable souvent nécessaire à la mise en œuvre effective et efficace des mécanismes de justice transitionnelle. Elle intègre les initiatives propres à la justice réparatrice où l'on considère que le crime a provoqué une blessure qu'il faut soigner. Sous cet angle, la question de la réparation doit prendre la place qui lui revient puisque, si l'on veut que la sanction produise un effet préventif, il faut porter l'attention nécessaire à la réparation des victimes. En effet, il ne peut y avoir de justice sans justice sociale et il ne peut y avoir non plus de justice sociale ou de retour à une coexistence pacifique lorsqu'une large part de

---

1 Le danger de conditionner un acte de justice à des impératifs politiques a été souligné par E. Sottas dans sa contribution, *infra*.

2 *Ibid.* Voir aussi la contribution de P. Hazan qui analyse un exemple de commission vérité réconciliation où la composante responsabilité et répression a été ignorée.

la population est laissée dans la souffrance. Ceci permet aussi le passage de l'échelle individuelle - face à face dans le contexte d'une procédure pénale - à une échelle plus collective, permettant de mieux prendre en compte le principe d'égalité de traitement. Ces réparations intègrent les aspects classiques de la responsabilité mais les dépassent en incluant des réparations qui se situent en dehors des obligations juridiques traditionnelles, fondées sur la responsabilité individuelle. Il paraît d'ores et déjà que c'est une grave erreur de lier étroitement la réparation à une condamnation pénale, d'autant plus dans une situation où seule une petite minorité des coupables est finalement condamnée.

Les réparations peuvent prendre différentes formes, être de nature pécuniaire ou non, ou encore être octroyées sur une base collective ou individuelle. Les réparations peuvent également intégrer des politiques publiques en faveur des victimes ou de leurs ayants droits en matière d'accès aux services publics et d'égalité des chances. Elles couvrent aussi des mesures de réhabilitation et de réinsertion ainsi que d'autres plus symboliques — telles que des excuses officielles, des garanties de non-répétition, la construction de mémoriaux ou la tenue de cérémonies commémoratives... — mais auxquelles les victimes sont particulièrement attachées<sup>1</sup>.

### *Victimes*

Nul ne saurait nier l'importance du rôle de la victime dans le processus de la sanction. Les réflexions portent surtout sur sa définition et sa portée ainsi que sur les modalités de son exercice<sup>2</sup>.

En effet, un grand nombre de personnes peuvent être touchées directement ou indirectement de diverses manières par les violations du droit humanitaire. Cela oblige à s'attarder sur les types de violations dont elles ont été l'objet. Le rôle et la place des victimes dans le processus de la sanction peuvent se décliner de différentes manières. Ils sont en effet tributaires de la nature de la mesure que les victimes privilégient en fonction des circonstances, en sachant qu'il peut y avoir des mesures qui ne sont ni pénales ni disciplinaires mais qui peuvent être considérées comme efficaces par les personnes concernées. Par exemple, «le droit de savoir», reconnu par le droit humanitaire et qui ne se décline pas seulement en termes de répression, octroie aux victimes, qui sont les membres de la famille des disparus, le droit d'obtenir des informations sur le sort de leurs proches et, de ce fait, procède à une reconnaissance officielle des violations dont elles ont été l'objet.

---

1 Pour une discussion plus élaborée sur la justice transitionnelle et les composantes qu'elle comporte, voir notamment A.-M. La Rosa et X. Philippe, «La justice transitionnelle», in *Lexique pratique-bilingue sur la consolidation de la paix et la reconstruction post-conflictuelle*, Cambridge, University Press, 2008 (sous presse).

2 La contribution de C.-N. Robert, M. Rauschenbach et D. Scalia approfondit la question de la participation et des attentes des victimes dans la processus pénal, y compris au niveau international: *infra*.



La variété des mesures qui peuvent être imaginées n'enlève rien à l'importance du procès pénal pour les victimes qui, à travers le prononcé du jugement, marque l'interdit et leur octroie une forme de réparation symbolique. Nul ne conteste le fait que les victimes doivent avoir accès à la procédure pénale, si ce n'est en qualité de témoins, en règle générale dans le cadre de l'accusation, en particulier comme partie civile dans les pays qui connaissent cette institution. La question aujourd'hui est plutôt de déterminer à quels stades (enquête, procès, peine) et sous quelles formes la procédure pénale leur est ouverte<sup>1</sup>. Dans tous les cas, il faut éviter de créer des attentes irréalistes à travers le processus d'implication des victimes. La recherche de la vérité judiciaire qui est délimitée en fonction des objectifs du procès ne répond pas toujours à la volonté des victimes de raconter leurs histoires qui contribueront à former une réalité plus englobante. Il faut être attentif à ce que la revendication tout à fait légitime d'une justice au service des victimes ne pervertisse la manière dont la justice est rendue et ne nuise à sa sérénité, à son intégrité et à son impartialité. D'un autre côté, il ne faudrait pas non plus que les prérogatives liées à la nécessité de prononcer un jugement dans un délai raisonnable ne viennent pervertir l'enquête judiciaire en privilégiant des procédés de négociation sur les charges, la culpabilité ou la peine (*plea bargaining*) au travers desquels toute vérité est obscurcie. Pour que ces procédés de justice consensuelle produisent les effets désirés, ils doivent être entrepris dans un cadre précis et laisser aux juges toute la discrétion pour rejeter les accords conclus entre la Poursuite et la Défense, s'ils ne sont pas intimement convaincus que les faits, tels que présentés, représentent la réalité. En outre, ces processus doivent obligatoirement être accompagnés de garanties minimales qui permettent d'assurer leur caractère spontané et l'expression de sincères remords et soient l'occasion d'exprimer des excuses aux victimes.

Il est aussi pressant de prendre mieux en compte dans le processus pénal le problème de la victime qui doit témoigner ainsi que la souffrance et le risque que cela peut représenter pour elle, en insistant sur la cohérence qui doit régner au sein d'une même procédure judiciaire par rapport à différentes affaires et aussi entre les différentes instances internationales et nationales. On n'insistera jamais suffisamment sur l'importance que les juges et conseils, y compris nationaux, soient justement formés sur la manière de mener les interrogatoires et en particulier les contre-interrogatoires, aux fins de préserver toute l'intégrité des personnes interrogées qui ont, dans bien des cas, été victimes des crimes pour lesquels l'accusé est jugé. Dans ce contexte une attention particulière doit être portée aux victimes de violences sexuelles.

Enfin, il semble de manière à peu près unanime que la participation des victimes dans le procès pénal n'inclut pas le stade de la détermination de la peine, qui devrait être laissé à l'organe judiciaire compétent.

---

1 Pour une présentation critique des mécanismes de participation des victimes devant la Cour pénale internationale, voir la contribution de E. Baumgartner, dans ce numéro. *Infra*.

## *Conclusion*

La multiplicité des facteurs influençant la définition et la mise en œuvre de la sanction explique toute la difficulté que celle-ci, si elle est prise isolément, permette de modifier durablement des comportements.

En s'interrogeant sur les raisons concrètes de l'ineffectivité de la sanction et sur les facteurs de sa remise en cause, la réflexion a tenté de scruter un ensemble dont les qualités sont loin d'être maximisées tant pour les acteurs des conflits que pour les observateurs externes. La réflexion a porté sur le renforcement du cadre existant mais également l'examen de solutions complémentaires de renforcement visant à redonner à la sanction une place qu'elle n'a pas aujourd'hui.

Les porteurs d'armes ont été directement visés par ces réflexions mais l'analyse a dépassé leur seule situation pour englober la sanction en tant que processus et non pas en tant que résultats et y inclure les victimes et la société dans son ensemble. L'exercice a cherché à identifier ces lignes directrices et modalités qui pourraient aujourd'hui améliorer concrètement l'efficacité de la sanction dans les efforts déployés par toutes les parties pour assurer un meilleur respect du droit international humanitaire. Elles sont résumées ci-dessous et incluent les lignes directrices conditionnant l'efficacité de la sanction, celles propres à la sanction des violations du droit humanitaire ou encore aux acteurs.

### *A. LIGNES DIRECTRICES CONDITIONNANT L'EFFICACITÉ DE LA SANCTION*

#### **1. Tout discours sur la sanction des violations du droit international humanitaire doit impérativement s'accompagner de mesures visant à améliorer l'adhésion à ces normes et leur respect**

- Les mesures nécessaires doivent être prises par toutes les parties concernées pour que les normes et les sanctions qui s'y appliquent soient intégrées dans leur système de référence, qu'elles soient connues et dûment appliquées.
- Au niveau national les juges doivent être formés en droit international humanitaire et ils doivent participer au processus d'interprétation et de clarification de cette branche du droit, en se référant notamment aux travaux entrepris à cet égard au niveau international.
- Un effort de rationalisation doit être entrepris pour assurer une meilleure efficacité de la sanction qui doit porter tant sur les textes applicables que sur les juridictions compétentes.
- Les Etats devraient être encouragés à assurer une similitude des garanties, voire des procédures, devant les juridictions chargées du traitement des violations du droit international humanitaire.

#### **2. Pour faire jouer efficacement à la sanction son rôle préventif, les auteurs potentiels de violations du droit international humanitaire seront informés de manière approfondie sur les différents types de sanctions et sur les modalités de leur application**

- A ce niveau, l'éducation doit permettre aux individus de clairement identifier ce qui est permis et ce qui ne l'est pas.
  - Cette éducation doit être assurée auprès de tous ceux qui ont un rôle à jouer dans l'application du droit international humanitaire, quel que soit leur groupe d'appartenance, y compris au sein des Nations Unies et des organisations régionales compétentes.
  - Les principes et règles que promeut l'autorité doivent être conformes aux exigences du droit international humanitaire. Il faut exclure de la formation tout élément fondé sur la haine de l'Adversaire.
- 3. Il faut intégrer la formation et l'éducation comme des mécanismes incontournables, entraînant de véritables réflexes, notamment chez les porteurs d'armes**
- L'information sur la sanction doit faire comprendre le caractère *a priori* répréhensible du crime sanctionné.
  - L'effectivité de la sanction et son caractère dissuasif dépendent du degré d'intériorisation de la norme sanctionnée par les porteurs d'armes.
  - Cette intériorisation doit viser à provoquer chez les porteurs d'armes de véritables réflexes conduisant au respect de la norme.

***B. LIGNES DIRECTRICES PROPRES À LA SANCTION  
DES VIOLATIONS DU DROIT HUMANITAIRE***

- 4. La conception de la sanction doit intégrer la prévention du renouvellement du crime et reposer sur une approche pragmatique et réaliste**
- La sanction doit être conçue tant dans sa définition, sa procédure que dans sa mise en œuvre de telle façon qu'elle puisse permettre de prévenir le renouvellement des crimes.
  - Une approche pragmatique et réaliste consiste à rechercher les facteurs et les conditions conduisant à éviter que le crime ne se produise ou qu'il ne se répète. Elle doit répondre au double défi d'être à la fois acceptable au regard des règles et principes du droit international général et humanitaire tout en restant proche des exigences contingentes du cadre national.
  - La sanction ne peut être définie *in abstracto* mais doit l'être dans son rapport à la notion de justice; dans ce contexte, il faut reconnaître le caractère complémentaire de la justice transitionnelle.
  - Cette approche pragmatique et rationalisée devrait également pouvoir fournir des lignes directrices pour l'exercice de la compétence universelle qui tirent profit des travaux déjà entrepris en la matière et sont fondées notamment sur le minimum de liens qui devraient exister entre l'auteur de l'infraction et le lieu du procès ainsi que sur les modalités de coopération entre les Etats concernés.
- 5. La sanction pénale reste l'axe incontournable et primordial du traitement de toute violation grave du droit humanitaire.**
- La sanction doit contribuer au renforcement de la norme et des valeurs universelles fondamentales qui la sous-tendent.

- La sanction pénale privative de liberté physique doit rester l'élément central du «discours» sur les violations graves du droit international humanitaire.
- La sanction pénale ne peut être envisagée dans sa seule dimension de peine privative de liberté. Elle doit être perçue en termes d'efficacité au regard du contexte, c'est-à-dire de l'ensemble des éléments permettant un meilleur impact de la sanction sur l'individu auxquels elle s'applique et sur la société dont il est le tissu, en tenant notamment compte du facteur culturel.

**6. La sanction des violations du droit humanitaire doit présenter des caractéristiques communes et incontournables indépendamment des circonstances**

- La sanction doit présenter un caractère de certitude pour l'auteur des violations, c'est-à-dire un caractère d'automaticité quel que soit l'auteur. C'est l'idée que chaque auteur de la violation sache qu'il y a un prix à payer.
- Pour être efficace, la sanction doit intervenir le plus rapidement possible après la commission de l'acte. Il faut qu'une première réaction tombe sans délai que ce soit par la combinaison de mesures disciplinaires et de mesures judiciaires.
- La sanction n'a de sens que si elle est mise en œuvre en respectant le principe d'égalité sous toutes ses facettes. Elle doit conduire à traiter tous les auteurs indistinctement, quel que soit leur groupe d'appartenance.
- La sanction devrait être prononcée le plus près des lieux où le crime a été commis et de ceux sur lesquels elle doit produire ses effets. Dans ce contexte, la justice internationale doit viser à renforcer les capacités nationales et ne constituer, en tout état de cause, qu'un processus transitoire. La délocalisation ne devrait être envisagée qu'en tout dernier ressort et devrait obligatoirement être accompagnée d'un mécanisme de sensibilisation locale.
- La sanction doit prendre en considération la personnalité propre de chaque auteur impliquant un traitement individualisé de chaque violation.

**7. Outre la gravité du crime, d'autres éléments doivent être pris en compte dans le choix de la sanction, notamment ceux liés au contexte et aux caractéristiques personnelles de l'auteur (individualisation)**

- La proportionnalité de la sanction par rapport à la gravité des crimes est indispensable pour éviter de générer incompréhension et ressentiment tant pour les victimes que pour les auteurs. Elle constitue une garantie pour toutes les parties.
- Le juge pénal doit adopter une démarche synthétique le conduisant à tenir compte de l'intégralité de l'environnement ayant conduit à la commission de l'acte répréhensible
- Le principe de proportionnalité implique dès lors l'appréciation de rapports complexes entre plusieurs variables, que doit apprécier le juge dans le but d'éviter en tout cas une absence de proportion.

**8. Pour jouer efficacement son rôle de prévention dans la société concernée, la sanction doit être rendue publique et faire l'objet de mesures de diffusion appropriées**

- L'efficacité de la sanction est liée à sa rapidité et à sa publicité tant à l'égard de l'auteur qu'à l'égard du groupe.
- L'obligation de diffusion est fondamentale car c'est à travers elle que les gens sont informés et éduqués sur ce qui constitue une violation grave et des conséquences qu'elle entraîne.
- La clarté et la simplicité de la règle et du message qui l'accompagne sont indispensables pour leur efficacité. Le message doit couvrir le raisonnement qui a conduit à la sanction et qui justifie le choix de celle-ci. Il doit aussi porter sur tout le processus qui aboutit au prononcé de la sanction.

**9. Les divers mécanismes de sanction (pénale ou non) doivent viser à se renforcer mutuellement en vue d'une effectivité optimale de l'ensemble du processus**

- Ces mécanismes devraient reposer sur des règles claires, précisant les critères à respecter en termes d'impartialité, d'indépendance, de publicité et de conformité aux normes garantissant une procédure équitable, y compris dans le prononcé de la peine.
- La multiplication des sources de sanction (juridictionnelle, non juridictionnelle, disciplinaire, traditionnelle ou autres) doit donner lieu à une répartition des compétences claire entre les organes.
- Ceci est d'autant plus important dans les systèmes où se combinent mesures disciplinaires et juridictionnelles. La complémentarité devrait privilégier l'efficacité et les mécanismes ne devraient pas faire double emploi.
- Dans cet esprit, les mécanismes de justice traditionnelle devraient aussi être explorés, tout en assurant le respect des critères mentionnés ci-dessus.

***C. LIGNES DIRECTRICES RELATIFS AUX ACTEURS***

**10. La sanction doit mener à la reconnaissance par les auteurs de leur responsabilité dans la violation du droit humanitaire et contribuer ainsi à permettre à la société, dans son ensemble, de prendre conscience de la portée de certains événements qui l'ont touchée**

- Il est indispensable que, par le processus mis en place, l'auteur n'ait d'autre choix que d'accepter sa responsabilité et que la sanction corresponde au degré de sa responsabilité dans les violations commises.
- Ce processus doit, dans la mesure du possible et au-delà de ce qui est mentionné ci-dessus, permettre à l'auteur des violations de faire preuve de regret et lui donner la possibilité de demander pardon.

**11. Les subordonnés doivent être mis en position de comprendre la portée de leurs actes et d'en assumer la responsabilité**

- Il faut développer des codes de conduite qui incluent des règles simples qui intègrent de manière pratique les comportements que doit générer le respect des principes du droit humanitaire, y compris pour ce qui est des conséquences qui sont rattachées à leur non-respect.

- Les individus doivent également être informés de leurs droits et obligations à l'égard d'un ordre qui serait *a priori* ou manifestement illégal et des conséquences qui en découlent.
- Il faut développer des mécanismes opérationnels qui permettent aux subordonnés d'obtenir des clarifications pour ce qui est des ordres qu'ils reçoivent, lorsqu'ils estiment que l'ordre est manifestement illégal.
- Les subordonnés ne peuvent s'abriter derrière l'ordre reçu pour s'exonérer de leur responsabilité.

#### **12. La sanction doit viser en priorité les dirigeants à l'origine des crimes de masse**

- La sanction ne doit pas exclusivement être liée au caractère direct de l'implication dans la commission de la violation, mais tenir compte aussi du degré de responsabilité en relation avec l'ordre donné.
- La responsabilité des dirigeants et des supérieurs militaires et civils ne se limite pas aux ordres donnés mais inclut également le laxisme dans le contrôle et les lacunes dans l'instruction.
- D'un point de vue opérationnel, il est primordial que soit clairement établie la chaîne de commandement et les mesures qui peuvent être raisonnablement attendues à chaque niveau de celle-ci.

#### **13. Le rôle des instigateurs doit être précisément évalué et donner lieu à l'engagement proportionnel de leur responsabilité**

- Les instigateurs jouent un rôle central dans la préparation de l'environnement propice à la violation du droit international humanitaire en contribuant notamment à la diabolisation de l'adversaire et à la justification des crimes qui sont commis à son encontre.

#### **14. En vue d'atteindre son but, le processus de la sanction dans son ensemble doit veiller à ce que les victimes y adhèrent et tenir compte à cet effet des considérations propres à la justice sociale**

- La sanction de l'auteur ne peut se faire sans une quête de vérité préalable (pas de condamnation reposant sur des preuves insuffisantes ou un raisonnement par analogie) et sans réponses apportées aux victimes en termes de réparation.
- La participation des victimes et de la société en général dans le processus de justice permettra de le crédibiliser et d'adapter le système à chaque contexte.
- La justice transitionnelle centrée sur la victime permet d'élargir le cadre de la sanction classique en y intégrant d'autres aspects qui ne doivent cependant pas se confondre avec son noyau dur original.
- Il faut reconnaître un rôle de la victime dans la justice pénale mais qui ne doit pas aller jusqu'à sa participation dans la détermination du *quantum* de la peine.

# ПИТАННЯ МІЖНАРОДНОЇ ПРОВОСУБ'ЄКТНОСТІ ФІЗИЧНОЇ ОСОБИ В МІЖНАРОДНОМУ ПРАВІ ПРАВ ЛЮДИНИ

**Всеволод Всеволодович МИЦИК**, доктор юридических наук, професор

*The subject status of the international law of the individual constitutes one of the main dilemmas of the science of the public international law at the beginning of the XXI century. The recognition of the subject capacity of the public international law and implied of international law of the human rights for the individual there follows to cause a series of important modifications of the whole classic principles, where it forms the object of study of this article.*

*Statutul de subiect de drept internațional al persoanei fizice constituie una dintre principalele dileme ale științei dreptului internațional public la începutul secolului XXI. Recunoașterea capacității de subiect al dreptului internațional public și implicit de drept internațional al drepturilor omului pentru persoana fizică urmează să provoace un șir de modificări radicale a tuturor principiilor clasice, fapt ce formează obiectul de studiu al prezentului articol.*

Одним з найбільш дискусійних питань в доктрині міжнародного права є питання про міжнародну правосуб'єктність індивіда. Протягом всього історичного розвитку аж до початку ХХ сторіччя міжнародне право безперечно було в повному розумінні даного визначення міждержавним правом, тому що держави були основними і єдиними його суб'єктами. Виникнення міжнародних організацій і інших утворень, призвело до появи інших, узвичаєних суб'єктів міжнародного права. Проте, найбільше дискусійним сьогодні є питання про визнання фізичної особи суб'єктом міжнародного права.

У науці міжнародного права питання міжнародної правосуб'єктності фізичної особи розглядається від її повного невизнання (І.І.Лукашук<sup>1</sup>, Г.І.Тункін<sup>2</sup>, С.В. Черніченко<sup>3</sup>, Б.Б. Ганюшкін<sup>4</sup>, Н. Мугерва<sup>5</sup>, Г. Шварценбергер<sup>6</sup>,

1 Лукашук И.И. Право международной ответственности. — М., 2005. — С. 76; Лукашук И.И. Международное право. Общая часть. Учебник. — М., 1996. — С. 16—17, 209—210.

2 Тункин Г.И. Теория международного права. — М., 2000. — С. 69—70.

3 Черниченко С.В. Личность и международное право. — М., 1974. — С. 149, Черниченко С.В. Еще раз о международной правосубъектности индивида // Московский журнал международного права, 2005. — № 4. — С. 16—17, 23, 26.

4 Международное право. Учебник под ред. А.И. Микулишина. — М., 2005. — С. 54.

5 Mugerwa Nkambo. Individuals: are they subjects of international law? // Manual of Public International Law / Edited by Max Sorensen. — London, 1968. — P. 265—266.

6 Schwarzenberger G. and Brown E.D. A Manual of International Law. 6 edn. — London. 1976. — P. 64.

Я. Броунлі<sup>1</sup>, М.Н. Шоу<sup>2</sup> та ін.), визнання специфічної, обмеженої, особливої правосуб'єктності, або несuverенних суб'єктів міжнародного права (Г.В. Ігнатенко<sup>3</sup>, А. Кассезе<sup>4</sup>, А.І. Ковлер<sup>5</sup>, С. Березовський<sup>6</sup> та ін.), до безумовного визнання такої правосуб'єктності (М. Дженіс, Р. Кей, Е. Бредлі<sup>7</sup>, В.Г. Буткевич<sup>8</sup>, Едуардо Хіменес де Аречага<sup>9</sup>, Г. Лаутерпахт<sup>10</sup>, А. Фердросс<sup>11</sup>, Л.Д. Тимченко<sup>12</sup>, Р.А. Мюллерсон<sup>13</sup>, Н.В. Захарова<sup>14</sup> та ін.).

З цього приводу А.І. Ковлер слушно зауважує у згаданій вище праці про те, що дискусія про міжнародну правосуб'єктність індивіда зовсім не завершена, більш того, на пострадянському просторі вона, власне кажучи, тільки серйозно починається.

Багато в чому таке положення речей залежить від поглядів вчених і практиків на проблему співвідношення міжнародного і внутрішньодержавного права. Саме виникнення і розробка деякими вченими теорії примату міжнародного права над внутрішньодержавним у Європі в 50-і роки минулого століття поклало початок розвитку концепції про міжнародно-правову суб'єктність індивіда. Підкреслимо що лише творці й послідовники теорії примату міжнародного права послідовно відстоювали ідею міжнародної правосуб'єктності індивіда першопроходцями серед яких маємо визнати Ганса Кельзена, Херша Лаутерпахта та Сера Джеральда Фицморіса.

- 1 Brownlie I. Principles of Public International Law. 6 edn. – Oxford, 2003. – P. 65.
- 2 Malcolm N. Shaw. International Law. Sixth printing. – Cambridge, 2007. – P. 245-246.
- 3 Международно-правовой статус индивидов // Международное право. Учебник для вузов. Отв. ред. проф. Г.В.Игнатенко и проф. О.И.Тиунова. – М., 1999. – С. 84.
- 4 Cassese A. International Law. – Oxford, 2001. –P. 85; Cassese A. International Law. – Oxford, 2005. – P. 150.
- 5 Ковлер А.И. Международная правосубъектность индивида: продолжение дискуссии // Международное право XXI века. Игорь Иванович Лукашук / Под ред. д.ю.н., проф. В.Г.Буткевича. – К., 2006. – С. 291.
- 6 Bérézowski Cezary. Les sujets non souverains du droit international / par Cezary Berezowski. Recueil des cours, Volume 65 (1938-III), pp. 1-85.
- 7 Mark W. Janis, Richard S. Kay, Anthony W. Bradley. European Human Rights Law. Text and Materials. Second Edition. – Oxford, 2000. – P. 15.
- 8 Буткевич В.Г. Міжнародна правосуб'єктність фізичної особи // Буткевич В.Г., Мицик В.В., Задорожній О.В. Міжнародне право. Основи теорії: Підручник / За ред. В.Г. Буткевича. – К., 2002. – С. 329-337.
- 9 Едуардо Хименес де Аречага. Современное международное право. – М., 1983. – С. 258-260.
- 10 Lauterpacht H. International Law and Human Rights. – London: Stevens, 1950. – P. 33.
- 11 Фердросс А. Международное право. – М., 1959. – С. 113.
- 12 Тимченко Л.Д. Индивиды и международные неправительственные организации как субъекты международного права // Тимченко Л.Д. Международное право. – Харьков, 1999. – С. 47.
- 13 Курс международного права. – М., 1989. – Т.1. – С. 181.
- 14 Захарова Н.В. Индивид – субъект международного права // Советское государство и право, 1989. - № 11.



Це пояснюється тим, що з погляду прихильників теорії примату національного права сама постановка питання про міжнародну правосуб'єктність індивіда позбавлена сенсу. Прихильники, як класичної дуалістичної теорії, так і сучасні її послідовники, у даному плані, завжди і без винятку, займали негативну позицію, тому, що в протилежному випадку міжнародне право здатне було б регулювати внутрішньодержавні відносини між індивідами і (або) індивідами і державами, що у свою чергу призводить до заперечення наукового значення дуалістичної теорії. Прихильники сучасної теорії координації, наприклад Я.Брунлі, з одного боку відзначають, що “не існує загальної норми, відповідно до якої фізична особа не може бути суб'єктом міжнародного права” з іншого заявляють, що “було б марно відносити індивіда до суб'єктів міжнародного права, оскільки це передбачало б наявність у нього прав, яких в дійсності не існує і не позбавляло б від необхідності проводити відмінність між фізичною особою і іншими видами суб'єктів міжнародного права”<sup>1</sup>.

Радянська доктрина міжнародного права, аж до припинення існування СРСР, також категорично заперечувала міжнародну правосуб'єктність фізичних осіб, так як вона виходила з того, що індивід не може мати ні правоздатності ні дієздатності у міжнародних, міждержавних правовідносинах<sup>2</sup>. С.В.Черниченко дійшов категоричного висновку про те, що „індивіди ні за яких умов не є і не можуть бути суб'єктами міжнародного права”, до того ж „оскільки існують об'єктивні межі міжнародного права як права, регулюючого міждержавні відносини і що не розповсюджується безпосередньо на індивідів, форми його впливу на положення індивідів визначаються його природою. Зміна цих форм можлива лише в результаті зміни природи міжнародного права, його об'єктивних меж. Але така зміна означатиме кінець міжнародного права”<sup>3</sup>.

В сучасній як монографічній, так і навчальній літературі як вітчизняній так і країн СНД з даного питання існують також різні точки зору. Проте, треба відмітити, що останнім часом поширюється коло вчених прихильників теорії примату (пріоритету, переваги) міжнародного права над національним і визнання міжнародної правосуб'єктності індивіда. Так, наприклад, одні вважають, що загальні норми міжнародного права “є частиною права країни і вони мають перевагу перед внутрішніми законами і безпосередньо створюють права й обов'язки для її громадян у процесі правозастосовчої діяльності держави<sup>4</sup>. Інші констатують “появу в міжнародному праві людини як суб'єкта права, хоча і з дуже обмеженою правосуб'єктністю”<sup>5</sup>. Л.Д. Тимченко вже не дискутує,

1 Brownlie I. Principles of Public International Law. 6 edn. – Oxford, 2003. – P. 65

2 Черниченко С.В. Личность и международное право. – М., 1974. – С. 9-16.

3 Черниченко С.В. Личность и международное право. – М., 1974. – С. 153-154.

4 Денисов В.Н. Развитие теории и практики взаимодействия международного права и внутреннего права // Реализация международно-правовых норм во внутреннем праве. – К., 1992. – С. 23.

5 Международное право: Учебник / Под ред. Г.И. Тункина. – М., 1994. – С. 85-86.

а наполягає на тому, що індивіди повинні визнаватись суб'єктами міжнародного права. З цього приводу він пише, що “в сучасному міжнародному праві існує ряд норм, які поширюються безпосередньо на індивіда (йдеться про міжнародно-правові акти в галузі захисту прав людини та відповідальності за злочини проти людства). А якщо є відносини, в яких приймають участь індивіди, та МНУО і ці відносини врегульовані міжнародним правом, то, звичайно що учасниками таких відносин повинні визнаватись суб'єктами міжнародного права”<sup>1</sup>. На підтримку своєї позиції вчений посилається на праці Г.М. Вельяміна, В.С. Верещетіна, Н.В. Захарової, Р.А.Мюллерсона.

Професор А.І. Ковлер, Суддя Європейського суду з прав людини відстоює міжнародну правосуб'єктність індивіда більш обережно. Фахівець пропонує „не бігти попереду потягу і сповіщати про появу нового повноправного суб'єкта міжнародного права — Людину, а доцільніше домовитися про визнання особливої правосуб'єктності індивіда в міжнародному праві з тим, щоб надалі визначити риси цієї особливості”<sup>2</sup>.

І.І. Лукашук, розглядаючи дану проблему, навпроти, пише що він не впевнений у тому, що оптимальний шлях підвищення ролі міжнародного права полягає через проголошення міжнародної-правової суб'єктності індивіда<sup>3</sup>. У згаданій роботі фахівець зазначає, що „Формальне визнання за індивідом статусу суб'єкта міжнародного права мало що дасть в цьому відношенні, оскільки у нього немає відповідних можливостей використання механізмів міжнародного права. З іншого боку, радикальне перетворення цього механізму нанесе збиток унікальній функції міжнародного права — регулюванню міжнародних відносин. Кінець кінцем це негативно позначиться і на правах людини. Тому — робить висновок проф. Лукашук — навряд чи випадково держави і їх організації поки не виражають готовності визнати за індивідом статус суб'єкта міжнародного права” (виділено — М.В.)<sup>4</sup>.

С.В. Черниченко в одній з своїх фундаментальних робіт „Теорія міжнародного права” також застерігає від гіпертрофірування ролі індивіда в міжнародному праві і не погоджується з аргументами щодо міжнародної правосуб'єктності фізичної особи<sup>5</sup>.

Необхідно підкреслити, що міжнародно-правові акти, тобто узгоджені обов'язкові міжнародні документи, в яких вирішувалось би питання

---

1 Тимченко Л.Д. Индивиды и международные неправительственные организации как субъекты международного права // Тимченко Л.Д. Международное право. – Харьков, 1999. – С. 47.

2 Ковлер А.И. Международная правосубъектность индивида: продолжение дискуссии // Международное право XXI века. Игорь Иванович Лукашук / Под ред. д.ю.н., проф. В.Г.Буткевича. – К., 2006. – С. 291.

3 Лукашук И.И. Международное право. Общая часть. Учебник. – М., 1996.

4 Лукашук И.И. Международное право. Общая часть. Учебник. – М., 1996. С. 209-210

5 Черниченко С.В. Теория международного права. В 2-х тт. – М., 1999. – Т. 1. – С. 11, 115-123.

правосуб'єктності фізичної особи в міжнародному праві відсутні. Зрозуміло, що відсутні посилання або тлумачення такого матеріалу універсальними міжнародними судовими установами. Бо згідно ст. 34 Статуту МС ООН „Тільки держави можуть бути сторонами в справах, що їх розглядає Суд”. Дискусія чиниться між правознавцями, які, як ми бачимо, займають різні позиції від проголошення індивіда суб'єктом МП або формування його такого статусу або визнання за ним певної міжнародної правосуб'єктності до констатації відсутності такої.

Більшість як вітчизняних, так і закордонних прихильників теорії міжнародної правосуб'єктності індивіда в якості основних доказів цього приводять аргументи про те, що 1) міжнародне право може безпосередньо створювати для особи права й обов'язки, 2) можливість індивіда звертатися в міжнародні судові установи для захисту своїх прав, і 3) що індивіди є суб'єктами міжнародної кримінальної відповідальності за міжнародні злочини і тому є суб'єктами МП.

Розглянемо ці докази як в теоретичному так і в практичному плані.

Частіш за все володіння індивіда міжнародними правами фахівці зв'язують із актуальними і винятково важливими для цивілізованого людства універсальними і регіональними міжнародно-правовими актами, норми яких регулюють співробітництва держав з питань захисту прав людини. Частіш за все посилаються на такі документи як: Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права 1966 р. і Міжнародний пакт про громадянські і політичні права і факультативний протокол до нього 1966 р., Європейську конвенцію про захист прав людини і основних свобод 1950 р. та 14 Протоколів до неї, інші регіональні конвенції у галузі міжнародного права прав людини та міжнародного гуманітарного права, Статути Міжнародних військових трибуналів в Нюрнберзі та Токіо та двох Міжнародних трибуналів ( по Югославії 1993 та Руанді 1994), створених рішеннями Ради Безпеки ООН для судового переслідування осіб, відповідальних за серйозні порушення міжнародного гуманітарного права, Римський Статут Міжнародного кримінального суду.

Проаналізуємо характерні статті таких документів. Наприклад, у Преамбулі до Пакту про економічні, соціальні і культурні права фіксується, що „Держави що беруть участь у цьому Пакті,... погоджуються про нижченаведені статті :” і далі з ст.2 по ст.16 — статті основної частини Пакту — починаються з фраз “Держави, що беруть участь у цьому Пакті зобов'язуються...” або «Держави, що беруть участь у цьому Пакті визнають...». Наприклад, ст.2, передбачає, що “1. Кожна держава, яка бере участь в цьому Пакті, зобов'язується в індивідуальному порядку й у порядку міжнародної допомоги та співробітництва, зокрема в економічній і технічній галузях, вживати в максимальних межах наявних ресурсів заходів для того, щоб забезпечити поступово повне здійснення визнаних у цьому Пакті прав усіма належними засобами, включаючи, зокрема, вживання законодавчих заходів” У цих статтях йдеться про обов'язки держав, що беруть участь в ньому, визнавати та здійснювати закріплені у ньому права

людини, але не наділяє цими правами безпосередньо індивіда. Відповідно до цих положень держави надають такі права у внутрішньодержавному праві.

Більш чітко такі зобов'язання сформульовані й у Пакті про громадянські і політичні права. А саме, п.2 ст.2 передбачає „Якщо це вже не передбачено існуючими законодавчими чи іншими заходами, кожна держава-учасниця цього Пакту зобов'язується вжити необхідних заходів відповідно до своїх конституційних процедур і положень цього Пакту для вжиття таких законодавчих або інших заходів, які можуть виявитися необхідними для здійснення прав, визнаних у цьому Пакті”.

Безперечно держави є суб'єктами Пактів, і вони беруть на себе обов'язок надавати певні права індивідам на їх територіях під їх юрисдикцією. І цілком правий І.І. Лукашук, коли пише про те, що “Об'єктом регулювання норм про права людини, як і інших норм міжнародного права, є міждержавні відносини, у даному випадку — відносини співробітництва з заохочення поваги до прав людини. Що ж стосується людини, то вона користується плодами такого співробітництва, здійснюючи відповідні права на основі національного права, що закріпило результати міжнародного співробітництва<sup>1</sup>. Розглянутий приклад не дає підстав для розгляду фізичної особи як суб'єкта наведених міждержавних, міжнародно-правових відносин.

На обґрунтування цієї думки приведемо також часто застосовуваний приклад ЄКЗПЛ. Згідно з положенням Преамбули Європейської конвенції про захист прав людини і основних свобод: «Уряди держав — членів Ради Європи, які підписали цю Конвенцію,... домовилися про таке:» і далі в ст. 1 конкретується, що “Високі Договірні Сторони гарантують кожному, хто перебуває під їхньою юрисдикцією, права і свободи, визначені в розділі I цієї Конвенції”. Розділ I перелічує певні права і свободи людини: на життя, особисту недоторканість, свободу думки, совісті і релігії і т.д. Застосовуються формулювання: „кожен має право”, „нікого не може бути піддано”, „нікого не може бути визнано” тощо. Наприклад, ст. 5 наголошує „Кожен має право на свободу та особисту недоторканість”, ст. 9 „Кожен має право на свободу думки”. Це перелік загальновідомих міжнародних стандартів прав людини, але чи наділяють вони фізичних осіб міжнародною правосуб'єктністю? Повертаємось до ст.1 і уважно її читаємо. Спеціальний науковий аналіз не потрібен для того, щоб визначити суб'єктів Конвенції і ті міжнародно-правові відносини, які вони погодились регулювати. Може виникнути питання про уряди держав-членів РЄ як суб'єктів міжнародного права, але ст. 59 дає відповідь на це «Ця Конвенція відкрита для підписання членами Ради Європи (тобто державами- М.В.). Вона підлягає ратифікації». Не виникає сумніву, що в цій Конвенції держави-учасниці узгодили перелік прав і свобод, що будуть надаватися особам, які проживають у таких державах. Сам по собі

---

1 Лукашук И.И. Международное право. Общая часть. Учебник. – М., 1996. С. 17

він не перетворює індивідів у суб'єктів міжнародного права, а означає лише те, що учасники відповідного договору беруть на себе взаємне зобов'язання гарантувати кожному такі права і свободи всіма наявними в їх розпорядженні правовими і організаційними засобами.

Так само як, наприклад не є доказом міжнародної правосуб'єктності морських човнів стаття 52 Конвенції ООН з морського права 1982 р., де йдеться про те, що «... човни всіх держав користуються правом мирного проходу через архіпелажні води...» або стаття 5 Конвенції про міжнародну цивільну авіацію про те, що „Кожна Договірна держава погоджується, що всі повітряні судна інших держав, ...мають право, за умови дотримання положень цієї конвенції, здійснювати польоти на його територію...”. Човен або повітряне судно — суб'єкт міжнародного права — правовий абсурд, який ніхто не буде оскаржувати. Тому й наведені вище приклади не дають безумовно позитивної відповіді на питання про правосуб'єктність фізичної особи.

Другий розділ ЄКЗПЛ створює Європейський суд з прав людини. Існують і інші можливості прямого доступу фізичних осіб в міжнародні органи, що пов'язано із поширенням тенденції до захисту їхніх прав за допомогою міжнародних механізмів. Саме створення контрольних механізмів у сфері прав людини також значно поширило коло представників науки міжнародного права, які дотримуються концепції міжнародної правосуб'єктності індивіда.

Таким чином, другим доказом міжнародної правосуб'єктності фізичної особи є посилання на вільне звернення із повідомленнями або скаргами фізичних осіб про захист прав у міжнародні квазісудові та судові установи.

Необхідно відзначити, що, як зазначалось, головний універсальний судовий орган — Міжнародний Суд ООН у ст. 34 свого Статуту передбачає, що “1. Тільки держави можуть бути сторонами в справах, що розглядаються в Суді”. Тобто доступ до МС ООН фізичних осіб не передбачається.

Фактом є те, що сьогодні у відповідності із чинними універсальними конвенціями існує лише шість контрольних договірних органів<sup>1</sup> з відповідними аналогічними процедурами звернення фізичних осіб, але виключно за певних умов.

Базова концепція полягає в тому, що будь-яка особа може подати скаргу про передбачуване порушення договірних прав групі експертів, яка встановлюється даним договором для квазісудового розгляду. Цими «договірними органами», як їх часто іменують, є комітети, що складаються з незалежних експертів, обраних державами-учасниками відповідного договору. Проте, скарга у відповідності з будь-яким з шести договорів може бути подана лише проти держави, яка відповідає двом умовам. По-перше, вона має бути учасником

---

1 Комітет з прав людини, Комітет з ліквідації расової дискримінації, Комітет з ліквідації расової дискримінації щодо жінок, Комітет проти катувань, Комітет із захисту прав всіх трудящих-мігрантів та членів їхніх сімей, Комітет з прав інвалідів.

вказаної угоди, яка ратифікувала або іншим чином прийняла даний договір. По-друге, держава-учасник має визнати компетенцію комітету (факультативне положення — тобто вільний вибір державою зобов'язання про застосування чи ні такої процедури), установлену згідно з відповідною угодою для розгляду скарг окремих осіб. Наприклад, у випадку Міжнародного пакту про громадянські і політичні права і Конвенції про ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок держава визнає компетенцію відповідних комітетів унаслідок того, що вона стає учасником окремого договору, — першого Факультативного протоколу до Пакту та Факультативного протоколу до Конвенції. І лише за задоволення зазначених двох умов будь-яка особа може подавати до Комітету скаргу проти держави, стверджуючи, що його або її права, передбачені у відповідному договорі, були порушені.

Таким чином держава, як безпосередній суб'єкт міжнародних правовідносин вирішує питання про надання права фізичній особі, як суб'єкту свого національного правопорядку, на звернення і участь у такому квазісудовому розгляді. У даному випадку правоздатність і дієздатність за такими договорами з прав людини мають держави. Деліктоздатність, за бажанням держави надається нею фізичній особі, як об'єкту певних правовідносин між суб'єктами міжнародного права.

Посилання на діяльність Європейського Суду з прав людини Ради Європи заслуговують на більш ретельну увагу. Стаття 33 Європейської конвенції про захист прав людини і основних свобод передбачає „Міждержавні справи”, відповідно, будь-яка Висока Договірنا сторона може передати на розгляд Суду питання про будь-яке порушення положень Конвенції іншою Стороною. А ст. 34 передбачає „Індивідуальні заяви” в якій йдеться про те, що „Суд може приймати заяви від будь-якої особи, неурядової організації або групи осіб, що вважають себе потерпілими від порушення однією з Високих Договірних Сторін прав, викладених у Конвенції або протоколах до неї. Високі Договірні Сторони зобов'язуються не перешкоджати здійсненню цього права”.

З приводу останнього речення у статті 34 існує цікавий, загальновідомий факт про те, що до реформування Суду за існування Комісії, яка розглядала такі скарги, Комісія підготувала шereg негативних доповідей щодо прав людини у Греції за часів диктаторського режиму, який було встановлено в результаті військового заколоту у квітні 1967 р. Після цього Греція відмовилася від членства в Раді Європи і 12 грудня 1969 р. денонсувала Європейську конвенцію 1950 р., та Протокол № 1, що позбавило її громадян і мешканців права на звернення і захист своїх прав в Комісії. Після падіння військової диктатури 28 листопада 1974 р. Греція знов ратифікувала Конвенцію і Протокол N 1. Такими діями Греція повернула права на звернення і захист конвенційних прав у цій міжнародній інституції, тим хто перебуває під її юрисдикцією.

Іншою, важливою для розуміння питання є ст.15 Конвенції під назвою „Відступ від зобов'язань під час надзвичайної ситуації”. В межах загальних

домовленостей держава може вжити заходів, що відступають від її зобов'язань за цією Конвенцією.

Зазначене свідчить по те: 1) що тільки особи, які перебувають під юрисдикцією держави-члена Ради Європи, яка підписала і ратифікувала цю Конвенцію може звертатись до Європейського суду з прав людини (такого права сьогодні, наприклад, позбавлені мешканці європейської країни Білорусь) та 2) що Європейський Суд має змогу впливати (втручатися) на внутрішні справи держави — члена Ради Європи до того часу поки уповноважена на те державна інституція вважатиме це за доцільне (випадок з Грецією, ст. 15 Конвенції).

Про це йдеться також у п.4, ст.55 Конституції України, де закріплене право індивіда на звернення «... до міжнародних організацій, членом або учасницею яких є Україна». Тобто це право надається особі національним правом України і виключно в межах її міжнародних зобов'язань. Виникає питання — чи можна казати про вільний доступ осіб до такого Суду і їх міжнародну правосуб'єктність, коли цією можливістю наділяє індивіда не міжнародне право, а компетентний державний національний орган? Позитивна відповідь проблематична. Проте, з впевненістю можна казати, що питання про наявність або відсутність міжнародної правосуб'єктності індивіда не впливає на його право на міжнародний судовий захист в міждержавних судових установах членом або учасницею яких є держава, як універсальний суб'єкт міжнародного права. Певні держави домовилися між собою щодо визнання кожної з них можливості прямого звернення індивідів до міжнародних правозахисних установ та організацій.

Про прямі обов'язки індивідів перед міжнародним правом, а відповідно про міжнародну правосуб'єктність, говорять у випадках їх міжнародно-правової відповідальності за скоєні ними злочини проти миру та безпеки людства. Наприклад, Конвенція про попередження злочину геноциду і покарання за нього 1948 р., у ст.1 передбачає, що “Договірні Сторони підтверджують, що геноцид незалежно від того, чи відбувається він у мирний час або військовий час, є злочином, що порушує норми міжнародного права і проти якого вони зобов'язуються вживати заходів попередження і карати за його вчинення” а ст.УІ наголошує, що “Особи, обвинувачувані у вчиненні геноциду або інших перелічених у статті III діянь, повинні бути засуджені компетентним судом тієї держави, на території якого було скоєне це діяння, або таким міжнародним карним судом, що може мати юрисдикцію у відношенні Сторін цієї Конвенції, що визнали юрисдикцію такого суду”.

В наведених статтях Конвенції йдеться про те, що обов'язок у покаранні осіб, обвинувачуваних у вчиненні геноциду, покладено на держави, як суб'єкти міжнародного права, що беруть в ній участь. І лише в тому випадку, якщо держави створять міжнародний карний суд і визнають його юрисдикцію вони можуть передати злочинців на його розгляд для того щоб привернути увагу світової громадськості і підкреслити ступінь їхньої небезпеки для людства. Не має

сумніву, що суб'єктами даних конвенційних правовідносин є держави-учасниці Конвенції, але не обвинувачувані у вчиненні геноциду особи.

В окремих випадках держави шляхом укладання міжнародних договорів (Статутів) для покарання військових злочинців, за вчинення міжнародних злочинів проти світу і людяності, створювали міжнародні карні суди, наприклад Нюрнберзький і Токійський військові трибунали 1946 р. Є приклади створення Міжнародних трибуналів відповідно до рішень Ради Безпеки ООН. У 1993 р. був створений Міжнародний трибунал для судового переслідування осіб, винних у вчиненні злочинів на території колишньої Югославії, у 1994 Міжнародний трибунал для судового переслідування осіб, відповідальних за геноцид та інші серйозні порушення міжнародного гуманітарного права, скоєні на території Руанди та сусідніх держав. Дані злочини на пряму частіше пов'язані не з індивідуальним проявом злочинних дій індивідів, а зі злочинною діяльністю злочинних військових режимів, органів держав та їх керівників. В даному випадку держави особисто на основі договорів або за допомогою органів міжнародних організацій, яким вони делегували таку компетенцію, створюють такі міжнародні трибунали, де злочинці виступають як об'єкти певних правовідносин держав, які вирішили покарати їх саме таким чином. Чи є такі злочинці суб'єктами міжнародного права? Чи можна казати в цьому випадку про повну чи обмежену міжнародну правосуб'єктність осіб? Ми впевнилися що ні.

17 липня 1998 р. в Римі дипломатична конференція повноважних представників держав-членів ООН ухвалила Статут Міжнародного кримінального суду, що набув чинності 1 липня 2002 р. Статут не передбачає індивідуальних скарг фізичних осіб (МКС може здійснювати свою юрисдикцію у трьох випадках:

- 1) за зверненням держави-учасниці;
- 2) за зверненням Ради Безпеки ООН, що діє на підставі Глави VII Статуту ООН і порушує питання про проведення розслідування;
- 3) Прокурор самостійно розпочинає попереднє розслідування на підставі отриманої інформації про вчинення злочинів, що підпадають під дію Статуту (ст.13), проте володіє юрисдикцією стосовно фізичних осіб у відповідності зі Статутом. Особа, яка скоїла злочин, що підпадає під юрисдикцію Суду, несе індивідуальну відповідальність відповідно до його положень (ст. 25).

Слід особливо зазначити, що головним принципом організації та діяльності Суду є принцип комплементарності: МКС не замінює, а доповнює національні органи кримінальної юстиції. На практиці це означає, що Суд здійснює свою юрисдикцію лише у випадках, коли відповідні держави не можуть або не бажають забезпечити ефективне переслідування осіб, що підозрюються у вчиненні згаданих вище міжнародних злочинів. При цьому критерії небажання або нездатності державі чітко визначені у пп. 2 і 3 ст.17 Статуту з чим добровільно погоджуються держави-учасниці за ратифікації чи приєднання до угоди.

Крім того необхідно також відзначити, що фізичні особи, на думку пе-



реважної більшості фахівців та наведених вище прикладів, не можуть бути незалежними від держав-учасниць учасниками міжнародних договорів та правозахисних організацій, самостійно створювати і реалізовувати міжнародні права й обов'язки, не можуть бути учасниками міжнародних міжурядових організацій, а в Міжнародному Суді ООН їхні інтереси, у якості дипломатичного захисту, можуть захищати лише держави, як суб'єкти міжнародного права.

Виходячи з вищевикладеного можна зробити висновок про те, що фізичні особи в сфері дії сучасного міжнародного права не можуть самостійно без участі держав володіти ні дієздатністю ні правоздатністю ні деликтоздатністю. Тривала дискусія з цього питання свідчить, що досить суперечливою є і думка, що фізична особа є об'єктом міжнародного права. Сучасна правова реальність підводить до висновку про те, що права людини є об'єктом міжнародних правовідносин держав і в результаті можливим об'єктом міжнародного права. Слушною здається пропозиція Ю.М. Колосова для визначення статусу фізичної особи застосовувати визначення „дестинатор міжнародного права”<sup>1</sup>, можливо „адресат” або „бенефіціарій” тобто особа на користь якої був укладений міжнародний договір між державами.

Зрозуміло бажання фахівців з міжнародного права якнайшвидше наблизити золоту еру людства і поставити інтереси і права людини під цілковитий і остаточний захист і суворий контроль міжнародного права, відокремив її як самостійний суб'єкт міжнародного права, але це гуманне прагнення сьогодні поки що не відповідає міжнародно-правовій дійсності, про що свідчать реалії теорії і практики так само, як і останні події у світі — Косові, Чечні, Афганістані, Іраку, Бурунді, Руанді, Сомалі, Абхазії, Південній Осетії та інших країнах і регіонах.

На підставі викладеного можна зробити висновок про те, що фізична особа може бути визнана в майбутньому суб'єктом міжнародного права державами в їх багатосторонніх чи двосторонніх договорах, які сьогодні відсутні. Або якщо уявити, що людство коли-небудь, створить державно-організаційну форму на кшталт Світового Союзу, правові відносини якого буде регулювати світове право, тоді індивіди певно по праву будуть визначатись основним суб'єктом такого права. Проте фантастика — це зовсім інша галузь нашого мислення, відмінна від сучасного міжнародного права.

---

1 Колосов Ю.М. Некоторые вопросы международного права // СГП, 1990. - № 11. - С. 89

# СОВРЕМЕННОЕ СОСТОЯНИЕ ПРИНЦИПА НЕПРИМЕНЕНИЯ СИЛЫ ИЛИ УГРОЗЫ СИЛОЙ В МЕЖДУНАРОДНЫХ ОТНОШЕНИЯХ

**Арам ОРБЕЛЯН**, кандидат юридических наук

*În pofida declarării războiului ca fiind un fenomen vădit ilegal, acesta poate fi constatat și în secolul XXI. Acest fapt contravine flagrant principiul neaplicării forței în relațiile dintre state, care este unul dintre cele zece principii de bază ale dreptului internațional public. Prezentul articol vizează starea actuală a procesului de respectare și implementare a prezentului principiu.*

Вопрос применения (или, точнее, ограничения применения) силы был и остается одним из важнейших в международном праве. В качестве одного из основных принципов современного международного права называется принцип неприменения силы или угрозы силой<sup>1</sup>.

Изучение юридической природы и современного состояния принципа неприменения силы имеет исключительную важность для международных отношений, а также должно служить отправной точкой для изучения институтов и норм международного права, регулирующих применение вооруженных сил (института самообороны, гуманитарной интервенции, вооруженных действий в рамках концепции необходимости и т.д.).

## ***Юридическая природа принципа неприменения силы***

Ст.2.4 Устава ООН закрепила принцип, согласно которому «Все члены Организации Объединенных Наций воздерживаются в их международных отношениях

---

1 См., например: Декларация о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций, утвержденная резолюцией ГА 2625 (XXV) от 24 октября 1970 г.; Курс международного права: в семи томах, том 2: Основные принципы международного права. М., 1989. СС.64–86 и др. В доктрине можно встретить различные названия этого принципа. Например Г.И. Тункин выделяет принцип ненападения (Тункин Г.И. Теория международного права. М., 2000. С.40); Р.Л. Бобров выделяет «Группу принципов, обобщаемых принципом обязательности поддержания международного мира и безопасности» куда кроме прочих входит «а) принцип запрещения применения силы и угрозы ею (прежде всего: запрещения агрессии)» (Бобров Р.Л. Основные проблемы теории международного права. М., 1968. С.197.) и др., однако после принятия Декларации о принципах МП 1970 года данный принцип всё чаще стал называться «принцип неприменения силы или угрозы силой».

от угрозы силой или ее применения как против территориальной неприкосновенности или политической независимости любого государства, так и каким-либо другим образом несовместимым с Целями Объединенных Наций».

Необходимо определить юридическую природу изучаемого принципа<sup>1</sup>.

В доктрине иногда высказывается позиция, что в международном праве никогда не существовал такой принцип. Такой позиции, из российских авторов, придерживается, в частности, проф. Ю.Н. Малеев. Согласно его позиции, не существовало и соответственно не существует принципа неприменения силы в международных отношениях, а вместо этого существует принцип адекватного и пропорционального применения силы<sup>2</sup>, т.е. международное право никогда не запрещало, но только регулировало и сужало право государств прибегнуть к силе. К такому выводу он приходит путем толкования ст. 2(4) Устава ООН и других актов, развивающих и конкретизирующих эту статью, указывая на терминологическое разнообразие<sup>3</sup> в различных источниках, посвященных указанному принципу. Он также указывает на полезность пропорциональной и адекватной силы для нормального развития международных отношений<sup>4</sup>. Основной аргумент состоит в том, что Устав содержит формулировку «*воздерживаются*» (курсив наш — А.О.) от угрозы силой или её применения», что не означает запрет такого применения, а всего лишь пожелание неприменения.

Автор статьи не может согласиться с таким толкованием ст.2.4 Устава ООН. Согласно правилам толкования норм, закрепленных в частности в ст. 31 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 года «договор должен толковаться добросовестно в соответствии с обычным значением, которое следует придавать терминам договора в их контексте<sup>5</sup>, а также в свете объекта

---

1 История становления и развития принципа неприменения силы и угрозы силой подробно рассмотрена например: Курс международного права: в семи томах, том 2: Основные принципы международного права. М., 1989. СС. 64—86; Менжинский В.И. Неприменение силы в международных отношениях. М., 1976. Мельков Г.М. Международно-правовые вопросы применения силы в международном праве и международной практике государств на рубеже XX—XXI веков // РЕМП 1998—1999. СПб., 1999. СС. 200—207.

2 Малеев Ю.Н. Реабилитация адекватного и пропорционального применения силы // МЖМП №3 (55). 2006. С.37; См. также: Малеев Ю.Н. Силовая составляющая международного права // РЕМП 2005. СПб., 2006. СС. 96—115.

3 В различных текстах используются термины — **воздержаться** от применения силы и угрозы силой, **неприменение** силы и угрозы силой, **отказ** от угрозы силой или её применения и др.

4 Малеев Ю.Н. Реабилитация адекватного и пропорционального применения силы // МЖМП. № 3 (55). 2006. С. 31—47.

5 Согласно ст.31.2 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 года, «для целей толкования договора контекст охватывает, кроме *текста* (курсив автора — А.О.), включая преамбулу и приложения:

а) любое соглашение, относящееся к договору, которое было достигнуто между всеми участниками в связи с заключением договора;

и целей договора». Эти правила толкования имеют также обычно правовой характер, на что в частности указала Постоянная Палата Международного Правосудия. Например, в деле о польской почтовой службе в Данциге указывается: «то, что слова должны толковаться в том смысле, который они обычно имеют в контексте, если только такое толкование не приведет к чему-либо неразумному или абсурдному, является основным принципом толкования»<sup>1</sup>. Такое понимание толкования было подтверждено также и практикой Международного Суда ООН<sup>2</sup>.

Термин «воздержаться» в толковых словарях русского языка определяется как «удержать себя от какого-нибудь действия, отказаться от чего-нибудь»<sup>3</sup>. Таким образом, в обычном значении он является синонимом термина «отказаться», и хотя и можно оспаривать политический вес этих двух терминов, с правовой точки зрения они идентичны.

Кроме вышесказанного, нормы должны толковаться исходя из принципа эффективности. В деле о территориальном споре между Ливийской Арабской Джамахирией и Чадом Международный Суд указал, что принцип эффективности является одним из фундаментальных принципов толкования договоров, которого последовательно придерживается международная судебная практика<sup>4</sup>.

На наш взгляд наиболее полно содержание этого принципа было определено апелляционной камерой Международного Уголовного Трибунала для бывшей Югославии в решении от 2 октября 1995 года по ходатайству защиты относительно юрисдикции Трибунала в деле Тадича. Согласно позиции Трибунала «в пределах, допустимых с точки зрения существующего международного права, Статут должен толковаться так, чтобы обеспечить эффективность этой цели (осуждение преступников и как следствие восстановление мира на территории бывшей Югославии — примечание автора)»<sup>5</sup>.

Соответственно, для правильного толкования норм Устава ООН, важно определить какую цель преследовали государства при ее заключении, и какие

---

б) любой документ, составленный одним или несколькими участниками в связи с заключением договора и принятый другими участниками в качестве документа, относящегося к договору».

1 Polish postal service in Danzig, Judgement, 1925, P.C.I.J., Series B, No. 11. P.39.

2 См. например Competence of the general assembly for the admission of a state to the, Advisory opinion of March 3<sup>rd</sup> 1950: I.C.J. Reports 1950. P.8 и др.

3 Словарь русского языка (4е издание) / С.И. Ожегов. — М., 2007; Толковый словарь русского языка / Д.Н. Ушаков. — М., 2007.

4 Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya / Chad), Judgment I.C.J. Reports 1994. P.25, см. также The Lighthouses Case between France and Greece, Judgment, 1934, P.C.I.J., Series A/B. No. 62. P.27; Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), I.C.J. Reports 1971. P.35, para.66; Aegean Sea Continental Shelf; I.C.J. Reports 1978. P.22, para.52

5 <http://www.un.org/icty/tadic/appeal/decision-e/51002.htm>

цели преследует Организация в своей деятельности. Основные цели Устава ООН определены в Преамбуле и ст.1 Устава. Согласно пункту 1 ст.1. Устава, Организация преследует цель «поддерживать международный мир и (международную — А.О.) безопасность и с этой целью принимать эффективные *коллективные* меры для предотвращения и устранения угрозы миру и подавления актов агрессии или других нарушений мира и проводить *мирными средствами* ... улаживание или разрешение международных споров или ситуаций, которые могут привести к нарушению мира (курсив автора — А.О.)».

Для определения целей создания ООН необходимо также обратиться к подготовительным материалам и документам, приведшим к созданию ООН. Авторы Атлантической Хартии от 14 августа 1941 года<sup>1</sup> утверждали, что «они считают, что все государства мира должны по соображениям реалистического и духовного порядка отказаться от применения силы, поскольку никакой будущий мир не может быть сохранен, если государства, которые угрожают или могут угрожать агрессией за пределами своих границ, будут продолжать пользоваться сухопутными, морскими и воздушными вооружениями»<sup>2</sup>. Участники Декларации четырех государств по вопросу о всеобщей безопасности «обязались не применять по окончании войны своих вооруженных сил на территории других государств без совместной консультации, причем применение ограничивалось только целями, предусмотренными в Декларации (п. 6)»<sup>3</sup>.

Существующий текст Главы 1 Устава ООН был разработан во время конференции в Думбартон–Оксе и почти без изменений был принят на конференции в Сан–Франциско. Во время обсуждений проекта в Комитете I–1 (рассматривал преамбулу к Уставу и главы I (цели Организации) и II (принципы Организации) текста, принятого в Думбартон–Оксе) было сделано предложение перенести имеющуюся в п.1 и относящуюся к улаживанию и разрешению споров и ситуаций формулу «в согласии с принципами справедливости и международного права» в первую строчку п.1 относящегося к поддержанию международного мира и безопасности, т.е. указать, что перед Организацией ставится цель «поддерживать международный мир и безопасность в согласии с принципами справедливости и международного права». Однако это предложение не набрало достаточное количество голосов, и не было принято. В качестве обоснования отказа приводился довод, что такая формулировка ослабила бы действенность основной цели Организации: поддержания международного мира и безопас-

---

1 Участники Декларации ООН от 1 января 1942 года присоединились к общей программе целей и принципов, воплощенной в общей Декларации Президента США и Премьера Великобритании от 14 августа 1941 года.

2 Цит. по: Крылов С.Б. История создания ООН: разработка текста Устава ООН (1944—1945). М., 1960. С.17.

3 Там же, с.20. (декларация была принята на Московской конференции министров иностранных дел СССР, США и Великобритании 19–30 октября, тремя министрами иностранных дел, а также специально приглашенным китайским делегатом).

ности, и могла бы задержать принятие Организацией необходимых мер<sup>1</sup>.

Таким образом, можно заметить, что для составителей Устава первое место в иерархии ценностей занимал «международный мир и безопасность», т.е. составители Устава ООН целью ставили абсолютное запрещение применения силы даже в справедливых целях (по согласованной воле участников Устава все несправедливости должны были быть устранены мирными средствами). Как заметил американский проф. А.К. Арэнд, справедливость предполагалась, но ни в коем случае не за счёт мира. Авторы Устава, исходя из опыта двух мировых войн, были уверены, что больше вреда мировому сообществу было причинено, когда государства брались за оружие с целью борьбы за справедливость, чем когда жили в мире с определенной долей несправедливости<sup>2</sup>.

Такой позиции относительно очередности Целей ООН придерживался Международный Суд в своем консультативном заключении о некоторых расходах ООН: «Естественно, что в Уставе ООН первостепенное значение придается [цели] поддержанию международного мира и безопасности, поскольку выполнение остальных поставленных целей зависит от осуществления этого основополагающего условия»<sup>3</sup>.

Также надо заметить, что Устав ООН возложил на Совет Безопасности основную ответственность за поддержание международного мира и безопасности. Таким образом, было бы абсурдно полагать, что Устав ООН, ставя целью сохранение и укрепление всеобщего мира и всеобщей безопасности, и создавая механизмы коллективного принуждения для достижения этих целей, не наложил бы общий запрет на одностороннее применение силы в международных отношениях.

Кроме этого, как уже отмечалось выше, обязательство, содержащееся в ст. 2.4 необходимо толковать с учетом контекста, т.е. в том числе и документов по этому же вопросу, а также всей последующей практики применения этого принципа.

Данный принцип был конкретизирован и развит в ряде резолюций ГА, в частности в Декларации о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами в соответствии с Уставом ООН<sup>4</sup>, в Декларации об укреплении международной безопасности<sup>5</sup>, в Декларации об усилении эффективности принципа отказа от угрозы силой

---

1 Крылов С.Б. История создания ООН: разработка текста Устава ООН (1944–1945). М., 1960. С.111.

2 Anthony Clark Arend and Robert J. Beck. International law and the recourse to force: a shift in paradigms // International law: classic and contemporary readings / ed. C. Ku, P.F. Diehl. London, 1998. P.328.

3 Certain expenses of the UN (Article 17, paragraph 2, of the Charter), Advisory Opinion of 20 July 1962: I.C.J. Reports 1962. P.168.

4 Резолюция ГА 2625 (XXV) от 24 октября 1970 г.

5 Резолюция ГА 2734 (XXV) от 16 декабря 1970 г.

или ее применения в международных отношениях<sup>1</sup>, в Определении агрессии года<sup>2</sup> и др.

На региональном уровне принцип неприменения силы или угрозы силой был подтвержден в Уставе ОАГ, в Статуте Африканского Союза, в Хельсинкском Заключительном акте СБСЕ и др.

Можно также обратиться к практике Международного Суда ООН<sup>3</sup>. Международный Суд ООН неоднократно обращался к вопросам толкования принципа неприменения силы в своих решениях и в консультативных заключениях<sup>4</sup>.

Анализ указанных и ряда других документов подтверждает понимание ст. 2.4 Устава ООН как запрещающего одностороннее применение силы.

Также к принципу неприменения силы обращались во время обсуждения императивных норм общего международного права. Во время обсуждения в Комиссии международного права соответствующих положений Проекта статей о праве международных договоров в качестве примера нормы *jus cogens* был назван запрет на «применение силы вопреки Уставу ООН»<sup>5</sup>.

Представитель СССР на Венской конференции О.Н. Хлестов, отметив возможность расхождения относительно содержания императивных норм, подчеркнул, что при всех условиях последние включают такие принципы, как принцип ненападения и невмешательства, суверенного равенства, национального самоопределения и иные принципы, указанные в ст.1 и 2 Устава ООН<sup>6</sup>.

1 Резолюция ГА 42/22 от 18 ноября 1987 г.

2 Определение агрессии, утвержденное резолюцией ГА 3314 (XXIX) от 14 декабря 1974 г.

3 Несмотря на то, что согласно ст.59 Статута Международного Суда «решение Суда обязательно лишь для участвующих в деле сторон и лишь по данному делу», подобные решения всё же имеют большое значение. Эти решения согласно ст.38 (d) Статута Суда являются вспомогательным источником права, т.е. не являются средством создания или изменения норм международного права, а только устанавливают существующее право (Лукашук И.И. Международное право: особенная часть. М., 2005. С.52.). По мнению ряда авторов решения Международного Суда входят в процесс нормообразования, как часть международной практики в том, что касается констатации наличия норм международного права или их толкования (Тункин Г.И. Теория международного права. М., 2000. С.163.).

4 *Corfu Channel Case, Judgment of April 9<sup>th</sup>, 1949: I.C.J. Reports 1949. P.4; United States diplomatic and consular staff in Tehran, Judgment, I.C.J. Reports, 1980. P.3; Military and paramilitary activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986. P.14.; Oil platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 2003. P.161; Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Judgment, 2005; Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1996. P.226; Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 2004. P.136.* Подробным анализ указанных дел с точки зрения вопроса применения силы см. Орбелян А.С. Вопросы применения силы в решениях Международного Суда ООН // МЖМП. № 2 (70). 2008. СС.94–107.

5 Paragraph (1) of the commentary of the Commission to Article 50 of its draft Articles on the Law of Treaties, ILC Yearbook, 1966-II. p.247

6 И.И. Лукашук. Современное право международных договоров: том 2. М., 2006. С.146.

США также согласились с редакцией соответствующей статьи, при этом в категорию императивных норм они отнесли нормы, указанные в комментарии Комиссии. В целом большинство стран согласилось с включением принципа неприменения силы или угрозы силой в перечень норм *jus cogens*.

Таким образом, можно констатировать, что составители Устава в основу послевоенного публичного порядка ставили кроме прочих и принцип неприменения силы и угрозы силой. К тому же данный принцип имеет характер нормы *jus cogens*.

### *Современное состояние принципа неприменения силы или угрозы силой*

К сожалению, коллективной системе безопасности, основанной на Уставе ООН, так и не удалось в полной мере заработать. Как следствие, после принятия Устава ООН, имело место множество случаев одностороннего применения силы<sup>1</sup>. Из-за этого стал обсуждаться вопрос о современном состоянии *jus ad bellum*, и, соответственно, правовой силе принципа, заключенного в ст.2(4) Устава ООН. Обзор доктрины и практики показывает три основополагающих подхода в вопросе современного содержания и юридической силы принципа неприменения силы<sup>2</sup>.

**Первую условную группу** исследователей объединяет **нигилистическое понимание** обязательства, содержащегося в ст.2(4)<sup>3</sup>. Согласно позиции проф. Т. Фрэнка<sup>4</sup> запрет на применение силы являлся одним из основных принципов международного права сразу после принятия Устава ООН, однако из-за в корне различающейся практики государств «запрет против применения силы в отношениях между государствами более не является признанной нормой»<sup>5</sup>.

1 Например с 1946 г. по 1986 г., когда имели место не менее 60 международных вооруженных конфликтов, СБ ООН лишь **дважды** определил существование «нарушение мира» в соответствии со ст.39 Устава — в отношении Кореи (1950 г.) и Фолклендского конфликта (1986 г.). В течение того же периода Совет лишь дважды упомянул «агрессию» в отношении Израиля и Южной Африки и определил не более семи случаев «угрозы международному миру и безопасности». В тот же период СССР использовал свое право вето 114 раз, США — 69 раз, Великобритания — 30, Франция 18 и Китай 3. (источник: United Nations, *Divided World: The UN'S Role in International Relations* (ed. A. Roberts, B. Kingsbury). Oxford, 1993. P.10.

2 Anthony Clark Arend and Robert J. Beck. *International law and the recourse to force: a shift in paradigms // International law: classic and contemporary readings* / ed. C. Ku, P.F. Diehl. London, 1998. P.330. Он называет первый подход — «rejectionist approach», второй подход «core interpretist approach» и третий подход — «legalist approach». Необходимо учитывать, что такое деление является во многом условным.

3 Такого понимания явно придерживались в основном только американские проф. Т. Фрэнк и А.К. Арэнд.

4 T. Frank. *Who Killed Article 2(4)? Or: Changing norms governing the use of force by states* // *AJIL* Vol. 64. No 4. 1970. PP.809-837.

5 Там же, с.835. См. также: Michael Y. Kieval. *Be reasonable! Thoughts on the effectiveness of state criticism in enforcing international law* // *Michigan Journal of International Law*. Vol. 26. No. 1. 2005.



Это, на его взгляд, произошло из-за трех основных факторов: «рост национально освободительных войн», «рост риска войн полного уничтожения (total destruction wars)», и «рост авторитарности региональных систем безопасности, руководимых сверхдержавами»<sup>1</sup>. Он сразу же уточняет, что все эти три фактора берут свое начало в единственном обстоятельстве: отсутствие согласованности между юридической обязанностью, содержащейся в ст.2(4) Устава ООН, и национальными интересами государств, особенно сверхдержав. Как писал проф. Т. Фрэнк, «практика этих государств так сильно пошатнула взаимное доверие, которое являлось условием *sine qua non* действия нормы поведения, воплощенного в ст.2(4) Устава ООН, что от этой статьи остались только слова»<sup>2</sup>.

В дальнейшем он подтвердил свое понимание относительно правовой силы ст.2(4). Он признал очевидное отсутствие контроля поведения субъектов предполагаемой нормой, регулирующей применение силы. Как указывает проф. Т. Франк, «множество международно-правовых «норм», часто многократно повторяющихся в официальных текстах, которые запрещают прямое или косвенное вмешательство одних государств во внутренние дела других государств; предотвращают агрессивное применение силы одними государствами против других; требуют строгого соблюдения прав человека, к сожалению, не предпрещают поведение государств»<sup>3</sup>. Исходя из суверенитета государств и согласительной природы международного права, проф. Франк делает вывод, что если норма не регулирует поведение государств, то она более не может считаться действующей нормой.

Таким образом, резюмирует он, в современном международном праве не существует общего принципа, запрещающего применение силы, а существует ряд специальных норм и принципов, запрещающих конкретные случаи такого применения (например, запрет агрессии, запрет наращивания территории через применение силы, ничтожность договоров, заключенных в результате угрозы силой или ее применения и т.д.).

Признавая потенциальную возможность изменения договорной нормы через отличающуюся практику государств<sup>4</sup>, мы хотели бы обратить внимание на ряд особенностей данного случая.

---

1 Там же.

2 Там же, С. 809.

3 Цит по: Anthony Clark Arend and Robert J. Beck. International law and the recourse to force: a shift in paradigms // International law: classic and contemporary readings / ed. C. Ku, P.F. Diehl. London, 1998. P.334.

4 Таким примером может служить норма, закрепленная в ст.5 Конвенции о международной гражданской авиации 1944 г., согласно которому «все воздушные суда ... имеют право, при условии соблюдения положений настоящей Конвенции, осуществлять полеты на его территорию или транзитные беспосадочные полеты через его территорию и совершать посадки с некоммерческими целями без необходимости получения предварительного разрешения...». По соображениям безопасности государства требовалось получение предварительного согласия на совершение указанных действий длительное время, и это требование не оспаривалось, так что можно говорить о появлении обычной нормы, отличающейся от существующей договорной нормы.

Во-первых, нужно заметить, что, несмотря на некоторые проблемы действия принципа неприменения силы, этот принцип продолжает контролировать поведение государств. С одной стороны, в то время, как можно посчитать случаи нарушения обязательства не применять силу или угрозу силой, достаточно сложно определить случаи, когда норма повлияла на поведение государств и последние воздержались от применения силы или от её угрозы. С другой стороны, так как большинство государств фактически не прибегает к силе, то можно констатировать, что принцип неприменения силы, в общем, контролирует поведение государств и как следствие является действующей нормой.

Во-вторых, каждый раз, когда государства всё же прибегали к одностороннему применению силы, они ссылались на право на самооборону, что разрешено согласно ст.51 Устава ООН или другие основания, предположительно разрешающее применение силы. Каждый случай злоупотребления осуждался другими государствами и международными организациями. В большинстве случаев вопрос также обсуждался в Совете Безопасности (в части случаев были приняты различные меры), а в некоторых случаях вопрос передавался в Международный Суд ООН. Таким образом, нельзя согласиться, что принцип неприменения силы или угрозы силой не влияет на поведение субъектов международного права и не является действующей нормой международного права.

В-третьих, как уже отмечалось, принцип неприменения силы или угрозы силой является фундаментальным и основным принципом международного права и имеет характер императивной нормы общего международного права (норма *jus cogens*). В соответствии со ст.53 Венской конвенции о праве международных договоров, нормой *jus cogens* «является норма, которая принимается и признается международным сообществом государств в целом как норма, отклонение от которой недопустимо и которая может быть изменена только последующей нормой общего международного права, носящей такой же характер».

Соответственно, для того, чтобы изменилась данная норма, необходимо было создание новой нормы *jus cogens*. Для выработки новой обычной правовой нормы кроме практики государств, необходимо также *opinio juris*. Однако, как уже говорилось выше, государства признавали действие принципа ст.2.4 Устава и не считали, что они нарушают его, а предполагали, что действуют на основе своего законного права на самооборону и т.д. К тому же, если учесть, что принцип является фундаментальным принципом международного права, то его изменение должно было бы привести к изменению всего мирового правопорядка с выработкой новых основных принципов, что на данный момент также не произошло.

Таким образом, мы считаем аргументацию проф. Т. Фрэнк относительно недействительности ст.2.4 Устава ООН несостоятельной.

**Вторая группа** исследователей<sup>1</sup> полагает, что, несмотря на то, что толкование ст.2(4) Устава ООН в строгом и широком смысле более не представляет действующее право, при узком толковании можно выделить некое «ядро» данной статьи, которое продолжает соответствовать официальной практике и в то же время контролировать деятельность государств и, как следствие, является действующим правом. Однако параллельно с этим «ядром» существуют также отдельные нормы, разрешающие в определенных случаях применение силы (последнее они толкуют шире, чем просто самооборона против совершившегося нападения).

Мнения ученых в отношении понимания «ядра» различаются. Некоторые полагают, что основной запрет на применение силы, закрепленный в ст.2(4) Устава ООН, продолжает действовать, кроме исключений, подтвержденных официальным толкованием и подкрепленных государственной практикой. Другими словами, любое одностороннее применение силы запрещено, если только не доказано, что официальное толкование, подкрепленное государственной практикой, не разрешает определенные исключения. Эти ученые считают, что такими разрешенными исключениями являются упреждающая самооборона (*anticipatory self-defense*), вооруженное вмешательство с целью защиты своих граждан и гуманитарная интервенция.

Другие представители этого направления практикуют несколько другой подход. Например, проф. А. Колл полагает, что «в той мере, в какой ещё существует правовое обязательство в ст.2(4) Устава ООН, в противоположность моральной, оно заключается в обязательстве воздержаться от *явной агрессии*, которая включает применение непропорциональной силы и нарушает другие принципы Устава»<sup>2</sup>. А. Колл под «явной агрессией» понимает такие действия, как применение силы с целью приобретения территории, для достижения политического господства и для совершения геноцида. Действия нацистской Германии и милитаристской Японии, которые привели ко Второй мировой войне, на его взгляд, являются явными примерами такой «явной агрессии». Однако все остальные аспекты ст.2.4 Устава ООН, кроме как в случае явной агрессии, не создают правовых обязательств<sup>3</sup>.

Общим среди мнений всех исследователей этой группы является то, что они полагают что ст.2(4) Устава продолжает действовать и составляет основу

---

1 К их числу можно отнести большинство западных ученых, среди наиболее выдающихся можно назвать Дерек Боуэт, Мирес Макдугал, Джон Нортон Мур и др. (см. например: Derek Bowett. *Self-defence in international law*. London, 1958; Myres S. McDugal, Florentino P. Feliciano. *Law and minimum world public order*. New Haven and London, 1961; John Northon Moore. *The secret war in central America and the future of world order* // AJIL. Vol. 80. No.1. 1986. PP.80-92.).

2 Joseph A. Coll. *The limits of global consciousness and legal absolutism: protecting international law from some of its best friends* // Harvard Journal of International Law. Vol. 27. PP.509, 613.

3 Там же.

существующего *jus ad bellum*. С другой стороны, соглашаясь и обосновывая множество исключений из общего правила, они смотрят на ст.2(4) в строгом смысле больше как на цель, чем как на действующий принцип международного права.

Эти исследователи исходят из неправильного толкования нормативного содержания юридической природы принципа неприменения силы, а также от неправильной юридической природы самообороны и других мер самопомощи, что будет показано в следующей главе.

**Третью группу** объединяет строгое толкование ст.2.4 Устава ООН и других положений Устава ООН относительно применения силы<sup>1</sup>. Представители этой группы, признавая существование проблем в соблюдении принципа неприменения силы, убеждены, что данный принцип, всё же, является частью действующего международного права. Также они толкуют Устав ООН возможно строго, полагая, что применение силы или угрозы силой абсолютно запрещено, кроме случая правомерной самообороны и коллективных мер, предпринятых Советом Безопасности ООН. В поддержку высказанной позиции приводится ряд аргументов.

Во-первых, принцип неприменения силы или угрозы силой имеет юридическую силу, так как ни одно государство явно выражено не выступало против действительности статьи 2(4) Устава ООН. Наоборот, государства всегда заявляли свою приверженность принципам ООН, в том числе и принципу неприменения силы или угрозы силой. В частности, при рассмотрении споров в Международном Суде, в Совете Безопасности и т.д. стороны никогда не оспаривали действительность принципа неприменения силы или угрозы силой, а спорили в основном о толковании фактов и вопросов возможности присвоения определенных действий государствам. Международный Суд также

---

1 Большинство советских и российских ученых являются представителями группы. Их можно условно назвать нормативистами (см. например Кожевников Ф.И. Учебное пособие по международному публичному праву. М., 1947; Коровин Е.А. Международное право. М., 1951; Кузнецов В.И. Отказ от применения силы – закон международной жизни. М., 1973; Левин Д.Б. Международное право и сохранение мира. М., 1971; Менжинский В.И. Неприменение силы в международных отношениях. М., 1976; Скакунов Э.И. Международно-правовые гарантии безопасности государств. М., 1983; Тункин Г.И. Теория международного права. М., 2000; Черниченко С.В. Теория международного права: в 2-х томах. М., 1999; Шармазаншвили Г.В. Самооборона в международном праве. М., 1973; Международное право (Учебник под ред. Ю.М. Колосова, Э.С. Кривчиковой). М., 2001; Курс международного права: в 7 томах, том 2: Основные принципы международного права. М., 1989 и др. Среди самых известных зарубежных юристов-международников, представляющих школу «нормативистов» можно назвать Питера Маланчука, Майкл Акехёрста, Яна Броунли, Йорама Динстайна (см. например Peter Malanczuk. *Akehurst's modern introduction to international law (7th revised edn.)*. London, 1997; Ian Brownlie. *International law and the use of force by states*. Oxford, 1963; Yoram Dinstein. *War, aggression and self-defence (3rd edn.)*. Cambridge, 2001.).

в своих последних делах, как было показано выше, остался привержен строгому толкованию принципа неприменения силы или угрозы силой.

Во-вторых, принцип, закрепленный в ст.2(4), должен пониматься как договорное обязательство для государств участников Устава ООН, а не только как обычно-правовая норма. Соответственно, он действует в отношении всех участников Устава ООН, так как никто из них не денонсировал его или каким-либо иным образом не приостанавливал действие ст.2.4 Устава.

В-третьих, как уже отмечалось выше, несмотря на некоторые проблемы действия принципа неприменения силы, данный принцип продолжает контролировать поведение большинства государств.

Таким образом, можно констатировать, что одним из фундаментальных принципов международного права является принцип неприменения силы или угрозы силой, который имеет характер императивной нормы общего международного права, и в современном международном праве он действует в полном объеме, как это определено в Уставе и в документах, его конкретизирующих<sup>1</sup>.

---

1 Необходимо, однако, обратить внимание, что обязательства не применять силу распространяется исключительно на субъекты международного права и исключительно в их отношениях друг с другом. На отношения между субъектами международного права (в первую очередь государствами) с одной стороны и лицами, группами лиц, образованиями, не являющимися субъектами международного права с другой, принцип неприменения силы не распространяется.

# EVOLUȚIA REGLEMENTĂRILOR INTERNAȚIONALE CU PRIVIRE LA STATUTULUI JURIDIC AL COMBATANTULUI

Alexandru CAUIA, master, lector asistent

## *Evolution of the international settlements regarding the legal status of the fighter.*

*Together with the evolution of the international settlements of a formal nature towards the complex phenomenon of the armed conflict, a special attention is focused on the edification of a legal juridical base of the legal status of the fighters as a major category within the participants at the hostilities during the international armed conflict. Express determination of the legal status of the fighter through the international settlements has a major importance for the process of ensuring of the difference principle and of the norms of the international humanitarian law.*

## *Combatanții legali în conflictele armate internaționale*

Din momentul în care în teoria dreptului internațional a dobândit drept de cetate teza conform căreia războiul este o relație de la stat la stat, de la guvern la guvern, a început să se pună problema definirii categoriilor de persoane care pot comite acte de violență (ucidere, distrugeri etc.) în numele guvernelor lor și sub protecția legilor internaționale. Adică fără a fi trași la răspundere pe plan penal.

În terminologia dreptului internațional umanitar, persoanele autorizate să comită acte de ostilitate la adăpostul protecției internaționale se numesc combatanți.

Problema definirii categoriilor de persoane care pot lua parte în mod legal la ostilități, a condițiilor pe care trebuie să le îndeplinească pentru a li se recunoaște un asemenea statut și a protecției juridice ce trebuie să li se asigure, amorsată la sfârșitul secolului al XIX-lea, la prima Conferință de Pace de la Haga, a suscitat vii dezbateri și controverse și mai continuă să suscite și în prezent. Marile puteri, din rațiuni lesne de înțeles, doreau ca dreptul de a participa la ostilități să fie recunoscut numai forțelor armate regulate<sup>1</sup>, în timp ce statele mici, care nu dispuneau de mijloace pentru întreținerea și dotarea tehnicii de luptă la nivelul primelor, urmăreau ca în categoria de combatant să fie cuprinse și alte elemente ale populației civile, care, în caz de război, să poată pune mâna pe arme pentru a combate forțele inamice.<sup>2</sup>

1 Carl von Clausewitz, *Despre război*, ed. Militară, București 1982, p.268-269.

2 Vezi: Pascu Ștefan, *Oastea și țara, oastea populară și Țările Române în secolele XIV-XVI*, ed. Militară, București 1975, p. 29.

## *Statutul combatanților după Convențiile de la Haga din 1899 și 1907*

Problema centrală ce trebuia soluționată de prima Conferință de pace de la Haga din 1899 a gravitat în jurul unui vechi principiu cutumiar de dreptul războiului care postulează distincția ce trebuie făcută între combatanți și necombatanți. În baza acestui principiu, operațiunile militare și cele conexe acestora nu trebuie să fie îndeplinite decât de persoane organizate în acest scop, care-și manifestă în mod deschis calitatea.

„Dacă se gîndește la violențele operațiunilor de război, la distrugerea de vieți omenești și bunuri pe care ea le comportă, se înțelege cerința că aceasta trebuie să fie îndeplinită de persoane supuse unei discipline riguroase, direct subordonate autorității statului, care-și asumă responsabilitatea pentru a garanta că ea nu va lăsa să se meargă spre excese“.

Ca atare, operațiunile militare nu pot fi duse decât de combatanți, împotriva combatanților adversi, neatingînd populația civilă, care, la rîndul ei, trebuie să se abțină de la comiterea oricăror acte de ostilitate. În contrapartidă, persoanele cărora li s-a recunoscut statutul de combatant se bucură de imunitate pentru faptele comise în această calitate, neputînd fi judecate și condamnate pentru distrugerile provocate. În cazul în care este capturat de adversar, combatantul are dreptul la statutul de prizonier de război, care-i asigură o largă protecție.<sup>1</sup>

Astfel, prin articolul 1 al Regulamentului anexat la cea de-a II-a Convenție de la Haga din 29 iulie 1899 (devenită Convenția a IV-a la 18 octombrie 1907) asupra legilor și obiceiurilor războiului terestru, se recunoștea statutul de combatant:

1. Armatei.
2. Milițiilor sau corpurilor de voluntari, care îndeplineau următoarele condiții:
  - de a avea în fruntea lor o persoană responsabilă de subordonații săi;
  - de a avea un semn fix care putea fi recunoscut de la distanță;
  - de a purta armele pe față; și
  - de a se conforma în operațiunile lor legilor și obiceiurilor războiului.

Prin cel de-al doilea articol al acestor regulamente s-a recunoscut statutul de combatant al populației unui teritoriu neocupat, care, la apropierea inamicului, pune în mod spontan mîna pe arme pentru a combate trupele de invazie, fără a fi avut timpul să se constituie în forțe armate regulate. Populației civile i s-a recunoscut acest statut numai cu condiția de a purta armele pe față și a respecta legile și obiceiurile războiului. Acest statut este recunoscut o perioadă limitată de timp, pînă cînd teritoriul pe care luptă este ocupat de inamic sau, invers, pînă la respingerea forțelor invadatoare. După aceasta ele trebuie să depună armele.

În situația că sunt capturate de forțele armate invadatoare în perioada de timp cît au statut de combatant, membrii populației civile intră sub protecția statutului

---

1 Cloșcă Ionel, Suceavă Ion, *Tratat de drept internațional umanitar*, ed. VIS PRINT, București 2000, p. 131.

de prizonier de război. Această formă de luptă este denumită, în dreptul războiului, „ridicare în masă” (*levée en masse*) și nu trebuie confundată cu mișcările organizate de rezistență (guerila, partizanatul etc.).

Persoanele care luptă în corpuri izolate și nu intră sub incidența articolelor 1 și 2 din Regulament se găseau, conform preambulului Convenției, sub protecția și sub imperiul dreptului ginților (“Clauza Martens”).

Regulamentul de la Haga reglementează și statutul persoanelor care fac parte din armată fără a fi combatanți, dar care, în caz de captură, sunt supuși aceluiași tratament ca și combatanții. Se includ aici persoanele care aparțin diverselor servicii administrative ale armatei: medicii, personalul sanitar, membrii justiției militare, intendența, corespondenții de presă. În caz de capturare de către inamic, ei beneficiază de statutul de prizonier de război, cu condiția de a dispune de un act de identitate care să ateste calitatea de persoană atașată armatei.

Formal, reglementarea realizată în 1899 și reiterată în 1907 pare să fi satisfăcut cele 49 de state care au devenit părți la Convenția din 1907, întrucât niciuna din ele n-a făcut rezerve la articolele respective. În realitate, ea a exprimat pozițiile statelor puternic înarmate, întrucât reducea pînă la eliminare posibilitățile statelor slabe din punct de vedere militar să mobilizeze tot potențialul uman de care dispun pentru a se opune invaziei. De pildă, pentru milițiile și corpurile de voluntari se punea ca primă condiție să fie autorizate de stat. Or, în situația în care statul capitula, luptătorii care s-ar fi ridicat la luptă împotriva inamicului nu s-ar fi putut bucura de nici o protecție. În condițiile în care teritoriul era ocupat, nici populația civilă nu avea dreptul să se ridice la luptă.

### ***Statutul combatanților după Convențiile de la Geneva din 12 august 1949***

Cel de-al doilea război mondial a demonstrat, în afara violărilor grave ale reglementărilor existente în special de către puterile Axei, lacunitatea dreptului internațional umanitar, care nu asigura nici o protecție unor largi categorii de luptători. Este vorba, în primul rînd, de partizani, care au luptat în spatele frontului inamic pe propriul teritoriu — U.R.S.S., Iugoslavia, Polonia, Grecia, Norvegia, Italia, de civilii sau de militarii rămași fideli guvernelor lor aflate în exil după capitulare și care au combătut inamicul, și de Forțele Franceze Libere — FFL — constituite sub conducerea generalului De Gaulle. Nerecunoscîndu-li-se calitatea de combatant sub pretextul că ei nu depind de un guvern necontestat de inamic, Germania invocînd par.3 al Ordonanței Marelui Stat-Major german din 17 iunie 1938 (care pedepsea cu moartea pentru activitate de francțiror orice persoană care, fără a face parte din forțele armate inamice, poartă arme și se dedă la acte de luptă contra forțelor germane), sute de mii de partizani au fost executați ca „teroriști”.

Pentru a acoperi aceste lacune, CICR a convocat mai multe reuniuni de experți și, în final, pe baza sugestiilor primite, a elaborat un proiect de convenție (a III-a)



pe care l-a supus în 1949 dezbaterii Conferințelor diplomatice de la Geneva. La 12 august în același an, după discuții aprinse, Conferința a adoptat „Convenția relativă la statutul prizonierilor de război“, care, în cel de-al patrulea articol, definește categoriile de persoane ce beneficiază de statutul de combatant, ținând seama de experiențele celui de-al doilea război mondial.<sup>1</sup>

Articolul este formulat astfel:

„A. Sunt prizonieri de război, în sensul prezentei convenții, persoanele care, aparținând uneia din categoriile următoare, au căzut în puterea inamicului:

1) membrii forțelor armate ale unei Puteri în conflict, precum și membrii milițiilor și ale corpurilor de voluntari care fac parte din forțele armate;

2) membrii altor miliții și membrii altor corpuri de voluntari, inclusiv cei ai mișcărilor de rezistență organizate, care aparțin unei Părți în conflict și acționează în afara sau în interiorul propriului lor teritoriu, chiar dacă acest teritoriu este ocupat, numai dacă aceste miliții sau corpuri de voluntari, inclusiv aceste mișcări de rezistență organizate, îndeplinesc condițiile următoare:

a) de a avea în fruntea lor o persoană responsabilă pentru subordonații săi;

b) de a avea un semn distinctiv fix și care poate fi recunoscut de la distanță;

c) de a purta armele pe față;

d) de a se conforma, în operațiunile lor, legilor și cutumelor războiului;

3) membrii forțelor armate regulate care se reclamă că aparțin unui guvern sau unei autorități nerecunoscute de către Puterea deținătoare;

4) persoanele care însoțesc forțele armate fără a face parte direct din ele, precum membrii civili ai echipajelor avioanelor militare, corespondenții de război, furnizorii, membrii unităților de muncă sau de servicii însărcinate cu bunăstarea forțelor armate pe care le însoțesc, acestea fiind datoare să le elibereze în acest scop o carte de identitate asemănătoare modelului anexat;

5) membrii echipajelor, inclusiv comandanții, piloții și ucenicii marinei comerciale și echipajele aviației civile ale Părților în conflict care nu beneficiază de un tratament mai favorabil în virtutea altor dispoziții de drept internațional;

6) populația unui teritoriu neocupat care, la apropierea inamicului, ia spontan armele pentru a combate trupele de invazie fără să fi avut timp să se constituie în forțe armate regulate, dacă ea poartă armele pe față și dacă respectă legile și cutumele războiului.

B. Vor beneficia, de asemenea, de tratamentul rezervat de prezenta Convenție prizonierilor de război:

1) persoanele aparținând sau care au aparținut forțelor armate ale țării ocupate, dacă, din cauza acestei apartenențe, Puterea ocupantă socotește necesar să procedeze la internarea lor — chiar dacă inițial le eliberase în timp ce ostilitățile se desfășurau în afara teritoriului pe care ea îl ocupă -, mai ales după o încercare neizbutită a acestor persoane de a se alătura forțelor armate de care aparțin și care sunt angajate în luptă sau când nu se supun unei somații care le-a fost făcută în scopul internării;

---

<sup>1</sup> Cloșcă Ionel, Suceavă Ion, *Op. cit* — p. 133

2) persoanele aparținând uneia din categoriile enumerate în prezentul articol, pe care Puterile neutre sau nebeligerante le-au primit pe teritoriul lor și pe care trebuie să le interneze în virtutea dreptului internațional, fără a aduce prejudicii oricărui tratament mai favorabil pe care aceste Puteri îl vor considera că trebuie să-l acorde și cu excepția dispozițiilor articolelor 8, 10, 15, 30 alineatul 5, 58 pînă la 67 inclusiv, 92, 126 și, în cazul cînd există relații diplomatice între Părțile în conflict și Puterea neutră sau nebeligerantă interesate, dispoziții care privesc Puterea protectoare. Dacă astfel de relații diplomatice există. Părțile în conflict, de care depind aceste persoane, vor fi autorizate să exercite față de ele funcțiile încredințate Puterilor protectoare prin prezenta Convenție, fără prejudiciul funcțiilor pe care aceste Părți le exercită în mod normal, în virtutea uzanțelor și a tratatelor diplomatice și consulare.

C. Prezentul articol menține statutul personalului medical și religios, așa cum este el prevăzut în articolul 33 al prezentei Convenții.<sup>41</sup>

La 31 decembrie 1999, sunt părți la cele patru Convenții de la Geneva din 1949, 188 de state.

Conceptul de „combatant” dobîndește prin reglementarea din 1949 noi valențe, atît în ce privește condițiile pe care trebuie să le îndeplinească o persoană pentru a beneficia de acest statut, cît și în ce privește categoriile de persoane care pot fi incluse aici.

Astfel, în termenii primului alineat al articolului 4, o singură condiție esențială determină calitatea de combatant, și anume aceea de a aparține uneia din cele șase categorii enunțate la cifrele 1-6.

Calitatea de „combatant” nu se mai aplică numai persoanelor care participă la un război între două state, ci și celor care participă „la orice alt conflict armat care apare între două sau mai multe înalte Părți contractate, chiar dacă starea de război nu este recunoscută de una din ele”.

i) Convenția din 1949 nu abrogă Regulamentul de la Haga din 1907, însă îi aduce unele corective. Astfel, termenul „armată”, folosit în art. 1 din Regulament a fost înlocuit în par.1 al art.4 cu expresia „membri ai forțelor armate”, prin care se desemnează toți militarii, indiferent de arma căreia aparțin (terestră, maritimă sau aeriană), precum și membrii milițiilor și ai corpurilor de voluntari care fac parte din aceste forțe armate și care *ipso facto* au statut de combatant.

ii) Convenția a reglementat și statutul diverselor grupuri naționale care în timpul celui de-al doilea război mondial au continuat să lupte în mod efectiv și după ocuparea țării lor sau după desființarea ei, după încheierea de armistiții, refugiarea în străinătate a guvernelor sau crearea de guverne în exil, și cărora li se refuza calitatea de combatant, fiind supuse la represii sîngeroase. Astfel, „mișcările organizate de rezistență” (adică partizanii) și-au văzut recunoscut statutul de combatant, cu obligația din partea lor de a îndeplini două condiții: 1) de a respecta cele patru reguli

---

1 Convenția III de la Geneva din 12 august 1949, art. 4 //Victor Crețu, Alexei Barbăneagră, „Tratate Internaționale (Drept Umanitar)”, Chișinău 1999, p. 57-58.

menționate în art.2 din Convenție (care au fost preluate din art. 1 al Regulamentului de la Haga din 1907) și 2) de a se afla în serviciul „unei Părți la conflict”.<sup>1</sup> În caz contrar ei vor fi asimilați luptătorilor din conflictele armate neinternaționale (art.3 comun).

Legătura dintre organizația de rezistență și subiectul de drept internațional (Partea în conflict) cerută de acest articol poate să se manifeste atât printr-o declarație oficială făcută, spre exemplu, de un guvern în exil, cât și printr-un simplu acord tacit sau poate să rezulte din caracterul operațiunilor care indică cu claritate în serviciul cărei Părți întreprinde organizația de rezistență operațiunile militare. Ea poate să se manifeste, de asemenea, prin livrarea de armament și muniții, cum s-a întâmplat în mod repetat în cursul celui de-al doilea război mondial când Aliații au furnizat materiale rețelelor de rezistență care operau pe teritoriile ocupate.

iii) O nouă categorie de persoane cărora li s-a recunoscut prin această Convenție statutul de combatant o formează „membrii forțelor armate regulate care se reclamă ai unui guvern sau ai unei autorități nerecunoscute de Puterea deținătoare”. Este vorba de militari care acționează sub ordinele unui guvern în exil, nerecunoscut de partea adversă, precum și de cei care continuă lupta într-o parte a țării lor sub ordinele unei autorități sau ale unui guvern care își are sediul în această parte neocupată, care nu sunt recunoscute de adversar, întrucât el a recunoscut alte autorități sau alt guvern care-și desfășoară activitatea pe teritoriul ocupat de el. Convenția, cum se observă, nu impune acestor combatanți obligația de a lupta alături de un beligerant recunoscut.

iv) Cel de-al patrulea paragraf al art.4 conferă calitatea de combatant persoanelor care urmează forțele armate fără a face parte din ele.

Acest text preia și reactualizează dispozițiile articolului 13 din Regulamentul de la Haga din 1907 și ale articolului 81 din Convenția din 27 iunie 1929. Persoanele menționate aici au un caracter enumerativ, nu limitativ, deoarece și alte categorii de persoane sau servicii care urmează forțele armate ar putea fi incluse. Singura condiție care se cere acestor persoane pentru a li se recunoaște statutul de combatant este de a poseda o carte de identitate eliberată de forțele armate pe care le însoțesc.

v) Paragraful cinci, care extinde statutul de combatant și la marinarii de pe navele comerciale și la echipajele aviației civile aduce o serie de inovații în practica de pînă atunci. Se cunoaște că prin articolul 6 al celei de-a XI Convenții de la Haga din 1907, marinarii marinei comerciale nu erau făcuți prizonieri de război dacă se angajau solemn în scris că nu vor mai îndeplini pe toată durata conflictului nici un serviciu în raport cu operațiunile de război. Deci, în această situație ei nu erau considerați combatanți. În timpul primului război mondial, această normă a căzut în desuetudine, deoarece navele comerciale putînd fi înarmate, marinarii de pe aceste nave puteau participa la operațiuni de război. Convenția din 1929 a evitat această problemă, astfel încît în cel de-al doilea război mondial practica a fost foarte

---

1 Veuthey Michel, *Le droit a la survie fondement du droit humanitaire*, ed, Yarbook, 1986, p. 11.

controversată: unele state i-a considerat prizonieri de război, iar altele le-au aplicat tratamentul internaților civili.

Convenția din 1949 i-a considerat pe toți combatanți, întrucât în unele state piloții și ucenicii nu fac parte din echipajele marinei comerciale, în finalul par. 5 s-a prevăzut clauza beneficiului „unui tratament mai favorabil în virtutea altor dispoziții ale dreptului internațional“.

Deși în cel de-al doilea război mondial nu s-a înregistrat nici un caz de „ridicare în masă“ al populației civile, prevederea consacrată în art.2 al Regulamentului de la Haga din 1907 a fost reiterată cu foarte ușoare retușuri impuse de noile condiții.<sup>1</sup>

### *Statutul combatanților după Protocolul din 1977*

Practica internațională din ultimele cinci decenii a consemnat existența unei largi palete de conflicte armate. Experții evidențiază existența a șase tipuri de conflicte armate: războiul clasic, purtat între state; trei tipuri de războaie de eliberare națională — războiul contra dominației coloniale, contra ocupației străine și contra regimurilor rasiste; două tipuri de conflicte armate neinternaționale — războiul de secesiune post colonial și războiul civil. La începutul anilor '90, o dată cu destrămarea unor state federative — URSS, RSF Iugoslavia -, apare un nou tip de conflict armat cu caracter neinternațional, și anume conflictul armat destructurat care tinde să devină forma dominantă a violenței armate. La acestea se adaugă, ca formă de exercitare a violenței, fără a fi guvernată de dreptul internațional umanitar, tensiunile și tulburările interne. Au apărut astfel noi categorii de combatanți, cărora dreptul internațional nu le recunoștea nici o protecție, ei având, din această cauză, foarte mult de suferit.<sup>2</sup>

Încercînd să remedieze insuficiențele grave relevate de noile tipuri de conflicte armate, Conferința de la Geneva din 1974—1977 a consacrat o nouă definiție a combatantului, mai bine adaptată realităților politice ale momentului, născute din procesul de decolonizare și din idealurile de independență și libertate ale popoarelor. Definiția a fost astfel formulată în articolul 43 din Protocolul I, intitulat „Forțele armate“:

„1. Forțele armate ale unei Părți la un conflict se compun din toate forțele, toate grupele și toate unitățile armate și organizate care sunt plasate sub un comandament responsabil de conduita subordonaților săi față de această Parte, chiar dacă aceasta este reprezentată de un guvern sau o autoritate nerecunoscută de o Parte adversă. Aceste forțe armate trebuie să fie supuse unui regim de disciplină internă care asigură, mai ales, respectarea regulilor dreptului internațional aplicabil în conflictele armate.

2. Membrii forțelor armate ale unei Părți la un conflict (alții decît personalul sanitar și religios vizat la articolul 33 al celei de a III-a Convenții) sunt combatanți, adică au dreptul de a participa direct la ostilități.

1 Cloșcă Ionel, Suceavă Ion, *Op. cit* — p. 137.

2 Vezi: Cloșca Ionel, *Dreptul umanitar în ajunul mileniului III*, în „RRDU“, nr. 1(19), București 1998.

3. Partea la un conflict care încorporează în forțele sale armate o organizație paramilitară sau un serviciu înarmat însărcinat cu respectarea ordinii trebuie să notifice aceasta celorlalte Părți la conflict.<sup>1</sup>

Conferința din 1977 nu a avut intenția să abroge și nici nu a abrogat în fapt regulile convenite la conferințele anterioare din 1907, 1927 și 1949, ci a încercat o nouă abordare, ținând seama de forțele care au apărut în ultimele decenii pe câmpul de luptă.

Inovația cea mai importantă a Protocolului a constat în admiterea expresă la beneficiul statutului de combatant a „popoarelor care luptă contra dominației coloniale și ocupației străine și contra regimurilor rasiste în exercitarea dreptului popoarelor de a dispune de ele însele, consacrat în Carta Națiunilor Unite și în Declarația relativă la principiile dreptului internațional privind relațiile prietenești și cooperarea între state conform Cartei Națiunilor Unite“ (art.1, par.4).

Ca și Convențiile precedente, Protocolul lasă la latitudinea statelor modul de alcătuire a forțelor lor armate, menținând îngrădirile anterioare ori adăugînd altele noi și aducînd precizări suplimentare conceptelor utilizate. Astfel, în timp ce Convenția a III-a de la Geneva din 1949, urmărind să-i protejeze pe prizonierii de război, nu se referă decît indirect la combatanți (deoarece numai aceștia pot fi prizonieri), Protocolul I din 1977, urmărind să protejeze populația civilă în raport cu desfășurarea ostilităților, se referă în mod expres la membrii forțelor armate care, cu excepția personalului sanitar și religios, precum și a militarilor afectați organismelor și protecției civile, au calitatea de combatanți, adică pot să atace și să fie atacați.

Înlăturînd acest echivoc și tot în acest scop, Protocolul a abandonat distincția dintre combatanți și necombatanți, menționată în art.3 din Regulamentul de la Haga din 1907. Argumentele invocate au fost următoarele: forțele armate moderne sunt alcătuite din mai multe componente și numai o parte dintre acestea folosesc arme de foc. Altele alcătuiesc serviciile de susținere, administrație etc. însă toți au dreptul, în calitate de combatanți, să pună mîna pe arme; un civil înrolat într-o organizație paramilitară este un combatant pe toată durata ostilităților, el neputînd să fie membru al acestei organizații cu jumătate de normă.

Pentru a ține seama de condițiile de organizare a structurilor militare din unele state, Protocolul i-a inclus în conceptul de combatant și pe membrii „serviciilor armate însărcinate cu respectarea ordinii“. De exemplu, în Germania există un organism — Bundesgrenzschutz — care, în timp de pace este însărcinat cu menținerea ordinii, iar în timp de război participă direct la operațiunile militare. Pe o poziție opusă s-a situat Adunarea parlamentară a Consiliului Europei, care, în „Declarația asupra poliției“ prevedea că, în situații de conflict armat sau de ocupație, membrii poliției trebuie să continue să-și asume rolul de protecție a persoanelor și a bunurilor în interesul populației civile și nu trebuie să aibă statut de combatant.

---

1 Protocolul Adițional I la Convențiile de la Geneva din 8 iulie 1977//Victor Crețu, Alexei Barbăneagră, „*Tratate Internaționale (Drept Umanitar)*“, Chișinău 1999, p.207.

În concluzie, o persoană, pentru a fi considerată combatant trebuie să îndeplinească următoarele condiții:

1. să acționeze în cadrul unei colectivități;
2. colectivitatea în cadrul căreia, acționează să fie organizată pe principii militare;
3. să se afle în subordinea unui comandament responsabil, care să exercite un control efectiv asupra membrilor organizației;
4. organizația să aparțină unei Părți la conflict;
5. să fie supusă unui regim de disciplină internă.

Totodată, combatantul mai are obligația să respecte în acțiunile lui pe teren regulile dreptului internațional umanitar, inclusiv principiul distincției între obiective militare și populația civilă.

### ***Un nou tip de combatant — militarul din forțele multinaționale ale Națiunilor Unite***

Apariția și generalizarea noului tip de conflict armat — conflictului destructurat sau identitar — care este un conflict neinternațional, caracterizat prin destabilizarea sau dispariția statului, inclusiv a centrului de comandament militar, pe care unii specialiști îl numesc conflict armat intervențional,<sup>1</sup> aduce pe câmpul de luptă o nouă categorie de combatanți, al omatanților din forțele multinaționale ale ONU.

Prezența forțelor armate ale Națiunilor Unite în conflictele cu caracter intern, în calitate de combatant, repune în discuție atât norme din domeniul dreptului internațional public cât, mai ales, al dreptului umanitar.

Este vorba de cea de-a „treia generație“ de forțe armate, care prezintă o serie de particularități față de primele două. În primul rând, acestea sunt forțe de impunere a păcii, care acționează numai în conflicte cu caracter intern (Bosnia-Herțegovina, Rwanda, Somalia, Angola, Cambodgia etc.). În al doilea rând, ele au un mandat mult mai larg, exercitând funcții și competențe pe care dreptul internațional umanitar le conferă altor organe.

Deci, pentru a face față catastrofelor umanitare generate de conflictele armate destructurate, Consiliul de Securitate a considerat necesară intervenția sa pentru a impune pacea. El și-a reorientat activitatea în trei direcții principale:

- a) În elaborarea de norme de drept internațional umanitar;
- b) În aplicarea dreptului umanitar;
- c) În acțiunea în calitate de combatant în anumite conflicte armate;

Această activitate, destul de timidă, poate fi ilustrată prin Convenția asupra securității personalului Națiunilor Unite și a personalului asociat din 1994. Convenția a prevăzut protecția deopotrivă a militarilor din forțele multinaționale și a personalului umanitar dar este contestată, deoarece slăbește protecția umanitară.

---

1 Hoffman Michael, *Razboi, pace și conflict armat internațional: rezolvarea paradoxului păcii impuse*, în „RRDU“, nr. 1 (9), București 1998, p. 28-32.

Este pentru prima oară în existența sa de peste cinci decenii când acest organ principal al Națiunilor Unite se implică în mod direct în conflicte armate cu caracter intern, asumându-și funcții și puteri politice, militare, de poliție, juridice, inclusiv umanitare. Astfel, forțele militare multinaționale din cea de-a treia generație pe care le-a creat au primit misiunea de a rezolva toate problemele întâlnite pe teren: să utilizeze forța armată contra anumitor facțiuni beligerante; să demineze cîmpuri de mine antipersonal; să aresteze personale suspecte a fi comis acte de genocid și crime de război; să participe la acțiunea de asistență umanitară; să instaureze democrația; să se amestece direct în treburile interne impunând în funcții de conducere anumite persoane sau autorități publice etc. În compunerea acestor forțe multinaționale au fost incluse trupe ale NATO și UEO.

Dacă, principial, intervenția Consiliului de Securitate în conflicte armate cu caracter neinternațional este conformă cu dispozițiile dreptului internațional public, nu același lucru se poate spune din punctul de vedere al dreptului internațional umanitar. Forțele militare care acționează sub steagul ONU sunt autorizate să execute acte de violență sau de constrângere pentru a-și îndeplini scopul, cel mai adesea politic, fără a fi obligate din punct de vedere juridic să respecte restricțiile impuse de dreptul internațional umanitar.<sup>1</sup>

Specialiștii apreciază că activitatea practică a acestor forțe armate multinaționale a fost de multe ori ineficace și contraproductivă. Lipsite de un cadru legal, avînd mandate ambigue și o autoritate nesigură, forțele multinaționale care acționează în conflictele destructurate nu pot să controleze, pe baza dreptului și respectînd standardele umanitare de protecție, situațiile explozive existente pe teren. Ele nu au autoritatea de a asigura întoarcerea la o viață normală, ca în cazul regimului de ocupație militară, ele nu pot să rețină și să judece persoanele care au comis crime de război și crime de genocid și nu pot să facă prizonieri de război.

Tentativa de a asocia la forțele multinaționale unele organizații regionale s-a dovedit, pe lângă caracterul ilegal al acțiunii, foarte nefericită.

Hotărîrea adoptată de NATO, de a exclude Națiunile Unite din ecuația sistemului de securitate, fapt implicit în martie 1999 prin bombardarea Iugoslaviei a pus capăt practic ordinii juridice create prin Carta ONU.

Alarmat de pierderile de vieți omenești și de dimensiunile distrugerilor de bunuri cu caracter civil de către forțele multinaționale în conflictele în care au fost implicate, Secretarul General al ONU, Kofi Annan, a promulgat, la 6 august 1999, un Buletin intitulat „**Respectarea regulilor dreptului internațional umanitar de către Forțele Națiunilor Unite**“.

În cele 10 secțiuni ale documentului sunt sintetizate regulile de bază ale Dreptului internațional umanitar pe care Națiunile Unite se angajează să le garanteze aplicarea de către forțele aflate sub comanda sa. Secțiunile documentului se referă la:

---

1 Cloșcă Ionel, Suceavă Ion, *Op. cit* — p. 141.

1. Domeniul de aplicare (Forțele Națiunilor Unite angajate ca forțe combatante în acțiunile de impunere sau de menținere a păcii);
2. Aplicarea dreptului național (personalul militar rămâne obligat prin legile naționale);
3. Acordul privind statutul forțelor (încheiat între Națiunile Unite și statul pe al cărui teritoriu este desfășurată o forță a ONU; Națiunile Unite își asumă responsabilitatea difuzării convențiilor umanitare în rîndul acestor forțe);
4. Violările dreptului internațional umanitar (membrii personalului militar al unei forțe vor fi urmăriți, în caz de violări ale dreptului internațional umanitar, de instanțele lor naționale);
5. Protecția populației civile (Forța Națiunilor Unite va face permanent o distincție clară, între civili și combatanți și între bunurile civile și obiectivele militare; Forța ONU va respecta toate normele de protecție prevăzute în Convențiile de la Geneva și în Protocoalele lor adiționale);
6. Mijloace și metode de război (Forța Națiunilor Unite va respecta regulile interzicerii și limitării folosirii anumitor arme și metode de război prevăzute în instrumente de drept umanitar);
7. Tratatamentul civililor și persoanelor scoase din luptă (vor fi tratate cu umanitate, fără nici o diferențiere defavorabilă bazată pe rasă, sex, convingeri religioase sau orice alt pretext);
8. Tratatamentul persoanelor deținute (membrii forțelor armate deținuți și alte persoane care nu mai iau parte la operațiunile militare vor fi tratate cu umanitate și le va fi respectată demnitatea);
9. Protecția răniților, bolnavilor și personalului medical și de ajutor (membrii forțelor armate și alte persoane aflate în puterea Forței Națiunilor Unite, care sunt răniți sau bolnavi, vor fi respectați și protejați în toate împrejurările; Forța Națiunilor Unite nu va ataca unitățile medicale fixe sau mobile; și va trebui să protejeze în toate împrejurările personalul medical afectat în mod exclusiv pentru căutarea, transportul și tratamentul răniților și bolnavilor, precum și personalul religios);
10. Intrarea în vigoare (Buletinul va intra în vigoare la 12 august 1999).<sup>1</sup>

---

1 Cloșcă Ionel, Suceavă Ion, *Op. cit* — p. 142.



TRIBUNA DOCTORANDULUI

RESEARCHER'S TRIBUNE



# DREPTUL DE PROPRIETATE REIEȘIND DIN PREVEDERILE CONSTITUȚIONALE ALE REPUBLICII MOLDOVA ȘI A JURISDICȚIEI CEDO

**Valeriu BAEȘU**, master, lector asistent

Recenzent: **Serghei ȚURCAN**, doctor, conferențiar universitar

*Property is any physical or intangible entity that is owned by a person or jointly by a group of persons. Depending on the nature of the property, an owner of property has the right to consume, sell, rent, mortgage, transfer, exchange or destroy his or her property, and/or to exclude others from doing these things.*

Proprietatea este un fenomen social care pe parcursul istoriei a precăutat atenția specialiștilor nu doar din domeniul dreptului dar și a savanților filozofi și a economiștilor care încercau să-l caracterizeze sub toate aspectele sale deoarece acesta implica o netagaduită stare de progres și stabilitate socială.

Republica Moldova în ultimul deceniu a secolului trecut s-a afirmat ca un stat aflat în perioada de tranziție spre o economie contemporană, problema proprietății fiind un imbold al noilor schimbări spre o economie mult mai dezvoltată și prosperă, fenomen specific pentru toate statele aflate în perioada de trecere de la o economie planificată la o economie contemporană. În acea perioadă în Republica Moldova au demarat un șir de reforme întru restructurizarea economiei naționale astfel încât și institutul proprietății a cunoscut schimbări radicale întru cât se începuse procesul de reîmpărțire a proprietății deținute în mare parte de către stat și trecerea de la o formă de proprietate de stat la două forme de proprietate: proprietate publică și proprietate privată. Deaceia, putem ferm afirma că proprietatea este un fenomen social complex care persistă în orice societate pe tot parcursul dezvoltării sale, cu excepția primelor etape de dezvoltare în care omul își satisfăcea în mare măsură cerințele prin posesiune și folosință<sup>1</sup>, și care determină direcția de dezvoltare a societății.

Pe plan internațional dreptul de proprietate, fiind cel mai complet drept dintre toate drepturile pe care o persoană le poate avea asupra unui lucru, cunoaște o reglementare mai pronunțată odată cu semnarea Protocolului Adițional N. 1 la Convenția pentru Apărarea Drepturilor Omului și Libertăților Fundamentale la Paris în perioada de 20.III.1952 între guvernele statelor membre ale Consiliului European, care au hotărât să ia măsuri de natură să asigure garantarea colectivă a drepturilor și libertăților, altele decât cele care sunt deja înscrise în Titlul I al Convenției pentru

---

1 Sergiu Baeș, Aurel Băieșu, Valentina Cebotari, Ion Crețu, Victor Volcinschi, *Dreptul Civil. Drepturile reale. Teoria generală a obligațiilor*, Chișinău, 2005, p. 43.

apărarea Drepturilor Omului și a Libertăților fundamentale, semnată la Roma la 4 noiembrie 1950. Astfel Protocolul Adițional N. 1 specifică că: „orice persoană fizică sau juridică are dreptul la respectarea bunurilor sale și nimeni nu poate fi lipsit de proprietatea sa decât pentru o cauză de utilitate publică și în condițiile prevăzute de lege și de principiile generale ale dreptului internațional”<sup>1</sup>. Aceste dispoziții nu aduc atingere dreptului statelor de a adopta legile pe care le consideră necesare pentru a reglementa folosința bunurilor conform interesului general sau pentru a asigura plata impozitelor ori a altor contribuții, sau a amenzilor.

Pe plan național dreptul de proprietate se face reglementat în primul rând de norme constituționale care consfințesc principiile fundamentale ale reglementării relațiilor de proprietate și care prevăd următoarele: „Proprietate este publică și privată. Ea se constituie din bunuri materiale și intelectuale”<sup>2</sup>; „Dreptul de proprietate privată precum și creanțele statului sunt garantate. Nimeni nu poate fi expropriat decât pentru o cauză de utilitate publică, stabilită potrivit legii, cu dreaptă și prealabilă despăgubire. Averea dobândită licit nu poate fi confiscată. Caracterul licit al dobândirii se prezumă”<sup>3</sup>; „Statul ocrotește proprietatea. Statul garantează realizarea dreptului de proprietate în formele solicitate de titular, dacă acestea nu vin în contradicție cu interesele societății”<sup>4</sup>.

Pe lângă normele constituționale dreptul de proprietate mai este reglementat și de norme administrative și civile în materie de dobândire și de încetare a dreptului în de proprietate; de norme civile în materia stabilirii caracterului și conținutului și limitele împuternicirilor proprietarului; de norme penale și administrative, norme ce apără acest drept etc.

**Definiția dreptului de proprietate.** Pînă în prezent, în literatura de specialitate nu există o concepție unanimă privind definirea dreptului de proprietate. Posibil, aceasta se datorește și importanței majore a termenului ce urmează a fi definit, precum și faptului că legiuitorul nu întotdeauna utilizează în noțiunea dreptului de proprietate elementele caracteristice numai acestui drept. Cu toate acestea, dreptul de proprietate urmează a fi definit în temeiul reglementărilor legale.

Legislația în vigoare nu conține definiția dreptului de proprietate. Atît art. 315 din Codul civil, cît și art. 1 din Legea cu privire la proprietate<sup>5</sup> enumeră doar împuternicirile proprietarului, fără a defini acest drept. Astfel, art. 315, alin. (1) din Codul civil dispune: „Proprietarul are drept de posesiune, de folosință și de dispoziție asupra bunului”.

În legislația altor țări, în definiția dreptului de proprietate se pune accentul pe atributele lui. De exemplu, Codul civil român definește, în art. 480, proprietatea ca fiind „dreptul pe care îl are cineva de a se bucura și a dispune de un lucru în mod

1 Protocolului Adițional N. 1 la Convenția pentru Apărarea Drepturilor Omului și Libertăților Fundamentale, Paris, 20.III.1952, art.1.

2 Constituția Republicii Moldova, Chișinău 1994, art.9.

3 Ibidem, art.46.

4 Ibidem, art. 127.

exclusiv și absolut, însă în limitele determinate de lege“, în această definiție, legislatorul român se limitează la enumerarea a două împuterniciri ale proprietarului, a treia subînțelegându-se. Și această definiție a fost criticată de mulți specialiști, ca având diferite neajunsuri<sup>1</sup>. Codul civil francez, la art. 544, dispune: „La propriete est le droit de jouir et disposer des choses de maniere la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibe par leslois ou par les reglements“ relevând mai multe atribute dreptului de proprietate în locul definiției acestui drept.

Legislația civilă germană prevede că proprietarul este în drept să dispună după cum dorește de bunul său. Art. 903 CC german prevede că „proprietarul bunului poate dispune de bun după bunul său plac, dacă aceasta nu contravine legii și drepturilor persoanelor terțe, și poate înlătura orice intervenție“.

În dreptul anglo-american, care nu cunoaște o definiție legală (bazată pe lege), doctrina enumeră circa 10-12 împuterniciri ale proprietarului, care dau posibilitatea, în diferite combinații, să se afle în același timp la mai multe persoane.

Pornind de la aceste prevederi legale și bazându-ne pe doctrinele existente privind proprietatea, putem afirma că, la definirea dreptului de proprietate, urmează să avem în vedere atât împuternicirile, cât și puterea reală dată și garantată proprietarului de legislația în vigoare. Unii autori consideră că enumerarea împuternicirilor și denumirea lor nu sunt atât de importante ca putere reală pe care proprietarul o are asupra bunurilor sale, putere ce decurge din prevederile legislației în vigoare<sup>2</sup>. E greu să cădem de acord cu această opinie, deoarece puterea reală a proprietarului se întemeiază totuși pe cele trei împuterniciri de bază ale proprietarului (posesiune, folosință, dispoziție), indiferent de faptul dacă sunt expres enumerate ori nu în actele normative ce definesc dreptul de proprietate.

Daca am încerca să definim dreptul de proprietate punând accentul numai pe enumerarea exhaustivă a împuternicirilor proprietarului, așa cum a procedat legiuitorul nostru în art. 315 CC, evident ușor vom avea o definiție incompletă, împuternicirile proprietarului, enumerate în articolul nominalizat, pot aparține și altor persoane. Astfel, conform legislației în vigoare, arendașul are dreptul de a posedea bunul arendat și a se folosi de el, iar în unele (cazuri poate chiar săvârși acte de dispoziție, cum ar fi subarendarea. Persistă totuși întrebarea: care sunt deosebirile dintre atributele posesiune, folosință și dispoziție ce aparțin proprietarului și atributele posesie, folosință și chiar dispoziție ce aparțin arendașului. Răspunsul îl putem găsi și în unul din criteriile de clasificare a drepturilor reale. Autorii lucrării nominalizate în subsol clasifică drepturile reale în: drept de proprietate și alte drepturi reale. La baza acestei clasificări autorii pun volumul împuternicirilor deținătorilor de bunuri. Principalele diferențe dintre cele două categorii de drepturi reale constau în faptul că atribuțiile proprietarului sunt stabilite numai de lege, iar ale deținătorilor de alte drepturi reale sunt stabilite atât de lege, cât și de voința proprietarului.

---

1 Eugeniu Safta Romano, *Dreptul de proprietate publică și privată în România*, Iași, 1993, p.19.

2 Codul Civil al Federației Ruse, Moskova, 1995, p. 270.

Deși doctrina românească nu cunoaște o astfel de clasificare a drepturilor reale, argumentându-se că drepturile reale se împart în drepturi reale principale și drepturi reale accesorii, totuși, în majoritatea lucrărilor de specialitate române, se afirmă că, spre deosebire de titularii unor alte drepturi subiective asupra aceluiași bun, proprietarul exercită atribuțiile juridice ale dreptului de proprietate în putere proprie și în interes propriu. Numai astfel poate fi determinată poziția specifică a proprietarului în raport cu situația oricărei alte persoane care exercită prerogativele proprietății în temeiul unor alte drepturi subiective asupra unuia și aceluiași bun<sup>1</sup>.

Prin urmare, în acest context, împuternicirile proprietarului sunt cele mai vaste. Acțiunile celorlalte persoane asupra bunurilor pe care le dețin fără drept de proprietate depind, pe de o parte, de prevederile legii, pe de altă, și de voința proprietarului. În exemplul de mai sus, arendașul posedă, se folosește și dispune de bunurile arendate conformându-se atât prevederilor legale, cât și voinței proprietarului, expuse în contractul de arendă. Similare sunt și împuternicirile uzfructuarului, superficialului și ale altor titulari de drepturi reale. În al doilea rând, proprietarul își exercită împuternicirile în interes propriu.

În principiu, Codul Civil nu relatează nimic despre aceste elemente — exercitarea dreptului de proprietate în putere proprie și în interes propriu — care caracterizează dreptul de proprietate și care delimitează împuternicirile proprietarului de cele ale altor persoane. În schimb, elementele ce caracterizează dreptul de proprietate sunt enumerate expres în Hotărârea Curții Constituționale nr. 110 din 25.01.1996, cu modificările operate prin Hotărârea nr. 183 din 1.02.1996, care definește dreptul de proprietate după cum urmează: Prin drept de proprietate se înțelege dreptul de proprietate al persoanelor fizice, juridice, al statului sau al unităților administrative-teritoriale asupra unor bunuri mobile sau imobile, exercitând asupra lor atribuțiile dreptului de proprietate (posesiunea, folosința și dispoziția) în mod exclusiv și perpetuu, prin putere proprie și în interes propriu, în condițiile legii. Pornind de la cele expuse, putem defini dreptul de proprietate ca drept subiectiv ce conferă titularului exercitarea în putere proprie și în interes propriu a atributelor de posesiune, folosință și dispoziție asupra bunurilor sale în limitele stabilite de lege.

**Caracterele juridice ale dreptului de proprietate.** Pornind de la conținutul art. 315—376 C.C.R.M., al Hotărârii Curții Constituționale nr. 110 din 25.01.1996 și ținând cont de opiniile expuse în literatura de specialitate, evidențiem următoarele caractere ale dreptului de proprietate: caracterul absolut, caracterul exclusiv, caracterul perpetuu.

**Caracterul absolut.** Dreptul de proprietate este unul subiectiv, care face parte din categoria drepturilor absolute. Fiind un drept absolut, are particularitățile acestor drepturi. Legislația nu indică expres caracterul absolut al dreptului de proprietate. Considerăm că, în plan comparativ, acest caracter decurge din prevederile art. 1,

---

1 Liviu Pop, *Dreptul de proprietate și dezmăbrămintele sale*, București, 1996, p.3.

alin. (3) al Legii cu privire la proprietate, care dispune: „Proprietarul are dreptul să exercite față de bunurile sale orice acțiuni care nu contravin legilor și nu dăunează sănătății oamenilor și mediului înconjurător“.

Avînd în vedere faptul că legislația altor țări prevede expres că dreptul de proprietate este un drept absolut, în literatura de specialitate au fost expuse diferite păreri privind caracterul absolut al acestuia. Poziția legislatorului privind caracterul absolut al dreptului de proprietate deseori a fost criticată. Acești autori afirmă îndeosebi că dreptul de proprietate nu poate fi absolut, fiindcă însuși legiuitorul prevede chiar în textul art. 480 Codul Civil român că proprietarul exercită atribuțiile sale „în limitele determinate de lege“. Sub acest aspect, autorii nominalizați au perfectă dreptate, avîndu-se în vedere că prin termenul absolut se înțelege „independent de orice condiții și relații, care nu este supus nici unei restricții, care nu are limite“. Deci, în acest sens, dreptul de proprietate nu poate fi un drept absolut, fiindcă, după cum am afirmat, el se exercită în limitele determinate de lege.

Termenul „absolut“ însă poate fi înțeles și ca opozabil tuturor.

Dreptul de proprietate este absolut deoarece este recunoscut titularului său în raporturile cu toți ceilalți, obligați să nu facă nimic de natură a-l încălca. Ori de câte ori bunul aflat în proprietatea unei persoane ajunge în deținerea sau posesiunea nelegitimă a altuia, proprietarul are dreptul la acțiune în revendicare<sup>1</sup>.

În afară de aceasta, unii autori<sup>2</sup> consideră că dreptul de proprietate este absolut dacă îl comparăm cu celelalte drepturi reale. Ei afirmă că dreptul de proprietate este absolut față de toate drepturile reale fiindcă proprietatea singură dă putere deplină asupra lucrului. Proprietatea reunește cele trei atribute *jus possidenti* — dreptul de posesiune, *jus uteni* și *jus fruendi* — dreptul de folosință; și *jus disponendi* — dreptul de dispoziție. Toate celelalte drepturi reale nu comportă decît unul sau două dintre aceste atribute, niciodată însă pe toate, căci întotdeauna le lipsește atributul *jus disponendi* facultatea de a dispune de lucru.

În literatura de specialitate, ca dovadă a caracterului absolut al dreptului de proprietate este adus raționamentul că, din moment ce face parte din categoria drepturilor absolute, atunci și dreptul de proprietate are un caracter absolut<sup>3</sup>.

În concluzie putem afirma că, indiferent de faptul dacă legiuitorul numește expres caracterul absolut al dreptului de proprietate (ca, de exemplu, art. 480 din Codul Civil român, art. 544 din Codul Civil francez) ori nu (ca, de exemplu, legislația Republicii Moldova), putem vorbi de caracterul lui absolut, avînd în vedere că proprietatea este absolută în comparație cu celelalte drepturi reale și că este opozabilă tuturor. Proprietatea însă nu este absolută prin ea însăși.

Concluzia finală care se impune în legătură cu caracterul absolut al dreptului de proprietate este că, în conținutul său, dreptul de proprietate nu este absolut, ne-

1 Liviu Pop, op. cit., p. 36.

2 C. Hamangiu, *Codul civil adnotat cu doctrina franceză și română și jurisprudența completată de la 1868-1927*, V, II, p. 42.

3 O. S. Ioffe, *Situațiile conflictuale ale relațiilor juridice*, Moskova, 1957, p. 30-36.

îngrădit, ci, dimpotrivă, este limitat, îngrădit, potrivit legii. Atributele unui drept subiectiv sunt, prin natura lor, juridic reglementate, prin urmare, îngrădite<sup>1</sup>. Dreptul de proprietate este absolut în sensul că este opozabil terților.

*Caracterul exclusiv* al dreptului de proprietate decurge din Hotărârea Curții Constituționale nr. 110 din 25.01.1996, care prevede că proprietarul exercită asupra bunurilor sale atributele dreptului de proprietate (posesiunea, folosința și dispoziția) în mod exclusiv și perpetuu, prin putere proprie și în interes propriu, în condițiile legii. Bazându-ne și pe prevederile acestei hotărâri, putem afirma: caracterul exclusiv al dreptului de proprietate permite titularului să facă ceea ce vrea cu bunul său, în limitele prevăzute de lege. Astfel, proprietarul, în exclusivitate, posedă, folosește și dispune în plină potestas aceste atribute. În virtutea puterii exclusive oferite de legiuitor, proprietarul poate face asupra bunurilor sale orice act, cu condiția ca el să nu contravină legii și să nu dăuneze sănătății oamenilor și mediului, precum și să nu aducă atingere drepturilor unor alte persoane. În exercitarea împuternicirilor, toate celelalte persoane sunt înlăturate, ele având doar obligația de a nu împiedica exercitarea dreptului de proprietate. Acest caracter nu împiedică existența unor situații în care atributele dreptului de proprietate se exercită împreună, de două sau de mai multe persoane. Astfel, apare o modalitate de exercitare a dreptului de proprietate, și anume coproprietatea (dreptul de proprietate comună).

Prin urmare, caracterul exclusiv face ca proprietarul să beneficieze de unul singur de cele trei atribute ale dreptului de proprietate: posesiunea, folosința și dispoziția. Aceasta este regula. Există însă cazuri când aceste trei atribute nu sunt exercitate în exclusivitate de către titularul dreptului de proprietate, cum ar fi cazul dezmembrării dreptului de proprietate în drept de uzufruct, drept de uz, drept de abitație, drept de servitute, drept de superficie, când atributele dreptului de proprietate, la voința proprietarului, sunt exercitate de el, precum și de ceilalți titulari ai dezmembrărilor dreptului de proprietate. În literatura de specialitate se susține<sup>2</sup> că proprietarul nu va beneficia pe deplin și exclusiv de cele trei atribute nici în cazul când un bun frugifer se află în stăpânirea unui posesor de bună-credință.

În ceea ce privește proprietatea comună, caracterul exclusiv persistă fiindcă există un singur drept, exercitat în comun, dar exclusiv, de către toți coproprietarii.

*Caracterul perpetuu* presupune, în primul rând, că dreptul de proprietate durează atâta timp cât există bunul, în al doilea rând, că dreptul de proprietate nu se stinge prin neuz<sup>3</sup>.

Caracterul perpetuu este prevăzut expres în Codul Civil, la art. 315, alin. (2): “Dreptul de proprietate este perpetuu”. Acest caracter al dreptului de proprietate este prevăzut și în Hotărârea Curții Constituționale nr. 110 din 25 ianuarie 1996, care prevede că proprietarul exercită asupra bunurilor din proprietate atributele dreptu-

---

1 Ion Filipescu, *Dreptul de proprietate și alte drepturi reale*, București, 1998, p. 76.

2 Liviu Pop, op. cit., p. 38.

3 Eugeniu Safto-Romano, op. cit., p. 22.



lui de proprietate (posesiunea, folosința și dispoziția) în mod exclusiv și perpetuu. Perpetuitatea nu împiedică transmiterea dreptului de proprietate de la un titular la altul și presupune că acest drept va exista atîta timp cît, există bunul, indiferent de schimbul titularilor săi. Cu alte cuvinte, perpetuitatea dreptului de proprietate nu trebuie interpretată în sensul apartenenței continue aceluiași titular. Pe parcursul vieții, titularul poate transmite dreptul său de proprietate unor alte persoane.

Specific caracterului perpetuu al dreptului de proprietate este durata în timp a obiectului său, indiferent de patrimoniul în care este cuprins într-un anumit moment al existenței sale<sup>1</sup>.

Dreptul de proprietate trece de la o persoană la alta prin diferite acțiuni din partea persoanelor fizice ori juridice, precum și în baza legii. În caz de deces ori de încetare a activității, dreptul de proprietate trece în mod obligatoriu succesorilor.

În literatura de specialitate<sup>2</sup> este răspândită ideea că perpetuitatea dreptului de proprietate este însușirea lui exclusivă. Autorii acestei idei susțin că drepturile reale, altele decât cel de proprietate, precum și drepturile de creanță au o existență temporară. Prin urmare, numai dreptul de proprietate este perpetuu.

**Atributele dreptului de proprietate.** Legislația Republicii Moldova numește expres cele trei atribute ale dreptului de proprietate. Astfel, Codul Civil, art. 315, dispune: „Proprietarul are drept de posesiune, de folosință și de dispoziție asupra bunului“. Așadar, atributele dreptului de proprietate conform prevederilor legale sunt: dreptul de posesiune (jus possidendi), dreptul de folosință (jus fruendi și jus utendi) și dispoziția (jus abudendi sau jus disponendi).

O trăsătură specifică a dreptului de proprietate constă în faptul că împuternicirile proprietarului au un caracter independent, nu se bazează pe dreptul unor alte persoane. Posesiunea, folosința și dispoziția pot aparține nu numai proprietarului.

De exemplu, locatarul se bucură de dreptul posedării și folosirii bunurilor proprietarului, în unele cazuri poate chiar dispune de aceste bunuri. Codul Civil, la art. 875, prevede că, prin contract de locațiune, o parte (locator) se obligă să dea celeilalte părți (locatar) un bun determinat individual în folosință temporară sau în folosință și posesiune temporară. Depozitarul posedă bunurile transmise de deponent spre păstrare (Codul Civil art. 1086). Din cele expuse, vedem că poate poseda, folosi și dispune nu numai proprietarul, ci și alte persoane. De aceea, este necesară determinarea diferenței dintre împuternicirile proprietarului, enumerate mai sus, și împuternicirile respective ale neproprietarilor.

Împuternicirile proprietarului se disting prin două particularități. În primul rînd, conținutul împuternicirilor este stabilit prin lege, iar în al doilea rînd, el le exercită de sine stătător și nu se bazează pe dreptul altora la acest bun. Pentru caracteristica împuternicirilor proprietarului sunt necesare ambele particularități. Împuternicirile

---

1 Gheorghe Durac și Julieta Manoliu, *Dreptul Civil. Drepturile reale principale*, Iași, 1994, p. 33.

2 P. C. Vlăchide, *Repetiția principiilor de drept civil, vol. I, București, 1994, p. 88.*

locatarului, arendaşului, depozitarului, altor neproprietari se bazează atît pe lege, cît și pe voința proprietarului. Volumul împuternicirilor neproprietarilor este stabilit de lege și de voința proprietarului de bun.

O altă particularitate constă în faptul că împuternicirile sunt limitate. Astăzi, legislația tuturor țărilor conține limitări ale împuternicirilor proprietarului. Dreptul de proprietate nu a existat niciodată absolut nelimitat. Astfel de limitări sunt cuprinse în diferite acte normative. Prevederea generală o găsim în Codul Civil, la art. 315, alin. (3): „Dreptul de proprietate poate fi limitat prin lege sau de drepturile unui terț.“

**Posesiunea ca atribut al dreptului de proprietate.** În literatura de specialitate există diferite definiții ale posesiunii, important atribut al dreptului de proprietate. Într-o opinie<sup>1</sup>, posesiunea constă în prerogativa titularului dreptului de proprietate de a stăpîni în fapt bunul. În altă opinie<sup>2</sup>, posesiunea este posibilitatea proprietarului de a stăpîni bunul ce-i aparține în materialitatea sa, comportîndu-se față de toți ceilalți ca titular al dreptului de proprietate. E. A. Suhanov numește posesiunea atribut al dreptului de proprietate bazat pe lege (ori asigurat juridic) care dă persoanei posibilitatea de a avea la sine bunul și de a-l întreține în gospodăria sa<sup>3</sup>.

Prin urmare, posesiunea oferă proprietarului posibilitatea de a stăpîni în fapt bunul. O asemenea stăpînire îi poate aparține direct și nemijlocit, exercitîndu-l în interes propriu și în putere proprie. Proprietarul însă poate conveni ca stăpînirea de fapt să fie exercitată și de o altă persoană, dar în numele și în interesul său.

În literatura de specialitate s-a relevat faptul că posesiunea este un important atribut al dreptului de proprietate, fiindcă, în cazul în care este lipsit de posesiune, proprietarul este lipsit de posibilitatea de a-și exercita dreptul de proprietate. Neavîndu-l în posesiune, nu poți folosi bunul, nici dispune de el. Avem în vedere cazurile cînd proprietarul, contrar voinței sale, este lipsit de posesiune, deoarece, după cum vom vedea, în cazurile cînd proprietarul transmite posesiunea unei alte persoane, pot exista cazuri de exercitare a celorlalte atribute ale dreptului de proprietate.

După cum am văzut, „posesiunea este mijlocul indispensabil al proprietarului de a-și realiza scopul, adică să utilizeze economic proprietatea sa“. Proprietarul, așadar, se bucură de dreptul de posesiune, de folosință și de dispoziție asupra bunurilor sale. Aceste atribute ale dreptului de proprietate au între ele o strînsă legătură, ceea ce nu împiedică delimitarea lor.

Se pune întrebarea: în ce corelație se află posesiunea, ca atribut al dreptului de proprietate, cu celelalte atribute — folosința și dispoziția? De regulă, folosința nu poate fi separată de posesiune. Pentru a folosi un bun, este necesar să-l pesezi. O întreprindere va putea folosi materia primă la fabricarea bunurilor numai dacă o are în posesiune. De asemenea, o persoană fizică se va putea folosi de bunurile sale numai dacă le avea în posesiune. Exeritînd folosința bunului cu ajutorul unor alte

---

1 Eugeniu Safta Romano, *Dreptul de proprietate publică și privată în România*, Iași, 1993, p.24.

2 Liviu Pop, *Dreptul de proprietate și dezmembrămintele sale*, București, 1996, p. 36.

3 E. A. Suhanov, *Lecții despre dreptul de proprietate*, Moskova, 1991, p. 20.

persoane (de exemplu, prin intermediul contractului de muncă), proprietarul nu le transmite folosința bunului. Mai mult decât atât, proprietarul nu transmite nici posesiunea bunului, ambele împuterniciri ale sale (posesiunea și folosința) proprietarul le exercită doar cu ajutorul altor persoane. Ilustrăm situația printr-un exemplu: șoferul conduce automobilul, dar dreptul de posesiune aparține proprietarului de automobil. Proprietarul, angajînd șoferul, nu-i transmite nici dreptul de posesie, nici dreptul de folosință asupra automobilului.

În concluzie, am putea spune că, de regulă, folosirea bunului este posibilă numai dacă posezi acest bun sau, cu alte cuvinte, folosința, ca atribut al dreptului de proprietate, este inseparabilă de alt atribut al acestui drept, posesiunea.

În cazul în care transmite dreptul de folosință unor alte persoane (de exemplu, arendașului), proprietarul transmite odată cu folosința bunului și dreptul de posesie asupra lui, deoarece, după cum am afirmat, este imposibil să folosești un bun fără ca să-l posezi.

Darea în arendă a bunurilor, adică transmiterea de către proprietar către arendaș a posesiunii și folosinței, este o realizare a dreptului de dispoziție și nu a dreptului de folosință.

Dacă transmiterea folosirii bunurilor, de regulă, nu poate fi realizată fără transmiterea posesiunii, posesia poate fi transmisă de către proprietar și fără transmiterea dreptului de folosință. De exemplu, creditorul gajist este posesorul bunului dat în gaj, dar nu are dreptul să se folosească de el, contrariul putînd fi stabilit prin contract (Codul civil, art. 477).

Într-o astfel de situație se află și depozitarul. Art. 1092 CC prevede: „Dacă contractul nu prevede altfel, depozitarul nu are dreptul să folosească, fără permisiunea deponentului, bunul predat în depozit, cu excepția cazului cînd faptul acesta este necesar conservării bunului“.

Dacă folosirea bunului este, de regulă, imposibilă fără posedarea lui, proprietarul poate exercita totuși, în anumite cazuri, dreptul de folosință asupra bunului său, chiar dacă acesta se află în posesiunea unei alte persoane. Art. 312, alin. (1) CC prevede: „Posesorul de rea-credință trebuie să predea titularului de drept atât bunul, cît și fructul bunului. El este obligat să compenseze contravaloarea fructelor pe care nu le-a obținut din culpa sa“.

Sunt posibile și cazuri cînd proprietarul, transmițînd, printr-un contract de arendă, posesiunea și folosința își rezervă dreptul de a primi unele fructe ale bunurilor transmise (de exemplu, mielul de la oaie). În acest caz, transmițînd posesiunea, proprietarul își păstrează atributele folosinței.

Dreptul de dispoziție, de asemenea, este legat de dreptul de posesiune. Este însă posibil ca proprietarul, fără să posedă bunul, să dispună de el. Prin urmare, proprietarul, transmițînd persoanelor terțe (locatar, arendaș, uzufructuar) posesiunea bunului, poate vinde acest bun, exercitînd astfel dreptul de dispoziție. În acest caz, se aplică art. 319 CC, care dispune: „Schimbarea proprietarului nu afectează

drepturile terților asupra bunului, dobândite cu bună-credință anterior transmiterii dreptului de proprietate“.

**Folosința ca atribut al dreptului de proprietate.** Doctrina definește folosința ca fiind prerogativa în al cărei temei proprietarul poate întrebuința bunul în interesul său, percependu-i fructele (naturale, civile, industriale)<sup>1</sup>. Într-o altă opinie<sup>2</sup>, folosința oferă proprietarului facultatea de a întrebuința bunul său, culegând sau percepend în proprietate toate fructele pe care acesta le produce. De asemenea, prin folosință se înțelege posibilitatea proprietarului de a sustrage din bun calitățile utile ale acestuia în scopul satisfacerii necesităților sale materiale și culturale<sup>3</sup>.

Codul civil nu definește dreptul de folosință, nici dreptul de posesiune și dreptul de dispoziție. În schimb, referindu-se la dreptul de folosință, a specificat, în art. 315, alin. (4): „Dreptul de folosință include și libertatea de a nu folosi bunul“. Acest lucru a fost stipulat expres în lege pentru prima dată. Astfel, și în virtutea acestei dispoziții legale, proprietarul este în drept să folosească bunul ori să nu-l folosească. Dreptul de a nu folosi bunul reiese din caracterul perpetuu al dreptului de proprietate, care presupune că acest drept nu se stinge prin neuz, adică prin nefolosirea bunului. Aceasta însă este regula. În cazurile expres prevăzute de lege, proprietarul bunului poate fi obligat să folosească bunul. Art. 315, alin. (4) dispune: „Poate fi instituită prin lege obligația de folosire dacă nefolosirea bunurilor ar contraveni intereselor publice. În acest caz, proprietarul poate fi obligat fie să folosească el însuși bunul ori să-l dea în folosință unor terți în schimbul unei contraprestații corespunzătoare“. Obligația de folosire a bunului poate fi instituită doar prin lege și doar în cazurile când nefolosirea bunului ar contraveni interesului public. Interesul public urmează a fi considerat cel din Legea exproprierii pentru cauză de utilitate publică nr. 488/1999, art. 5. O astfel de obligație de folosire a bunului poate fi dedusă din art. 24 al Codului funciar, care stipulează sancțiunile în caz de necultivare a terenurilor agricole.

Am putea spune că din această normă decurge obligația proprietarului de a cultiva terenul agricol, adică de a exercita dreptul de folosință.

În literatura de specialitate există diferite păreri asupra conținutului și corelației dintre dreptul de folosință și cel de dispoziție. De exemplu, M. M. Agarkov<sup>4</sup> și A. V. Venediktov<sup>5</sup> atribuie dispoziției bunului și distrugerea lui. Alții, de exemplu D. M. Ghenkin<sup>6</sup>, sunt de o altă părere, și anume că distrugerea bunului este rezultatul folosinței bunului și nu al dispoziției. Aceștia din urmă își argumentează poziția prin următoarele probe: orice folosire a bunului duce, în ultimă instanță, la distrugerea

1 Eugeniu Safta Romano, *Dreptul de proprietate publică și privată în România*, Iași, 1993, p.25.

2 Liviu Pop, *Dreptul de proprietate și dezmembrămintele sale*, București, 1996, p. 36.

3 V. A. Reazențev, *Dreptul civil sovietic*, Moskova, 1996.

4 M. M. Agarkov, *Principiile de bază a dreptului civil sovietic*, Statul și dreptul sovietic, 1947, N. 11, p.41.

5 A. V. Venediktov, *Proprietatea de stat socialistă*, Moskova, 1948, p. 346.

6 D. M. Ghenkin, *Dreptul de proprietate în URSS*, Moskova, 1975, p. 57.

lui. Unele bunuri sunt distruse printr-un act de folosință (materie primă, petrol), altele prin folosință îndelungată (bunuri determinate individual). Astfel, distrugerea bunului este, de fapt, rezultatul folosirii lui. Distrugerea bunului în afara folosirii lui are loc în cazuri rare (distrugerea bunurilor de care proprietarul nu are nevoie). Dar nici în acest caz, afirmă autorii opiniei, distrugerea nu este rezultatul dispoziției exercitate asupra bunului, ci are loc încetarea dreptului de proprietate conform voinței proprietarului. Prin urmare, distrugerea bunului nu poate fi atribuită dispoziției, fiindcă dispoziția bunului presupune schimbarea regimului său juridic.

În unele cazuri, distrugerea bunului poate duce la apariția unor raporturi juridice între proprietari și terți, dar în urma dispoziției, ci a acțiunilor proprietarilor care vin în contradicție cu interesele terților (de exemplu, distrugerea unui apartament de la etajul trei dintr-un bloc cu cinci etaje).

În concluzie se poate spune că principala deosebire dintre folosința și dispoziția bunului ca atribute ale dreptului de proprietate constă în faptul ca folosința include întrebuințarea calităților utile ale bunului, iar dispoziția--schimbarea statutului juridic al bunului (vânzarea, donarea etc.)<sup>1</sup>.

Folosința bunurilor poate fi exercitată de către proprietar, nemijlocit cât și de alte persoane, la voința proprietarului.

În legătură cu determinarea corelației dintre folosința și dispoziția bunului trebuie să găsim răspuns la întrebarea: este oare obținerea de venituri de către proprietar rezultatul exercitării dreptului de folosință asupra bunului ori a dreptului de dispoziție? Studiind problema, se poate vedea că, în ultimă instanță, proprietarul poate obține venituri atât în urma exercitării dreptului de folosință, cât și a dreptului de dispoziție asupra bunurilor sale. De regulă, veniturile din exercitarea dreptului de dispoziție sunt bănești, iar din exercitarea dreptului de folosință sunt naturale.

În unele cazuri, folosirea bunurilor are ca rezultat întrebuințarea lor (folosirea materiei prime pentru producerea diferitelor obiecte). În astfel de cazuri, apare întrebarea: continuă exercitarea aceluiași drept de proprietate asupra bunului apărut din materia primă ori apare un nou drept de proprietate asupra acestui bun? Problema se rezolvă diferit, în funcție de măsura schimbărilor materiei prime din care s-a produs un nou bun. De exemplu, dacă din stofă s-a cusut un costum, asupra lui are un nou drept de proprietate.

Dreptul de folosință, ca și dreptul de posesiune, poate fi transmis de proprietar unor alte persoane. După cum am relatat, folosirea bunului, de regulă, nu poate fi exercitată fără posedarea bunului.

**Dispoziția ca atribut al dreptului de proprietate.** Prin drept de dispoziție se înțelege posibilitatea stabilirii statutului juridic al bunurilor (vânzare, transmitere prin moștenire, donare). Ca rezultat al exercitării dreptului de dispoziție, proprietarul intră

---

1 Ibidem, p.102.

în relații juridice cu persoane terțe. În literatura de specialitate<sup>1</sup> se întâlnește opinia că dreptul de dispoziție ar include și consumarea sau distrugerea bunurilor. Opinia noastră privind acest caracter a fost expusă la analiza dreptului de folosință.

Dreptul de dispoziție este unul dintre cele mai importante atribute ale proprietarului. Anume prin el proprietarul se deosebește în mare măsură de alți posesori titulari (de fapt, în unele cazuri, și aceștia pot dispune de bunuri, dar cu o singură condiție: această împuternicire să fie dată de către proprietarul bunului).

În concluzie, afirmăm că proprietarului este o persoană fizică sau juridică participantă la raporturile juridice căreia îi aparține dreptul de a poseda bunurile, de a le folosi și a dispune de ele, iar în anumite cazuri, de unele dintre aceste împuterniciri pot să dispună și neproprietarii. Astfel încât, locatarul posedă, folosește bunurile persoanei de la care le-a luat în locațiune, iar în unele cazuri, poate chiar și să dispună de ele.

**Obiectele dreptului de proprietate.** Obiectele dreptului de proprietate fac parte din categoriile obiectelor dreptului civil. Obiectele dreptului civil includ mai multe categorii de obiecte, atât patrimoniale, cât și nepatrimoniale. Obiect al dreptului de proprietate pot fi numai bunurile care au conținut economic.

În legislația în vigoare nu există o normă expresă privind enumerarea bunurilor care pot forma obiectul dreptului de proprietate<sup>2</sup>. Lucrul acesta este imposibil și nici nu este necesar. Pot fi obiect al dreptului de proprietate, în primul rând, bunurile mobile și cele imobile.

Dreptul de proprietate nu poate exista, în principiu, decît asupra unor bunuri corporale. Este necesar ca obiectul dreptului de proprietate să fie un lucru, iar acesta să fie material<sup>3</sup>.

Pornind de la conținutul economic al relațiilor de proprietate, putem spune că obiect al dreptului de proprietate poate fi tot ceea ce se poate însuși ca marfă. Acest mod de abordare a problemei însă ar fi prea larg, deoarece efectiv, în fiecare caz, poate deveni marfă tot ceea ce este legat de activitatea umană (chiar și organismul omului) sau, bunăoară, loturile de pe Lună, în cunoscutele cazuri de „vânzare“ a lor la care omul nu a ajuns, dar teoretic are șanse să ajungă. De aceea este necesar să concretizăm că poate fi obiect al dreptului de proprietate nu pur și simplu marfa, ci rezultatul muncii omului, care îmbracă formă de marfă<sup>4</sup>.

În ultimul timp, au loc discuții aprinse asupra următoarelor trei categorii de obiecte: spațiul aerian, rezultatele activității intelectuale, corpul omului, inclusiv organele lui.

---

1 Eugeniu Safta Romano, *Dreptul de proprietate publică și privată în România*, Iași, 1993, p.36.

Eugeniu Safta Romano, *Dreptul de proprietate publică și privată în România*, Iași, 1993, p.29.

2 Legea cu privire la proprietate, art.7.

3 Eugeniu Safta Romano, op. cit., p. 50.

4 E. A. Suhanov, op. cit., p. 26.

Spațiul aerian, în opinia noastră, nu poate face obiectul dreptului de proprietate, fiindcă nu poate fi însușit de către om. Dispoziția art. 127, alin. (4) din Constituție, care prevede că „bogațiile de orice natură ale subsolului, spațiul aerian (s.n.), apele și pădurile folosite în interes public, resursele naturale ale zonei economice și ale platoului continental, căile de comunicație, precum și alte bunuri stabilite de lege, fac obiectul exclusiv al proprietății publice<sup>1</sup>, nu ar trebui să impună concluzia că spațiul aerian ar fi un „veritabil“ obiect al dreptului de proprietate. Asupra spațiului aerian proprietarul (fie chiar statul) nu poate exercita cele trei atribute: dreptul de posesiune, dreptul de folosință și dreptul de dispoziție. Chiar dacă am admite că, în cazul bunurilor domeniului public, lipsește dreptul de dispoziție, nu putem afirma că este posibilă deținerea dreptului de posesiune și dreptul de folosință, că atribute ale dreptului de proprietate, asupra spațiului aerian.

În ceea ce privește rezultatele activității intelectuale, în literatura de specialitate se menționează pe bună dreptate că rezultatele activității intelectuale nu pot face parte din categoria obiectelor dreptului de proprietate<sup>2</sup>. În calitate de argument servesc următoarele:

Relațiile juridice privind rezultatele activității intelectuale apar ca rezultat al creării și exercitării operelor de artă, științifice, literare, invențiilor, propunerilor de raționalizare, prototipului industrial etc.

În aceste cazuri este vorba de rezultatele activității intelectuale ale autorilor, exprimate în diferite idei științifice și tehnice, legalizate în modul stabilit. Particularitățile acestor relații juridice constau nu numai în imposibilitatea autorului de a-și exercita în mod clasic dominația (posesiunea, folosința, dispoziția) asupra rezultatelor activității intelectuale, ci și în posibilitatea tuturor terților de a „sustrage calitățile folositoare“ din aceste rezultate intelectuale. Este suficient ca autorul să-și publice ideile astfel încât cei care au luat cunoștință de aceste idei să aibă posibilitatea de a se folosi de rezultatele muncii intelectuale ale autorului.

Astfel, dacă am extinde asupra acestor relații normele instituției dreptului de proprietate, volens-nolens am înrăutăți pozițiile autorului, fiindcă, de exemplu, pictorul, vânzând portretul pe care l-a pictat, ar trebui să piardă dreptul nu numai asupra obiectului material (bucata de hârtie, de pânză), ci și toate drepturile asupra operei, iar dobânditorul ar deveni nu numai posesorul, ci și autorul acestei opere, ceea ce ar fi absurd.

De aceea, astfel de relații sunt reglementate deosebit de normele dreptului de autor, care reflectă specificul acestor relații și care, mai mult decât atât, poartă un caracter nepatrimonial.

În cazul corpului uman, problema este mult mai complexă. Majoritatea specialiștilor consideră corpul uman ca nefiind obiect al dreptului de proprietate,

---

1 Ibidem, p. 26-27.

2 Legea cu privire la proprietate art. 7.

poziție pe care o acceptăm, căci este de principiu că dreptul nu acceptă un raport al persoanei fizice cu ea însăși: eu nu sunt proprietarul corpului meu din moment ce corpul meu sunt eu, adică eu în calitate de subiect de drept. Corpul uman este substratul persoanei; el este persoana<sup>1</sup> Există însă o opinie izolată conform căreia corpul uman ar putea fi considerat obiect al dreptului de proprietate, dar faptul că legea cu privire la transplantul de organe și țesuturi umane<sup>2</sup> admite transplantul de organe nu ne permite a afirma că organele omului posibile de a fi transplantate unei alte persoane fac obiectul dreptului de proprietate. După cum am afirmat, omul nu poate să exercite asupra organelor sale cele trei atribute ale dreptului de proprietate: posesiunea, folosința și dispoziția. Este totuși posibil a apela la normele ce acordă protecție dreptului de proprietate și atunci când este vorba de organele omului. De exemplu, dacă dintr-o instituție medicală a fost sustras, spre a fi transplantat, un organ al omului, se va putea înainta o acțiune în revendicare întru restituirea acestui organ.

În concluzie putem afirma că dreptul de proprietate este definit ca dreptul real principal care conferă titularului său atributele de posesie, folosință și dispoziție (jus possidendi, jus utendi, jus fruendi, jus abutendi) asupra bunului apropiat în formă privată, atribute care pot fi exercitate în mod absolut, exclusiv și perpetuu, cu respectarea limitelor materiale și a limitelor juridice. Poate fi titular al dreptului de proprietate privată atât o persoană fizică, cât și o persoană juridică, inclusiv statul. În cazul în care însă statul deține bunuri cu titluri de proprietate privată, acestea sunt supuse aceluiași regim juridic ca bunurile aflate în proprietatea oricărei alte persoane.

---

1 Ovidiu Ungureanu, *Drept Civil. Persoanele*, București 2003, p. 29.

2 Legea 473-XIV din 25.06.99. În M.O.al R.M., nr., 94-95, 1999.



# LES EFFETS DE LA CEDH DANS L'ORDRE JURIDIQUE INTERNE DES ETATS

**Olga BENEȘ**, master, lector superior

Recenzent: **Vitalie GAMURARI**, doctor, conferențiar universitar

*Din momentul obținerii statutului de membru al Consiliului Europei statul se obligă să respecte fără rezerve hotărârile Curții Europene pentru Drepturile Omului. Pe parcursul primului deceniu al secolului XXI, Republica Moldova a fost condamnată de către această instanță în repetate rânduri, ceea ce afectează imaginea statului nostru peste hotarele acestuia. În acest context, studierea efectelor hotărârilor emise de CEDO constituie o problemă prioritară pentru specialiștii autohtoni.*

Si la vocation des instruments internationaux de protection de la personne humaine c'est tout d'abord d'énoncer les droits, alors cette protection est une fonction, en dehors des mécanismes de garantie mis en œuvre, des obligations revenant aux Etats parties. Pour définir la latitude de la force des engagements des Etats, différents organes de contrôle ont manifesté leur engagement suivant différentes voies. L'une des plus intéressantes réside dans la considération du fait que chaque droit pourrait impliquer trois catégories d'obligations : « l'obligation de respecter » , qui impose aux organes et aux fonctionnaires de l'Etat en premier lieu qu'ils ne commettent pas de violations : « l'obligation de protéger » qui requiert à l'Etat de protéger les titulaires de droits contre les atteintes de la part des tiers et de punir les auteurs : « l'obligation de mettre en action », enfin de demander l'adoption de mesures positives pour concrétiser et pour donner un effet entier à ce droit. Cette approche est plutôt privilégiée par les organes responsables de superviser la mise en œuvre des instruments dédiés aux droits économiques, sociaux et culturels, ce qui ne relève pas de la compétence de la Cour européenne des Droits de l'Homme, sa compétence étant consacrée aux droits civils et politiques. La Cour européenne des Droits de l'Homme a opté pour une approche binaire, plus simple, qui classe les obligations des Etats en deux catégories : les obligations négatives d'une part, les obligations positives de l'autre part. Sur cette base, la Haute Juridiction assure à présent une vaste protection des droits garantis par la Convention dont elle est le dernier gardien. La reconnaissance d'obligations positives à la charge des Etats contractants constitue l'innovation majeure du travail interprétatif européen. Les « obligations positives » caractérisent de manière éclatante la préoccupation constante des juges officiels de la Convention d'établir des droits et libertés effectifs. La ligne directrice des méthodes d'interprétation mises en œuvre réside dans l'affirmation selon laquelle l'objectif

essentiel de la Cour est de « protéger des droits non pas théoriques ou illusoire mais concrets et effectifs ». Cette conception était déjà perceptible dans des arrêts antérieurs ainsi la Cour a pu affirmer que « s'agissant d'un traité normatif, il y a lieu (...) de rechercher quelle est l'interprétation la plus propre à atteindre le but et à réaliser l'objet de "la Convention" et non celle qui donnerait l'étendue la plus limitée aux engagements des Parties » .

La notion d'obligation positive, d'origine prétorienne, apparaît pour la première fois dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme en 1968, lors de l'arrêt dit « affaire linguistique belge »<sup>1</sup>. Les instances conventionnelles attendront ensuite plus de dix ans avant d'user du concept d'obligation positive, de nouveau contre la Belgique, en 1979, lors de la célèbre affaire Marckx<sup>2</sup>. qui soulevait la difficulté pour une mère célibataire de reconnaître son enfant afin d'établir un lien de filiation, la Cour souligne que, « en proclamant par son § 1 le droit au respect de la vie familiale, l'article 8 signifie d'abord que l'Etat ne peut s'immiscer dans l'exercice de ce droit, sauf sous les strictes conditions énoncées au § 2. Ainsi que la Cour l'a relevé en l'affaire "linguistique belge", il a "essentiellement" pour objet de prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics (...). Il ne se contente pourtant pas d'astreindre l'Etat à s'abstenir de pareilles ingérences : à cet engagement plutôt négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un "respect" effectif de la vie familiale »<sup>3</sup>.

La même année, les juges européens élargissent l'étendue des obligations positives incombant à l'Etat à l'article 6 : « l'exécution d'un engagement assumé en vertu de la Convention appelle parfois des mesures positives de l'Etat ; en pareil cas celui-ci ne saurait se borner à demeurer passif et " il n'y a (...) pas lieu de distinguer entre actes et omissions" (...). Or, l'obligation d'assurer un droit effectif d'accès à la justice se range dans cette catégorie d'engagements »<sup>4</sup>.

Dès lors, est entamé le processus de mise en place d'une technique des obligations positives qui prendra plus clairement son envol dans les années 1980. L'intervention de l'Etat est ainsi sollicitée dans des domaines aussi variés que, par exemple, le droit d'être jugé dans un délai raisonnable, le droit à la liberté d'expression , le droit au respect de la vie privée des personnes transsexuelles, le droit d'obtenir des informations pertinentes sur les risques graves pour l'environnement, ou, plus tardivement, le droit de propriété.

Certaines obligations d'action à la charge des Hautes Parties contractantes avaient été envisagées par les rédacteurs de la Convention européenne et furent inscrites dès 1950 dans le texte de Rome. Ainsi, l'Etat doit indemniser la victime d'une arresta-

---

1 Cour EDH, arrêt Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique », 23 juillet 1968, série A n° 6 ; AFDI 1968, p. 201.

2 Cour EDH, arrêt Marckx c. Belgique, 13 juin 1979, série A n° 31, 1980, p. 473,

3 Cour EDH, arrêt Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique », 23 juillet 1968, A 6 ; AFDI, 1968, p. 201.

4 Cour EDH, arrêt Airey c. Irlande, 9 octobre 1979, A 32, § 25, p.231.

tion ou d'une détention réalisée dans des conditions contraires aux dispositions de l'article 5<sup>1</sup>, procurer à l'accusé l'assistance gratuite d'un avocat commis d'office<sup>2</sup> et à celui qui ne comprend pas la langue employée à l'audience l'assistance gratuite d'un interprète. L'Etat a enfin l'obligation d'organiser des élections libres<sup>3</sup>. Ces obligations positives ont été qualifiées de conventionnelles par opposition aux obligations positives prétoriennes dégagées par les instances européennes. Les secondes, dont la liste est par nature non exhaustive, semblent illimitées.

Quelle que soit la configuration de l'obligation positive, l'objectif permanent est la recherche d'effectivité des droits de l'Homme. Une distinction a été effectuée quant aux voies empruntées pour la formulation des obligations positives : celles-ci seraient en effet, soit issues de la transformation d'une formule négative d'un droit en prestation positive, soit inhérentes aux droits conventionnels parce que nécessaires à leur effectivité. Au premier cas correspond l'arrêt « *Affaire linguistique belge* » du 23 juillet 1968 dans lequel les juges européens ont déduit de l'article 2 du Premier Protocole selon lequel « *Nul ne peut se voir refuser un droit à l'instruction* », que, « *malgré sa formulation négative* », il consacre un véritable droit à l'instruction et n'implique pas que l'Etat n'ait aucune obligation positive d'assurer le respect de ce droit<sup>4</sup>. La seconde occurrence est dégagée des arrêts dans lesquels la Cour affirme, s'agissant par exemple de l'article 8, que « *s'il a «essentiellement» pour objet de prémunir l'individu contre les ingérences arbitraires des pouvoirs publics (...) à cet engagement plutôt négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un respect effectif de la vie familiale* »<sup>5</sup>. Qu'elles soient « inhérentes » au respect effectif de certaines dispositions conventionnelles ou requises « par implication », la disparité de présentation n'est en fait qu'apparente puisque, nonobstant la tournure employée, l'obligation positive est toujours présentée par les juges européens comme une composante naturelle et implicite du droit garanti parce que nécessaire à son effectivité<sup>6</sup>.

Le concept d'obligation positive a été précisé au gré des différentes affaires soumises aux instances strasbourgeoises et peut être défini comme l'obligation pour l'Etat de ne pas « se borner à rester passif »<sup>7</sup> mais d' « adopter des mesures raisonnables et adéquates pour protéger les droits »<sup>8</sup> garantis par la Convention. Malgré le refus des juges européens d'élaborer une théorie générale des obligations positives, cette idée est

---

1 Convention européenne des droits de l'homme art.5§5, Conseil de l'Europe, p.8.

2 Convention européenne des droits de l'homme art.6§3, Conseil de l'Europe, p.9.

3 Cour EDH, Premier protocole additionnel signé à Paris le 20 mars 1952, art.3. Conseil de l'Europe, p.35, Cour EDH, arrêt *Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique* du 2.03. 1987, série A n° 113, § 48, p.112.

4 Cour EDH, arrêt *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique »*, 23 juillet 1968, série A n° 6 ; AFDI 1968, p. 201

5 Cour EDH, arrêt *Marckx c. Belgique*, 13.06.1979, série A n° 31, CDE 1980, p. 473,

6 Cour EDH, arrêt *Özgür Gündem c. Turquie* du 16.03. 2000, Recueils, requête 23144/93, § 42, p.34.

7 Cour EDH, arrêt *Airey c. Irlande* du 9.10. 1979, A, n° 32, § 25, préc.

8 Cour EDH, arrêt *Powell et Rayner c. Royaume-Uni* du 21.02.1990, A n° 172, § 41. p.64.

acquise et inscrite parmi les autres principes d'interprétation employés à Strasbourg<sup>1</sup>. Les obligations positives sont associées de façon constante à certains droits européens, tels les droits au respect de la vie privée ou familiale, et permettent d'optimiser les garanties contenues dans le texte de 1950. L'Etat est donc sollicité afin de contribuer à la protection et à la promotion des droits de l'Homme, en créant les conditions nécessaires à leur respect effectif. Cette exigence a par la suite permis à la Cour d'établir une passerelle inattendue entre les droits de l'Homme et les relations privées. Une telle « optimisation » des droits de l'Homme conduit en outre à reconsidérer la distinction traditionnellement réalisée à partir des modalités de leur protection.

Les droits de l'Homme font traditionnellement l'objet d'une classification tripartite, chaque composante étant le fruit d'une évolution historique. Les droits de la première génération correspondent aux droits civils et politiques proclamés au XVIII-ème siècle, ceux de la deuxième génération contiennent les droits économiques, sociaux et culturels découverts dans la période postérieure à la seconde guerre mondiale. Enfin, une ultime catégorie mise en lumière dans la période contemporaine serait constituée des droits dits de solidarité. Il s'agit du droit à la paix, au développement, à l'environnement et au respect du patrimoine commun de l'humanité<sup>2</sup>. Ces nouveaux droits suscitent toutefois de nombreuses incertitudes. S'agissant des deux premières catégories, le critère distinctif résulte de l'attitude exigée de la part de l'Etat ; les droits civils et politiques ou « droits de ... » sont protégés dès lors que la puissance publique s'abstient de poser des obstacles à leur exercice. Quant aux droits économiques, sociaux et culturels ou « droits à ... », ils requièrent pour leur mise en œuvre une intervention active de l'Etat, la seule liberté de l'individu ne lui permettant pas de les obtenir. Si cette dichotomie est contestable en raison d'une interdépendance des droits et d'une fallacieuse suggestion selon laquelle les droits de l'Homme sont sauvegardés par strates successives, les seconds n'étant garantis qu'une fois acquise la protection des premiers<sup>3</sup>, elle est en outre remise en question par le concept d'obligations positives. Il existe en effet une « complémentarité » entre les droits civils et politiques d'une part et les droits économiques et sociaux, d'autre part, puisque « l'absence des premiers compromet l'exercice des seconds »<sup>4</sup>. En remettant en cause la segmentation des droits de l'Homme, les obligations positives garantissent leur indivisibilité<sup>5</sup>. Le point 6 du Préambule précise que « le principe de l'indivisibilité

1 Olivier Jacot-Guillarmod, « Règles, méthodes et principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », in L.-E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert, La Convention européenne des droits de l'Homme, Commentaire article par article, préc., p. 41.

2 D. Rousseau, « Les droits de l'Homme de la troisième génération », in Droit constitutionnel et droits de l'Homme, *Economica*, 1987, p. 125.

3 Frédéric Sudre, *Droit international et européen des droits de l'Homme*, op. cit., n° 66, p.46.

4 Frédéric Sudre, op. cit., n° 69, p.51..

5 Emmanuel Decaux, « Universalité et indivisibilité des droits de l'Homme dans le droit international », in R. Kessous (dir.), *L'universel et les droits de l'Homme*, Actes de l'université d'automne 2004 de la Ligue des droits de l'Homme, [www.ldh.France.org/actu\\_nationale.cfm?idactu=1206](http://www.ldh.France.org/actu_nationale.cfm?idactu=1206), p. 23.

des droits de l'Homme, qui implique la jouissance des droits politiques et civils, tels que ceux consacrés notamment par les articles 6 paragraphe 3 c, et 13 de la Convention européenne des droits de l'Homme, n'est pas effective si les droits économiques, sociaux et culturels ne sont pas également protégés ». La Recommandation n° R(93)1 du Comité des Ministres aux Etats membres relative à l'accès effectif au droit et à la justice en situation de grande pauvreté, dans le point 6 du Préambule précise que « *le principe de l'indivisibilité des droits de l'Homme, qui implique la jouissance des droits politiques et civils, tels que ceux consacrés notamment par les articles 6 paragraphe 3 c, et 13 de la Convention européenne des droits de l'Homme, n'est pas effective si les droits économiques, sociaux et culturels ne sont pas également protégés* »<sup>1</sup>. En ce sens, la Cour européenne a également reconnu que, si la Convention « énonce pour l'essentiel des droits civils et politiques, nombre d'entre eux ont des prolongements d'ordre économique ou social. Avec la Commission, la Cour n'estime donc pas devoir écarter telle ou telle interprétation pour le simple motif qu'à l'adopter on risquerait d'empiéter sur la sphère des droits économiques et sociaux ; nulle cloison étanche ne sépare celle-ci du domaine de la Convention »<sup>2</sup>.

La technique européenne des obligations positives permet désormais de s'affranchir de la distinction traditionnelle pour réclamer une prestation étatique quel que soit le droit en cause, et éviter ainsi une proclamation théorique et illusoire des droits en condamnant l'inertie des pouvoirs publics. A cet égard, il est significatif de relever les arguments étatiques présentés lors de l'affaire linguistique belge<sup>3</sup> : le gouvernement arguait du fait que « *les libertés individuelles impliqueraient pour les pouvoirs publics de simples devoirs d'abstention (statut négatif, status libertatis)* ». La Commission, quant à elle, a estimé que les droits reconnus par la Convention ne sont pas tous négatifs : « Il faut examiner chaque matière et chaque disposition d'une manière indépendante sans se laisser égarer par une "doctrine d'un certain âge" — la doctrine classique des libertés individuelles qui "*peut conserver une certaine valeur philosophique*" mais "*n'a aucun caractère normatif*" ». Ainsi, la mutation des principes classiques de protection des droits civils et politiques constitue la conséquence immédiate du concept d'obligations positives. Nonobstant cette sollicitation nouvelle de la puissance publique, le bouleversement majeur réside évidemment dans la mise en place d'un processus de privatisation de la Convention européenne des droits de l'Homme, à travers l'effet horizontal. Les instances strasbourgeoises, à partir du concept d'obligations positives ont étendu et généralisé l'application horizontale de la Convention européenne des droits de l'Homme. Les arrêts examinés précédemment

---

1 Recommandation n° R(93)1 du Comité des Ministres aux Etats membres relative à l'accès effectif au droit et à la justice en situation de grande pauvreté (Adoptée par la Comité des Ministres le 8 janvier 1993 lors de la 484ème ter réunion des délégués des Ministres), [www.coe.int./T/CM/home\\_fr.asp](http://www.coe.int./T/CM/home_fr.asp).

2 CEDH, arrêt *Airey c. Irlande* du 9.10. 1979, série A, n° 32, § 26, préc.

3 Cour EDH, arrêt *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique »*, 23 juillet 1968, série A n° 6 ; AFDI 1968, p. 201.

ne constituent que les balbutiements d'un effet horizontal qui ne sera effectivement généralisé qu'en 1985, lors de l'arrêt X et Y contre Pays-Bas<sup>1</sup>.

En l'espèce, une jeune fille handicapée mentale fut agressée sexuellement le lendemain de ses seize ans, dans le foyer privé dans lequel elle vivait. Le père de la victime déposa plainte en raison de l'incapacité de sa fille. Il fut débouté au motif que le droit néerlandais ne permettait au représentant légal d'agir au nom de la victime que lorsque celle-ci a moins de seize ans, les juges nationaux refusant de faire une interprétation extensive de la loi au détriment de l'agresseur. Saisie par le père et sa fille, la Cour européenne énonça que la vie privée, protégée par l'article 8 de la Convention, recouvre l'intégrité physique et morale de la personne et comprend la vie sexuelle. Elle rappela que « *si l'article 8 a essentiellement pour objet de prémunir l'individu contre les ingérences arbitraires des pouvoirs publics, il ne se contente pas de commander à l'Etat de s'abstenir de pareilles ingérences : à cet engagement plutôt négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un respect effectif de la vie privée et familiale* » et précisa que celles-ci « *peuvent impliquer l'adoption de mesures visant au respect de la vie privée jusque dans les relations des individus entre eux* »<sup>2</sup>. Il convient de relever qu'à aucun moment le Gouvernement n'a argué du caractère privé de la violation et par conséquent de l'incompétence *ratione personae* de la Cour, ses arguments reposant essentiellement sur la suffisance d'une législation civile en ce domaine. Néanmoins, la Cour a explicitement consacré, par cet arrêt, l'applicabilité interindividuelle de la CEDH. Une telle solution sera reprise à propos de la difficulté pour des enfants victimes de sévices sexuels d'engager une procédure civile. L'arrêt X et Y contre Pays-bas et la formule qu'il contient, selon laquelle les obligations positives « *peuvent impliquer l'adoption de mesures visant au respect de la vie privée jusque dans les relations des individus entre eux* », laisse accroire qu'un lien direct est indispensable entre les deux méthodes d'interprétation l'une précédent et fondant l'autre. Cette jurisprudence fonde de nombreuses extensions horizontales de la Convention. Ainsi, des arrêts relatifs à l'action en recherche de paternité<sup>3</sup> à l'accès aux origines de la personne née sous X<sup>4</sup>, à la protection de la vie privée contre des articles de presse<sup>5</sup>, à l'interprétation d'un contrat d'assurance souscrit par une personne transsexuelle<sup>6</sup>, comportent la même assertion. Les obligations positives peuvent également impliquer l'adoption de mesures visant au respect de la

---

1 Cour EDH Arrêt X et Y contre les Pays Bas du 26.03.1985, Série A n° 91, 1985, pp. 629-630.

2 Cour EDH, arrêt X et Y contre les Pays Bas du 26.03. 1985, Série A n° 9, 1985, pp. 629-630.

3 Cour EDH, arrêt Mikulic c. Croatie du 7.02. 2002, requête. n° 53176/99, § 50, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=8886179&skin=hudoc-fr&action=request>

4 Cour EDH, arrêt Gde Ch., arrêt Odièvre c. France du 13.02. 2003, requête n° 42326/98, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=8886339&skin=hudoc-fr&action=request>

5 Cour EDH, arrêt Van Hannover c. Allemagne du 24.06. 2004, requête. n° 59320/00, § 57, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=8886376&skin=hudoc-fr&action=request>

6 Cour EDH, arrêt Van Kück c. Allemagne du 12 .06. 2003, requête n° 35968/97, § 70 <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=8886433&skin=hudoc-fr&action=request>,

vie familiale jusque dans les relations des individus entre eux<sup>1</sup>.

Le mécanisme des obligations positives et la diffusion horizontale des droits de l'Homme ont également atteint le droit de l'environnement sous couvert d'une protection du droit au respect de la vie privée et du domicile. L'arrêt Lopez Ostra contre Espagne du 9 décembre 1994<sup>2</sup>, est un arrêt majeur de la jurisprudence horizontale en ce qu'il consolide « de manière éclatante » la construction amorcée. L'ingérence provenant d'une entreprise privée, la Cour précisa que les autorités espagnoles « *n'étaient pas en principe directement des activités de responsables des émanations dont il s'agit* ». Elle considéra cependant, à l'instar de la Commission, que la ville avait permis l'installation de la station sur des terrains lui appartenant et que l'Etat avait octroyé une subvention pour sa construction. Dès lors, citant l'arrêt X et Y contre Pays-Bas à l'appui de sa démonstration, la Cour estima « *qu'en l'occurrence il lui suffit de rechercher si, à supposer même que la municipalité se soit acquittée des tâches qui lui revenaient d'après le droit interne, les autorités nationales ont pris les mesures nécessaires pour protéger le droit de la requérante au respect de son domicile ainsi que de sa vie privée et familiale garanti par l'article 8* »<sup>3</sup>. Elle conclut à la violation de l'article 8 de la CEDH en ce que les organes de l'Etat, par leur passivité et les entraves qu'ils ont établies, ont contribué à prolonger la situation litigieuse.

Un raisonnement identique est à l'origine de l'extension horizontale de la liberté d'expression<sup>4</sup>, et de la liberté de réunion<sup>5</sup>. Ainsi, les juges européens estiment que « *tout comme l'article 8, (l'article 11) appelle parfois des mesures positives au besoin jusque dans les relations interindividuelles* »<sup>6</sup>.

Au terme de cet inventaire, la reconnaissance d'un effet horizontal des articles 8, 10 et 11 de la CEDH paraît résulter de l'existence préalable d'obligations positives. La généralisation de l'assertion extraite de l'arrêt X et Y contre Pays-Bas atteste en effet de l'enchaînement entre les deux techniques jurisprudentielles et de la possible implication horizontale des obligations positives. L'effet horizontal ne semble pas pouvoir être reconnu sans la médiation des obligations positives. Pourtant, la diffusion horizontale de la CEDH peut revêtir d'autres formes. En ce sens, la Cour développe depuis quelques années une jurisprudence fondant l'effet horizontal de la Convention sur l'article premier du texte européen et l'obligation générale qu'il contient à l'adresse des Etats. Auparavant,

---

1 Cour EDH, arrêt *Reigado Ramos c. Portugal* du 22 .11. 2005, requête n° 73229/01, § 46, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=8886469&skin=hudoc-fr&action=request>

2 Cour EDH, arrêt *Lopez Ostra c. Espagne* du 9 .12.1994, §52, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=8886518&skin=hudoc-fr&action=request>

3 Ibidem, p. 56

4 Cour EDH, arrêt *Ozgür Gündem c. Turquie* du 16.03. 2000, requete n° 23144/93, § 43, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=8886563&skin=hudoc-fr&action=request>

5 Cour EDH, arrêt *Plattform « Ärzte Für das Leben » c. Autriche* du 21.06.1988, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=8886669&skin=hudoc-fr&action=request>

6 Cour EDH, arrêt *Öllinger c. Autriche* du 29.06. 2006, requête n° 76900/01, § 37, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=8886727&skin=hudoc-fr&action=request>

on faisait une distinction entre l'obligation à caractère substantiel ou procédural. Dans le premier cas on considère que l'obligation découle de la disposition énonçant le droit substantiel. Ce fait est certain lorsque l'obligation en question découle d'une disposition exacte. De cette façon, l'article 2 paragraphe 1 prévoit l'intervention juridique de l'Etat pour protéger le droit à la vie. Il serait bon d'ajouter à ce cas la situation dans laquelle même si une disposition n'est pas très explicite, une disposition de la Convention serait interprétée comme imposant une obligation positive.

Pour les obligations procédurales, la perspective paraît être différente, tout particulièrement pour celles déduites par la Cour des articles 2 (droit à la vie), 3 (interdiction des mauvais traitements) ou 4 (interdiction de l'esclavage et du travail forcé). La jurisprudence a souligné à plusieurs reprises que dans l'article 1 de la Convention sont combinées ces dispositions qui peuvent générer de telles obligations. Celles-ci découlent alors d'une mise en évidence d'une responsabilité générale revenant aux Etats « *de reconnaître pour toute personne relevant de sa juridiction les droits et les libertés définies* » responsabilité qui implique que les Etats Parties répondent pour toute violation des droits et des libertés protégés subis par les individus placés sous leur juridiction - c'est-à-dire leur compétence au moment de la violation. De cette façon, on a procédé à une généralisation de la théorie des obligations positives celle-ci pouvant être mise en application, sous aspect procédural, à toute disposition - plus spécialement à toute disposition normative de la Convention. La jurisprudence récente exprime une nouvelle tendance dans laquelle il paraît que la Cour formule systématiquement les obligations positives qu'elle énonce, soit d'ordre substantiel ou procédural, en vertu d'une combinaison des dispositions normatives du texte européen avec l'article 1. Alors, l'obligation de prendre les mesures nécessaires pour protéger la liberté d'expression résulte de l'article 10 combiné à l'article 1, pour la protection du droit de propriété la corrélation entre l'article 1 et le Protocole 1. Dans ce sens il y a un changement radical et on peut l'observer dans différentes décisions récentes. On pourrait noter en spécial les arrêts *Assanidze contre Géorgie* et *Ilascu et autres c. Moldova et Russie*<sup>1</sup>. Ensemble avec ces décisions, l'article 1 plus que jamais, peut être considéré la clef du système conventionnel. Etant sur le point de constituer pour les Etats une source autonome des obligations générales - sont aussi des obligations positives. Alors, dans l'affaire *Assanidze*, la Cour a considéré que l'article 1 « implique et exige la mise en œuvre d'un système étatique de nature à garantir le système de la Convention sur l'ensemble de son territoire et à l'égard de chaque individu, alors que dans l'affaire *Ilascu c. Moldova et Russie*, elle a considéré que dans les cas où une partie de son territoire, à raison du régime sécessionniste, ne peut pas être contrôlée, l'Etat continue tout de même d'être responsable à l'égard de la population de ce territoire et

---

1 Cour EDH, arrêt *Assanidze c. Géorgie* du 8.04. 2004, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=assanidze%20%20georgie&sessionid=8775500&skin=hudoc-fr>; et Cour EDH, arrêt *Ilascu c. Moldova et Russie* du 8.07. 2004, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=ilascu%20%20moldova%20%20russe&sessionid=8775500&skin=hudoc-fr>



les obligations positives que mises en vertu de l'article 1 à sa charge sont : il est tenu de prendre les mesures nécessaires , d'une part, d'établir son contrôle sur cet espace et, de l'autre part, de protéger les personnes habitant ce territoire. Ces obligations générales peuvent être qualifiées de presque autonomes. Elles sont autonomes uniquement si elles s'imposent en vertu de l'article 1 de la Convention. Mais elles ne sont totalement autonomes que lorsque le contrôle de leur respect ne serait effectué uniquement en vertu d'une plainte alléguant la violation d'un des droits essentiels reconnus par le texte européen. Il est nécessaire de signaler encore une tendance plus récente de la jurisprudence, qui réside dans le fait de déduire les obligations positives de la combinaison des dispositions normatives avec le principe général de la prééminence du droit ou celle de l' « Etat de droit », considéré par la Cour comme « *l'un des principes fondamentaux d'une société démocratique* » et « *inhérentes à l'ensemble des articles de la Convention* ». Alors que la jurisprudence relevée précédemment semble bien établie, soit que les obligations soient fondées sur des dispositions normatives spécifiques, sur association de ces dispositions avec d'autres principes généraux du droit européenne, les obligations positives ont toutes le même but qui réside dans l'application efficace de l'instrument européen et l'efficacité des droits consacrés par lui.

S'il est à aborder le sujet des effets dans l'ordre juridique interne des Etats des arrêts CEDH, alors il ne serait pas inutile de rappeler que la Cour Européenne des Droits de l'Homme a l'occasion d'affirmer que le droit d'accès à une instance « serait illusoire si le système juridique interne d'un Etat contractant permettrait qu'une décision judiciaire définitive et obligatoire reste inopérante au détriment d'une partie. L'exécution d'une sentence ou d'un arrêt de toute instance devrait être considérée alors comme partie intégrante d'un procès, au sens de l'article 6 et elle déduit ce droit à l'exécution « *du principe de la prééminence du droit* ». Tout rappelant ce qu'il a été énoncé dans la première partie, il faudrait noter que ce qu'il a été affirmé par la Cour Européenne pour les arrêts des instances internes est aussi valable pour les propres arrêts, dans la mesure où la Convention européenne pour la sauvegarde des droits de l'homme n'est qu'un système de valeur subsidiaires, qui ne fait que porter remède à l'incapacité du droit interne. Donc, la bonne exécution des arrêts CEDH c'est la pierre angulaire de l'efficacité du mécanisme européenne de protection des droits de l'homme.

Bien sur, pour déterminer les effets qui se produisent en ordre juridique interne il faut se pencher sur le caractère de l'obligation de l'Etat de se conformer aux arrêts de la Cour, obligation est interprétée toujours comme obligation de résultat et pas de moyens « *l'arrêt doit permettre à l'Etat de choisir les moyens dans son système juridique interne pour s'acquitter de son obligation découlant pour lui de l'article 53<sup>1</sup>* ». Il en découle que la Cour Européenne refuse d'indiquer à l'Etat les mesures qui doivent être prises pour exécuter l'arrêt. Et c'est à ce point que survient l'obligation de l'Etat d'exécuter l'arrêt, ce fait parce qu'il n'a pas accompli son obligation primaire

---

1 Cour EDH, arrêt *Belilos v. Suisse* du 29.04. 1988, §43, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=8886957&skin=hudoc-fr&action=request>

de garantir les droits reconnus dans la Convention au sens de l'article 1. Donc, en ce sens l'Etat se soumet au régime de la responsabilité internationale qui implique trois obligations : *l'obligation de cassation du fait illicite, l'obligation de réparation et l'obligation d'éviter les violations similaires*. Donc, dans l'affaire *Papamichalopoulos c. Grèce* la Cour a affirmé qu' « *un arrêt constatant une violation implique pour l'Etat défendeur l'obligation juridique envers la Convention de mettre terme pour la violation et d'en effacer les conséquences de sorte qu'on puisse établir tel qu'il est possible la situation antérieure* »<sup>1</sup>. Aussi, dans l'affaire *Scozzari et Guinta*, la Cour a réaffirmé que « *l'Etat défendeur (...) est appelé non seulement d'acquiescer aux sommes octroyées au titre de satisfaction équitable, mais aussi de choisir, sous le contrôle du Comité des Ministres, les mesures générales et/ou, le cas échéant, individuelles à adopter dans son système juridique interne pour indiquer un terme pour la violation constatée par la Cour et d'effacer, autant qu'il est possible, ses conséquences* »<sup>2</sup>.

Ces principes ont été également énoncés dans des résolutions récemment adoptées au sens de l'article 46(2) et notamment en résolutions intérimaire « *Soulignant l'obligation qu'à tout Etat, selon l'article 46, paragraphe 1, de la Convention, de se conformer aux arrêts de la Cour, y compris par l'adoption de mesures individuelles mettant un terme aux violations constatées et effaçant autant que possible leurs conséquences* »<sup>3</sup>.

*Les mêmes idées ont été reprises dans la Résolution du Comité des Ministres relative à l'arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme du 18 février 1999 dans l'affaire Matthews contre le Royaume Uni en rappelant aux Etats « que l'obligation de chaque Etat de se conformer aux arrêts de la Cour, comprend inter alia, l'obligation d'adopter des mesures à caractère général pour prévenir efficacement de nouvelles violations similaires à celles constatées dans les arrêts de la Cour »*<sup>4</sup>.

Donc, on peut envisager trois catégories d'obligations au sens de la Convention : *l'obligation de cessation du fait, l'obligation de réparation par la prise de mesures individuelles sinon la restitutio in integrum et la troisième l'obligation d'éviter la répétition du fait illicite* et la prise en ce sens des mesures générales quand la norme existante en soi peut amener des violations de la Convention.

Donc, s'il est à envisager les effets des arrêts CEDH dans l'ordre juridique interne il faut envisager la manière dont l'Etat s'est acquitté de son obligation internationale visant la satisfaction équitable, les mesures individuelles et les mesures générales.

---

1 Cour EDH, arrêt *Papamichalopoulos et autres c. Grèce* du 31.10. 1995, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=8887161&skin=hudoc-fr&action=request>

2 Cour EDH, arrêt *Scozzari et Guinta c. Italie* du 13.07. 2000, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=8887190&skin=hudoc-fr&action=request>

3 Résolution Intérimaire ResDH(2001)106 (*adoptée par le Comité des Ministres le 23 juillet 2001, lors de la 760<sup>e</sup> réunion des Délégués des Ministres*), <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=217681&Site=CM&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75>

4 Résolution Intérimaire [IntResDH\(2001\)79 / 26 juin 2001](#) relative à l'arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme du 18 février 1999 dans l'affaire *Matthews contre le Royaume Uni*, <http://www.coe.int/>

# MOȘTENIREA TESTAMENTARĂ CA MODALITATE DE DOBÎNDIRE A DREPTULUI DE PROPRIETATE

**Rodica CIUBOTARU**, masterandă

Recenzent: **Lilea MĂRGINEANU**, doctor, conferențiar universitar

*The ways to obtain the property are very important in order to strength the institution of property law, but the inheritance law is not in vain settled in the legislation of some European states as a way of obtaining the property. The aim and the purposes of the present paper are to elucidate the problems which appear during the inheritance process and making evident of the authority's role and place who are in charge with the property checking documents and their registration.*

Modurile de dobândire a proprietății sînt foarte importante pentru consolidarea instituției dreptului de proprietate, iar dreptul succesoral nu este în zadar reglementat în legislația unor state europene ca fiind un mod de dobândire a proprietății. Scopul și obiectivele prezentei lucrări constau în elucidarea problemelor ce apar pe parcursul procedurii succesoriale și evidențierea locului și rolului autorităților ce se ocupă cu perfectarea actelor de proprietate și înregistrarea lor.

Testamentul este dispunerea personală a cetățeanului, făcută în conformitate cu forma stabilită pentru transmiterea prin moștenire. Este exprimarea de voință a unei singure persoane pentru cauza de moarte, este strict personală și perfectarea lui prin reprezentant nu este posibilă.

Cu toate cele spuse mai sus testamentul este manifestarea voinței persoanei pentru cazul încetării ei din viață prin care ea dispune de bunurile ei, deci testamentul poate fi socotit primordial în partajul averii defunctului între moștenitori. Testamentul este un act juridic ce se deosebește de alte acte juridice prin faptul că este unilateral, solemn, personal și revocabil.

Testamentul este un *act juridic* deoarece cuprinde manifestări de voință a testatorului cu intenția de a produce efecte juridice și ca atare, pentru a fi valabil trebuie să îndeplinească condiții de fond prevăzute de lege.

Ca act juridic este *unilateral* deoarece voința testatorului este producătoare de efecte indiferent de atitudinea moștenitorului. Cele două acte testamentul și acceptarea lui sînt acte unilaterale distincte cu efecte proprii fiecăruia și nu se unesc într-un singur act juridic bilateral.

Testamentul este un act strict *personal*, în sens că nu poate fi încheiat prin reprezentare sau cu încuviințarea ocrotitorului legal. În măsura în care o persoană are capacitatea de a testa, o poate face exclusiv personal, iar dacă nu are această capacitate

nu o poate face prin reprezentare sau cu încuviințarea altor persoane. Chiar dacă testatorul primește consultații de la specialiști pentru întocmirea testamentului, el trebuie să exprime voința sa personală. Din caracterul lui personal mai rezultă și alt caracter al testamentului — cel individual, în sensul necesității ca el să exprime voința unei singure persoane.

El este și un *act juridic solemn*, sub sancțiunea nulității absolute testamentul trebuie încheiat într-o formă prevăzută de lege. Testatorul este obligat să aleagă una din formele reglementate strict de lege, dacă nu, atunci testamentul nu va produce efecte juridice dorite de testator.

Testamentul este act juridic *pentru cauză de moarte*, efectele dispozițiilor testamentare se produc doar după decesul testatorului. Moștenitorul după testament nu dobândește nici un drept cît testatorul este în viață, testatorul păstrează dreptul de dispoziție asupra bunurilor de care dispune prin testament.

Testamentul mai este și act *esențialmente revocabil*. Pînă în ultima clipă testatorul poate revoca sau modifica unilateral dispozițiile sale testamentare. Acesta fiind un drept absolut, testatorul sub nici o formă nu poate renunța valabil la acest drept.

În dreptul roman, *testamentum* are înțelesul de „*mărturie a intenției*“ făcută și în fața unei persoane, pentru a fi valabilă; definiția dată testamentului roman în doctrină este aproape identică celei care este valabilă ca accepțiune și astăzi<sup>1</sup>.

Chiar din timpul legilor celor **XII Table**, care reglementa riguros succesiunea legală, succesiunea testamentară capătă prioritate față de aceasta. Era nu numai un obicei, dar și un fel de demnitate cetățenească ca cineva să moara lăsînd testament. Prin testament la romani o persoană numită testator instituie în mod necesar unul sau mai mulți succesori, cu scopul ca aceștia să asigure executarea voinței sale după moarte.<sup>2</sup>

Originea cuvîntului **testament** vine din latinescul *testari* a lua mărturie, a desemna.

Mai tîrziu, în perioada dreptului imperial, apar noi forme de testament specifice acestei perioade:

- a) testamentul civil în forma verbală — manifestă voința testatorului, clar exprimată verbal față de martori, cinci la început apoi șapte.
- b) testamentul în forma scrisă — nu se mai executau pe table de ceara ci erau scrise pe papirus și pergament. Testamentul se putea prezenta martorilor, atît cît este scris, ca numele și pecețile lor în *subscriptio* sa fie puse în *reliqua parte*, fără ca ei sa vadă conținutul.<sup>3</sup>

Pentru ca testamentul să fie valabil nu era necesar să fie înscrisă o anumită dată.

Intre timp au apărut și alte forme de testament ca:

1 BOCȘAN, M. D. Testamentul — Evoluția succesiunii testamentare în dreptul roman. București: Lumina Lex, 2000. p. 41.

2 MOLCUȚ, E. Drept roman. București: PRES-Mihaila SRL, 2000. p. 136.

3 SÎMBREANU, T. Drept roman: Principii. Instituții și texte celebre. București: Șansa, 1994. p. 97.

- a) testamentul olograf — trebuia sa fie scris in totalitate de testator.
- b) testamentul public — care era o declarație verbală făcută înaintea autorităților judecătorești sau municipale, în urma căreia se încheie un proces-verbal.<sup>1</sup>
- c) testamentul *principi obligatum*, era scris și apoi remis pentru păstrare în cancelaria imperială. Acesta era folosit de personalitățile de vază ale imperiului,
- d) testamentul excepțional este acela făcut în condiții speciale, când testatorul era în imposibilitate de a vorbi, auzi sau vedea. Astfel pe timpul lui Iustinian a apărut testamentul orbilor, care spre deosebire de alte forme de testament, trebuia scris nu de un martor ci de un *tabularnes*, ofițer public al cetății, iar conținutul actului de testament trebuia adus la cunoștința lui și martorilor.
- e) testamentul surdo-muților era actul prin care acestea trebuiau sa-si scrie singuri testamentul. La țară, unde gradul de instruire era mai scăzut, era de ajuns ca la întocmirea actului să fie prezenți cinci martori.<sup>2</sup>

**Condițiile de valabilitate a testamentului și formele testamentului.** Pentru desfășurarea devoluțiunii testamentare este nevoie ca testamentul întocmit de defunct să îndeplinească unele condiții generale cu privire la actele juridice. Doar atunci testamentul poate produce efecte juridice când corespunde unor condiții. În prealabil ne interesează condițiile de fond, cele de formă, se includ în primele fiind la discreția persoanelor ce întocmesc un testament și depind de felul testamentului care va fi întocmit, pentru diferite feluri sînt diferite condiții de formă.

Deci condițiile de fond sînt:

- a) Capacitate juridică deplină pentru testator și pentru moștenitor, incapacitatea atrage nulitatea testamentului. Conform Legii cu privire la Notariat dacă persoana ce desfășoară activitate notarială are dubii în privința capacității juridice a persoanei el poate amîna autentificarea testamentului pîna va stabili dacă este sau nu o Hotărîre a judecătii de recunoaștere a persoanei limitată sau privată de capacitate juridică.<sup>3</sup> Capacitatea poate fi legală sau naturală. Cea legală presupune că incapacitatea poate fi invocată fără a prezenta dovezi, cea naturală poate fi combătută doar de o hotărîre judiciară definitivă. Minorul neavînd capacitate juridică deplină nu poate testa;
- b) Testamentul trebuie să reflecte voința reală a testatorului, adică trebuie să fie întocmit fără vicii. Consimțămîntul trebuie să fie liber, neviciat. Testamentul întocmit prin șiretlic, cu amenințarea aplicării violenței poate fi recunoscut de judecată nul;<sup>4</sup>
- c) Conținutul testamentului nu trebuie să încalce prevederile legale, adică obiectul testat — masa succesorală trebuie să fie determinată, determinabilă și licită, iar cauza sau scopul urmărit de testator trebuie să fie real și licit.

1 PETRESCU, R. Drept succesoral: Moștenirea. Devoluțiunea și împărțeala. București: 2000. p. 253.

2 MOLCUȚ, E. Drept roman. București: PRES-Mihaila SRL, 2000. p. 142.

3 Art. 43, Legea cu privire la notariat: adoptată de Parlamentul Republicii Moldova, nr.1453-XV din 08.11.2002. În: Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 2002, nr.154/157. p.27-35

4 КРАСАВЧИКОВ, О. Советское гражданское право, издание 2. Москва: Высшая Школа, 1973. Том II, p. 440.

Așa cum rezultă din însăși definiția testamentului el este un act juridic solemn. Pentru a fi valid legiuitorul cere respectarea anumitor condiții de formă prin care voința testatorului trebuie să se exprime pentru a putea produce efecte juridice. Ca în toate cazurile condițiile de formă nu sunt un scop în sine ci legiuitorul prin ele, caută să asigure protejarea voinței testatorului, având în vedere efectele sale de mare importanță. Aceasta pe de o parte, iar pe de alta, în acest mod se înlătură îndoiala asupra manifestării de voință a defunctului și se asigură certitudinea în privința conținutului acestor dispoziții. În dreptul nostru testamentul verbal nu este permis. În aceeași ordine de idei trebuie subliniat că în dreptul nostru devoluțiunea testamentară este privită ca primară, iar devoluțiunea legală este chemată să o suplinească, atunci dispozițiile defunctului trebuie, prin formele prefigurate de legiuitor, să fie neechivoce și să exprime cu fidelitate manifestarea de voință a testatorului. Acestea sînt, așadar, rațiunile pentru care *ad validitatem* testamentul trebuie să respecte formele prescrise de legiuitor. De principiu lipsa formei cerută de lege este sancționată cu nulitatea absolută a testamentului.

Art. 1458 și 1459 al Codului Civil al Republicii Moldova reglementează formele testamentului, din ele putem desprinde că există două categorii de testamente:

- testamente ordinare sau obișnuite, care se încheie în condiții de normalitate. Acestea sînt: testamentul olograf, testamentul autentic și testamentul secret sau mistic;
- testamente asimilate celor autentificate notarial, care se încheie în anumite împrejurări excepționale, pe care doctrina românească le numește privilegiate sau extraordinare.

Codul civil prevede în art. 1458, litera a că testamentul olograf trebuie să fie „scris în întregime personal, datat și subsemnat de testator”.<sup>1</sup> Denumirea lui vine de la cuvintele grecești *holos*, care înseamnă întreg, total și *grapfos* care înseamnă a scrie. Din formularea dată de legiuitor vom reține, așadar, că nu orice scriere olografă, chiar avînd ca obiect transmisiunea bunurilor după moartea celui ce lasă moștenirea va putea fi considerată testament olograf, ci numai aceea care va fi scrisă integral, semnată și datată de mîna testatorului. Lipsa oricăreia din cele trei condiții va duce la nevalabilitatea testamentului, căci ele se cer a fi îndeplinite cumulativ.<sup>2</sup>

Testamentul autentic este acela care, potrivit legii, art.1458, litera b al Codului Civil al Republicii Moldova este autentificat de către notar.<sup>3</sup> El prezintă unele avantaje dar și unele inconveniențe. În privința avantajelor se menționează că în această formă

1 Art.1458, lit. a, Codul Civil al Republicii Moldova: adoptat de Parlamentul Republicii Moldova legea nr.1107-XV din 06.06.2002. În: Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 2002, nr.82/86, 428 p.

2 Art.1458, Codul Civil al Republicii Moldova: adoptat de Parlamentul Republicii Moldova legea nr.1107-XV din 06.06.2002. În: Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 2002, nr.82/86, 428 p.

3 Art.1458, lit. b, Codul Civil al Republicii Moldova: adoptat de Parlamentul Republicii Moldova legea nr.1107-XV din 06.06.2002. În: Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 2002, nr.82/86, 428 p.

pot testa și persoanele care nu știu să scrie sau să citească și care astfel nu au acces la testamentul olograf. Apoi testamentul autentic este un act de autoritate publică, iar forța sa probantă este mai puternică decât a testamentului olograf, căci conținutul actului este verificat de notar în sensul că nu cuprinde dispoziții contrare legii sau clauze obscure care, de regulă, generează litigii între succesori. Sarcina dovezii contrare revine celui care-l contestă. Testamentul autentic mai are avantajul că un exemplar original se păstrează la biroul notarial astfel încât pericolul ca testamentul să fie sustras sau distrus este mai mic decât la testamentul olograf.

Ca inconveniențe se menționează faptul ca testamentul autentic necesită cheltuieli și pierdere de timp prin îndeplinirea formalităților prevăzute de lege și ca nu asigură secretul în aceeași măsură ca testamentul olograf.

Din prevederile art.1458, litera b al Codului Civil al Republicii Moldova rezultă că testamentul mistic sau secret este acela, care fiind scris de către testator strâns și sigilat, este prezentat notarului pentru efectuarea formalităților de suprascriere reglementate de lege.

Testamentul mistic este, după cum se poate observa, o formă intermediară între testamentul olograf și cel autentic, căci avem de a face, pe de o parte, cu un înscris sub semnătura privată (dispozițiile testamentare) și un înscris autentic (suprascrierea realizată de notar). Așa fiind el împrumută avantajele și dezavantajele de la cele două forme de testament precizate. Astfel asigură secretul dispozițiilor testamentare, poate fi utilizat numai de către persoanele care știu a scrie și a citi, iar în ce privește forța sa probantă, dispozițiile testamentare au forța probantă a actului sub semnătură privată, iar actul de suprascriere are forța probantă pînă la înscrierea în fals. El este aproape inutilizabil în practica căci testatorul fie redactează un testament olograf singur, fie, dacă recurge la autorități, face un testament autentic.

Juriștii englezi spun că un testament valid ne asigură că noi putem determina ce se va întîmpla cu proprietatea noastră după deces. Fără testament bunurile vor fi distribuite în conformitate cu legea, care privilegiază rudele de sînge în ordinea proximității, prietenii și societățile caritabile nu primesc nimic.<sup>1</sup>

Ulterior întocmirii testamentului el poate fi modificat și revocat. În cazul testamentului autentic modificarea și revocarea se face printr-o cerere înaintată notarului care anulează testamentul astfel de revocare se numește expresă, revocare e tacită cînd se întocmește un alt testament cu dispoziții contrare primului, dacă dispozițiile testamentului nu sînt contrare sau se referă la altă avere decât cea din primul testament ambele testamente vor fi valabile și vor produce efecte juridice. Testamentul olograf se anulează la distrugerea tuturor exemplarelor lui, anularea aceasta poate fi atît totală cît și parțială cînd au fost rupte doar unele foi din el.

Testamentul este caduc atunci cînd au intervenit unele cauze ulterior întocmirii lui. Caducitatea se deosebește de revocare și modificare prin faptul că ultimele se datorează dorinței testatorului iar caducitatea e rezultatul unei imposibilități de exe-

---

1 GOLDEN, Aviva. Everiday Law: The Daily Telegraph. Glasgow: Grafton, 2003, p. 134

cutare și nu depinde de voința testatorului sau de vinovăția moștenitorului. Cazurile de caducitate sînt prevăzute de art.1468 al Codului Civil al Republicii Moldova, și sînt în cazuri cînt unicul moștenitor a decedat, nu a acceptat moștenirea, cînd averea testată a dispărut total, caducitatea este parțială în cazul rezervei succesoriale.

Testamentul e nul cînd el sau anumite dispoziții al lui nu întrunesc condiții de valabilitate de fond sau formă descrise mai sus. Sînt nule deci dispozițiile testamentare care contravin legii sau intereselor publice, nu sînt clare sau contravin una alteia, cînd se testează un bun ce nu aparține testatorului și testamente ce nu pot fi executate din motive obiective.

Indiferent de temei declararea nulității testamentului se face doar de instanța de judecată.

Dacă ar fi fost omis un principiu a desemnării moștenitorilor sau dacă testamentul ar fi fost autentificat fără a ține cont de condiții de valabilitate urmările ar fi aceleași. În cazul devoluțiunii legale ar fi fost omis cineva din moștenitori și moștenirea ar fi fost primită de un moștenitor care nu are dreptul la ea. În cazul devoluțiunii testamentare ar surveni aceleași urmări, deci cineva din moștenitorii desemnați de defunct nu vor putea primi partea lor de bunuri din cauza nerespectării unor condiții importante.<sup>1</sup>

**Conținutul testamentului.** Actuala legislație admite în mai multe țări o formă liberă de expunere a conținutului testamentului, cu respectarea cerințelor legale.<sup>2</sup>

Cu toate că testamentul este un act juridic solemn, voința testatorului poate să fie exprimată insuficient de clar, termenii întrebunțați nu trebuie să aibă mai multe înțelesuri etc., mai ales în cazul testamentului olograf. Astfel fiind, în caz de îndoiială și neînțelegere între persoanele interesate, instanța este chemată să interpreteze conținutul testamentului și clauzele pe care le conține.

Testamentul cuprinde în primul rînd dispoziții de ultimă voință cu privire la bunurile defunctului, în practica însă s-a observat că în cuprinsul său se găsesc și alte dispoziții cum sînt:

- legate impuse moștenitorilor testamentari, (art.1486 al Codului Civil);
- exheredări, adică îndepărtarea de la moștenire a unor moștenitori legali cu limitările ce le aduce rezerva succesorală;<sup>3</sup>

Cel care lasă moștenirea, are posibilitatea, ca prin derogare de la regulile devoluțiunii legale a moștenirii să înlătore de la moștenire persoane pe care nu le agreează, indiferent care sunt motivele. Această dorință a celui care lasă moștenirea poate fi cuprinsă într-o dispoziție testamentară și are ca efect înlăturarea de la succesiune a moștenitorilor legali vizați.

1 CHIBAC, G., BĂIEȘU, A., ROTARI, A. ș.a. Drept civil: Contracte speciale. Chișinău: Cartier, 2005. Vol. III, p. 619.

2 ХАЛФИНА, Р. Право наследования в СССР. Москва: Юридическая литература, 1972. 168 p. 36.

3 Art. 1455, Codul Civil al Republicii Moldova: adoptat de Parlamentul Republicii Moldova legea nr.1107-XV din 06.06.2002. În: Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 2002, nr.82/86, 428 p.



- numirea unui executor testamentar, adică a unei persoane care sa supravegheze aducerea la îndeplinire a dispozițiilor testamentare;<sup>1</sup>
- revocarea dispozițiilor dintr-un testament anterior sau retractarea unei revocari anterioare;
- determinarea modului de partajare a averii succesoriale;<sup>2</sup>
- substituirea succesorului testamentar pentru caz de deces a acestuia pînă la deschiderea moștenirii, sau deces concomitent cu testatorul, sau în caz de neacceptare a succesiunii, sau de renunțare la succesiune sau în caz dacă va fi privat de dreptul de moștenitor;
- dispoziții cu privire la funeralii și îngropare, recunoașterea unei datorii etc.

Astfel fiind, s-a ajuns la concluzia că testamentul este un act complex care îmbracă o formă juridică ce poate cuprinde diferite acte juridice cu regim deosebit, uneori chiar fără o legătură directă între ele.

În concluzie, este important de reținut că se admite că nulitatea unei dispoziții testamentare nu atrage după sine și nulitatea altor dispoziții testamentare. Astfel, dacă nu sunt îndeplinite condițiile prevăzute de lege pentru forma testamentului acesta este nul absolut, însă unele acte juridice care au un regim juridic separat pot să rămână valabile.

---

1 Art. 1476, Codul Civil al Republicii Moldova: adoptat de Parlamentul Republicii Moldova legea nr.1107-XV din 06.06.2002. În: Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 2002, nr.82/86, 428 p.

2 Art. 1561—1465, Codul Civil al Republicii Moldova: adoptat de Parlamentul Republicii Moldova legea nr.1107-XV din 06.06.2002. În: Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 2002, nr.82/86, 428 p.

# ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ИМУЩЕСТВА СУПРУГОВ С ПОМОЩЬЮ БРАЧНОГО ДОГОВОРА ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ РЕСПУБЛИКИ МОЛДОВА

**Елена ГЕОРГИЦЭ**, магистр права, старший преподаватель  
*Recenztent: Lilea MĂRGINEANU*, doctor, conferențiar universitar

*Legislation of the Republic of Moldova provides 2 ways to regulate property relations of spouses: the legal and contractual regime. The marriage contract, spouses themselves establish the legal regime of ownership, use and disposal of property.*

*Legislația Republicii Moldova prevede 2 moduri de a reglementa relațiile de proprietate a soților: regimul legal și contractual. Prin contract matrimonial soții se stabilesc regimul juridic al proprietății, modul de posesiune, de folosință și de dispoziție asupra proprietate.*

Современное семейное законодательство допускает, наряду с императивным методом регулирования имущественных отношений супругов, их диспозитивное регулирование. Теперь супругам предоставлена возможность самостоятельно определять свои имущественные права и обязанности в период брака и после его расторжения. Заключая брачные договор, супруги сами устанавливают правовой режим владения, пользования и распоряжения имуществом.

Нормы гл. 6 Семейного Кодекса Республики Молдова<sup>1</sup> (далее — СК РМ), регулирующие договорной режим имущества супругов, являются новыми в молдавском семейном законодательстве, и пока заключение брачного договора не получило широкого распространения в РМ. Однако опыт зарубежных стран последних лет свидетельствует о том, что все больше и больше людей среднего достатка, вступая в брак, заключают брачные договоры. Вероятно, одна из основных причин этого связана с ростом числа разводов и, соответственно, со стремлением людей обезопасить себя если не от моральных, то хотя бы от материальных потерь в случае, если брак окажется неудачным<sup>2</sup>.

Брачный договор — это соглашение, добровольно заключаемое лицами, которые вступают в брак, или супругами, определяющее их имущественные права и обязанности в период состояния в браке и/или в случае его расторжения. Основная правовая цель брачного договора — определение правового режима имущества супругов и их иных имущественных взаимоотношений на будущее время.

1 Семейный кодекс Республики Молдова № 1316-XIV от 26 октября 2000 года. В: Мониторул Официал ал Републичий Молдова, № 47-48, 26.04.2001, ст. 210.

2 Хазова О. А. Брачный договор: опыт стран Запада // Дело и право. 1995. № 9, с. 33.

Особенностью брачного договора является его комплексный характер: он может содержать положения, которые: направлены на создание или изменение правового режима имущества супругов; регулируют вопросы предоставления супругами средств на содержание друг друга.

Для брачного договора характерно наличие определенных особенностей, некоторые из них, такие как: субъектный состав, предмет договора и его содержание, рассматривались ранее<sup>1</sup>.

В силу требования п. 3 ст. 27 СК РМ брачный договор должен быть заключен в письменной форме и нотариально удостоверен. Письменная форма сделки предполагает составление документа, выражающего ее содержание и подписанного лицами, совершающими сделку. Если гражданин вследствие физического недостатка, болезни или других причин не может собственноручно подписаться, на основе предоставленных им полномочий сделку может подписать другое лицо. Подпись последнего должна быть засвидетельствована нотариусом или другим уполномоченным законом лицом с указанием причин, в силу которых совершающий сделку не мог подписать ее собственноручно (ст. 210 (4) Гражданского Кодекса Республики Молдова<sup>2</sup> — далее ГК РМ).

Нотариальное удостоверение брачного договора осуществляется путем совершения на договоре удостоверительной надписи нотариуса. Для этого супруги или лица, вступающие в брак, вправе обратиться к государственному или частному нотариусу.

Несоблюдение требуемой законом формы влечет за собой недействительность брачного договора. Такие требования к форме связаны с особым значением брачного договора, как для супругов, так и для третьих лиц. Этот договор действует, как правило, в течение весьма продолжительного времени и определяет имущественные права и обязанности на будущее время. Поэтому в закреплении этих прав необходима четкость и определенность, которая и достигается приданием ему нотариальной формы.

Основным элементом содержания брачного договора является установление правового режима супружеского имущества. Такой режим, определенный брачным договором, называется договорным режимом супружеского имущества. При создании договорного режима супругам предоставлены весьма широкие права.

Супруги вправе в брачном договоре установить: режим общей совместной собственности; режим общей долевой собственности; режим раздельной собственности; смешанный режим, сочетающий элементы раздельности и общности; любой иной режим имущества.

Помимо установления режима имущества супругов, в брачном договоре могут быть предусмотрены следующие условия (ст. 29 (4) СК РМ):

1 См.: Revista „Studii juridice universitare”, 2008, anul I, nr. 1-2, p. 239-247.

2 Гражданский Кодекс Республики Молдова № 1107-XV от 6 июня 2002 года. В: Мониторул Официал ал Републичий Молдова, № 82-86, 22.06.2002, ст. 661.

- права и обязанности супругов по взаимному содержанию;
- порядок участия и получения доходов каждым из них;
- порядок несения каждым из супругов семейных расходов;
- имущество, подлежащее передаче каждому из супругов в случае раздела, расторжения брака;
- иные положения, касающиеся имущественных отношений супругов, в том числе имущественные санкции для супруга, виновного в расторжении брака.

Супруги вправе отразить в брачном договоре и иные положения, касающиеся их имущественных отношений (например, распределение расходов на обучение детей).

В соответствии с п. 5 ст. 29 СК осуществление прав и обязанностей, предусмотренные брачным договором, может ограничиваться конкретными сроками либо ставиться в зависимость от наступления или ненаступления определенных условий.

Супруги вправе предусмотреть, например, что в течение первых лет брака их имущество будет раздельным, а после истечения этого срока — станет общим. Включение такого условия может быть целесообразным в тех случаях, когда супруги не уверены в том, что их брак будет стабильным.

Применяя по аналогии гл. IV “Сделки, совершенные под условием” раздела III книги первой ГК РФ (ст. ст. 234-241), брачный договор можно заключить под отлагательным или отменительным условием.

Брачный договор считается заключенный под отлагательным условием, если стороны поставили возникновение прав и обязанностей в зависимость от обстоятельства, относительно которого неизвестно, наступит оно или нет. Например, супруги могут указать в брачном договоре, что квартира перейдет в собственность жены в случае рождения сына. Или супруги избирают в качестве договорного режима режим раздельности, но указывают, что в случае рождения ребенка этот режим заменяется режимом общности.

Договор считается заключенным под отменительным условием, если стороны поставили прекращение прав и обязанностей в зависимость от обстоятельства, относительно которого неизвестно, наступит оно или нет. Так, супруги могут включить в брачный договор положение, согласно которому совместное имущество в случае развода переходит в собственность одного из супругов. Например, один из супругов имеет право на содержание до момента окончания им учебы.

Требования, предъявляемые к условиям, такие же, как и те, которые обычно предъявляются к условиям в условных сделках.

Условия действительности брачного договора те же, что и условия действительности любой гражданской сделки:

- субъекты должны быть дееспособными,
- воля должна соответствовать волеизъявлению и формироваться свободно,

- содержание брачного договора не должно противоречить закону,
- соблюдение требуемой законом формы.

Помимо предоставленной супругам или лицам, вступающим в брак, возможности выбора условий брачного договора, законодатель в статье 29 (6) СК РМ предусматривает ограничения свободы брачного договора, направленные на обеспечение защиты прав и интересов супругов и других членов семьи. Перечень условий, включение которых в брачный договор недопустимо, имеет обязательный характер.

В соответствии с этими ограничениями брачный договор:

- не может ограничивать правоспособность и дееспособность супругов;
- не может ограничивать право супругов обращаться в суд за защитой своих прав;
- не может регулировать личные неимущественные отношения между супругами;
- не может регулировать права супругов в отношении детей;
- не может ограничивать право нетрудоспособного супруга на содержание;
- не может содержать другие условия, которые ущемляют защищенные законом права и интересы супругов или одного из них либо нарушают принципы и характер семейных отношений.

Брачный договор не может ограничивать правоспособность и дееспособность супругов, поскольку согласно ст. 2 ГК РМ никто не может быть ограничен в правоспособности и дееспособности иначе как в случаях и в порядке, предусмотренных законом. Полный или частичный отказ физического лица от правоспособности или дееспособности и другие сделки, направленные на ограничение правоспособности или дееспособности, ничтожны. Исходя из основных начал семейного законодательства, права граждан в семье могут быть ограничены только на основании закона и только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты нравственности, здоровья, прав и законных интересов других членов семьи и иных граждан.

Брачный договор не может содержать условия, ограничивающие право супругов на обращение в суд за защитой своих прав. Данный запрет вытекает из предыдущего, поскольку, по существу, не позволяет ограничивать процессуальную правоспособность и дееспособность граждан. В соответствии со ст. 20 и 26 Конституции Республики Молдова<sup>1</sup> любому лицу гарантируется право на эффективное восстановление в правах компетентными судами в случае нарушения его прав, свобод и законных интересов, а также право на защиту.

Согласно ст. 7 СК РМ семейные права охраняются законом, за исключением случаев, когда они осуществляются в противоречии с их назначением или с

---

1 Конституция Республики Молдова от 29.07.1994. В: Мониторул Официал ал Републичий Молдова, 18.08.1994, № 1, ст. № : 1. Дата вступления в силу : 27.08.1994.

законными предусмотрениями. Семейные права защищаются компетентными органами публичного управления, а в определенных случаях и судебными инстанциями. Способы защиты семейных прав устанавливаются СК, иными законами и нормативными актами.

Брачный договор не может регулировать личные неимущественные отношения между супругами. Согласно ст. 27 СК РФ предметом брачного договора супругов могут быть только их имущественные отношения. Личные неимущественные отношения, хотя в большинстве случаев и регулируются самими супругами, предметом брачного договора быть не могут.

Запрещение регулирования брачным договором личных неимущественных отношений связано с тем, что в брачный договор могут включаться только те права и обязанности, которые в случае неисполнения могут быть осуществлены принудительно. Обязанности, носящие чисто личный характер, принудительно осуществлены быть не могут. Если бы супруги получили возможность включить в брачный договор условия о том, кто будет выносить помойное ведро и кто будет укладывать ребенка спать, совершенно очевидно, что никаких санкций за неисполнение этих обязанностей они установить не смогли бы. Трудно представить себе и судебный спор по поводу таких «обязанностей».

Супруги не вправе включить в брачный договор и положения, касающиеся порядка решения иных вопросов семейной жизни, поскольку эти условия также не могут быть осуществлены принудительно. Супруги могут регулировать личные отношения с помощью соглашений, но эти соглашения будут носить неправовой характер.

Брачный договор не может регулировать права и обязанности супругов в отношении детей (т. е. включать положения, касающиеся осуществления ими родительских прав и обязанностей). Брачный договор не может содержать условий, касающихся детей, прежде всего потому, что это соглашение со специальным субъектным составом и должно включать только условия, относящиеся к супругам, а не создающие права и обязанности для третьих лиц, в том числе детей.

Поскольку дети являются самостоятельными субъектами права, даже в тех случаях, когда их родители вправе заключать соглашения по поводу их воспитания или содержания, они или действуют как законные представители детей — в алиментных правоотношениях, или заключают между собой соглашения, порождающие определенные правовые последствия для детей. Поэтому все акты, затрагивающие права детей, должны совершаться отдельно и в ряде случаев с учетом мнения детей, достигших определенного возраста.

Брачный договор не может содержать условия, направленные на ограничение права нетрудоспособного нуждающегося супруга на получение алиментов.

В соответствии со ст. 82 СК РФ супруги обязаны материально поддерживать друг друга, в случае отказа от такой поддержки нетрудоспособности нуждающийся супруг имеет право на принудительное взыскание алиментов.

Применительно к брачному договору предусмотрено еще одно специфическое ограничение: брачный договор не может содержать условия, которые ставят одного из супругов в крайне неблагоприятное положение. Такой договор может быть признан судебной инстанцией недействительным полностью или частично.

К крайне неблагоприятным условиям можно отнести, например, условия, лишаящие одного из супругов права на долю в общесупружеском имуществе, передачу одному из супругов в случае раздела имущества старых вещей, передачу другому супругу добрачного имущества, имущества, полученного в дар или по наследству и т.д.

Если брачный договор ставит одного из супругов в крайне неблагоприятное положение, он является оспоримой сделкой и, следовательно, может быть признан недействительным по иску супруга, права которого были нарушены. Необходимость в таком специальном основании вызвана тем, что брачный договор тесно связан с личными отношениями сторон. В результате этого возможны злоупотребления правом, из-за которых одна из сторон под воздействием чисто личных моментов (чувства привязанности, личной зависимости, чрезмерного доверия другой стороне) подпишет договор, который в дальнейшем приведет к существенному нарушению ее прав.

В качестве соглашений, ставящих одну из сторон в крайне неблагоприятное положение, следует рассматривать договоры, в соответствии с которыми один из супругов полностью отказывается от прав на имущество, нажитое в браке, передает свое добрачное имущество другому супругу и подобные им договоры.

Брачный договор не должен содержать условия, которые ущемляют защищенные законом права и интересы супругов или одного из них либо нарушают принципы и характер семейных отношений (т. е. противоречат основным началам семейного законодательства). Это положение открывает значительный простор для судебного усмотрения. Основными началами семейного законодательства, которые могут быть применены в данном случае в соответствии со ст. 2 СК РФ, являются цели и принципы правового регулирования, а именно — защита государством семьи, равенства супругов в семье, обеспечение приоритетной защиты интересов нетрудоспособных членов семьи. При нарушении любого из этих начал брачный договор может быть оспорен заинтересованным супругом.

На основании нарушения принципа защиты семьи государством могут быть признаны недействительными условия брачного договора, поощряющие расторжение брака, например путем создания имущественной заинтересованности одного из супругов в разводе. Принцип равенства супругов может быть нарушен условиями, ставящими одного из них в крайне неблагоприятное положение.

Брачный договор может быть изменен или расторгнут в любое время по обоюдному согласию супругов<sup>1</sup>. Согласие на изменение или расторжение брачного договора оформляется письменно и удостоверяется нотариально.

---

1 СК РФ, ст. 30.

Односторонний отказ от выполнения условий брачного договора не допускается. По требованию одного из супругов судебная инстанция может изменить или расторгнуть брачный договор по основаниям и в порядке, установленным ГК РМ.

Возникает вопрос, какими нормами будет руководствоваться судебная инстанция при изменении брачного договора, если Гражданский кодекс РМ в разделах о сделках, об обязательствах и о договорах не содержит норм, регламентирующих возможность их изменения. В отношении расторжения брачного договора судебной инстанцией может быть применена только ст. 735 «Расторжение договора обратной силой в случае существенного неисполнения».

Новый Семейный кодекс РМ вступил в силу 26 апреля 2001 года, когда действовал еще Гражданский кодекс МССР 1964 года, который в своей общей части содержал только ст. 191 «Недопустимость одностороннего отказа от исполнения обязательств». Согласно этой статье односторонний отказ от исполнения обязательства и одностороннее изменение условий договора не допускаются, за исключением случаев, предусмотренных законом. В то время закон предусматривал эти случаи применительно к договорам особенной части кодекса (например, к договору купли-продажи, договору имущественного найма, договору подряда и т. д.), которые не могли быть применены в качестве аналогии закона к брачному договору, поскольку не регулировали сходные отношения.

С вступлением в силу нового Гражданского кодекса РМ положение сильно не изменилось, поскольку новый ГК не содержит в общей части положений, касающихся изменения договора (судебной инстанцией), а в главе VII раздела II книги первой «Расторжение договора обратной силой или с последствиями на будущее и отзыв договора» в ст. 735 предусматривается расторжение договора обратной силой только в случае существенного неисполнения.

Такое положение не должно было существовать, поскольку теория гражданского права предусматривает сейчас и предусматривала ранее (во время существования СССР) возможность изменения или расторжения договора судебной инстанцией при недостижении согласия сторон договора в случае существенного изменения обстоятельств, из которых стороны исходили при заключении договора. Получается, что в цивилистической науке существуют эти положения, но законодателем они не были закреплены.

Статья 735 ГК РМ предусматривает, что одна сторона может расторгнуть договор обратной силой, если другой стороной допущено существенное неисполнение. Для определения существенного неисполнения принимаются во внимание, в частности, следующие обстоятельства:

- а) неисполнение в значительной степени лишает кредитора того, чего он ожидал от исполнения договора, за исключением случая, когда должник докажет, что не предвидел и не мог разумно предвидеть такой результат;
- б) точное исполнение обязанности относится к существу договора;



- с) неисполнение является умышленным или совершенным вследствие тяжкого проступка;
- д) неисполнение дает основание кредитору предполагать, что он не может рассчитывать на исполнение договора в будущем.

По другому пути пошел российский законодатель, включив в ГК РФ главу 29 «Изменение и расторжение договора», включающая статьи 450 «Основания изменения и расторжения договора», ст. 451 «Изменение и расторжение договора в связи с существенным изменением обстоятельств», ст. 452 «Порядок изменения и расторжения договора» и ст. 453 «Последствия изменения и расторжения договора».

Согласно ст. 450 ГК РФ изменение и расторжение договора возможны по соглашению сторон, если иное не предусмотрено Гражданским кодексом, другими законами или договором. По требованию одной из сторон договор может быть изменен или расторгнут по решению суда только:

- 1) при существенном нарушении договора другой стороной;
- 2) в иных случаях, предусмотренных Гражданским кодексом, другими законами или договором.

Существенным признается нарушение договора одной из сторон, которое влечет для другой стороны такой ущерб, что она в значительной степени лишается того, на что вправе была рассчитывать при заключении договора.

В случае одностороннего отказа от исполнения договора полностью или частично, когда такой отказ допускается законом или соглашением сторон, договор считается соответственно расторгнутым или измененным.

Статья 451 ГК РФ применяется в ситуации, когда соглашение об изменении или расторжении брачного договора сторонами не достигнуто, а в то же время обстоятельства изменились настолько, что исполнение договора в его первоначальном виде приведет к существенному нарушению интересов одного из супругов.

Согласно ст. 451 ГК РФ существенное изменение обстоятельств, из которых стороны исходили при заключении договора, является основанием для его изменения или расторжения, если иное не предусмотрено договором или не вытекает из его существа. Изменение обстоятельств признается существенным, когда они изменились настолько, что, если бы стороны могли это разумно предвидеть, договор вообще не был бы ими заключен или был бы заключен на значительно отличающихся условиях.

Согласно п. 4 ст. 451 ГК РФ изменение договора в связи с существенным изменением обстоятельств допускается по решению суда в исключительных случаях:

- когда расторжение договора противоречит общественным интересам
- либо когда повлечет для сторон ущерб, значительно превышающий затраты, необходимые для исполнения договора на измененных судом условиях.

Согласно п. 2 ст. 451 ГК РФ если стороны не достигли соглашения о приведении договора в соответствие с существенно изменившимися обстоятельствами или о его расторжении, договор может быть расторгнут, а по основаниям, предусмотренным п. 4 данной статьи, изменен судом по требованию заинтересованной стороны при наличии одновременно следующих условий:

- 1) в момент заключения договора стороны исходили из того, что такого изменения обстоятельств не произойдет;
- 2) изменение обстоятельств вызвано причинами, которые заинтересованная сторона не могла преодолеть после их возникновения при той степени заботливости и осмотрительности, какая от нее требовалась по характеру договора и условиям оборота;
- 3) исполнение договора без изменения его условий настолько нарушило бы соответствующее договору соотношение имущественных интересов сторон и повлекло бы для заинтересованной стороны такой ущерб, что она в значительной степени лишилась бы того, на что была вправе рассчитывать при заключении договора;
- 4) из обычаев делового оборота или существа договора не вытекает, что риск изменения обстоятельств несет заинтересованная сторона.

Согласно п. 3 ст. 451 ГК РФ при расторжении договора вследствие существенно изменившихся обстоятельств суд по требованию любой из сторон определяет последствия расторжения договора, исходя из необходимости справедливого распределения между сторонами расходов, понесенных ими в связи с исполнением этого договора.

Анализ этих положений приводит к выводу о том, что они направлены главным образом на регулирование коммерческих договоров. Кроме того, легко видеть, что изменение или прекращение договора в судебном порядке обставлено такими условиями, что оно едва ли когда-либо произойдет на практике.

Брачный же договор из-за специфики и, прежде всего, в силу длящегося характера может потребовать изменения и прекращения судом гораздо чаще и, в том числе, при отсутствии всех условий, которые должны быть предусмотрены Гражданским кодексом РФ, и предусмотрены ст. 452 ГК РФ.

За время действия брачного договора один из супругов может стать нетрудоспособным, потерять работу, соотношение доходов супругов может измениться настолько, что положения брачного договора окажутся крайне неблагоприятными для одной из сторон. Например, супруг, имеющий низкий уровень дохода, вынужден будет содержать супруга, обеспеченного лучше, чем он сам.

Действующее семейное законодательство РФ не делает для брачного договора никаких исключений. Окончательная редакция ст. 30 СК РФ лишь отсылает к нормам ГК РФ об изменении и расторжении договора.

Если брачный договор не расторгнут, он действует до момента прекращения брака. В п. 1 ст. 31 СК РФ указывается, что условия брачного договора

утрачивают силу с момента прекращения брака, за исключением тех, которые были предусмотрены для периода, следующего за прекращением брака. Это связано с тем, что брачный договор может устанавливать права и обязанности, которые будут существовать после прекращения брака, что, прежде всего, касается обязательств по содержанию одного из супругов после прекращения брака.

Таким образом, обязательства супругов, предусмотренные брачным договором, прекращаются с момента государственной регистрации прекращения брака в органах загса или с момента вступления в законную силу решения суда о расторжении брака. Возможность прекращения брачного договора и во время брака хотя и не предусмотрена законодателем, но вытекает из положений о брачном договоре. Это возможно в случаях: по соглашению сторон; при расторжении брачного договора судебной инстанцией; если брачный договор был заключен на определенный срок.

После прекращения брака могут действовать следующие условия:

- обязательства по содержанию одного из супругов;
- обязательства, регулирующие отношения супругов по разделу имущества;
- порядок пользования имуществом после расторжения брака. С прекращением брака прекращается действие договорного режима имущества. Все имущество, приобретенное с этого момента, принадлежит тому супругу, который его приобрел. Такое положение объясняется тем, что право установить для себя договорной режим имущества имеют только супруги, а с момента развода они таковыми уже не являются.

Не следует полагать, что с введением в молдавское законодательство института брачного договора возрастет число судебных споров между супругами. Напротив, брачный договор позволит разрешить большинство вопросов по соглашению сторон, не прибегая к судебному разбирательству. Случаев, когда брачный договор нарушает права одного из супругов или третьих лиц, безусловно, станет все меньше по мере того, как сложится определенная практика заключения договоров подобного рода. Брачный договор позволит каждой супружеской паре, которая пожелает его заключить, выработать для себя оптимальный правовой режим имущества.

# СБЛИЖЕНИЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА РЕСПУБЛИКИ МОЛДОВА С ACQUIS-ОМ COMMUNAUTAIRES

**Алин ГВИДИАНИ**, магистр права

Recenzent: **Vitalie GAMURARI**, doctor, conferențiar universitar

*Moldavian trajectory of law approximation with acquis communautaire was initiated not only on political level — Agreement of Partnership and Cooperation RM-EU, Neighborhood Policy, Acti-on's Plan RM-EU, East Partnership — but also through the implementation of national mechanism of normative harmonization. By the creation of Centre for Legal Approximation, was facilitated the process of normative national uniformization with EU requirements, applying specific tools: sectorial expert reports, tables of concordance and divergences, declarations of compatibility and s.o. In the RM, have been adopted three National Plans for Legal Approximation (2007, 2008, 2009), including various projects of legislative and normative acts. EU legislation must be organized in 32 sectors, for the process of harmonization in RM: agriculture, economic and monetary affairs, ex-ternal trade, energy, environment, culture, transport, competition etc.*

## **Введение**

После заключения 28 ноября 1994 г., в Брюсселе, *Соглашения о Партнерстве и Сотрудничестве ЕС и Республикой Молдова*<sup>1</sup> и ратификации Парламентом РМ, данный акт вступил в силу 1 июля 1998 г. В ст. 50 соглашения, уточнялось, что важным условием для укрепления экономических связей между сторонами, является сближение законодательства, посредством стремления РМ к постепенному достижению совместимости своего законодательства с законодательством Сообщества, в четко определенных областях. Для имплементации этих мер, Сообщество обеспечило РМ, соответствующей технической помощью, а именно: обменном экспертов, превентивным информированием относительно действующего законодательства, организацией семинаров, обучением специалистов, помощью в переводе законодательства Сообщества в соответствующих секторах.

В периоде февраль 2005—февраль 2008, на основе Соглашения о Партнерстве и Сотрудничестве ЕС—РМ, действовал политический документ — *План Действий ЕС—Молдова*<sup>2</sup>, который устанавливал стратегические цели сотруд-

1 Смотри содержание Соглашения на: [http://www.eulaw.edu.ru/documents/legislation/eea/rca\\_moldova.htm](http://www.eulaw.edu.ru/documents/legislation/eea/rca_moldova.htm).

2 Смотри содержание Плана на: <http://gov.gov.md/www.gov.md/file/materiale%20utile/ru/4-ru.pdf>.

ничества Молдовы и ЕС. Детализируя процедуру сближения законодательств, план употреблял более специфичное понятие — «гармонизация норм» на секторальных уровнях: стандарты и опыт в социальной области и политика трудоустройства; система комбинированного номенклатурного листа; стандарты, технические регламентации и процедуры оценки соответствия; санитарные и фитосанитарные аспекты; статистика внешней торговли и статистических классификаторов и т.д.

С 7 мая 2009 г., в Праге, стартовала программа ЕС — *Восточное Партнерство*<sup>1</sup>, в рамках которой, РМ будет продолжать сближение национального законодательства с правом ЕС, на основе вышеуказанных документов, срок которых истек в 2008 г.

Важное место, при осуществлении сближения законодательств ЕС—РМ, играет специально созданное учреждение — Центр по Гармонизации Законодательства. Являясь административным органом, Центр был организован в подчинении Министерства Юстиции, с целью содействия процессу гармонизации национального законодательства с законодательством Сообщества. Деятельность Центра, утверждена в Постановлении Правительства № 190 от 21.02.2007 *о создании Центра по Гармонизации Законодательства*<sup>2</sup>.

Сближение законодательств — цель осуществления единого правового пространства, для всех государств-членов Европейского Союза:

Как правило, процедура сближения законодательств (*approximation of laws*), характерна как для интеграционных процессах, государств-кандидатов (партнеров) изъявивших желание войти в Сообщество, так и для государствах-членах Сообщества. Исходные положения политики по сближения национальных правовых систем, находились в Договоре о ЕЭС (ст. 100). Смысл этой политики, сводился в первую очередь к тому, чтобы добиваться сближения права государств-членов в той мере, которая необходима для должного функционирования общего рынка<sup>3</sup>. Непосредственно, политика по сближению законодательств государств-членов ЕС, исходит также из двух основных принципов: 1) принцип верховенства права ЕС (то есть, большей юридической силы норм правовой системы ЕС, чем норм правовых систем государств-членов)<sup>4</sup> и 2) принципа прямого действия права ЕС, означая способность норм данной правовой системы наделять физических и юридических лиц субъективными правами и обязанностями, подлежащие судебной защите<sup>5</sup>.

---

1 Специальная программа, предложенная по инициативе Швеции и Польши, для сближения к ЕС и поддержания безопасности, стабильности и благоустройства таких стран как: Армения, Азербайджан, Беларусь, Грузия, Молдова, Украина. <http://www.allmoldova.com/moldova-news/politics/1243424767.html>.

2 Monitorul Oficial al Republicii Moldova, nr. 29-31 от 02.03.2007.

3 Б.Н. Топорнин — „Европейское Право”, ЮРИСТЪ, Москва 2001, стр. 102.

4 С.Ю. Кашкин — „Право Европейского Союза”, ЮРИСТЪ, Москва 2004, стр. 108.

5 С.Ю. Кашкин, цит. раб., стр. 114.

Для соблюдения принципов общего рынка, Сообщество может проводить контроль по соответствию норм национального права, комунитарным требованиям. В случае, если требования, вытекающие из положений о сближении законодательства, оказываются нарушенными, вступает в действие механизм восстановления правопорядка. Вначале проводятся консультации между Сообществом и заинтересованными государствами-членами, а если такие консультации не приводят к соглашению, устраняющему данное нарушение, то принимаются соответствующие меры.

***Правовая основа адаптации молдавского законодательства к требованиям законодательства Сообщества:***

Не являясь членом ЕС, а также государством-кандидатом на вступление в ЕС, РМ, доказывая настоятельно тенденции европейской интеграции, будучи включенной в Европейской Политики Соседства и приняв начальный политический План Действий ЕС—РМ (2005—2008), направила свои силы к инициализации, предварительной и формальной процедуре униформизации национального законодательства с *acquis-ом communautaires*. Таким образом, было утверждено Постановление Правительства № 1345 от 24.11.2006 *о гармонизации законодательства Республики Молдова с законодательством Сообщества*<sup>1</sup>.

В процессе гармонизации, предусматривается соблюдение следующих критериев: а) осуществления сопоставительного анализа с целью установления градуальной совместимости национального законодательства и европейского; б) исключения противоречивых положений, создание новых норм либо дополнение существующих, с сохранением структуры и языковой специфики соответствующей национальной правовой системы; в) нормативный акт необходимо подготовить в соответствии с требованиями национальной законодательной техники, предусмотренными, в частности, Законом № 780-XV от 27.12.2001 *о законодательных актах*<sup>2</sup> и Законом № 317-XV от 18.06.2003 *о нормативных актах Правительства и других органов центрального и местного публичного управления*<sup>3</sup>; д) при разработке проекта национального нормативного акта должна соблюдаться терминология законодательства Сообщества, использоваться одни и те же понятия для аналогичных концептов; е) национальное законодательное решение должно быть совместимым с решением Сообщества, иметь характер нормативного акта и быть эффективным; ф) в процессе гармонизации законодательства должны соблюдаться принципы субсидиарности (требует от Сообщества, воздержаться от вмешательства в те вопросы, которые отдельное государство, может эффективно решать самостоятельно,

1 Monitorul Oficial al Republicii Moldova, nr. 189 от 15.12.2006.

2 Monitorul Oficial al Republicii Moldova, nr. 36-38 от 14.03.2002.

3 Monitorul Oficial al Republicii Moldova, nr. 208-210 от 03.10.2003.

собственными усилиями), пропорциональности (то есть, строгого соответствия целям Сообщества)<sup>1</sup> и гибкости (способности быстро реагировать на сигналы, поступающие извне); g) внедрение национальных нормативных актов, гармонизированных с законодательством Сообщества, будет осуществляться на основании механизма, утвержденного Правительством.

Изначально, предусматривалось реализация гармонизации, в нескольких этапах:

- I. определение областей (в зависимости от национальных приоритетов и положений действующих двусторонних договоров, регламентирующих отношения между ЕС и РМ), а также национальных нормативных актов, их регулирующих, которые будут приведены в соответствие с законодательством Сообщества;
- II. установление порядка регламентирования соответствующих областей действующими двусторонними актами между ЕС и РМ;
- III. установление правовой базы Сообщества в конкретной области (положения первичного и второстепенного законодательства Сообщества, и другие источники);
- IV. установление положений национального законодательства в конкретной области.

Соответственно, после создания Центра по Гармонизации Законодательства, области и национальное законодательство (действующее и проекты), подлежащие гармонизированию, определялись ежегодно, в сотрудничестве со специализированными центральными органами публичного управления (министерства, агентства, службы, бюро), наделенными законодательной инициативой. Для оценки совместимости существующего законодательства с законодательством Сообщества, формулирования соответствующих предложений, а также для определения национальных нормативных актов, которые подлежат принятию либо изменению, были созданы межминистерские рабочие группы согласно идентифицированным областям, в состав которых входили государственные служащие, представители академических кругов и гражданского общества. На первом этапе процесса гармонизации отраслевой орган ответственен за инициирование соответствующей процедуры в области своей функциональной компетенции в соответствии с установленными принципами, критериями и этапами. После разработки инициатором проекта нормативного акта, релевантного для законодательства Сообщества, состояться консультации (путем формулирования замечаний) между учреждением–инициатором и другими центральными органами, в частности, Центром по Гармонизации Законодательства, Министерством Юстиции и Министерством Иностранных Дел и Европейской Интеграции, в целях исключения возможных ошибок либо неточностей при пере-

---

1 С.Ю. Кашкин — «Право Европейского Союза в Вопросах и Ответах», ПРОСПЕКТ, Москва 2005, стр. 44.

нятии положений права Сообщества в проекте нормативного акта, подлежащего согласованию. По итогам периода 2007—2009, были приняты 3 Национальные Планы по Гармонизации Законодательства, утвержденных Постановлениями Правительства, а именно: 1. № 883 от 06.08.2007 — НППЗ 2007<sup>1</sup> (содержал 14 проектов законодательных/нормативных актов, было рассмотрено — 23<sup>2</sup>); 2. № 76 от 29.01.2008 — НППЗ 2008<sup>3</sup> (содержал 61 проект законодательных/нормативных актов, было рассмотрено — 83); 3. № 1350 от 02.12.2008 — НППЗ 2009<sup>4</sup> (содержал 49 проектов законодательных/нормативных актов<sup>5</sup>).

В процессе гармонизации надлежащее включение положений законодательства Сообщества в национальное законодательство осуществляется следующим образом: *прямое переложение* — проект национального нормативного акта, в который перенимаются акты из законодательства Сообщества, должен получать тот же юридический эффект, что и перелагаемый акт, с применением, по необходимости, юридического языка (либо очень близкого к нему), используемого в европейском акте; *национальное законотворчество* — проект национального нормативного акта использует особые средства на усмотрение государства, создавая базу, необходимую для применения акта Сообщества со строгим соблюдением его цели.

### ***Источники права ЕС, предлагаемые для гармонизации законодательства РМ:***

Совместимость законодательства РМ, должна отражаться в перенятых общих и отраслевых источниках комунитарного права. Согласно доктрине, эти источники классифицируются на следующие категории: 1) источники первичного права — документы основополагающего и учредительного характера, к которым относятся учредительные договоры ЕС (Парижский Договор об учреждении Европейского объединения угля и стали 1951 г.<sup>6</sup>; Римский Договор об учреждении Европейского Сообщества по атомной энергии 1957 г.; Римский Договор об учреждении Европейского Сообщества 1957 г.) и акты о пересмотре учредительных документов<sup>7</sup> (Брюссельский Договор Слияния 1965 г.; договоры о присоединении новых государств-членов; Единый Европейский Акт 1986 г.;

1 Monitorul Oficial al Republicii Moldova, nr. 127—130 от 17.08.2007.

2 Согласно Базе Данных Центра по Гармонизации Законодательства. <http://www.justice.gov.md> → Baza de Date a Legislației Naționale Armonizate → PNAL 2008.

3 Monitorul Oficial al Republicii Moldova, nr. 28—29 от 08.02.2008

4 Monitorul Oficial al Republicii Moldova, nr. 221—222 от 12.12.2008.

5 Итоги рассмотренных законодательных/нормативных актов НППЗ 2009, будут готовы в январе 2010 г.

6 Поскольку был принят сроком в 50 лет, этот договор утратил свою силу в 2002 г.

7 John Tillotson, Nigel Foster — «European Union Law: Text, Cases and Materials», CAVENDISH PUBLISHING, London 2003, стр. 67-68.



Маастрихтский Договор о Европейском Союзе 1992 г.<sup>1</sup>; Амстердамский Договор 1997 г.; Ниццкий Договор 2001 г.; проект-Договор о Конституции для Европы 2004 г. и Лиссабонский Договор 2007 г.<sup>2</sup>); 2) источники вторичного права — производные документы, принятые в соответствии с учредительными договорами, к которым относятся правовые акты институтов (регламенты, директивы, решения, рекомендации, заключения, общие стратегии, общие позиции и общие акции) и нормативные договоры (соглашения ЕС с третьими лицами, дополнительные конвенции между государствами-членами, межинституциональные соглашения)<sup>3</sup>; 3) источники прецедентного права (*case law*) — состоят из решений Суда ЕС и решений Трибунала первой инстанции, которые являются общеобязательными, поскольку осуществляют официальное толкование учредительных договоров ЕС и могут признать на этом основании недействительность вторичного права<sup>4</sup>.

### ***Формальные источники молдавского права установленные официальной процедуре сближения (гармонизации) с правом ЕС:***

Учитывая специфику национального правотворчества и законодательной техники, по юридической силе, в составе данных источников, включены все нормативные акты РМ, которые в свою очередь, подразделяются на: законы и подзаконные нормативные акты<sup>5</sup>. Такая же иерархия соблюдается и в законодательстве, поскольку: 1. Закон о законодательных актах, определяет следующие *виды законодательных актов* (ст. 6—12): законы (конституционные, органические и ординарные), постановления Парламента и резолюции Парламента; 2. Закон о нормативных актах Правительства и других органов центрального и местного публичного управления, фиксирует следующие *виды подзаконных нормативных актов* (ст. 8—13)<sup>6</sup>: постановления и ордонансы Правительства, нормативные акты органов центрального публичного управления (ведомственные акты) и нормативные акты органов власти автономных территориальных образований с особым правовым статусом и других органов местного публичного управления первого и второго уровней ((приказы нормативного характера, положения, инструкции, правила, постановления, решения, распоряжения и др. аналогичные акты). Все нормативные акты должны соблюдать принцип законности и эффективности<sup>7</sup>.

1 Переопубликован в консолидированной версии в Official Journal C 115 от 09.05.2008. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:115:0001:01:EN:HTML>.

2 Смотри детали на: [http://europa.eu/lisbon\\_treaty/index\\_en.htm](http://europa.eu/lisbon_treaty/index_en.htm).

3 С.Ю. Кашкин — «Право Европейского Союза в Вопросах и Ответах», ПРОСПЕКТ, Москва 2005, стр. 48—56.

4 С.Ю. Кашкин — «Введение в Право Европейского Союза», ЭКСМО, Москва 2006, стр. 89—90.

5 Г.К. Фёдоров — «Теория Государства и Права», RECLAMA, Кишинев 2004, стр. 332.

6 Издаются только на основе и во исполнение законов

7 Алин Гвидиани — «Правоведение», ADRIGA-VIS, Кишинэу 2009, стр. 87—88.

Согласование проектов с заинтересованными органами публичного управления:

Проекты нормативных актов РМ согласоваться, как с соответствующими секториальными центральными органами публичного управления, так и с Экономическим советом при премьер-министре<sup>1</sup>. В обязательном порядке визируются проекты законов, постановлений и ордонансов Правительства, а остальные акты нормативного характера (приказы, инструкции и т.д.), изданные министерствами или другими центральными административными органами проходят лишь процедуру нотификации, перед их принятием, у Министерства Юстиции<sup>2</sup> и Министерства Иностраннных Дел и Европейской Интеграции. Заключение заинтересованных органов передаются в сроки, предусмотренные действующим законодательством. Проект нормативного акта дорабатывается иницирующим органом с учетом заключений заинтересованных министерств и представляется вместе с пояснительной запиской, таблицей разногласий, а также таблицей соответствия Министерству Юстиции для дачи заключения. Министерство Юстиции представляет свое заключение о соответствии данного проекта Конституции, законодательству Сообщества, действующей правовой базе, системе кодификации и унификации законодательства, в частности, о соблюдении соответствующей законодательной техники, с предложением о признании утратившими силу других нормативных актов, регламентирующих подобные субъекты, и т. д. Заключение Министерства Юстиции в сроки, предусмотренные действующим законодательством, передается органу, иницирующему проект, который дорабатывает его и представляет в установленном порядке Правительству на рассмотрение. В случае проектов законодательных актов Правительство оценивает предложения, сформулированные отраслевым министерством или другим центральным административным органом, которые сопровождаются заключениями Министерства Юстиции и Министерства Иностраннных Дел и Европейской Интеграции, одобряет, в зависимости от случая утверждает соответствующий проект нормативного акта и представляет его Парламенту на рассмотрение. Не в последнюю очередь, важно уточнить, что проекты нормативных актов, должны проходить целый ряд экспертиз, а именно (правовую, антикоррупционную, экономическую, финансовую, научную, экологическую и языковую).

---

1 Согласно п. 1 Постановления Правительства № 1471 от 09.12.2003 об утверждении положения об Экономическом совете при премьер-министре, указанный Совет, учреждается при премьер-министре в качестве консультативного органа для обеспечения мониторинга, согласования и совершенствования политики Правительства в области реформ и социально-экономического развития. Monitorul Oficial al Republicii Moldova, nr. 244 от 12.12.2003.

2 Заключение Министерства Юстиции является последним в этом ряду, перед представлением проекта Правительству на рассмотрение.

*Место и роль Центра по Гармонизации Законодательства  
при сближении национальных нормативных актов  
к законодательству Сообщества:*

Следуя украинской практики о создании Государственного Департамента по Гармонизации Законодательства<sup>1</sup> и практикам некоторых государств-членов ЕС<sup>2</sup>, в РМ, был создан отдельный орган по мониторингу гармонизации законодательства, в подчинении Министерства Юстиции — Центр по Гармонизации Законодательства. Содействуя процессу гармонизации национального законодательства с законодательством Сообщества, Центр приобрел роль активного административного органа по координации, мониторингу и эксперт-консалтингу центральных органов публичного управления, для эффективной и законной транспонировки *acquis-a communautaires* в законодательстве РМ.

В целях осуществления деятельности Центра, были распределены следующие задачи:

- разработка проектов ежегодных национальных планов гармонизации законодательства РМ с законодательством Сообщества;
- проверка совместимости законодательных и нормативных актов с законодательством Сообщества и издание соответствующих деклараций о совместимости;
- координация процесса реализации национальных планов, а также, по запросу центральных органов публичного управления, представление информации о данном процессе;
- создание и управление информационной системой гармонизации национального законодательства с законодательством Сообщества;
- создание и актуализация информационной базы законодательства Сообщества на государственном языке (положения первичного и вторичного законодательства Сообщества, другие источники законодательства Сообщества);
- сотрудничество, по необходимости, с другими учреждениями, центральными органами публичного управления и международными организациями для получения экспертизы или поддержки для выполнения задач, относящихся к компетенции Центра;
- мониторинг процесса гармонизации законодательства на национальном уровне путем составления квартальных отчетов о ситуации в данной области.

---

1 Официальная страница Департамента: <http://www.sdla.gov.ua:8080/control/uk>.

2 К примеру в Словении, этими вопросами занимался Институт по Гармонизации Законодательства при Правительстве Словении, который осуществлял по отношению к центральным органам публичного управления, следующие функции, способствующие гармонизации законодательства: координационную, методологическую, документационную и по оказанию отраслевых экспертиз. <http://aprox.government.gov.sk>.

**Таблица Согласования — отражение перенятия определенных актов Сообщества в конкретном нормативном акте РМ:**

В праве ЕС, существует так называемый принцип интегрированности, согласно которому, нормы права ЕС рассматриваются как автоматически интегрированные в национальные системы права государств-членов<sup>1</sup>. РМ, следуя интеграционному принципу, но не являясь государством-членом ЕС, при разработке проектов, отраслевыми органами центрального публичного управления, в соотношении с определенными актами права ЕС, заполняется таблица согласования, отражающая прямое переложение норм Сообщества во внутреннее право, а также различия между национальным нормативным актом и перенимаемым законодательством Сообщества, мотивы перенятия, необходимые аргументы, основанные на анализе соответствующего влияния, изучении и других документах. При указании степени совместимости с законодательством Сообщества, используются следующие терминологии: *полностью совместим* — проект нормативного решения соответствует положениям законодательства Сообщества; *частично совместим* — проект нормативного решения соответствует релевантным принципам, вытекающим из содержания законодательства Сообщества; *несовместим* — проект нормативного решения не соответствует законодательству Сообщества; *национальный законодательный вакуум* — проект нормативного решения не содержит положений законодательства Сообщества. В конечных колонках таблицы указывается орган-инициатор или органы-соинициаторы проекта нормативного акта, а также контактные данные служащего, ответственного за координацию подготовки соответствующего проекта, а также указывается дата (год/квартал/месяц), когда предусматривается разработка/доработка нового проекта нормативного акта для перенятия положений актов Сообщества, которые не были переложены в полном объеме, или для устранения существующих различий, при необходимости указывается мотивы несоблюдения установленных предельных сроков.

Для детализации приведем образец-фрагмент из таблицы согласования:

<p>1. <i>Наименование акта Сообщества, регламентируемый субъект и цель акта:</i> Council Directive 2007/43/EC of 28 June 2007 laying down minimum rules for the protection of chickens kept for meat production (Text with EEA relevance)<sup>2</sup>. Official Journal L 182 , 12/07/2007 P. 0019 — 0028. <i>Субъект</i> — установление условий животного здоровья по отношению к цыплятам, предназначенным для производства мяса.</p>
---

1 Л.М. Энтин — «Европейское Право», НОРМА, Москва 2007, стр. 62.

2 [http://eur-lex.europa.eu/RECH\\_celex.do](http://eur-lex.europa.eu/RECH_celex.do) (CELEX: 32007L0043).

*Цель* — создание оптимальных условий для физиологических и этологических нужд, по отношению к цыплятам, предназначенным для производства мяса, для предотвращения расстройств в поведении и других заболеваний, спровоцированных факторами по несоответственному содержанию или эксплуатации, а также по принятию превентивных мер к некоторым болезням животных, для обеспечения производства мяса птиц, предназначенного для бытового потребления человеком, в условиях гигиеничности и безопасности.

*2. Наименование национального нормативного акта, регламентируемый субъект и цель акта:*

Проект Постановления Правительства об утверждении Ветеринарно — санитарной нормы по защите цыплят, предназначенных для производства мяса<sup>1</sup>.

*Субъект* — установление условий животного здоровья по отношению к цыплятам, предназначенным для производства мяса.

*Цель* — создание оптимальных условий для физиологических и этологических нужд, по отношению к цыплятам, предназначенным для производства мяса, для предотвращения расстройств в поведении и других заболеваний, спровоцированных факторами по несоответственному содержанию или эксплуатации, а также по принятию превентивных мер к некоторым болезням животных, для обеспечения производства мяса птиц, предназначенного для бытового потребления человеком, в условиях гигиеничности и безопасности.

### 3. Степень совместимости

4. Положения и требования регламентаций Сообщества (статья, параграф)	5. Положения Национального нормативного акта (глава, статья, пункт и т.д.)	6. Различия	7. Мотивы, подтверждающие, что проект является частично совместимым или несовместимым	8. Ответственное учреждение	9. Предельный срок обеспечения полной совместимости национального акта
<p>Article 1 <u>Subject matter and scope</u> 1. This Directive shall apply to chickens kept for meat production. However, it shall not apply to: (a) holdings with fewer than 500 chickens; (b) holdings with only breeding stocks of chickens; (c) hatcheries; (d) extensive indoor and free range chickens, as referred to in points (b), (c), (d), (e) of Annex IV</p>	<p>2. Положения настоящей Ветеринарно-санитарной нормы не применяются к: а) объектам с поголовьем менее 500 цыплят; б) объектам, выращивающим цыплят только для воспроизводства; в) инкубаторам; г) цыплятам, выращенным в птичниках по экстенсивной</p>	<p>Полностью совместим</p>	<p>—</p>	<p>Министерство сельского хозяйства и пищевой промышленности</p>	<p>неопределенный</p>

<sup>1</sup> Утверждено Постановлением Правительства № 415 от 08.07.2009.

to Commission Regulation (EEC) No 1538/91 of 5 June 1991 introducing detailed rules for implementing Regulation (EEC) No 1906/90 on certain marketing standards for poultry; and (e) organically reared chickens in accordance with Council Regulation (EEC) No 2092/91 of 24 June 1991 on organic production of agricultural products and indications referring thereto on agricultural products and foodstuffs	технологии, цыплятам, выращенным на полуволе, цыплятам, выращенным традиционно на воздухе и традиционно на полной воле; e) цыплятам, выращенным экологическим способом в соответствии с требованиями к экологическому производству сельскохозяйственных продуктов.				
--	--	--	--	--	--

*Вице-министр*

*(место для росписи)*

\_\_\_\_\_ (Ф.И.О.)

*Исполнитель: (Ф.И.О.)*

*(указывается контактный телефон)*

**Декларация о Совместимости — акт проверки о правильности заполнения Таблицы Согласования и соответствия проекта нормативного акта, законодательству ЕС.**

Декларация о Совместимости, является специальным мониторинговым актом Центра по Гармонизации Законодательства, посредством которого определяется совместимость законодательных и нормативных актов с законодательством Сообщества. Разрабатывая Декларацию, сотрудник Центра, в обязательном порядке, должен указывать: 1) наименование органа, разработавшего проект законодательного/нормативного акта; 2) наименование проекта законодательного/нормативного акта; 3) степень совместимости с источниками законодательства Сообщества; 4) указывается, участвовали ли в разработке проекта консультанты или эксперты и их мнение о совместимости; 5) указывается совместимость/частичная совместимость/несовместимость проекта с соответствующими аргументами; 6) подписи консультанта-исполнителя, начальника управления и директора Центра.

Ниже приведем образец Декларации о Совместимости:



MD 2068, or. Chișinău, str. A. Russo, 1, et. 4

МД 2068 Кишинэу, ул. А. Руссо, 1, 4 эт.

\_\_\_\_\_ Nr. \_\_\_\_\_

к nr. \_\_\_\_\_ от \_\_\_\_\_

**ДЕКЛАРАЦИЯ О СОВМЕСТИМОСТИ**  
**к Проекту Постановления Правительства об утверждении**  
**Технического Регламента «Требования к качеству**  
**и представлению помидоров»<sup>1</sup>**

1. Министерство сельского хозяйства и пищевой промышленности;
2. Проект Постановления Правительства об утверждении Технического Регламента „Требования к качеству и представлению помидоров”/Draft of Government Decision on approval of Technical Regulation „Quality and presentation requirement for tomatoes”;
3. Проект Постановления Правительства об утверждении Технического Регламента „Требования к качеству и представлению помидоров” является:
  1. **Совместим** с большинством из статей Регламента nr. 1221/2008/ ЕС Комиссии от 5 декабря 2008 об изменении Регламента (ЕС) nr. 1580/2007 об установлении норм применения Регламента (ЕС) nr. 2200/96 и (ЕС) nr. 1182/2007 Совета в сфере фруктов и овощей относительно стандартов торговли, опубликованный в Официальном Журнале Европейского Союза nr. L 336/1 от 13 декабря 2008/ Commission Regulation (EC) No 1221/2008 of 5 December 2008 amending Regulation (EC) No 1580/2007 laying down implementing rules of Council Regulations (EC) No 2200/96 and (EC) No 1182/2007 in the fruit and vegetable sector as regards marketing standards;
  2. **Совместим** с Codex Standard для Помидоров 293-2008/ Codex Standard for Tomatoes 293-2008.
4. В адрес Центра по Гармонизации Законодательства не было представлено ни одного экспертного отчета к проекту, который бы установил его совместимость с комунитарными регламентациями.

1 Смотри: <http://www.justice.gov.md> → Baza de Date a Legislației Naționale Armonizate → PNAL 2009 → пкт. 8.

5. Проект Постановления Правительства об утверждении Технического Регламента «Требования к качеству и представлению помидоров» перенял в большей части комунитарные регламентации об установлении минимальных требований качества, представления и торговли для свежих или рефрижерированных помидоров.

Одновременно, представляется нужным перенять понятие «торговая упаковка», являющейся обязательным при индивидуализации торговли определенных партий помидоров, а также при исключительных мар-кировках помидоров.

Осуществив экспертизу Проект Постановления Правительства об утверждении Технического Регламента «Требования к качеству и представлению помидоров», Центр по Гармонизации Законодательства, формулирует следующие комментарии:

№.	Статья из Проекта нормативного/ Законодательного акта	Степень совместимости с актом Сообщества
1.	Пкт. 1, 3	<p><b>Совместим</b> с Приложением I, Часть В «Специальные стандарты торговли», Часть 10, Глава I Регламента 1221/2008/ЕС и с пкт. 1, I фраза из Codex Standard для помидоров 293-2008 (далее Codex Stan 293-2008).</p> <p>Тем не менее, предмет регламентации национального проекта, шире чем в комунитарном акте, устанавливая минимальные требования качества как для помидоров, предназначенных торговли в рефрижераторном состоянии, так и для свежих помидоров.</p>
2.	Пкт. 4, понятие «пакет»	<p><b>Совместимо</b> с Приложением IV, Глава 1, пкт. 1.1 из Регламента 1221/2008/ЕС.</p>
3.	Пкт. 4, понятие «расфасовка»	<p><b>Совместимо</b> с Приложением IV, Глава 1, пкт. 1.2a из Регламента 1221/2008/ЕС.</p>
4.	Национальный Законодательный Вакуум	<p>Понятие «торговая упаковка» не было перенято проектом Технического Регламента, несмотря на то что, является важным для определения специальных правил торговли помидоров, при его употреблении в тексте проекта.</p> <p>Регламент устанавливает, что торговые упаковки являются индивидуализированной частью пакета посредством лота и его содержания, представленными в такой мере, чтобы составляли в торговой точке, одну торговую единицу для конечного пользователя или потребителя. В данном контексте, является целесообразным перенять эти дефиниции и в техническом регламенте для обеспечения ясности и последовательности норм.</p>
5.	.....	.....



32.	Пкт. 34	<p><b>Частично совместим</b> с Приложением I, Часть 10, Глава VI из Регламента 1221/2008/ЕС и совместим с пкт. 6.2 из Codex Stan 293-2008.</p> <p>Несмотря на то что, были переняты основные положения ко-мунитарной нормы по поводу маркировки, в национальном проекте не было перенято и исключение в связи с правилами маркировки помидоров. Итак, Регламент устанавливает что указание маркировок на пакетах, является бесполезным в том случае когда эти:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. содержат торговые упаковки четко и на виду;</li> <li>2. не содержат маркировок ведущих в заблуждение;</li> <li>3. содержат установленные на виду карточки на минимум двух фасетах, если пакеты расположены на поддонах.</li> </ol> <p>В этом контексте, нужно перенять исключительной нормы и национальным проектом, для предотвращения процедуры двойной маркировки, указания противоречивых маркировок или размещения карточек с ограниченной видимостью на фасетах поддонов. При дополнении исключительной нормой, национальный проект будет соответствовать требованиям комунитарных регламентаций и обеспечит указание единых маркировок, видимых и доступных.</p>
-----	---------	--

Подпись консультанта-исполнителя \_\_\_\_\_

Подпись начальника управления \_\_\_\_\_

Подпись директора Центра \_\_\_\_\_

### ***Выводы***

На современном этапе развития предпринимательских отношений между РМ и ЕС все более актуальной представляется проблема приведения законодательства РМ в соответствие с нормами, установленными и действующими на территории всех государств-членов ЕС, процесс исходящий из двухстороннего секторального партнерства и сотрудничества. В ЕС, для достижения единого рынка, гармонизация норм между государствами-членами, проявляется от акцизной политики (поскольку, к примеру, в Великобритании, нефть, алкоголь и сигареты облагаются акцизами, а во Франции, нет)<sup>1</sup> до механизма признания разных практик в области охраны окружающей среды (дозволение вариации стандартов)<sup>2</sup>.

В процессе перенятия комунитарного законодательства, РМ должна брать во внимание интеграционные перспективы страны, целесообразность имплементации соответствующих норм. Нормативные акты Сообщества, будут перениматься с пирамидальной формы установленной в ЕС, на 3-х уровнях:

1 Margot Horspol, Matthew Humphreys — „European Union Law”, OXFORD, New York 2006, 301.

2 Margot Horspol, Matthew Humphreys, цит. раб., стр. 386.

I пилон — европейские сообщества; II пилон — общая внешняя политика и политика безопасности; III пилон — юстиция и внутренние дела. Основой всего этого является будущий статус РМ с ЕС. Если РМ не станет ассоциированным государством, логика гармонизации законодательства утратит всякий смысл, поскольку рискуем при-нять декларативное законодательство, которое в исполнительном аспекте создаст осложне-ния и несоответствия с национальными реалиями.

# LOCUL RĂSPUNDERII FINANCIARE ÎN SISTEMUL RĂSPUNDERII JURIDICE

**Augustin PROCOPOVICI**, doctorand ULIM

Recenzent: **Mihai GHEORGHÎĂ**, doctor habilitat, profesor universitar

*There is no unanimity of opinions regarding the place of financial responsibility in the legal responsibility system. The financial responsibility is regarded as a type of the administrative responsibility, as a distinct form of legal responsibility, as a form of legal responsibility in development, either as distinct forms of legal responsibility are considered the fiscal, budgetary, currency and the responsibility concerning the relations between the National Bank and financial institutions. We consider the financial responsibility as a distinct form of legal responsibility, which contains the following under forms: fiscal, budgetary, currency and the responsibility concerning the relations between the National Bank and financial institutions.*

Noutatea și actualitatea problematicii răspunderii financiare în cadrul răspunderii juridice este indiscutabilă. Deși sunt numeroase punctele de vedere privind locul răspunderii financiare în sistemul răspunderii juridice, ample lucrări cu o asemenea tematică întârzie să apară. În prezent, în literatura de specialitate există cel puțin patru puncte de vedere referitoare la locul răspunderii financiare în sistemul răspunderii juridice:

1. răspunderea financiară este o varietate a răspunderii administrative<sup>1</sup>;
2. răspunderea financiară se află la etapa formării<sup>2</sup>;
3. răspunderea financiară este o formă de sine stătătoare a răspunderii juridice<sup>3</sup>,

---

1 Колесниченко Ю.Ю. Меры административного принуждения за нарушения законодательства о налогах и сборах — классификация и условия применения. // Журнал российского права. 2002. № 7, с. 57-62.; Гусева Т.А., Дракина М.Н. Административная ответственность банков за нарушение обязанностей, предусмотренных законодательством о налогах и сборах. // Банковское право. 2003. № 2, с. 23; Гончаров А.В. Административная ответственность за нарушения в сфере налогообложения, Диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук, Москва 1998, с. 4

2 Кислухин В.А. Виды юридической ответственности. Диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук. Москва, 2002, с. 111; Золотухин А. Теоретические аспекты развития института ответственности за налоговые правонарушения в науке российского права. // Законодательство и экономика. 2003, №.8, с. 18-29.

3 Хачатуров Р. Л. Актуальные проблемы юридической ответственности: Материалы межвузовской научно-практической конференции. Тольятти, Изд-во ВуиТ, 2003, р. 9; Другова Ю. В. Ответственности за нарушения бюджетного законодательства. // Журнал российского права. 2003. № 3, с. 25; Карасева М. Финансовое право. Общая часть/Учебник,

(răspunderea fiscală, valutară și bugetară sunt părți componente a răspunderii financiare<sup>1</sup>);

4. drept forme distincte ale răspunderii juridice sunt analizate răspunderea fiscală<sup>2</sup>, valutară<sup>3</sup>, bugetară<sup>4</sup>, și fiscal-procesuală<sup>5</sup>.

Considerăm că răspunderea financiară este o formă de sine stătătoare a răspunderii juridice, urmînd ca în continuare să:

1. stabilim corelația răspunderii financiare cu alte forme ale răspunderii juridice;
2. delimităm răspunderea financiară de răspunderea administrativă;
3. stabilim structura instituției răspunderii juridice financiare.

Înainte de a stabili locul răspunderii financiare în sistemul răspunderii juridice ste necesar de a explica însăși noțiunea de „sistem al răspunderii juridice”. „Sistemul răspunderii juridice este un cumul de norme și instituții juridice, respectarea cărora asigură ordinea de drept, iar aplicarea lor în cazul faptelor ilicite restabilește ordinea de drept. Unitatea sistemică a răspunderii juridice este asigurată de obiectul și metoda reglementării juridice și de aceleași principii ale răspunderii”<sup>6</sup>. Sistemul răspunderii juridice este constituit din elemente legate reciproc, care interacționează între ele. Aceste elemente sunt formele răspunderii juridice.

În sistemul răspunderii juridice există un concept numit varietate (sub formă) a răspunderii juridice. Astfel, în cadrul unui tip de relații, fiecare instituție regle-

---

Москва, Юристь, 1999, с. 181; Бакаев, О. Финансово-правовая ответственность как вид юридической ответственности за нарушение таможенных правил. //Юрист, 2004, №.11, с. 23-33; Емельянов, А. Черногор, Н. Финансово-правовая ответственность. Москва. Изд. Финансы и статистика, 2004, с. 83.

- 1 Арсланбекова А.З. Налоговые санкции в системе мер финансово-правовой ответственности. Диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук, Махачкала 2001, с. 8; Саттарова Н.В. Ответственности банков за нарушения обязанностей, предусмотренных законодательством о налогах и сборах: Диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук, Москва 2001, с. 19-20; Анохин А.Е. Ответственность за совершение налоговых правонарушений и ее место в системе юридической ответственности. // Юридический мир. 2002. № 5, с. 33-39; Поветкина Н. Проблемы правового обеспечения бюджетной ответственности. Финансовое право, 2003, № 4. с.32-41; Липинский Д. Карательная и восстановительная функции налоговой ответственности. //Юрист, 2003. № 8, с. 14-20.
- 2 Каплиева Е.В. Административная ответственность за правонарушения в области налогов и сборов, Диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук, Москва 2002, с. 38; Гогин А.А. Теоретико-правовые вопросы налоговой ответственности. Тольятти, Изд-во ВуиТ, 2003, с. 29.
- 3 Степанян М.Г. Правовое регулирование валютной ответственности // Банковское право. 2001. № 2, с. 47.
- 4 Артюхин Р.Е. Бюджетно-правовая ответственности // Налоговый вестник. 1998. № 2, с. 63.
- 5 Гогин А.А. К вопросу о процессуальной ответственности по налоговому законодательству // Вестник Волжского ун-та. Сер. «Юриспруденция» - вып. 25. Тольятти, 2002, с. 135.
- 6 Хачатуров Р.Л. Понятие системы юридической ответственности // Вестник волжского ун-та им. В.Х. Татищева. Сер. «Юриспруденция» - Вып. 1. – Тольятти: Изд-во ТолПИ, 1998, с. 41.

mentează un anumit gen de fapte ilicite, iar sub intuiția (sub forma) — o formă a relațiilor de acest gen<sup>1</sup>. O formă distinctă a răspunderii juridice poate include câteva varietăți, care nu sunt de sine stătătoare, dar coexistă în cadrul formei corespunzătoare a răspunderii juridice. De exemplu în cadrul răspunderii juridice civile avem răspundere contractuală și răspundere dilictuală.

Astfel, drept elemente ale sistemului răspunderii juridice avem: formele ramurale ale răspunderii juridice; varietățile răspunderii juridice (sub forme), care există în cadrul formei ramurale a răspunderii juridice; normele răspunderii juridice.

Pînă nu demult răspunderea juridică era delimitată în penală, civilă, disciplinară, administrativă și materială. Această clasificare are la bază criteriul ramural, criteriu admis de majoritatea teoreticienilor. În legătură cu evoluția relațiilor sociale, creșterii rolului răspunderii juridice în funcționarea statului, adoptării unui șir de acte normative, în rezultatul cercetărilor științifice în literatura juridică au fost scoase la iveală răspunderea constituțională, procesual-penală, procesual-civilă, execuțional-penală, financiară.

Răspunderea financiară fiind o formă de sine stătătoare a răspunderii juridice, inevitabil are legături puternice cu restul formelor răspunderii juridice — fapt datorat sistematizării răspunderii juridice, or orice sistem este caracterizat prin legături strînse între elementele sale.

Legătura dintre răspunderea financiară și cea constituțională rezultă în primul rînd din caracterul diriguitor al dreptului constituțional. Răspunderea constituțională este baza formării și dezvoltării celorlalte forme ale răspunderii juridice<sup>2</sup>. Constituția formulează obligații generale, care privesc pe fiecare. În baza acestor obligații generale, care formează baza statutului constituțional al persoanei apar obligații ramurale, care se concretizează în formele ramurale ale răspunderii juridice. De exemplu obligația fiscală se bazează pe Constituție și se concretizează în Codul Fiscal. Obligația generală de a respecta legislația Republicii Moldova este concretizată într-un șir de acte normative care prevăd răspunderea financiară. Corelația dintre răspunderea financiară și răspunderea constituțională are un caracter funcțional care constă atît în acțiunea funcțională asupra formării instituției răspunderii financiare, cît și asupra comportamentului cetățenilor.

Răspunderea financiară interacționează strîns cu răspunderea penală, întrucît din obiectul de reglementare a răspunderii penale fac parte și relații financiare. Specificul normelor care prevăd răspunderea penală în sfera relațiilor financiare constă în faptul că pentru interpretarea lor este necesar de a consulta legislația financiară. De asemenea, de regulă legislația financiară prevede încălcări asemănătoare, care se deosebesc de infracțiunile analogice în special prin mărimea prejudiciului. Deosebirea dintre răspunderea penală și cea financiară constă în baza normativă, ordinea

1 Базылев Б.Т. Юридическая ответственности (теоретические вопросы). Красноярск. Изд-во Красноярского ун-та. 1985, с. 45.

2 Липинский Д.А. Регулятивная функция конституционной ответственности // Конституционное и муниципальное право – 2003, № 4, с. 24.

procesuală de aplicare, subiectul aplicării și subiectul răspunderii. Corelația răspunderii financiare cu răspunderea penală are un caracter funcțional și constă în faptul că normele răspunderii financiare și penale participă la reglementarea și protecția relațiilor valutare, fiscale, bugetare, bancar publice. Este necesar de a menționa în acest context că există o opinie potrivit căreia răspunderea penală nu reglementează, ci doar protejează, dar în ultima vreme, tot mai mulți teoreticieni recunosc că răspunderea penală are nu doar funcția de protecție ci și de reglementare. Obiectul de reglementare a răspunderii penale este mai larg în comparație cu obiectul de reglementare a răspunderii financiare. Relațiile financiare constituie doar o parte a obiectului de reglementare a răspunderii penale.

O corelație funcțională ce se rezumă la protecția și reglementarea relațiilor financiare există și între răspunderea financiară și răspunderea disciplinară. Astfel, pentru unele categorii de persoane cu funcție de răspundere obligația de a respecta disciplina financiară este consfințită nu doar în normele răspunderii financiare, dar și în normele răspunderii disciplinare, iar în actele normative care reglementează activitatea persoanelor cu funcție de răspundere, este menționată distinct obligația lor de a respecta legislația în vigoare, drepturile și libertățile cetățenilor (de ex. Legea cu privire la funcția publică și statutul funcționarului public, nr. 158 din 04.07.2008).

Corelația funcțională, ce constă în protecția relațiilor financiare de norme ale diferitor ramuri de drept ne permite să afirmăm că pentru încălcarea relațiilor financiare, este posibilă atragerea la câteva forme ale răspunderii juridice: financiară, penală, administrativă, disciplinară.

Asemănarea dintre răspunderea financiară și cea civilă este una exterioară și se limitează la „caracterul bănesc (patrimonial) al măsurilor răspunderii, în timp ce deosebirile, sunt determinate de deosebirile naturii relațiilor financiare și civile și sunt mult mai esențiale”<sup>1</sup>. Legătura dintre cele două forme ale răspunderii juridice se manifestă în câteva direcții. În primul rând răspunderea financiară folosește în unele cazuri mijloace juridice similare, ca de exemplu mecanismul debitorilor solidari privind obligația fiscală în cazul reorganizării persoanei juridice, penalitatea<sup>2</sup>. În al doilea rând, răspunderea financiară referindu-se la repartizarea și folosirea finanțelor publice, acumularea impozitelor, participă indirect la protecția proprietății statului. Spre deosebire de răspunderea civilă, cea financiară nu participă la protecția proprietății private. Astfel, legătura dintre răspunderea financiară și cea civilă are și ea un caracter funcțional și constă în protecția relațiilor ce țin de proprietatea statului, dar prin metode și mijloace diferite.

Corelația funcțională cu mai multe forme ale răspunderii juridice a determinat mulți autori să considere răspunderea financiară o instituție complexă inter-ramurală. Astfel, Krohina I. A. referindu-se la răspunderea fiscală afirmă: „în cadrul instituției

1 Кустова М. В., Ногина О.А., Шевелева Н.А., Налоговое право России / Общая часть, отв. Ред. Шевелева Н.А. – Москва, Юрист 2001, с. 358.

2 Карасева М.В. Финансовое право России в XXI веке: иные акценты// Правоведение 2002. № 5, с. 13-14.

răspunderii fiscale, fiecare sub instituție reglementează un gen concret de fapte ilicite — financiare (fiscale), administrative, vamale, sau penale”<sup>1</sup>. În acest context reiterate că în teoria generală a dreptului divizarea răspunderii în funcție de apartenența ramurală este o problemă controversată, cel puțin din următoarele considerente: “este evident că o atare divizare nu coincide cu divizarea strict pe ramură, întrucât forme de răspundere avem mai puține decât ramuri de drept. În plus, pentru încălcări de norme juridice aparținând diferitelor ramuri de drept se pot aplica forme ale răspunderii identice, spre exemplu cea contravențională. Clasificarea ramurală la fel nu explică cum se poate ca în cadrul uneia și aceleași ramuri să se aplice mai multe forme ale răspunderii (disciplinară și patrimonială în dreptul muncii, contravențională și financiară în dreptul financiar etc.) și, dimpotrivă, normele mai multor ramuri de drept reglementează una și aceeași formă a răspunderii juridice (răspunderea penală: dreptul penal, procesual penal, de executare penal; răspunderea civilă: dreptul civil, procesual civil, normele cu privire la executarea hotărârilor judecătorești etc.)”<sup>2</sup>.

Totuși, considerăm că principalul criteriu de clasificare a răspunderii juridice în forme este apartenența ramurală a normelor. Dacă e să luăm în considerație posibilitatea ca relațiile sociale să fie protejate de norme juridice ce aparțin diferitor ramuri de drept, atunci structura instituției răspunderii juridice poate să crească pînă la dimensiuni nelimitate. De exemplu dacă relațiile ce țin de proprietate sunt protejate de normele dreptului penal, civil și administrativ, atunci în mod inevitabil apare o formă corespunzătoare a răspunderii juridice. Dacă specificul răspunderii financiare ca instituție complexă interramurală se bazează doar pe legături funcționale cu alte instituții juridice, aparținând unor alte ramuri de drept, atunci în sistemul răspunderii juridice am putea delimita răspunderea „sanitaro-epidemiologică”, „militară”, „medicală”etc.

Un loc aparte atribuim delimitării răspunderii financiare de răspunderea administrativă, întrucât mulți autori afirmă că aceasta ar fi doar o varietate a ultimei. După cum am menționat, suntem adepții clasificării răspunderii juridice după criteriul apartenenței ramurale, astfel încît în cadrul unei ramuri de drept de sine stătătoare, trebuie să existe o formă corespunzătoare a răspunderii juridice. Criteriul ramural „ne permite să determinăm, apartenența ramurală a unei anumite forme a răspunderii juridice, întrepătrunderea și punctele de intersecție a diferitor forme ale răspunderii. În sprijinul acestui criteriu vine și faptul recunoașterii prezenței unei răspunderi juridice independente în calitate de unul din semnele care caracterizează independența ramurei de drept”<sup>3</sup>.

- 1 Крохина Ю.А. Ответственность за нарушения налогового законодательства: понятие, стадии и механизм реализации // *Хозяйство и право*. 2003. № 5, с. 103.
- 2 Baltaga Dmitrii. Teoria răspunderii juridice: aspecte doctrinare, metodologice și practice: Teză de doctor habilitat în drept. Chișinău, 2008, с. 145.
- 3 Липинский Д. А. О системе и видах юридической ответственности // *Современные проблемы гуманитарного образования: Межвуз сб. ст. – Самара, Изд-во Самар. Гуманит. Акад.*, 2003, с. 191-192.

Pentru a delimita răspunderea financiară de cea administrativă, este necesar de a ne referi și la caracterul independent al dreptului financiar ca ramură de drept. Dreptul financiar este o ramură distinctă de drept, care s-a delimitat din dreptul administrativ, în măsura specializării legislației. Delimitarea nu putea avea loc parțial, lăsând instituția răspunderii juridice în dreptul administrativ. „În cadrul dreptului financiar ca ramură distinctă de drept, trebuie să existe o instituție proprie, capabilă să asigure realizarea și respectarea normelor juridice financiare — instituția răspunderii juridice financiare”<sup>1</sup>.

Unii autori analizează drept criteriile de delimitare a formelor răspunderii juridice — metoda și obiectul de reglementare<sup>2</sup>. Majoritatea autorilor clasifică răspunderea juridică în forme în dependență de apartenența ramurală<sup>3</sup>, iar obiectul și metoda sunt criteriile de delimitare nu a formei răspunderii juridice ci a ramurei corespunzătoare de drept. Doar după stabilirea metodei și obiectului ramurei de drept, putem vorbi despre metoda și obiectul instituției răspunderii juridice, care nu există de sine stătător ci sunt parte componentă a metodei și obiectului ramurei de drept. Nu vom enumera aici argumentele aduse în favoarea independenței dreptului financiar de dreptul administrativ (caracterul de sine stătător al dreptului financiar este recunoscut de majoritatea autorilor), ci vom reține doar noțiunile celor două ramuri ale dreptului. Astfel, dreptul administrativ este definit drept ramură a dreptului public care reglementează, concret sau cu valoare de principiu, relațiile sociale din sfera administrației publice, precum și cele de natură conflictuală dintre autoritățile publice sau structuri private, investite cu autoritate publică, pe de o parte și cei vătămați în drepturile lor prin actele administrative ale acestor autorități, pe de altă parte<sup>4</sup>. Dreptul financiar poate fi definit ca fiind format din totalitatea actelor normative care reglementează relațiile de constituire, repartizare și utilizare a fondurilor bănești ale statului și ale instituțiilor publice, destinate satisfacerii sarcinilor social-economice ale societății<sup>5</sup>. În aceeași ordine de idei, Romulus Ionescu afirma că obiectul dreptului administrativ îl reprezintă acele raporturi sociale care constituie obiectul administrației de stat, înfăptuită conform normelor juridice de către organele administrației de stat, cu excluderea acelor raporturi care fac obiectul activității financiare a statului<sup>6</sup>.

Astfel, spre deosebire de dreptul administrativ, obiectul dreptului financiar este constituit din cu totul alte categorii de relații sociale, care sunt protejate de fapte ilicite în special de normele dreptului financiar și nu administrativ. Răspunderea financiară

---

1 Разгильдиева М.Б. Налоговая ответственность в системе юридической ответственности // Правоведение – 2002. № 5, с. 129.

2 Зимин А. В. Специфика налоговой ответственности российских организаций // Правоведение – 2001. № 6, с. 34.

3 Хачатуров Р.Л., Ягутян Р.Г. Юридическая ответственность. Тольятти, Изд-во МаБиБД, 1995, с. 141-183; Матузова Н. И., Малько А.В. Теория государства и права. Москва. Юрист. 1997, с. 541-546.

4 Antonie Iorgovan. Tratat de Drept Administrativ vol I. București. ed. Nemira. 2000, с. 128.

5 Dan Drosu Șaguna. Drept financiar și fiscal. București. ed. Eminescu, 2000, с. 81.

6 Romulus Ionescu. Drept administrativ. București. ed. E.D.P., 1970, p. 25.



reglementează și protejează relații fiscale, valutare, bugetare și bancar publice.

Considerăm controversată poziția adepților considerării răspunderii financiare drept o varietate a răspunderii administrative. Pe de o parte dreptul financiar este considerat drept ramură de sine stătătoare a dreptului, pe de altă parte răspunderea financiară este analizată drept varietate a răspunderii administrative. De exemplu G. A. Kuzmiceva și G. A. Kalinina includ răspunderea financiară în cea administrativă și scriu despre o oarecare „universalitate a instituției răspunderii administrative”, pentru ca ulterior să afirme că foarte multe norme ale răspunderii administrative sunt în alte ramuri ale dreptului, ca de exemplu financiar<sup>1</sup>. Apare întrebarea — de ce aceste norme sunt considerate administrative, dacă fac parte din altă ramură a dreptului, din alt act normativ, din altă ramură a legislației? De asemenea, dacă am considera răspunderea financiară drept o varietate a răspunderii administrative, ar rezulta că însăși norma juridică are un caracter financiar, este parte componentă a dreptului financiar, iar răspunderea pentru încălcarea ei (care este prevăzută de aceeași normă) este administrativă.

Caracterul de sine stătător al răspunderii financiare față de răspunderea administrativă este demonstrat și de diferențele ce există între cele două forme ale răspunderii privind următoarele semne: temeiurile răspunderii, caracterul urmărilor nefavorabile, natura obiectului faptei ilicite, ordinea aplicării sancțiunilor față de persoanele vinovate.

Astfel, răspunderea financiară este o formă de sine stătătoare în cadrul răspunderii juridice, cu legături funcționale cu alte forme ale răspunderii juridice, criteriul determinant ce demonstrează independența răspunderii financiare fiind independența ramurei dreptului financiar.

În cadrul obiectului dreptului financiar au apărut grupuri de relații fiscale, bugetare, valutare și bancar-publice. Conform lor au apărut sub ramurile dreptului fiscal și bugetar, instituțiile ce reglementează relațiile valutare și relațiile dintre Banca Națională și instituțiile financiare. Corespunzător acestor sfere ale relațiilor sociale, ce fac parte din obiectul dreptului financiar, sau conturat varietăți ale răspunderii financiare. Aceste varietăți sunt răspunderea în domeniul relațiilor: fiscale, bugetare, valutare, bancar publice.

Uni autori analizează dreptul bugetar și dreptul fiscal drept ramuri de drept, de sine stătătoare<sup>2</sup>. Considerăm că este prematur să afirmăm că cele două ramuri ale dreptului ar fi desine stătătoare. În prezent ele pot fi considerate doar sub ramuri ale dreptului financiar, astfel încât nu putem vorbi despre forme de sine stătătoare ale răspunderii juridice cum ar fi cea fiscală, bugetară, valutară, bancar publică.

În fine, considerăm că răspunderea financiară este o formă de sine stătătoare a răspunderii juridice, în cadrul căreia există următoarele sub forme: fiscală, bugetară, valutară, bancar publică.

1 Кузмичева Г.А., Калинина Л. А., Административная ответственность, Москва, Юриспруденция, 2000, с. 12.

2 Винницкий Д. В. Предмет российского налогового права // Журнал российского права, 2002, № 10, с. 81.

# CAUZELE CARE DETERMINĂ APARIȚIA TRAFICULUI DE FIINȚE UMANE

Mihai STĂVILĂ, doctorand ULIM

Recenzent: Alexei BARBĂNEAGRĂ, doctor habilitat, profesor universitar

*This article has the vocation to throw light on the matter as regards trafficking in human beings and specially the reasons that determines it's apparition. Thus and so, a careful examination of the reasons that determines the apparition and proliferation of the trafficking in human beings phenomenon up to our country makes possible to group them. Also, the transition effects in the countries from the South-East Europe brings to the political, social and cultural changes which induce to develop poverty and unemployment, an uneven distribution of labor force between men and wemen, which create crisis situations in last years. This phenomena determines the necessity of partition and meticulous examination of specified causes for elaboration of effective methods to prevent and supersede the trafficking in human beings.*

Înca de la apariția sa, omul reprezintă cel mai desăvârșit element al acestui univers, simbolul suprem al plenitudinii și împlinirii prin rațiune. Modul în care ne reușește să luăm tot ce-i mai bun de la viață ne diferențiază de ceilalți, făcându-ne în același timp să fim toți diferiți, dar egali. Ne sunt oferite mai multe opțiuni, în rest alegerea ne aparține...

Probabil, apare întrebarea „ce legătură are cele enunțate mai sus cu tema prezentei lucrări”? De fapt prin acesta inițiere îmi propusesem să combat existentul mit, precum că, victimele traficului de ființe umane ar fi niște persoane dubioase, fără identitate spirituală și lipsite de orice principii morale. Viața de cele mai multe ori ne prilejuiește momente pînă într-atît de imprevizibile, încît toate tentativele și încercările de a salva situația se dovedesc a fi ineficiente și inutile. Astfel vrînd-ne-vrînd, ne trezim dezarmați în fața realității dure din exterior...

Traficul de ființe umane a cunoscut o creștere constantă în ultimii ani, devenind o problemă națională și internațională. Fenomenul nu este unul episodic, implicând un număr mare de persoane, cunoscând profunde conotații de ordin social și economic, demonstrând încălcarea profundă a drepturilor fundamentale ale omului și devenind o problemă ce se agravează constant.

Deși fenomenul ia amploare în întreagă lume, nu doar în țara noastră, el se manifestă cu precădere în zonele în care lipsesc o legislație corespunzătoare și un sistem de cooperare eficient între instituțiile guvernamentale și societatea civilă.

De aceea, un prim aspect care privește traficul de ființe umane trebuie raportat la cauzele care i-au determinat apariția. O examinare atentă a cauzelor care au determinat apariția și proliferarea fenomenului traficului de ființe umane, la nivelul țării noastre, face posibilă gruparea acestora. Astfel, efectele tranziției din țările din sud-estul Europei au avut drept rezultat schimbări politice, sociale și culturale care, la rândul lor, au determinat o creștere a sărăciei și a ratei șomajului, o distribuție inegală de putere pe piața muncii între bărbați și femei. În ultimii ani, această tranziție a creat situații de criză, răspândirea traficului fiind efectul feminizării sărăciei și a migrației pe piața muncii.

Discriminarea pe piața muncii relevată prin ratele ridicate ale șomajului (pe piața muncii femeile sunt ultimele angajate și primele concediate, în acest mod fiind împinse tot mai mult către sectoarele neconvenționale ale economiei, trebuind să muncească „la negru” pentru a-și câștiga existența, unul dintre cele mai profitabile sectoare de pe piața muncii la negru fiind industria sexului), combinată cu sărăcia motivată de remunerarea proastă a muncii și cu ocaziile de a emigra au determinat considerarea emigrării în țările mai dezvoltate, ca unică soluție.<sup>1</sup>

Corupția autorităților poate constitui un factor care permite dezvoltarea fenomenului traficului de persoane; traficul și corupția se completează reciproc, prin aceea că traficul creează multiple oportunități care au ca finalitate coruperea funcționarilor publici și crearea premiselor de subminare a întregului efort depus de alți factori pentru combaterea acestui fenomen. Controlul slab al granițelor, lipsa sistemului de evidență a persoanelor care emigrează, în țara de origine, lipsa cadrului legislativ sau existența unui cadru legislativ neadecvat, inaplicabil referitor la migrație, la combaterea traficului de persoane, protecția victimelor și a martorilor constituie, de asemenea, cauze care au determinat apariția și dezvoltarea traficului de ființe umane. Restricționarea oportunităților de migrare legală în țările de destinație, precum și reglementările foarte restrictive cu privire la migrația legală impuse de țările cu o economie mai dezvoltată, spre care tind victimele traficului, limitează cu severitate orice formă de migrație legală, situație care favorizează traficul.

Factorii informaționali scăzuți privind realitățile pieței muncii sau nivelul de trai în țările de destinație, posibilitățile reale de angajare în câmpul muncii peste hotare, consecințele muncii la negru determină aprecierea incorectă a șanselor reale de succes, favorizând traficul.<sup>2</sup>

Pentru Republica Moldova perioada de tranziție din anii '90, a determinat o criză economică profundă fapt care a plasat Moldova în topurile celor mai sărace țări din Europa Centrală și de Est, inclusiv din spațiul Comunității Statale Independente. Criza social-economică a determinat și o creștere a violenței în familie, violența sexuală, abuzul de alcool și alte vicii sociale, în urma cărora relațiile de familie au avut cel mai mult de suferit, femeia devenind un subiect al violenței continue. Astfel

1 Standard Regional pentru Instruirea Judecătorilor și Procurorilor din ESE în Domeniul Combaterii Traficului de Persoane, Viena CIDPM 2006, pag. 27

2 Gheorghiuță Mateuț, „Traficul de Ființe Umane — Infractor, Victimă, Infracțiune”, Asociația Alternative Sociale Iași 2005, pag. 10

ajungem să vorbim despre un sistem social degradat, feminizarea sărăciei, a șomajului și a analfabetismului, despre o situație dezavantajoasă a femeii pe piața muncii și inegalitatea veniturilor, factori care determină femeile să caute surse alternative de existență inclusiv peste hotarele țării. Pentru populația rurală migrația este percepută drept o strategie de supraviețuire.

De un deceniu, în care Republica Moldova a trecut prin conflict civil și chiar armat, criza economică continuă, sărăcia și instabilitatea politică generează migrația în masă a populației, în special cu scop de muncă. Deschiderea hotarelor respectiv lărgirea posibilităților cetățenilor de a călători, a favorizat această migrațiune.

Strategii de dezvoltare internaționale (turismul, schimbul de studenți) aprofundarea divergențelor între statele bogate și cele sărace, conflicte armate, extinderea grupărilor criminale internaționale, corupția, lipsa de informație, dezinformarea, dar și neglijența migraților, amplasarea geografică „avantajoasă” a țării în sensul activității grupărilor criminale, s-a creat un sol fertil pentru criminalizarea migrației, fapt care a dat naștere fenomenului de trafic de ființe umane, dimensiunile căruia în Republica Moldova, au determinat-o drept una dintre principalele țări de origine în traficul de femei.

Astfel, factorii principali care contribuie la dezvoltarea traficului de ființe umane sunt:

*Amplasarea geografică „avantajoasă”;* Moldova fiind țară de origine, de tranzit și de destinație favorizează dezvoltarea traficului. De asemenea, comunitatea devine o cauză atunci când ne referim la localizarea geografică într-o regiune săracă (majoritatea victimelor traficului provin din Moldova și Muntenia) și rezidența într-o aglomerare urbană (de exemplu, tinerele care locuiesc în marile orașe sunt mai vulnerabile față de trafic, în comparație cu cele care locuiesc în comunități mici, rurale);

*Comunitatea* (reședință într-o regiune săracă). Relația dintre fenomenul traficului de ființe umane și sărăcie este direct proporțională. Această afirmație se explică prin faptul că anume în regiunile cu o situație economică precară femeile tinere sunt cele mai vulnerabile în țara acestui fenomen.

Influența negativă a sărăciei se manifestă prin:

- reducerea posibilităților de a-și continua studiile;
- micșorarea numărului locurilor de muncă;
- posibilități de independență materială, reduse în raport cu familia din care provin.

*Abuzul și disfuncționalitatea familială*, lipsa de comunicare în familie și dezintegrarea socială; astfel, experiența unui abuz, fie în familie, fie într-o instituție, crește substanțial vulnerabilitatea față de trafic; — pe de altă parte, comunicarea redusă dintre părinți și tinere generează sentimentul de nonapartenență la familie și mărește vulnerabilitatea față de trafic;

Vulnerabilitatea tinerelor față de trafic crește în mediile:

- abuzive (tinerele sunt victimele abuzurilor și violenței fizice, psihice, economice, sexuale);

- neglijente (refuzul sau incapacitatea adultului de a comunica adecvat cu copilul).

*Mediul abuziv* influențează decizia de a pleca prin:

- afectarea stabilității, emoționale a tinerei;
- dorința de a părăsi, fugi din acest mediu, dorința de libertate;
- persistența sentimentului eșecului în relațiile personale;
- căutarea unor noi relații;
- creșterea gradului de încredere față de persoane străine, care aparent sau arătat îngrijorate de situația tinerei.

*Nivelul de educație.* Vulnerabilitatea față de fenomenul traficului de persoane este invers proporțională cu nivelul de educație. Nivelul scăzut de educație se manifestă prin:

- lipsa informațiilor;
- prelucrarea superficială sau incapacitatea de prelucrare a informației;
- lipsa reperelor valorice;
- decizii insuficient fundamentale. În acest context cu nivel ridicat de educație micșorează vulnerabilitatea față de trafic;
- dorința de independența materială. Persoanele la care dorința de independența materială este pe primul plan, sunt mai ușor manipulate de traficanți decât cele la care predomină alte valori.
- reprezentări generale eronate despre succes și realizare. Un model de succes al migrației, adică cunoașterea unui caz, istoria unei persoane care a reușit să se realizeze în străinătate are o influență determinantă asupra potențialei victime la luarea deciziei privind plecarea peste hotare, respectiv devenind ușor manipulată de către traficanți. Această situație este propriu atât tinerelor din regiunile rurale, cât și celor din regiunile urbane.<sup>1</sup>

Pentru tinerele vulnerabile, rezistența unui model de reușită de peste hotare contribuie la creșterea disponibilității de a pleca în străinătate, datorită:

- funcționarii modelului respectiv, drept asigurare că în străinătate nu există eșec;
- manifestări cu o mai mare intensitate a mariajului străinătății;
- creșterea încrederii în recrutor și-n relațiile acestuia.

Printre factorii care contribuie la apariția și extinderea acestui fenomen în Republica Moldova, se poate evidenția: situația social-economică dificilă din țări și obstacolele de ordin juridic cu privire la emigrarea legală a persoanelor care nu-și pot asigura mijloacele de subzistență în condițiile Republicii Moldova.

Cu părere de rău demnitarii noștri nu manifestă interese pentru a negocia cu oficialitățile cu alte state cu problemele referitoare la elaborarea unui cadru juridic ce ar reglementa modalitățile de plasare a cetățenilor din Republica Moldova în câmpul muncii în cadrul altor state.

---

<sup>1</sup> Gheorghită Mateuț, „Traficul de Ființe Umane — Infractor, Victimă, Infrațiune”, Asociația Alternative Sociale Iași 2005, pag.10

Astfel, doritorii de a presta servicii în străinătate, ar putea face acest lucru în baza unui contract legal, care le-ar servi și o protecție juridică sigură împotriva eventualelor forme de abuzuri. Realizarea unor asemenea măsuri ar da o lovitură puternică traficantilor, deoarece va scădea numărul persoanelor care vor apela la serviciile lor.

Un alt factor care contribuie la extinderea fenomenului Traficului de Ființe Umane îl constituie intervenția ineficientă a organelor de drept în descoperirea infracțiunilor de trafic cu ființe umane și sancționarea traficantilor. În care context n-ar fi just să învinui numai organele de drept, dat fiind că în prezent traficul de ființe umane reprezintă un domeniu de manifestare a criminalității organizate la nivel internațional, o industrie care aduce uriașe venituri în vistieria lumii interlope.

Către sfârșitul anilor '80 — începutul anilor '90 ai secolului trecut cade „cortina de fier” dintre cele două emisfere — de Vest și de Est. Deschiderea spre Occident a însemnat, fără îndoială un factor pozitiv, oferind cetățenilor din Moldova posibilitatea de a călători liber în calitate de turist, cât și în căutare de lucru sau în legătură cu plecarea la studii. Pentru unii deschiderea hotarelor a mai însemnat și noi piețe de desfacere, noi șanse de afaceri. În același timp, această deschidere, obiectiv vorbind, nu a întârziat să anunțe apariția unor factori negativi, cum ar fi internaționalizarea economiei tenebre, transferul de practici criminale, apariția de noi grupări criminale internaționale. Aceștia sunt factorii externi.

Un șir de factori interni, de esență locală. Destrămarea lagărului socialist a însemnat pentru fostele republici sovietice, mai degrabă o dezrobire națională, decât una economică. Tentativa de trecere la economia de piață nu a însemnat și constituirea ei în doar câțiva ani. Acest proces s-a dovedit a fi destul de anevoios pentru tot spațiul ex-sovietic, dar pentru statele noi, independente, printre care și Republica Moldova, din cale afară îndelungat și greu. El a generat mai multe fenomene contradictorii. Liberalizarea prețurilor și descentralizarea sistemului economic a creat o bifurcare enormă între păturile de populație înavuțite (un grup minoritar în Moldova) și cele mai sărace (un proces destul de semnificativ al populației), pătura medie înstărită, se constituie cu greu. În acest context, sărăcia apare tot mai pregnant sub chipul femeii.

Feminizarea sărăciei, șomajul, nivelul redus de trai a contribuit ca femeile să pornească într-un număr tot mai mare în căutare de lucru peste hotare, acceptând cele mai împovărătoare munci, fără a ține cont de eventualele consecințe. Cercetători din diferite țări observă că în situații catastrofale din acest gen — sărăcia — femeile acceptă printre primele o muncă sub nivelul lor de studii și calificare, în timp ce bărbații mai ezită.

Deci principala cauză a plecării femeilor peste hotare în căutarea unei munci plătite decât acasă este, totuși, sărăcia și lipsa unei perspective clare de asigurarea familiei (copiilor) un trai decent. Deși, nu pot fi neglijate și alte motive, lipsa de bani pentru a asigura studiile copiilor, dorința de a procura o locuință sau un mijloc de transport, care ar putea deveni o sursă de existență aici, acasă.

Există și un șir de factori pur subiectivi. Mărturiile multor victime (în special fete) ne fac să credem că una dintre premisele-decizie de a pleca peste hotare este nevoia de a pleca din familie, desigur, acolo unde ea este supusă violenței și abuzurilor, sau existența unei atmosfere mizerabile. Acest factor psihologic le-a făcut pe multe adolescente să devină de la început o pradă ușoară a mediatorilor, ca mai apoi să ni-merească în rețeaua traficanților. Și dimpotrivă, acolo unde părinții sesizează la timp și vin în ajutor, fetele scapă mai ușor din ghearele traficanților. Dar una din cauzele principale este lipsa de informație despre modul de viață în străinătate, din țara în care doresc să ajungă, despre căile sigure prin care își pot vedea visul realizat.

În concluzie, se poate spune că sărăcia, șomajul, discriminarea pe piața muncii, violența domestică și abuzul determină pentru femei și tinere, în general, nașterea unei dorințe de „evadare către o lume mai bună,” astfel încât ofertele înșelătoare ale traficanților sunt acceptate cu ușurință.

# PARTICIPAREA ORGANIZAȚIILOR NEGUVERNAMENTALE ÎN PROTECȚIA DREPTURILOR OMULUI ÎN ROMÂNIA ȘI REPUBLICA MOLDOVA

**Viorica Gabriela ROTARU**, doctorand ULIM

Recențent: **Victor Popa**, doctor habilitat în drept, profesor universitar

*NGOs are made up of people acting voluntarily and represent the relations between public and national and international bodies, with other words, apply in practice, specifically the principles of the Universal Declaration of Human Rights. They found and denounce any violation of national and international rights of any violations of fundamental rights and freedoms and attract attention of the official bodies to such violations.*

Organizațiile neguvernamentale (ONG) sunt formate din persoane care acționează voluntar și constituie legăturile ce se realizează între public și organisme naționale și internaționale, adică aplică în practică, în mod concret principiile enunțate în Declarația Universală a Drepturilor Omului. Ele constată și denunță orice încălcare a drepturilor naționale și internaționale asupra oricăror încălcări ale drepturilor și libertăților fundamentale și atrag atenția organelor oficiale în legătură cu aceste încălcări.

Organizațiile neguvernamentale exprimă, în esență, aspirațiile și neajunsurile indivizilor sau grupurilor care le compun, în domeniul drepturilor omului și contribuie la impulsivitatea și îmbunătățirea activității în domeniul drepturilor omului pe plan internațional.

Organizațiile neguvernamentale au apărut în secolul trecut, ca o necesitate în lupta pentru drepturile omului, prima fiind Crucea Roșie, creată în anul 1864; ulterior numărul lor a sporit, în paralel cu acoperirea unei largi arii de interese. Cea mai mare amploare au cunoscut-o după cel de-al doilea război mondial. Inițial au luat forma unor organisme naționale (asociații, cluburi), ulterior căpătând și un statut internațional.

În ultimii ani, rolul organizațiilor neguvernamentale este semnificativ, datorită creșterii numărului de membri care activează în cadrul lor, a îmbunătățirii modului de funcționare, a diversificării programelor, a accesului la informații, care realizează o mai bună racordare la evenimentele naționale și internaționale.

Din cele mai cunoscute ONG-uri care activează în prezent pe plan internațional putem menționa: Penal Reform Internațional, Amnesty International, Human Rights Watch, Lawyers Committee For Human Rights, Minesota Advocates for Human Rights, International League For Human Rights.<sup>1</sup>

---

1 Irina Moroianu Zlătescu, Protecția juridică a drepturilor omului, Institutul român pentru Drepturile Omului, Universitatea Spiru Haret, București, 1996, pag.41.



Unele ONG-uri au avut un rol important în perioada elaborării Cartei ONU, desfășurând o activitate de lobby pentru includerea în acest document a problemelor referitoare la drepturile omului și pentru crearea unui sistem care să statornicească afilierea internațională oficială a lor la organismele O.N.U. precum și pentru dobândirea competenței de a le sesiza. În conformitate cu articolul 71 din Carta ONU, Consiliul Economic și Social „poate lua toate deciziile utile pentru a consulta organizațiile neguvernamentale care se preocupă cu probleme ce intră în competența sa”. În acest scop, Consiliul a operat o clasificare a organizațiilor în funcție de atribuțiile lor distingând:

- Organizații cu statut consultativ general, care au un interes fundamental și acces la majoritatea activităților consiliului;
- Organizații cu statut consultativ special, care sunt interesate numai de unele din activitățile Consiliului;
- Alte organizații, care pot să participe ocazional la activități, ele fiind plasate pe o „listă” pentru consultări ad-hoc.<sup>1</sup>

ONG-urile din primele două categorii pot trimite observatori la ședințele publice ale Consiliului și organelor subsidiare, pot lua cuvântul, pot transmite documente scrise și pot beneficia de documentația distribuită. Numai cele din prima categorie pot propune înscrierea unei probleme pe ordinea de zi a lucrărilor organelor Consiliului.

#### **Societatea independentă română a drepturilor omului (S.I.R.D.O.)**

A fost înființată în anul 1990 și are drept scop protejarea efectivă a drepturilor și libertăților omului, informarea corectă cu privire la tratatele și convențiile internaționale în materie, încurajând contribuția cetățeanului la promovarea și protejarea drepturilor omului. Această societate și-a manifestat interesul într-un domeniu mai puțin cercetat de către celelalte organizații neguvernamentale, respectiv situația din penitenciare. Pe parcursul activității societatea a elaborat primul manual școlar pentru drepturile omului, intitulat „A.B.C.-ul drepturilor omului”. Societatea a studiat, de asemenea, problemele adaptării sistemului penal românesc la standardele internaționale, organizând Seminare internaționale cu participarea unor experți din „Penal Reform International” în cadrul Programului PHARE. Pentru transpunerea în practică a unor asemenea scopuri, societatea a organizat anchete extrajudiciare, implicându-se în soluționarea unor cazuri de abuz și violări ale drepturilor omului comise de către autorități.

#### **Societatea Independentă pentru Educație și Drepturile Omului (SIEDO)**

SIEDO a fost instituită în februarie 1996 de un grup de tineri juriști și pedagogi. În prezent sunt 19 membri. Este o organizație neguvernamentală, non-profit, lider în domeniul educației civice, ai cărei membri sunt uniți în credința democratizării societății prin puterea exemplului propriu și prin educație în baza valorilor democratice. Obiectivele organizației sunt: democratizarea societății prin educație; sprijinirea

---

1 NĂSTASE, Adrian, citat de PURDĂ, Nicolae. Protecția drepturilor omului: mecanisme interne și internaționale. București: ed.Lumina Lex, 2001. p. 177

reformelor democratice în educație; promovarea și respectarea principiilor și valorilor stipulate în Declarația Universală a Drepturilor Omului și-n alte documente naționale și internaționale cu privire la drepturile omului; cooperarea și participarea activă la proiectele naționale, europene și mondiale în domeniul educației civice; implicarea activă a instituțiilor de învățământ în cadrul societății civile; pregătirea continuă a cadrelor didactice în domeniul democrației și drepturilor omului; elaborarea standardelor pentru educația civică.

Beneficiari ai programelor sunt, în special, profesori de la toate treptele de învățământ, administratori din sistemul de învățământ, studenți, elevi, funcționari publici (consilieri locali, primari), colaboratori ai sistemului penitenciar, jurnaliști, reprezentanți ai societății civile etc. În prezent, rețeaua participanților la programele SIEDO numără peste 1500 de persoane.

În 1997, SIEDO a semnat un acord de parteneriat cu Ministerul Educației și Științei și Amnistia Internațională, care prevede susținerea reformei democratice în învățământ. Acest Acord mai stipulează elaborarea anumitor materiale tematice, informarea reciprocă despre activitățile desfășurate în domeniul drepturilor omului și al educației civice.

În mai 1998, SIEDO a obținut premiul Democrația și Societatea Civilă pentru realizări în promovarea valorilor democratice și ale societății civile, conferit de Uniunea Europeană și Statele Unite ale Americii. Premiul respectiv a fost decernat celor mai bune 50 de ONG-uri de pe glob cu prilejul aniversării celor 50 de ani ai Declarației Universale a Drepturilor Omului.<sup>1</sup>

Considerând educația de importanță primordială în procesul de democratizare a societății posttotalitare, fondatorii organizației și-au propus ca orientare educația civică și ca scop — democratizarea societății prin educație. Astfel, prin programele SIEDO:

- s-au pus bazele unei concepții unitare la nivel național în ceea ce privește standardele de educație civică valabile pentru elevii de liceu, profesori și școli,
- s-au elaborat primele materiale didactice (manualul elevului și ghidul profesorului) autohtone pentru liceu, în domeniul educației drepturilor omului, educației civice, educației referitoare la lege;
- s-a creat o rețea de profesori-formatori instruiți în domeniul educației civice/educației referitoare la lege care ulterior vor putea să elaboreze diferite materiale educaționale proprii și să participe ca instructori în cadrul diferitelor programe;
- s-a inițiat o colaborare între instituțiile de învățământ superior, SIEDO și licee;
- s-a consolidat parteneriatul dintre un segment al societății civile (SIEDO) și autoritatea din domeniul educației (Ministerul Educației).

SIEDO dispune de un Centru de Resurse constituit din peste 2 mii de titluri de cărți, reviste, dicționare, rapoarte ale diverselor organizații de stat și neguvernamentale din țară și de peste hotare. Lucrările abordează domeniile: pedagogie, psihologie, drept, educație civică, istorie, politică, management, științe ale comunicării și pot fi

---

1 Pagina oficială a Societății <http://www.siedo.moldnet.md/main.php>

citite în limbile română, rusă, engleză, franceză.

Sectorul PR al SIEDO a fost constituit în vederea asigurării unei cooperări mai strânse dintre organizație și beneficiari. Întreținerea corespondenței cu aceștia, asistarea beneficiarilor Centrului de Resurse, editarea buletinului de educație civică „Alternativa XXI“, analiza feed-backului parvenit de la colaboratorii SIEDO și beneficiari, menținerea relațiilor de lucru cu jurnaliști și responsabili de relații cu publicul din alte organizații sunt activitățile de bază ale PR-istului.

### **Asociația pentru apărarea drepturilor omului în România — Comitetul Helsinki (A.P.A.D.O.R.-C.H.)**

A fost constituită în ianuarie 1990 și desfășoară o activitate curentă de monitorizare a situației drepturilor omului în România. Din 1992, organizația derulează programe precum supravegherea abuzurilor săvârșite de poliție, transparența legislativă și promovarea drepturilor omului prin analiză și propuneri legislative, asistența juridică. Asociația acordă periodic consultații juridice gratuite, organizează mese rotunde, dialoguri și activități de cercetare în domeniul drepturilor omului.<sup>1</sup>

Asociația publică anual un „Raport de activitate privind evoluția situației drepturilor omului în România. Trimestrial Centrul editează „Revista română de drepturile omului“ cuprinzând articole care analizează legislația română privind drepturile omului și compatibilitatea ei cu standardele internaționale în materie, cazuri de violări ale drepturilor omului, informații despre alte organizații neguvernamentale de profil din țară și străinătate, precum și despre organizații neguvernamentale.

Organizația este afiliată la „International Helsinki Federation for Human Rights“, cu sediul la Viena, având chiar un membru în Comitetul executiv al Federației. Asociația are contacte cu Human Rights Watch/Helsinki; Amnesty International; International Human Rights Law Group, etc. În plan intern, asociația are contacte în zonele de decizie socială și politică, efectuând propriile investigații în cazuri de violare a drepturilor omului ce îi sunt semnalate.

Pentru perioada 2009—2011, Organizația are ca obiective strategice:

1. Întărirea sprijinului pentru drepturile omului din partea actorilor politici, a presei și a publicului larg;
2. Îmbunătățirea practicilor privind protecția juridică împotriva discriminării grupurilor vulnerabile;
3. Dezvoltarea unor mecanisme eficiente pentru asigurarea respectării drepturilor persoanelor private de libertate;
4. Creșterea transparenței administrației;
5. Creșterea transparenței și calității hotărârilor judecătorești;
6. Eliminarea interferențelor nejustificate ale statului cu dreptul la liberă asociere și în activitatea organizațiilor neguvernamentale;
7. Luarea de poziții împotriva amenințărilor la adresa drepturilor omului.<sup>2</sup>

1 Nicolae Purda, opera citată, pag.345

2 Pagina oficială a Asociației pentru Apărarea Drepturilor Omului din România — Comitetul Helsinki <http://www.apador.org/about.php>

## **Institutul Român pentru drepturile omului (I.R.D.O.)**

În activitatea de promovare a drepturilor omului, un rol nu mai puțin important, îl au unele instituții de drept public care desfășoară activități în acest domeniu, în rândul cărora trebuie menționat în primul rând Institutul român pentru drepturile omului, înființat prin adoptarea de către Parlament a Legii din 1991.<sup>1</sup> Potrivit Legii I.R.D.O. este un organism independent, persoană juridică de drept public, al cărui scop este de a asigura o mai bună cunoaștere de către organismele publice, asociațiile neguvernamentale și cetățenii români a problematicii drepturilor omului, a modului în care drepturile omului sunt asigurate și respectate în România.

Pentru realizarea scopurilor sale, Institutul a creat, încă de la înființare, un Centru de documentare, conținând texte de convenții internaționale, legi, documente, studii și publicații referitoare la drepturile omului. Institutul informează organismele publice, organizațiile neguvernamentale și cetățenii, cu privire la documentele, practicile și uzanțele internaționale în domeniul drepturilor omului. La cererea comisiilor Parlamentului, pentru examinarea proiectelor de legi și altor probleme, Institutul furnizează documentații privind drepturile omului.

Institutul publică un „Buletin privind drepturile omului“ și asiguă difuzarea acestuia, organizează sondaje de opinie publică pe diferite aspecte ale protecției drepturilor omului în România și o revistă lunară intitulată „Drepturile omului“, care conține articole teoretice, prezentări de simpozioane și seminarii în domeniu, recenzii de cărți. De asemenea publică serii tematice precum: Drepturile, libertățile și îndatoririle constituționale, Refugiații și statutul lor juridic, Drepturile omului — religie a sfârșitului de secol, Drepturi ale persoanelor aparținând minorităților naționale.<sup>2</sup>

Institutul organizează programe de formare destinate în special acelor categorii de persoane care au răspunderi speciale pentru protecția drepturilor omului. Încă de la înființarea institutului, între Centrul ONU pentru drepturile omului de la Geneva și România s-a încheiat un acord privind aplicarea unui Program de asistență tehnică pentru mai mulți ani. În cadrul acestui program, s-au derulat mai multe serii de cursuri, adaptate cerințelor specifice ale diferitelor grupuri profesionale. Este vorba despre ciclurile „Drepturile omului în administrarea justiției“, „Predarea și învățarea drepturilor omului“, „Mass-media și drepturile omului“, „Drepturile omului și problema minorităților“, „Prevenirea și rezolvarea conflictelor dintre cetățeni și administrația locală“, „Drepturile copilului“ etc. Beneficiarii acestora au fost judecători, procurori, avocați, membri ai personalului din poliție și penitenciare, din învățământ, din administrația centrală și locală, reprezentanți ai mass-media și ai organizațiilor neguvernamentale cu preocupări în domeniul drepturilor omului etc.

De asemenea, menționăm contribuția Institutului la editarea volumului intitulat „Jurisprudența Curții europene a drepturilor omului“, autor Vicent Berger, fost șef al Grefei Tribunalului de la Strasbourg, din care au apărut până acum cinci ediții în

1 Legea României nr.9 din 29.01.1991, privind înființarea Institutului Român pentru drepturile omului, publicată în Monitorul Oficial nr.24 din 30.01.1991.

2 Nicolae Purdă, opera citată, pag.351

limba română, ieșite de sub tipar, fiecare, la doar câteva luni după noile ediții franceze; volumului „Din jurisprudența Curții europene a drepturilor omului — Cazuri privind România“, precum și lucrării grupând reglementările internaționale la care România este parte, în două volume, ajunse acum la a șasea ediție. <sup>1</sup>

### **Centrul de Resurse al Organizațiilor Neguvernamentale pentru Drepturile Omului (CReDO)**

Este o organizație neguvernamentală constituită în anul 1999 la inițiativa a trei organizații principale de drepturile omului din Republica Moldova: Societatea Independentă pentru Educație și Drepturile Omului (SIEDO), Comitetul Helsinki pentru Drepturile Omului din Republica Moldova, Liga pentru Apărarea Drepturilor Omului din Republica Molodva (LADOM). Înființarea CReDO a fost posibilă prin grantul oferit de fundația CordAid (Olanda) și asistența tehnică din partea Comitetului Helsinki din Olanda.

CReDO ca organizație a devenit operațională în anul 2000, cu misiunea de a dezvolta capacitățile manageriale și de acțiune ale organizațiilor cu experiență din Moldova. Viziunea conducerii CReDO clar sesiza necesitatea *dezvoltării profesionale și valorice* a persoanelor care activează în sectorul civil din Moldova pentru ca acesta în accepțiunea lor constituie premiza dezvoltării structurale și durabile a societății.

Centrul Informațional a fost primul program al CReDO care din 2000 încoece a oferit managerilor și activiștilor din sectorul civil informațiile necesare gestionării profesioniste a organizațiilor neguvernamentale. Astăzi Centrul Informațional este liderul incontestabil pe piața națională a Moldovei și ocupă o poziție unică în regiune.

Al doilea program CReDO educațional, *Dezvoltarea Organizațională*, a început activitatea din 2001 cu un program pilot micro-MBA non-profit pentru organizațiile de drepturile omului și civic active avansate din Moldova. Astăzi programul Dezvoltarea Organizațională oferă oportunități unice pentru profesioniști-manageri și administratori din sectorul civil din Moldova și din regiune cu programele educaționale standard de masterat în managementul nonprofit (acreditat), asistența individual în dezvoltarea organizațională, evaluarea organizațională, cursuri intensive. Începând cu anul 2004, CReDO pilotează programul de leadership civic. Acest program dezvoltă capacitățile și abilitățile personale ale viitorilor lideri sociali.

Al treilea program educațional CReDO, *Advocacy și Schimbări Sociale*, s-a lansat în 2003 printr-un program pilot comprehensiv în advocacy pentru organizațiile avansate din Moldova care activ promovează schimbările sociale în interesul grupurilor dezavantajate. Astăzi programul oferă Masterat în Advocacy și Schimbări Sociale (acreditat), un program intensiv în advocacy pentru organizațiile locale și regionale, consultanță în gestionarea schimbărilor sociale promovate de organizațiile social active. <sup>2</sup>

1 Pagina oficială a Institutului Român pentru drepturile omului [http://www.irdo.ro/index.php?txt\\_id=DespreNoi](http://www.irdo.ro/index.php?txt_id=DespreNoi)

2 Pagina oficială a CreDO din Republica Molodva [http://www.credo.md/pagini/despre\\_7.php?limba=rom](http://www.credo.md/pagini/despre_7.php?limba=rom)

De la înființare CReDO a promovat prin acțiune consolidarea sănătoasă a sectorului neguvernamental din Moldova prin exemple profesioniste de cooperare și parteneriat. Astfel în 2001 la inițiativa CReDO a fost creat Consorțiu pentru Prevenirea Torturii compus din 5 organizații de referință din domeniul drepturilor omului. În 2002 CReDO a inițiat un parteneriat privind excluderea socială în Moldova, în 2003 și în 2004 parteneriatele pentru promovarea drepturilor Rromilor din mediul rural, și în 2004 parteneriatul pentru promovarea educației multilingve pentru minoritățile naționale.

Astăzi CReDO ocupă poziția de lider, fiind recunoscută prin poziția civică activă pe plan național, reprezentând sectorul neguvernamental de drepturile omului în Consiliul ONG și Forumul ONG din Moldova în perioada 2002—2003, prin lobarea intereselor sectorului asociativ privitor la crearea condițiilor și standardelor mai favorabile de funcționare a organizațiilor necomerciale din Moldova în 2002. CReDO este o echipă consolidată de tineri profesioniști care *împreună* cu constituienții organizației, printre care sunt mii de beneficiari din toată Moldova și sute de organizații beneficiare și parteneri, contribuie la formarea *noii generații de lideri sociali* din Moldova care este și va fi mai profesionistă și dedicată cauzelor civice și care merită să aibă accesul la tehnologii, cunoștințe și experiențe educaționale cele mai performante și avansate.

În concluzie accentuăm că, numărul îngrijorător al cererilor depuse de către cetățenii Republicii Moldova și a României la Curtea Europeană a Drepturilor Omului și hotărârile favorabile ale Curții, denotă faptul încălcării drepturilor fundamentale ale cetățenilor și în special dreptul la libertate și siguranță.

Dacă cererile înaintate Curții Europene de către cetățenii români constată încălcări ale dreptului la un proces echitabil, dreptului de acces la o instanță judecătorească, dreptului de proprietate; atunci cererile depuse de către cetățenii Republicii Moldova sesizează încălcări grave anume ale dreptului la libertate și siguranță în esența sa: încălcări ale condițiilor de detenție, a detenției ilegale, încălcări a dreptului la apărare, duratei și temeiurilor de arestare preventivă, a termenelor de efectuare a urmăririi penale și examinare în instanțele de judecată a dosarelor judiciare, a prezentării cu întârziere în fața unui magistrat pentru eliberarea mandatelor de arest, a maltratărilor. La acestea se mai adaugă lipsa contorului judiciar eficient asupra necesității prelungirii mandatelor de arest, reținerile efectuate în lipsa bănuielilor rezonabile și a probelor pertinente, durate excesive ale detențiilor preventive, dețineri ilegale după casarea sentințelor, încălcări ale dreptului la informație.

Toate aceste fapte ne demonstrează că nu este suficient să se recunoască problema existenței încălcărilor și nici să fie instituit un control suplimentar, dar se cer schimbări radicale la toate nivelurile societății, inclusiv schimbarea mentalității judecătorilor, a procurorilor, a persoanelor ce îndeplinesc urmărirea penală, nu în ultimul rând a guvernanților și a societății civile în general.

# CARACTERISTICILE STATULUI DE DREPT

**Cătălin DUMITRU**, doctorand ULIM

*Recenzent:* **Victor Popa**, doctor habilitat în drept, profesor universitar

*Legal state is a system of organization in which all social and political relations are subordinated to the right, is the state in which power is subordinated to the law, is the legal hierarchical and systematic system.*

Conceptul de stat de drept condensează o viziune a raporturilor dintre stat și drept, care în ochii filosofilor prinde imaginea unui stat care se supune el însuși legii, organizează bine societatea într-un cadru juridic și protejează drepturile omului<sup>1</sup>. Statul de drept este „anti-Leviathanul“ în care puterea statului este legată și obligată prin exigența respectării drepturilor individului. Această viziune depășește vechea teorie a statului de drept de la începutul secolului XX, ea este prelungirea concepției substanțiale care s-a impus după al doilea război mondial.

Statul de drept este exprimat din perspective diferite, sugerând astfel premisele și mecanismele fenomenului statal pe care acest concept îl identifică.

Statul de drept are diferite conotații dictate de raporturile și realitățile sociale, politice, economice, culturale și de tradițiile din diferite țări.

Doctrina juridică a statului de drept se bazează pe tradiția engleză și americană, pe școala juridico-filosofică din Germania și pe teoria dreptului din Franța. Statul de drept este un sistem de organizare în care ansamblul raporturilor sociale și politice sunt subordonate dreptului, este statul în care puterea este subordonată dreptului, este ordinea juridică ierarhizată și sistematizată.

Mai recent în doctrina noastră, cu referire doar la statul care îmbracă forma democrației reprezentative, statul de drept este considerat acel stat care organizat pe baza principiului separației puterilor statului, în aplicarea căruia justiția dobândește o reală independență și urmărind prin legislație să promoveze drepturile inerente naturii umane asigură respectarea strictă a reglementărilor sale de către ansamblul organelor lui în întreaga lor activitate<sup>2</sup>.

Preocuparea pentru stabilirea exigențelor statului de drept a demarat odată cu închegarea teoriei și continuă și astăzi. Primul imperativ, formulat este cel privind

---

1 Mircea Tutunaru,

2 T. Drăganu — Introducere în teoria și practica statului de drept, Editura dacica, Cluj Napoca, 1992 p 9-10

subordonarea statului față de drept și organizarea autorităților publice astfel încât statul lor juridic să fie foarte clar, strict determinat de lege, competența lor exercitându-se în limitele stabilite de drept<sup>1</sup>. Credem că ar fi justificate câteva constatări.

a) datorită complexității și implicațiilor sale statul de drept nu se lasă “constrâns” într-o definiție rigidă și exhaustivă. Accentul în unele dintre definițiile statului de drept este pe premisele acestuia, în altele însă pe mecanismele lui.

În definirea statului de drept este evocată relația acestuia cu „legea” în sens restrâns sau în sens larg, uneori este evocată relația acestuia cu conștiința. Statul de drept este definit ca stat formal, alături însă e identificat cu statul liberal.

b) în orice caz două elemente sunt totdeauna prezente: relația dintre stat și drept; subordonarea statului față de drept.

Nici o țară nu-și poate atribui prioritatea absolută și monopolul exclusiv al fundamentării conceptului statului de drept, în fizionomia pe care acesta o are astăzi. Așa cum susține profesorul Cristian Ionescu “conținutul actual al acestui concept include într-o sinteză filosofică, juridică, politologică, trăsăturile esențiale ce i s-au conferit în diverse școli naționale de drept pe parcursul unui îndelungat proces istoric<sup>2</sup>.”

Statul de drept este o concepție globală cu privire la organizarea societății civile și statului, cu privire la raporturile dintre ele, precum și dintre stat și drept, o relație univocă de subordonare.

În Documentul Final al Reuniunii de la Copenhaga, finalizat la 29 iunie 1990<sup>3</sup>, s-a precizat că statul de drept nu înseamnă pur și simplu o legalitate formală, iar în Carta de la Paris din 21 noiembrie 1990<sup>4</sup>, statul de drept este prefigurat nu doar în raport cu drepturile omului, ci și cu democrația “ca unic sistem de guvernământ al națiunilor semnatare”.

c) concepția cu privire la geneza statului și rolului acestuia în societatea civilă constituie una din premisele statului de drept.

Ideea cea mai generoasă și mai fertilă pentru a explica statul de drept pare a fi aceea cu privire la natura voluntară a fenomenului statal.

Ideea asigurării convenționale a statului implică, de asemenea rezolvarea într-un alt mod a originii suveranității, valoarea drepturilor individuale, situația individului în raport cu statul etc. Indiferent de nuanțele ei doctrina originii consensuale a statului are meritul de a face din stat un produs al voinței umane și mai ales de a-l face responsabil în fața acelor care l-au produs. Statul nu se identifică cu societatea civilă, societatea civilă nu se reduce la stat și nici nu se exprimă prin intermediul acestuia. Pentru societatea civilă statul este o instituție exterioară și superioară ei. Pe de altă parte statul, este scopul imanent al societății civile indivizii având datorii și

1 Genoveva Vrabie Organizarea politico-etică a României, Drept Constituțional și Instituții Publice, Iași Editura Virginia, Iași, 1995

2 Cristian Ionescu — Principii fundamentale ale democrației constituționale București, Lumina Lex, 1997, p 227

3 Documentul Final al Reuniunii de la Copenhaga, finalizat la 29 iunie 1990

4 Carta de la Paris din 21 noiembrie 1990



drepturi în raporturile lor cu statul<sup>1</sup>. Societatea civilă este entitatea în care preponderanța drepturilor aparține individului și nu „societății politice“

Statul, odată creat nu poate să rămână un simplu decor pentru societatea civilă, el trebuie să intervină în societate însă numai în măsura necesității și prin mijloace adecvate susceptibile de control în condițiile dreptului. Existența statului și manifestarea lui implică un statut al puterii, care să-i creeze limite, să o împiedice să devină o prerogativă la discreția celor care o exercită.

Formele statului de drept diferă de la o țară la alta și de la o etapă de dezvoltare a societății la alta. Caracteristicile concret istorice și formele de manifestare ale statului de drept în viziunea lui Cristian Ionescu<sup>2</sup> pot fi sintetizate în următoarele componente:

- a) componenta politică;
- b) componenta economică
- c) componenta socială

Pe plan politic statul de drept se manifestă prin:

- a) instituționalizarea prin norme constituționale a principiului separației puterilor și funcționarea eficientă și controlată a acestuia, factorii de control fiind însăși structurile celor trei puteri, precum și partidele și formațiile politice, sindicatele, presa ONG-urile, cetățenii;
- b) exercitarea completă, de către fiecare putere a prerogativelor cu care a fost investită;
- c) crearea unui mecanism de sancționare a puterii, care și-ar depăși prerogativele, încercând să-și subsumeze atribute ale altei puteri;
- d) funcționarea legală, corectă a opoziției în Parlament;
- e) stabilirea și funcționarea unui sistem electoral democratic, care să permită votul universal și egalitatea de șanse partidelor și celor aflați în competiție;
- f) formarea guvernelor ca rezultat al alegerilor electorale;
- g) crearea mecanismului prin care cetățenii să aibă acces la informații privind modul de aplicare a programului guvernamental;
- h) stabilirea duratei mandatului încredințat fiecăruia dintre membrii celor trei puteri;
- i) crearea și aplicarea unui sistem juridic corelat cu cerințele și realitățile social-istorice existente în societate și asigurarea supremației legii.

Pe plan economic statul de drept își propune :

- a) aplicarea corectă a mecanismelor economiei de piață;
- b) respectarea și garantarea proprietății private;
- c) stimularea întreprinzătorilor particulari și a inițiativei private.

Pe plan social statul de drept presupune:

- a) garantarea tuturor drepturilor și libertăților cetățenilor, libera dezvoltare a personalității umane;

---

1 Hegel — Principiile filosofiei dreptului, Editura Academiei București 1969, p 286

2 Cristian Ionescu op.cit.p.228-229

- b) lichidarea privilegiilor sociale și instituirea unei reale egalități între toți indivizii
- c) asumarea de către stat a responsabilității față de cetățeni și ocrotirea de către acesta a drepturilor și intereselor lor legitime;
- d) înfăptuirea principiului conform căruia în viața socială este permis tot ceea ce nu este interzis expres de lege;
- e) înfăptuirea justiției în numele legii și elaborarea unei legislații penale care să garanteze exercitarea principiului apărării persoanelor în toate fazele procesului penal și a prezumției de nevinovăție.
- f) asigurarea respectării constituției în activitatea de adoptare a actelor normative prin controlul constituționalității legilor.
- g) sancționarea încălcării de către organele executive a drepturilor și intereselor persoanelor fizice și repunerea acestora în drepturile încălcate (prin contenciosul administrativ);
- h) garantarea exercitării căilor de atac împotriva hotărârilor instanțelor judecătorești nelegale sau netemeinice;
- i) obligarea constituțională a organelor de stat precum și a tuturor cetățenilor, la respectarea strictă a legilor în vigoare;
- j) consolidarea autorității organelor statului, îndeosebi a celor abilitate să asigure și să apere stabilitatea, ordinea socială, drepturile și libertățile cetățenești;

Geneza consensuală a statului, implicarea lui în societatea civilă, instituționalizarea puterii și limitarea ei prin drept mai presus de toate printr-un statut constituțional — justifică în mod logic și necesar principiul responsabilității statului. În prezent concepțiile statului de drept le găsim bine implementate în documentele de drept internațional. De pildă în Documentul Reuniunii de la Copenhaga din iunie 1990 se menționează expres că „statul de drept nu înseamnă numai o legalitate formală, care asigură regularitatea și coerența în instaurarea și punerea în aplicare a ordinii democratice, ci o justiție bazată pe recunoașterea și deplina acceptare a valorii supreme a persoanei umane garantată de instituțiile care oferă un cadru pentru exprimarea sa cea mai complexă<sup>1</sup>

Începând cu decembrie 1989 România a pășit pe o cale nouă, democratică. Constituția elaborată și intrată în vigoare din 8 decembrie 1991 garantează tuturor cetățenilor săi egalitatea în fața legii, precum și exercitarea drepturilor și libertăților fundamentale.

Scopul principal al societății românești, al procesului de democratizare este constituirea statului de drept, care să respecte demnitatea umană și alte valori perene ale acestuia. Deși au întâmpinat o serie de greutăți în tranziția spre edificarea statului de drept (funcționarea greoaie a economiei, creșterea numărului de șomeri, etc.) atât România cât și Republica Moldova s-au înscris pe traiectoria țărilor cu un regim democratic unde funcționează pluralismul politic, pluripartitismul, separația (echi-

---

1 Victor Duculescu, Protecția juridică a drepturilor omului, Editura Lumina Lex, București 1998, p.99-109

librul) puterilor în stat, economia de piață. Chiar dacă nivelul de trai al oamenilor din cele două state este mai scăzut în comparație cu țările occidentale, totuși au loc o serie de prefaceri structurale economice și politice. Prin urmare pentru a exista un stat de drept nu este suficient să se instituie un mecanism juridic care să garanteze respectarea riguroasă a legii, ci este totodată necesar ca acestei legi să i se dea un anumit conținut, inspirat de ideea promovării drepturilor și libertăților umane.

Despre perioadele grele prin care trec popoarele, P.P. Negulescu spunea: “prefacerile mari politice și sociale prin care trec uneori popoarele, trezesc în conștiința lor nevoi puternice de lămurire teoretică. Ele voiesc să înțeleagă cum au ajuns unde se află și mai ales, să știe pe ce căi mai bune urmează să-și îndrepte pașii fie spre a împlini cât mai repede lipsurile trecutului, fie spre a clădi cât mai temeinic viitorul.”<sup>1</sup>

Democrația statului de drept în România nu s-a manifestat în deplină măsură nu și-a demonstrat pe deplin avantajele. Doar democrația este forma, de guvernare care asigură fiecăruia nu numai dreptul și posibilitatea de a-și exprima opinia, dar și garanția că această opinie va fi auzită și luată în considerație.

Așa cum opinează Cristian Ionescu, la a cărui opinie ne raliem, conceptul statului de drept, transpus la noile condiții de dezvoltare politică a statelor reprezintă în prezent forma de organizare statală, întemeiată pe principiul supremației legii, al separației celor trei puteri (legislativă, executivă și judecătorească), pe asumarea de către stat a responsabilității față de drepturile și libertățile fundamentale ale cetățenilor, concretizată în consfințirea constituțională a drepturilor omului și în garantarea juridică a exercitării neîngrădite a acestora.<sup>2</sup>

După cum precizează Cristian Ionescu, caracteristicile statului de drept sunt:

- a) regimul constituțional, adică stabilirea în Constituție a principiilor fundamentale de organizare și exercitare a celor trei puteri. Cu alte cuvinte, sursa formală a puterii este Constituția care prevede de asemenea și cadrul de exercitare a acesteia. Orice depășire a cadrului respectiv are caracter neconstituțional;
- a) legitimitatea populară (directă sau indirectă) a autorităților publice;
- b) egalitatea tuturor persoanelor fizice și juridice în fața legii și a justiției;
- c) neretroactivitatea legii;
- d) legea să exprime cu adevărat voința suverană a poporului și să fie adoptată prin procedura consacrată în Constituție și de regulamentele Camerelor.
- e) asigurarea supremației Constituției printr-un control politic (preventiv) sau jurisdicțional (sau prin îmbinarea celor două modalități), ca și asigurarea supremației legii față de actele normative ce i se subordonează;
- f) instituționalizarea și funcționalitatea contenciosului administrativ;
- g) dreptul de apărare bazat pe prezumția legală de nevinovăție, corelat cu independența și imparțialitatea justiției;

---

1 Petre Paul Negulescu, Partidele politice, București, Cultura națională 1926, p.3

2 Cristian Ionescu, Principii fundamentale ale democrației constituționale, București, Editura Lumina lex, 1997, p. 231

- h) înfăptuirea reală a unei democrații autentice, pluraliste și în cadrul acesteia, afirmarea pluralismului politic;
- i) alegeri libere organizate la anumite intervale, prin vot universal, egal, direct și secret.
- j) garantarea drepturilor și libertăților cetățenești consfințite în constituție<sup>1</sup>

Menționăm că respectarea acestor caracteristici va contribui la edificarea unui stat de drept autentic, capabil să apere drepturile omului, să contribuie la prosperarea societății.

---

<sup>1</sup> Ididem, p. 223

# CONTROLUL PARLAMENTAR — MECANISM EFICIENT ÎN GUVERNARE

**Sorin Eugen ILEA**, doctorand ULIM

Recenzent: **Victor Popa**, doctor habilitat în drept, profesor universitar

*The role of parliamentary oversight is to prevent errors in the implementation of decisions, to remove them when they exist, to ensure continuous improvement of activity for meeting social needs at a given stage.*

Din întreaga experiență social-istorică rezultă că activitatea de control, în general, este o constantă a spiritului pragmatic și rațional, care își propune prin operațiuni specifice, complexe și specializate, să verifice și să valorizeze efectele manifestărilor acțiunii umane la nivelul societății organizate<sup>1</sup>.

Cuvântul *control* derivă din „*contre — rolle*“, document de verificare a rolului, și o lungă perioadă de timp termenul control a fost utilizat pentru a desemna „verificarea contabilă“. Ulterior, termenul a fost utilizat în sensul de verificare a rezultatelor. Pentru buna realizare a sarcinilor, pe care trebuie să le rezolve Parlamentul, controlul este o condiție *sine qua non*, deși el însuși nu poartă practic nici un fel de responsabilitate.<sup>2</sup>

Rolul controlului parlamentar este de a preveni erorile în aplicarea deciziilor, de a le înlătura când acestea există, de a asigura îmbunătățirea permanentă a activității pentru ca aceasta să corespundă cât mai bine nevoilor sociale într-o etapă dată<sup>3</sup>

Controlul efectuat de parlament constă în supravegherea activității politice și administrative a executivului. Pentru aceasta parlamentul dispune de multiple proceduri de informare și investigație — întrebări adresate guvernului, dezbaterile în legătură cu declarațiile guvernamentale, dezbaterile legislative, crearea de comisii de anchetă etc. Important este ca controlul parlamentar să fie un control necesar, deplin, și diferențiat<sup>4</sup>

Controlul parlamentar este o modalitate a controlului și echilibrului ce se stabilesc între organismele de vârf ale statului. Principiul separației puterilor în stat nu înseamnă negarea colaborării între puterile statului, colaborare care se asigură și

1 Enache M., Controlul parlamentar. — Iași: Edit. „Polirom“, 1998, p.244

2 Georges Philippe, Droit public, 9 Edition, Syrei, 1994, p.109

3 Preda M. Tratat elementar de drept administrativ român. Ed. revăzută și actualizată cu practica judiciară de profil. — București: Lumina Lex, 1996, p. 134

4 Constantinescu, M., Muraru, I. Drept parlamentar. — București: Gramar, 1994, p.141

prin controlul reciproc al puterilor, menit a păstra un echilibru optim între acestea, pentru o bună funcționare a statului.

Controlul autorităților publice în stat este o problemă esențială a guvernării democratice. Pentru prima dată ea a fost formulată de Charles de Montesquieu în lucrarea „Spiritul legilor” și mai apoi a fost dezvoltată de Thomas Jefferson în opera „Note privind statul Virginia”, care accentua: „... puterile guvernării ar trebui să fie împărțite și echilibrate între câteva corpuri ale magistraturii, astfel ca nici unul să nu depășească limitele sale legale, fără a fi efectiv controlat și restricționat de către celelalte”.

În sens larg, controlul este un element important al actului de conducere socială care urmează, în mod firesc, celui de aplicare a deciziei, indiferent de natura acesteia — politică, economică, administrativă etc.

În condițiile actuale de complexificare a proceselor sociale, în efortul de construcție a unui stat de drept real democratic, se impune o politică de construcție și perfecționare a mecanismelor de organizare, urmărind realizarea unei mai bune derulări a activităților, o comunicație socială eficientă și un control pertinent. Necesitatea dezvoltării economico — sociale a țării noastre în contextul integrării europene, face imperios necesară funcționarea sincronizată a tuturor compartimentelor mecanismului economic și social, exercitarea controlului sistematic pentru sesizarea din timp a tuturor anomaliilor, neconcordanțelor și fenomenelor care frânează dezvoltarea, pentru a putea acționa prompt, în vederea înlăturării lor. Aceasta, cu atât mai mult cu cât necesitățile fundamentale în organizarea și conducerea economiei, determinate de tranziția la o economie de piață, acordarea autonomiei autorităților administrației publice locale și descentralizarea serviciilor, sporesc gradul de complexitate a relațiilor de interacțiune pe toate treptele noilor structuri și presupun executarea riguroasă a deciziilor adoptate și aplicarea fermă a noii legislații<sup>1</sup>

Statul în întregul său și fiecare dintre autoritățile și structurile sale care realizează funcțiile legislativă, executivă și jurisdicțională ale puterii sunt direct interesate să cunoască dacă decizia se aplică în mod corect, dacă are eficiența scontată, dacă ea corespunde cerințelor reale și concrete, dacă reprezintă un element dinamic al relațiilor sociale, sau, dimpotrivă, o frână a acestora și, în acest din urmă caz, n-ar trebui intervenit pentru „corectarea” ei, deci pentru adoptarea unei noi decizii, modificând-o sau abrogând-o pe cea dintâi. Cu alte cuvinte, controlul este „barometrul” care indică modul în care acționează cel chemat să aplice decizia, precum și gradul în care decizia corespunde scopului pentru care a fost emisă.

Atât Constituția Republicii Moldova, cât și Constituția României cuprind dispoziții pe care se fundamentează controlul exercitat de Parlament, controlul parlamentar având drept sarcină respectarea supremației constituției.

Funcția de control a parlamentului este o funcție secundară, deoarece nu aparține exclusiv parlamentului, cu funcții de control fiind înzestrat și Președintele Republicii,

---

1 Alexandru Ioan. Administrația publică. Teorii. Realități. Perspective. — București: Lumina Lex, 1999, p. 511-512

și Guvernul. Evident, formele de realizare a controlului sunt diferite, însă în esență funcția este identică. Art. 66 lit. f) din Constituția Republicii Moldova fixează că Parlamentul exercită controlul parlamentar asupra puterii executive sub formele și limitele prevăzute de lege. Această activitate am stabilit-o ca funcție aparte, deoarece revine din funcția principală a Parlamentului — edictarea legilor, care nu este un scop în sine, iar cadrul normativ stabilit trebuie să fie executat întocmai, altfel se va produce o ruptură între puterea legislativă și puterea executivă, ceea ce poate aduce la situația specifică pentru Republica Moldova în perioada de tranziție, legi multe, dar moarte<sup>1</sup>

Având în vedere că obiectul general de activitate al autorităților administrației publice îl constituie organizarea executării și executarea în concret a legi, iar legea este actul Parlamentului, este firesc ca acesta să aibă dreptul să controleze modul în care actele sale, adică legile, sunt aplicate de autoritățile care au această obligație — autoritățile administrației publice.<sup>2</sup>

Controlul parlamentar poate fi efectuat direct, adică prin mijloace proprii și indirect, prin intermediul altor autorități. *Controlul direct* poate fi exercitat:

- de Parlament în întregime, examinând informații ale Guvernului (art.104 din Constituția Republicii Moldova și art. 110 din Constituția României);
- controlul efectuat de comisiile permanente, fracțiunile parlamentare sau de deputați prin intermediul întrebărilor și interpelărilor (art.105 din Constituția Republicii Moldova, art. 111 din Constituția României);
- controlul efectuat prin dreptul deputaților de a cere Guvernului prezentarea diferitelor documente, informații (art. 104 din Constituția Republicii Moldova, art. 110 din Constituția României).

*Controlul indirect* poate fi efectuat prin:

- controlul efectuat de Curtea de Conturi (art.133 din Constituția Republicii Moldova; art. 139 din Constituția României);
- controlul efectuat de Avocații Parlamentari (Avocații Poporului) (Legea Republicii Moldova nr. 1349- XIII din 17.X.1997 cu privire la avocații parlamentari; capitolul IV din Constituția României);
- controlul efectuat prin însărcinări speciale acordate unor autorități.

Parlamentul exercită, de asemenea, controlul asupra activității Guvernului și a altor autorități publice prin rezolvarea petițiilor cetățenilor. Această formă de control este foarte importantă, deoarece în dependență de informația primită, pot fi generate și celelalte forme de control deja menționate.

Astfel, în afară de dreptul de control pe care Parlamentul îl are asupra activității Guvernului, ca organ central care exercită puterea executivă, controlul se realizează și de către deputați, în cadrul comisiilor permanente ale Parlamentului, sau în mod

---

1 Popa Victor. Drept parlamentar. — Chișinău, 1999, p. 111

2 Enache Marian. Aspecte generale privind controlul parlamentar în regimurile politice democratice // Dreptul. — Nr.8. — 1997., p.42

individual, prin întrebări și interpelări adresate Guvernului, miniștrilor sau altor conducători ai organelor centrale ale administrației publice, ori prin solicitarea de informații.

Prin comisiile permanente ale Parlamentului, controlul se realizează cu prilejul avizării de către acestea a proiectelor de legi înaintate Parlamentului de către Guvern spre analiză și adoptare, sau cu prilejul anchetelor parlamentare pe care le fac comisiile de anchetă, în legătură cu anumite acte și fapte ale autorităților executive.

În ce privește instituția întrebărilor, fiecare deputat și senator (în România) poate adresa întrebări miniștrilor sau altor conducători ai organelor centrale ale administrației publice.

*Întrebarea* constă într-o cerere de a răspunde dacă un fapt este adevărat, dacă o informație este exactă, dacă Guvernul înțelege să comunice actele ori informațiile solicitate sau dacă are intenția de a lua o hotărâre într-o problemă determinată. Cei întrebați au obligația să răspundă imediat la întrebare sau să declare că prezintă răspunsul în zilele următoare, indicând ziua respectivă. La prezentarea întrebării, deputatul sau senatorul va preciza dacă dorește să primească răspunsul, în scris sau oral, în ședință publică.

*Interpelarea* reprezintă tot o cerere adresată Guvernului de un grup parlamentari, prin care se solicită explicații asupra politicii Guvernului, în probleme importante ale activității sale interne și externe. Interpelările se fac în scris, arătându-se numai obiectul lor, fără nici o dezvoltare, se citesc de către președintele grupului parlamentar în ședință publică, se înscriu într-un registru special și se afișează în sala de ședințe. În ședința stabilită pentru dezvoltarea interpelării se dă cuvântul interpelatorului și apoi reprezentantului Guvernului sau ministrului. Aceștia din urmă pot, după dezvoltarea interpelării, să răspundă imediat sau să ceară o amânare de cel mult trei zile pentru a răspunde.

În ce privește *solicitarea de informații*, orice deputat sau senator are dreptul de a cere, prin intermediul Guvernului, de la organele administrației publice, printr-o petiție scrisă, orice acte sau dosare, precum și orice alte informații utile pentru activitatea sa. Guvernul poate refuza satisfacerea petiției în cazul în care aceasta privește secrete de stat referitoare la apărarea țării, sau secrete de stat de importanță deosebită în orice alt domeniu. În acest caz, refuzul Guvernului poate fi adus la cunoștința Parlamentului, care va decide în ședință secretă.<sup>1</sup>

Controlul se poate realiza și de organe care țin de Parlament, chiar dacă acestea nu sunt subordonate Parlamentului. Avem în vedere controlul care se realizează prin instituțiile: Avocatul Poporului, Curtea de Conturi, Consiliul Legislativ și altele.

Vorbind despre practica constituțională a României, aceste instituții „țin“ de Parlament deoarece: Avocatul Poporului este numit pe un mandat de 5 ani pentru apărarea drepturilor și libertăților persoanelor fizice, își exercită atribuțiile (stabilite

---

1 Grădinaru Nicolae, Premisele legislative ale centralizării și descentralizării în administrația publică. — Slatina: Editura Alutus, 2000, p. 104-105



prin lege organică) din oficiu sau la cererea persoanelor lezate în drepturile și libertățile lor și prezintă celor două Camere ale Parlamentului rapoarte, care pot cuprinde și recomandări pentru ocrotirea drepturilor și libertăților cetățenilor (art.55-57 din Constituție); membrii Curții de Conturi sunt numiți de Parlament pentru un mandat de 9 ani care nu poate fi prelungit sau înnoit, exercită controlul asupra modului de formare, administrare și întrebuințare a resurselor financiare ale statului și ale sectorului public (inclusiv la cererea Camerei Deputaților și a Senatului, cărora le raportează despre cele constatate), prezintă anual Parlamentului un raport asupra conturilor de gestiune ale bugetului public național din exercițiul bugetar expirat, cuprinzând și neregulile constatate (art. 139 din Constituție); Consiliul Legislativ, al cărui președinte și președinții de secții sunt numiți de Parlament exercită controlul cu prilejul avizării proiectelor de lege, de hotărâri și ordonanțe ale Guvernului.

*Instituția Avocatului Poporului (parlamentar R.M.) mecanism de garantare a Constituției.* Unul dintre mecanismele de garantare a Constituției este instituția juridică a Avocatului Poporului în România și cea a Avocatului Parlamentar în Republica Moldova.

De altfel, această instituție juridică, instituția ombudsman-ului, creată în scopul asigurării și garantării drepturilor și libertăților fundamentale ale omului, își trage obârșia din Suedia, unde primul ombudsman a activat încă în anul 1713. În Suedia ombudsman-ul în prezent asigură supravegherea tuturor funcționarilor publici și a magistraților, pentru a se asigura că ei respectă legile și se achită de funcțiile lor.

În România Avocatul Poporului este organizat în baza Legii nr.35 din 13 martie 1997 privind organizarea și funcționarea instituției Avocatul Poporului și sunt numiți pe o durată de 5 ani pentru apărarea drepturilor și libertăților persoanelor fizice. Adjuncții Avocatului Poporului sunt specializați pe domenii de activitate.

În Republica Moldova această instituție a fost creată în baza legii cu privire la avocații parlamentari nr. 1349-XII din 17 octombrie 1997.

Scopul activității instituției avocatului parlamentar este asigurarea garantării respectării drepturilor și libertăților constituționale ale omului de către autoritățile publice. Din conținutul legii deducem că instituția avocatului parlamentar se află la dispoziția omului și nu a parlamentului, însă din denumirea „avocatul parlamentar” reiese că ei sunt avocații parlamentului.

Esența acestei instituții este statutul ei independent și dreptul acordat de Parlament de a audia și investiga plângerile cetățenilor împotriva unor abuzuri sau nereguli săvârșite de funcționarii publici. Așadar, este o instituție ce efectuează controlul și supravegherea organelor de stat, plasându-se între cetățean și organismele de guvernământ și urmărește apărarea drepturilor oamenilor. În plus, Ombudsmanul dispune de un mecanism eficient de control, cum ar fi: *dreptul de a sesiza Curtea Constituțională* privind neconstituționalitatea actelor normative ce reglementează drepturile și libertățile fundamentale.

Atât instituția ombudsman-ului din Republica Moldova, cât și omologul său din România sunt obligate a prezenta anual rapoarte către Parlament. Această acțiune

se dovedește a fi un mijloc efectiv, deoarece aceste rapoarte cuprind recomandări, interpretări ale legii, dar mai ales, scot în evidență lacunele legislației. În multe cauze instituția ombudsman-ului dispune de reale posibilități pentru a consulta statul și a-l ajuta în probleme de legislație, precum și de a apărea în calitate de protector al legislației în procesul de legiferare. Aceasta se datorează faptului că instituția ombudsman-ului, în exercitarea funcțiilor sale, de regulă, este strâns legată de legislația care în mod direct sau indirect atinge drepturile omului. Astfel, instituția este îndreptățită să întreprindă măsuri de inițiativă în fiecare stadiu, în legătură cu care ea trebuie să scoată în evidență inconsecvențele din legislație; să efectueze cercetarea consecințelor legislației asupra drepturilor omului în temeiul standardelor naționale și internaționale; să stabilească organele de stat care sunt responsabile de respectarea legilor sau supravegherea în alt mod aplicarea lor.

Prin urmare, instituția juridică a ombudsman-ului, atât în România, cât și în Republica Moldova, este o garanție eficientă împotriva abuzurilor autorităților publice. Avocații poporului apără spiritul legii, își dau darea de seamă în fața parlamentelor, examinează plângerile cetățenilor și acționează din propria inițiativă. Această instituție, care nu face parte nici din puterea legislativă, nici din puterea executivă, nici din cea judecătorească, nu poate substitui și nu poate fi substituită de aceste ramuri ale puterii în stat.

*Controlul efectuat prin intermediul Curții de Conturi.* Legea nr.94/1992 privind organizarea și funcționarea Curții de Conturi a României definește instituția ca fiind „organul suprem de control financiar și de jurisdicție în domeniul financiar“. Ea cuprinde dispoziții privitoare la organizarea, competența, funcționarea și procedura de soluționare a litigiilor de competența organelor de jurisdicție care funcționează în sistemul Curții de Conturi.

Funcția jurisdicțională a Curții de Conturi se exercită prin instanțele financiare reglementate prin legea organică a Curții de Conturi. Potrivit art. 18 din legea organică sunt supuse controlului: statul și unitățile administrativ — teritoriale, în calitate de persoane juridice de drept public, cu serviciile și instituțiile lor publice, autonome sau nu; Banca Națională a României; Regiile autonome; Societățile comerciale la care statul, unitățile administrativ-teritoriale, instituțiile publice sau regiile autonome dețin singure sau împreună, integral sau mai mult de jumătate din capitalul social; Organismele autonome de asigurări sociale sau de altă natură, care gestionează bunuri, valori sau fonduri, într-un regim egal obligatoriu, în condițiile în care prin lege sau prin statutele lor se prevede acest lucru. Procesul judiciar desfășurat în instanțele Curții de Conturi este o specie a procesului civil cu trăsăturile caracteristice ale acestuia: contradictorialitatea, publicitatea și oralitatea. Spre deosebire de poziția procurorului în procesul civil desfășurat în fața instanțelor judecătorești, în jurisdicția financiară procurorul financiar acționează cu o pronunțată notă de oficialitate, rolul său de reprezentant al interesului public fiind vizibil preponderent față de rolul de parte în proces, în sensul Codului de procedură civilă.

RECENZII

REVIEWS



# RECENZIE LA MANUALUL „DREPT INTERNAȚIONAL PUBLIC”, EDIȚIA A III-A (REVĂZUTĂ ȘI ADĂUGITĂ). CHIȘINĂU, 2009

Judecând prin prisma provocărilor generate de criza economică mondială, criza socială provocată de fenomenul migrației ilegale, conflictele asimetrice și utilizarea forței militare în cadrul intervențiilor umanitare sub egida Organizației Națiunilor Unite, epidemiile și pandemiile care se perpetuează în timp cu o periodicitate alarmantă, realizările progresului științific care nu întotdeauna sunt utilizate exclusiv întru binele speciei umane, putem afirma cu certitudine că reglementarea relațiilor internaționale dintre statele de pe mapamond și dintre acestea și noii actori ai vieții internaționale rămâne a fi o prioritate iminentă pentru știința dreptului internațional public.

Apariția manualului „Drept Internațional Public”, ediția a III-a (revăzută și adăugită) confirmă implicarea exegeților autohtoni în procesul dificil al educării noilor generații în spiritul pacifismului, al democrației și al cooperării întru obținerea binelui comun.

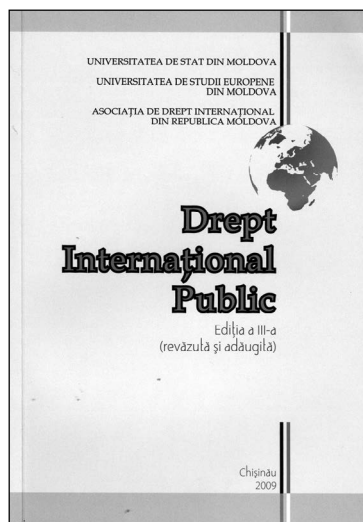
Această creație nu este altceva decât un pilon al platformei cognitive pentru fiecare persoană implicată în procesul de studiu și instruire continuă și o sursă de diseminare a cunoștințelor de drept internațional public pentru oricare cetățean al Republicii Moldova.

Specificul dreptului internațional public se materializează printr-o permanentă schimbare și modificare catalizată de circumstanțele, anturajul și variabilele societății internaționale, ceea ce presupune o implicare continuă a cadrelor didactice notorii pentru elaborarea unor lucrări de referință în domeniu.

În acest context, consider iminent necesar editarea unor astfel de contribuții complexe cu o periodicitate stabilă, ceea ce ar asigura cererea de material didactico-cognitiv pe segmentul învățământului superior din Republica Moldova.

Aducem sincere felicitări colectivului de autori reprezentanți a mai multe centre universitare din Republica Moldova — Universitatea de Stat din Moldova, Academia de Administrare Publică pe lângă Președintele Republicii Moldova, Universitatea de Studii Europene din Moldova și Universitatea Liberă Internațională din Moldova. Remarcabil este că lucrarea a fost promovată de Asociația de Drept Internațional din Republica Moldova, membri a cărei sunt majoritatea autorilor.

*Colegiul de redacție al revistei Studii Juridice Universitare*



# DATE DESPRE AUTORI

## INFORMATION ABOUT THE AUTHORS

- **BĂEȘU, Valeriu.** Doctorand, ULIM.
- **BENEȘ, Olga.** Master în drept, cercetător științific stagiar, secția „Dept internațional“, ICDPDO, ULIM.
- **BORISOVA, Alina Nicolaevna.** Doctor în drept, lector superior catedra drept internațional privat, Academia Juridică de Stat, Moscova, Rusia.
- **CAUIA, Alexandru.** Master în drept, Secretar științific, ICDPDO, ULIM.
- **CIUBOTARU, Rodica.** Masterandă Facultatea Drept, ULIM.
- **DELFOSE, Marie-Laure Cecile.** Doctor în drept, conferențiar universitar, Universitatea Rennes 1, Franța.
- **DUMITRU, Cătălin.** Doctorand, ULIM.
- **FLENCHEA, Natalia.** Studentă Facultatea Drept, ULIM.
- **FURDUI, Sergiu.** Doctor în drept, conferențiar universitar, Vice-președinte Colegiul Penal, Curtea Supremă de Justiție a Republicii Moldova.
- **GAMURARI, Vitalie.** Doctor în drept, conferențiar universitar, Director ICDPDO, ULIM.
- **GHEORGHIȚĂ, Elena.** Doctorand, ULIM.
- **GOLUBENCO, Gheorghe.** Doctor în drept, conferențiar universitar, cercetător științific superior, secția „Științe penale“, ICDPDO, ULIM.
- **GRAMA, Dumitru.** Doctor în drept, conferențiar universitar, cercetător științific superior, secția „Drept public“, ICDPDO, ULIM.
- **GROZA, Andrei.** Doctor în istorie, conferențiar universitar, membru al Curții de Conturi a Republicii Moldova.
- **GUȚULEAC, Victor.** Doctor în drept, profesor universitar, cercetător științific coordonator, secția „Drept public“, ICDPDO, ULIM.
- **GVIDIANI, Alin.** Master în drept, colaborator al Centrului de Armonizare a Legislației, Ministerul Justiției al Republicii Moldova.

- **ILEA, Sorin Eugen.** Doctorand, ULIM.
- **LA ROSA, Anne-Marie.** Doctor în drept, conferențiar universitar, Universitatea Geneva, Elveția.
- **LIUDRINSCHI, Rodion.** Doctorand, ULIM.
- **MĂRGINEANU, Lilea.** Doctor în drept, conferențiar universitar, Șef secție „Drept privat“, ICDPDO, ULIM.
- **MIȚIK, Vsevolod Vsevolodovici.** Doctor habilitat în drept, profesor universitar catedra drept internațional, Institutul de Relații Internaționale, Kiev, Ucraina.
- **NEUCUȚESCU, Ovidiu.** Master în drept, Secretar științific, ICDPDO, ULIM.
- **ORBELEAN, Aram.** Doctor în drept, lector catedra drept internațional și european, Universitatea ruso-armeană (Slavonă), Erevan, Armenia.
- **OSOIANU, Natalia.** Master în drept, cercetător științific stagiar, secția „Dept internațional“, ICDPDO, ULIM.
- **POPA, Victor.** Doctor habilitat în drept, profesor universitar, cercetător științific coordonator, secția „Drept public“, ICDPDO, ULIM.
- **POSTU, Ion.** Doctor în drept, conferențiar universitar, cercetător științific superior, secția „Drept public“, ICDPDO, ULIM.
- **PROCOPOVICI, Augustin.** Doctorand, ULIM.
- **ROTARU, Oxana.** Doctor în drept, conferențiar universitar, Șef secție „Științe penale“, ICDPDO, ULIM.
- **ROTARU, Viorica Gabriela.** Doctorand, ULIM.
- **SMOCHINĂ, Carolina.** Doctor în drept, conferențiar universitar, Șef secție „Drept internațional“, ICDPDO, ULIM.
- **STĂVILĂ, Mihai.** Doctorand, ULIM.
- **TESLEV, Mihaela.** Studentă Facultatea Drept, ULIM.
- **ȚURCAN, Serghei.** Doctor în drept, conferențiar universitar, Șef secție „Drept public“, ICDPDO, ULIM.
- **ULIANOVSKI, Xenofon.** Doctor în drept, conferențiar universitar, Vice-președinte Curtea de Apel Chișinău, Republica Moldova.

# CERINȚE FAȚĂ DE MANUSCRISE

## REQUIRMENTS FOR MANUSCRIPTS

Stimați colegi!

Redacția „STUDII JURIDICE UNIVERSITARE“ preia pentru examinare lucrările științifice ale autorilor în limbile române, rusă, engleză sau franceză, imprimate pe o parte format A 4 și înscrisă pe CD în format electronic (Win Word). Pe manuscris se indică data prezentării (revizuirii) articolului. Manuscrisul în mod obligatoriu trebuie să fie semnat de autor (coautori).

Textul: Word, Times New Roman; Font size — 12; Space — 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).

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 (în cazul publicațiilor în altă limbă) și engleză sau franceză.

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 recenzează și 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 studierea 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.