

DAREA DE SEAMĂ

a Consiliului Baroului Avocaților din Republica Moldova

STIMAȚI COLEGI!



Gheorghe AMIHALACHIOAIE -
președintele Consiliului Baroului
Avocaților din Republica Moldova

Congresul Avocaților din Republica Moldova a fost convocat de către Consiliul Baroului prin hotărârea din 20 ianuarie 2006 în conformitate cu stipulările art. 32 al Legii cu privire la avocatură din 19 iulie 2002.

Atenției Dumneavoastră se propune raportul activității Consiliului Baroului pe perioada anului 2005.

Nu vom reține atenția dumneavoastră timp îndelungat și mă voi strădui succint să vă reamintesc unele activități ale Consiliului Baroului pe parcursul anului 2005, deoarece acestea au fost oglindite în cea mai mare măsură pe paginile revistei Avocatul Poporului.

Consiliul Baroului și-a ținut ședințele sale ori de câte ori a fost necesar și nu mai puțin de o dată pe lună, după cum este stipulat în art. 38 al Legii cu privire la avocatură. La aceste ședințe au fost discutate toate problemele ce țineau de activitatea avocaturii sau erau solicitate de diferite împrejurări.

Consiliul Baroului a ținut în vizorul său permanent și mersul executării hotărârii Congresului Avocaților adoptată la 26 martie 2005 și a luat toate măsurile pentru ca această hotărâre să fie executată integral.

O problemă majoră cu care se confruntă Baroul Avocaților pe parcursul aflării în vigoare a Legii cu privire la avocatură este problema

lipsei de independență a Avocaturii Moldovei ca instituție de drept profesională nonguvernamentală.

În această privință a fost informat în mod repetat Consiliul Europei și s-a adus la cunoștință că Republica Moldova așa și nu a implementat Expertiza Legii cu privire la avocatură efectuată de către experții Consiliului Europei încă la 26 noiembrie 2002.

Conform acestei expertize urma să fie introduse un șir de modificări în Legea cu privire la avocatură ce ar fi dus la independența reală a avocaturii noastre, însă acest lucru nu s-a întâmplat nici până în prezent.

Aceasta ne demonstrează încă o dată cât este de dificil de a rezolva o problemă în Republica Moldova, mai ales cu forțele proprii când organele de conducere ale statului nu se conformează la recomandările Consiliului Europei.

În urma adresării noastre la Consiliul Europei, a urmat o vizită de lucru la Strasbuorg, unde la 12-13 septembrie 2005 a avut loc întrunirea delegației Republicii Moldova cu experții Consiliului Europei care au supus expertizei Legea cu privire la avocatură.

Din delegația R. Moldova au făcut parte, subsemnatul, avocații Sergiu Băieșu, Vasile Dulghieru, Emanoil Ploșniță și patru reprezentanți ai Ministerului Justiției inclusiv vice - ministrul Nicolae Eșanu.

În rezultatul acestei întruniri de lucru a fost adoptată o concluzie ce conținea șapte puncte, care se reduceau în linii mari la următoarele:

- *Toate stipulările interne ce vizează admiterea și calificarea în avocatură trebuie stabilite de Baroul Avocaților*
- *Comisia de calificare trebuie să fie compusă din avocați delegați de către Baroul Avocaților*
- *Decizia de a fi admis în avocatură trebuie să fie luată exclusiv de Baroul Avocaților*

Aceste concluzii integral au fost amplasate pe prima pagină a revistei Avocatul Poporului nr. 9 din 2005 și toți avocații au avut posibilitatea reală să ia cunoștință cu acestea.

După această vizită de lucru la care au fost puse în discuție toate modificările ce se preconizau la Legea cu privire la avocatură, urma să fie definitivat proiectul de Lege și transmis Parlamentului spre adoptare până la finele anului 2005, după cum a fost recomandarea Consiliului Europei.

Cunoașteți fiecare dintre Dumneavoastră că Legea cu privire la avocatură așa și nu a fost modificată până-n prezent, nu cunoaștem când va avea loc acest eveniment important pentru avocatură.

Cunosc faptul, drept că din spusele celor de la Ministerul Justiției, că proiectul cu pricina a fost transmis Guvernului încă anul trecut, dar ce s-a întâmplat mai departe nu știe nimeni.

De asemenea, cunosc faptul că în programul de activitate al Parlamentului pe anul 2006 este prevăzută examinarea acestui proiect de Lege, însă când va avea loc aceasta în fapt, cred că știe unul Dumnezeu.

Cu toate că o bună parte dintre dumneavoastră cunoaște conținutul modificărilor Legii cu privire la avocatură, propus de Ministerul de Justiție,

Însă țin să comunic înaltului for, că aceste modificări nu corespund în tot cu recomandările și concluziile experților Consiliului European, iar conform acestor modificări nu toate problemele țin de competența exclusivă a Baroului Avocaților.

Așa se propune ca patru avocați din componența celor 11 membri ai Comisiei de Calificare să fie numiți personal de către Ministerul Justiției, Regulamentul privind examenul de calificare pentru admiterea în profesia de avocat să fie aprobat de către Ministrul Justiției etc.

Consiliul Baroului a avizat acest proiect de modificare a Legii cu privire la avocatură și a remarcat faptul că acesta nu corespunde în tocmai recomandărilor și concluziilor Consiliului European. Vom trăi și vom vedea, cum forul legislativ al Republicii Moldova se va conforma acestor recomandări atunci când va adopta Legea dată, fiindcă am constatat că Ministerul Justiției nu a voit acest lucru la etapa proiectării acestor modificări.

Nouă ne revine acum să mai așteptăm și ne vom putea pronunța numai atunci când vom lua cunoștință de Legea adoptată și în caz de neconcordanță cu recomandările și concluziile Consiliului European acesta va fi informat neîntârziat.

O problemă extrem de importantă, dar care rămâne pe parcursul anilor nerezolvată, este cea a independenței justiției la noi în Moldova.

Ce-i drept această problemă nu poate fi rezolvată numai de către avocați. Aici se cere voința fermă a organelor statale de conducere de prim rang, întreprinderea unei game largi de măsuri ce țin de întreg sistemul judiciar, începând de la selectarea cadrelor, numirea lor în funcție ș.a.m.d. și depinde în mare măsură de însuși cei ce activează în sistemul judiciar.

Cunoaștem cu lux de amănunte fiecare dintre noi cum funcționează întregul sistem de urmărire penală și cel judiciar, putem să ne expunem concret zile în șir.

La acest capitol pot fi aduse mii de exemple când persoane nevinovate sunt reținute, arestate și apoi judecate, iar eforturile noastre, a avocaților, rămân fără nici o atenție iar uneori, avocații care întreprind măsuri legale, dau dovadă de profesionalism și sunt activi, devin ei înșiși jertfe ale abuzurilor colaboratorilor organelor de drept.

Aici putem aduce exemple concrete când avocatul a fost reținut și tras la răspundere în mod administrativ din motivul că se opunea în mod activ încălcărilor normelor procesuale la efectuarea percheziției la domiciliul clientului sau, când avocatului nu i s-a permis să participe la audierea martorului, iar această audiere nu a fost amânată din motiv că avocatul nu dispunea la moment de mandat, dar nici nu putea să dispună fiindcă persoana a fost luată și condusă la sediul poliției pe neprins de veste, fără a fi citată în modul stabilit și fără a-i admite cererea de amânare a audierii până când se va prezenta avocatul cu mandatul corespunzător.

Mai mult ca atât, colaboratorul de poliție nu s-a mulțumit cu toate fărădelegile comise, el și-a permis să ceară de la Consiliul Baroului pedepsirea aspră a avocatului pentru faptul prezentării acestuia în lipsa mandatului.

Deseori avocații sunt amendați de către instanțele judecătorești pentru neprezentarea acestora în ședințele judiciare, fără a motiva cumva încheierea emisă, cu toate că alin.3 al art. 322 din CPP prevede expres că apărătorul poate fi sancționat cu amendă pentru lipsă nemotivată numai în cazul în care aceasta a dus la cheltuieli judiciare suplimentare.

Sunt cazuri de sancționare a avocaților cu amendă judiciară din motivul că aceștia formulează obiecții împotriva acțiunilor președintelui ședinței și pentru că insistă ca acestea să fie consemnate în procesul-verbal al ședinței.

Astfel de exemple pot continua la nesfârșit, dar ar fi incorect să învinuim pentru toate relele din jurisprudența nesatisfăcătoare numai pe ceilalți actori ce participă la efectuarea justiției și care nu contribuie activ, licit și așa mai departe la stabilirea și triumful adevărului, fără a menționa că și unii avocați contribuie activ, în mod negativ la aceste spectacole.

Sunt multiple cazuri când avocații sunt ei cei ce lezează drepturile clientului său. Despre aceasta ne vorbește numărul destul de impunător al comunicărilor organelor de urmărire penală, ale instanțelor judecătorești și petițiilor cetățenilor. Numărul acestora în anul 2005, comparativ cu anul 2004, a crescut simțitor.

Această stare de lucruri ne îngrijorează fiindcă demonstrează până la urmă nivelul calității asistenței juridice acordate de avocați și influențează asupra imaginii instituției avocaturii în general.

Încălcările comise de către avocați sunt foarte diverse și variază între încălcări disciplinare minore și până la comiterea infracțiunilor.

Pe parcursul anului de dare de seamă 2005 numărul avocaților trași la răspundere penală a fost de 9, iar în total s-au aflat sub răspundere la diferite etape ale urmăririi penale și cercetării judecătorești – 16 avocați.

În privința unui avocat (Baciu Sava) a fost emisă sentință de achitare, însă aceasta încă nu este definitivă, alte două persoane au fost condamnate pentru trafic de influență cu pedepse în formă de amendă și privare de libertate condiționată, aceste sentințe la fel nu sunt definitive, patru avocați sunt trași la răspundere pentru infracțiuni deosebit de grave - alin. (2) al art.195 CP – însușirea în proporții deosebit de mari a bunurilor, iar un avocat (Semion Lencuță) este tras la răspundere pentru omor intenționat – art.145 CP.

În privința unui avocat se spune că a fost încetată urmărirea penală, însă de date oficiale deocamdată nu dispunem.

Despre toate celelalte abateri disciplinare și de etică profesională va raporta Comisia de profil, însă și acestea sunt multiple, foarte variate și sunt cazuri când parvin unele petiții atât de bine documentate că ar fi îndeajuns ca avocații vizați în ele să fie trași la răspundere penală.

Multe dintre aceste petiții sunt examinate în "ședințe secrete și cu încheierea acordului de recunoaștere a vinovăției din partea avocatului".

Am analizat foarte succint această situație deplorabilă în ceea ce privește disciplina profesională a unor avocați și cazurile ieșite din comun de tragere la răspundere penală a altor avocați pentru a cere concursul fiecăruia dintre dumneavoastră în rezolvarea acestei probleme. Aceștia sunt colegii noștri, care activează împreună cu noi, deseori noi cunoaștem cu lux de amănunte conduita acestor lor, în același timp nu reacționăm personal la faptele nedemne ale colegilor, nu aducem la cunoștința Comisiei de Etică și Disciplină, Consiliului Baroului despre aceasta și prin atitudine pasivă, în mod indirect, contribuim și noi la aceste fapte nedemne.

Sunt convins, că dacă fiecare dintre noi, vom avea o altă atitudine față de avocații care au un comportament nedemn profesiei de avocat aceștia vor fi din ce în ce mai puțini la număr și situația creată poate fi rezolvată în mare măsură.

O problemă majoră în activitatea avocaților rămâne pe parcursul anilor problema imposibilității acordării asistenței juridice prevăzută de legislația în vigoare. Privitor la această problemă vorbim de la tribuna Congresului ani la rând, folosim și presa periodică, televiziunea, dar despre rezultate pozitive nu poate fi vorba. Nici numărul impunător de cauze ce sunt examinate deja și se află pe rol la Curtea Europeană pentru Drepturile Omului nu influențează pozitiv această situație, însă rămânem cu speranța că lucrurile se vor rezolva prin intermediul CEDO, în primul rând, dar rămânem în așteptare că și organele judiciare din Republica Moldova se vor conforma. Vor trece de la vorbe și promisiuni la fapte concrete, se va pune capăt practicii dubioase, care s-a înrădăcinat la noi, când organele de urmărire penală transmit cauzele penale spre instanțele judecătorești în lipsa temeiurilor juridice ce prevăd răspunderea penală sau în lipsa probelor necesare pentru stabilirea vinovăției.

În aceste cazuri majoritatea avocaților acționează prompt, semnalizând lipsa vinovăției clientului său sau a probelor necesare pentru stabilirea adevărului, iar acestea emit sentințe de condamnare.

De cele mai multe ori cererile întemeiate ale avocaților sunt respinse neargumentat, prin fraze și noțiuni generale, cu încălcarea termenelor stabilite de lege.

O situație cu totul aparte s-a creat în ceea ce privește funcționarea institutului judecătorului de instrucție. Aici sunt rezerve foarte serioase în privința stipulărilor ce se conțin în însăși *legea cu privire la statutul judecătorului de instrucție*. Este prevăzut că acesta poate fi numai din rândurile foștilor ofițeri de urmărire penală și procurori, adică a fost bine gândit.

Și ca să nu mă extind prea mult, aș vrea să pun punct acestei teme, cu zicala noastră din bătrâni – "A pune lupul paznic la oi" - precizând că stipulările legii în privința statutului judecătorului de instrucție față de ceilalți juriști și, în primul rând, față de avocați, poartă un caracter discriminatoriu.

Aș vrea să menționez că în multe țări dezvoltate, judecător poți deveni numai dacă ai profesat avocatura.

Anume din aceste motive la noi în țară fiecare cetățean poate fi reținut sau arestat fără nici un motiv și temei legal, fără ca procesele verbale de reținere și încheierile judecătorului de instrucție să fie argumentate în fiecare caz concret, nu este demonstrată necesitatea aplicării acestor măsuri procesuale de constrângere și că persoana în cauză nu a fost supusă acestor măsuri în mod arbitrar.

Cunoaștem cu toții că arestul preventiv este o măsură excepțională de constrângere și poate fi aplicată numai în cazul imposibilității aplicării altor măsuri de constrângere prevăzute de lege.

La acest capitol s-a expus și Curtea Supremă de Justiție prin hotărârea Plenului din 28.03.2005 dar mai feroce s-a expus CEDO în cazurile Becciev și Șarban, le cunoașteți foarte bine din paginile Avocatului Poporului, cu toate acestea încheierile judecătorului de instrucție cu privire la arestarea preventivă rămân până în prezent neargumentate, așa după cum sunt și demersurile procurorului în această privință, reluat integral în majoritatea cazurilor și transcrise în încheierile corespunzătoare.

Se observă deseori că încheierile judecătorului de instrucție sunt emise după un șablon ce este în memoria calculatorului și se schimbă doar numele și prenumele persoanei arestate. Am demonstrat personal la Curtea de Apel acest lucru, așa a fost să fie că unul și același judecător de instrucție să examineze cu diferența de o zi demersul procurorului cu privire la arestarea a două persoane diferite, și să se pronunțe în admiterea arestului.

Cei drept Curtea de Apel Chișinău a reacționat "prompt", a emis în privința judecătorului de instrucție în cauză o încheiere interlocutorie și a menționat necesitatea argumentării încheierilor separat în fiecare caz, dar în ceea ce privește cerințele de a admite recursul și a elibera persoanele arestate a refuzat. În acest caz și în multe altele, Curtea de Apel încearcă să se conformeze stipulărilor Legii, Hotărârii Plenului și practicii CEDO, ce vizau cazurile Bacciev, Șarban versus Republica Moldova, și nu numai.

Dar face acest lucru foarte "original", încearcă ea însăși să argumenteze necesitatea și legalitatea arestului preventiv fără ca organele de urmărire penală, procurorul să prezinte probe concrete în această privință și atunci noi avocații rămânem dezamăgiți, deoarece cunoașteți

că decizia Curții de Apel este definitivă și nu poate fi atacată nici pe o cale, clar că ne putem adresa la CEDO, dar cunoașteți foarte bine termenele examinării cauzelor la CEDO etc., însă recomandăm să nu cedați și să urmați exemplele demne ale avocaților noștri V. Nagacevschi, Alexandru Tănase ș.a.

Aș putea continua desfășurarea conținutului negativ al acestei teme cu care se confruntă aproape fiecare avocat din RM în practica profesională de fiecare zi, în diverse cazuri penale, civile, administrative, economice etc. și fiecare poate să facă numai o unică concluzie și anume:

Că noi avocații, în situația creată și existentă în justiția Republicii Moldova în multiple cazuri suntem în situația imposibilității exercitării profesiei de avocat, acordării asistenței necesare pentru apărarea drepturilor și libertăților fundamentale ale omului în fața organelor de drept și judiciare din țară. În acest caz fiecare dintre noi trebuie să depună toate eforturile, să treacă toate instanțele naționale într-un termen rezonabil cât mai restrâns și într-un mod cât mai profesionist, ca apoi să putem apăra aceste drepturi fundamentale ale cetățenilor în fața CEDO, unica speranță la momentul actual care ne inspiră încredere și optimism în profesia de avocat.

Aș vrea să evidențiez situația dificilă în care se pomenește și activează avocatul, care participă în cauzele civile, economice, dar mai ales penale, care au "iz politic", cum ar fi cauzele penale împotriva foștilor candidați la alegerile locale din anul 2003 pe listele partidelor de opoziție, funcționarilor Primăriei mun. Chișinău, ex-ministrului apărării V. Pasat, președintelui "Victoriabank", deputaților Parlamentului, tot din partea opoziției etc.

În aceste cazuri, împrejurările în care activează avocatul sunt destul de umilitoare și aș vrea de la această tribună, în numele tuturor avocaților, să le aducem susținerea noastră colegială tuturor participanților - avocați, în aceste cauze dorindu-le în continuare curaj, dârzenie și forță de izbândă. Vreau să închei această temă prin formula deja cunoscută de noi avocații, mai puțin cunoscută de alții, că n-ar fi rău să faci bine în țara aceasta și să nu uite nimeni că în viață fiecare poate avea nevoie de serviciile unui avocat, adăugând de la mine – neluându-se în seamă funcția pe care o are la o etapă anumită a vieții.

Aș vrea să vă reamintesc, că în conformitate cu hotărârea Congresului ordinar al avocaților din 26 martie 2005, am solicitat în scris de la organele de conducere ale R.M modificarea Legii cu privire la asigurările obligatorii de stat pentru 2005, în sensul lichidării discrepanțelor referitoare la fondul social prin egalarea în drepturi a avocaților cu procurorii și judecătorii, invocând drept argument forte participarea avocaților pe principiu de egalitate cu procurorii la efectuarea urmăririi penale iar apoi împreună și cu judecătorii la înfăptuirea justiției, aceasta fiind imposibil în lipsa avocaților.

Am fost înștiințați că aceste cerințe pot fi puse în discuție și pasibile de a fi rezolvate numai pentru anul 2006 prin Legea bugetului asigurărilor sociale de stat.

Consiliul a fost de acord cu această poziție și am așteptat procedura de declanșare a pregătirii proiectului acestei legi. Cei drept am fost solicitați să ne expunem vis-à-vis de proiect, ceea ce am și făcut, ne-am expus doleanțele noastre conform Hotărârii Congresului din 26 martie 2006, ca la 01 decembrie 2005 să ne trezim cu Legea bugetului asigurărilor sociale de stat nr. 305-XII, care a intrat în vigoare începând cu 01.01.2006, unde avocații și notarii sunt obligați să transfere la fondul social 2013 lei pentru tot anul, lunar câte 167 lei 75 bani. În schimb statul R. Moldova ne garantează pensie minimă de bătrânețe și *indemnizații* pentru înmormântare.

Este clară poziția statului față de avocați fără a o comenta, însă nu pot să nu pronunț de la această tribună o frază ce a devenit genială în rândurile avocaților, și nu numai, cum că avocații sunt tratați ca toți oamenii numai după ce mor, sau în caz de moarte, plătiindu-li-se aceeași indemnizație ca la toți egalii între egali.

Consider oportun de a adopta la acest Congres o rezoluție, hotărâre mai drastică în această problemă și a atenționa organele abilitate ale conducerii statului, că problema asigurării sociale ține de dreptul fundamental al fiecărui cetățean al Republicii Moldova, este stipulat în Constituție și că statul este obligat să-l execute prin prisma egalității tuturor cetățenilor în fața legii și bătrâneții, garantând un trai decent fiecăruia pe parcursul întregii vieți.

Din acest punct de vedere, ar trebui să atenționăm organele statale abilitate cât și conducerea țării, că în caz de nerezolvare adecvată a problemei abordate cu privire la asigurarea socială de stat al avocaților în sensul respectării drepturilor fundamentale ale omului, avocații Baroului din RM își rezervă dreptul de a lua toate măsurile cu privire la protejarea avocaților și egalării lor cu colegii din organele de drept (procurori și judecători) în problemele asigurărilor sociale.

Sper, ca Dumneavoastră, să vă expuneți privitor la această problemă, pentru a putea fi concretizate și finalizate toate propunerile ce se referă la această temă și măsurile concrete ce pot fi întreprinse de către toți avocații și organele de conducere ale Baroului în caz că problema asigurărilor sociale va rămâne nerezolvată și în continuare.

Stimați colegi!

Una din preocupările zilnice ale Consiliului Baroului Avocaților rămâne instruirea avocaților, stagiarii prin organizarea de seminare, conferințe, întruniri. Acestea au fost organizate de către Consiliu în strânsa coordonare și participare cu Centrul de Drept al avocaților, cu concursul

colegilor noștri de la ABA CEELI, Institutului de Reforme penale, Fundației Germane pentru colaborare juridică internațională (IRZ), Fundației Soros Moldova, ICNUR și nu în ultimul rând cu susținerea și participarea reprezentanților Consiliului European.

Pe parcursul anului de dare de seamă au frecventat cursurile de instruire continuă a avocaților, instruire obligatorie de 8 ore anual, adoptată prin Hotărârea Congresului Avocaților din 25 martie 2004, în total 700 de avocați. Mulți dintre acești avocați au trecut instruirea acumulând 20-30 de ore.

Pe parcursul anului au fost organizate seminare nu numai la Chișinău, dar și la Cahul, Comrat, Orhei, Bălți, Edineț, Căușeni. O temă aparte ale unor seminare a fost cea ce ține de alegerile parlamentare ce au avut loc în martie 2005, când avocații noștri au dat dovadă de activism și profesionalism în acest domeniu, organizând împreună cu Consiliul Baroului, cu susținerea financiară a ABA CEELI, serviciu pe lângă toate judecătorii de primă instanță efectuat de către un avocat pe tot parcursul desfășurării alegerilor.

Tot la capitolul instruirii, putem atribui și activitatea rodnică a revistei noastre „Avocatul poporului” în frunte cu redactorul-șef, d-na Hadârcă Maria, care continuă să depună eforturi colosale ca fiecare număr al revistei să vadă lumina tiparului la timp și să ne bucure cu material ce este util activității de avocat.

Pe paginile revistei „Avocatul poporului” care recent, în luna ianuarie, a împlinit 10 ani de existență, ați putut urmări și lua cunoștință atât de articole cu caracter științific cât și de practică judiciară din R.M cât și a CEDO ce ține de cauzele examinate contra statului nostru. Considerăm munca depusă de redactorul-șef, dna Maria Hadârcă, și de Colegiul de redacție ca fiind benefică și utilă în ridicarea nivelului profesional al avocaților.

Considerăm la fel că revista „Avocatul poporului” trebuie să apară lunar cu un tiraj de nu mai puțin de 1000 de exemplare, cu un volum nu mai mic de 16 pagini, îndemnându-i pe toți avocații să scrie cât mai multe articole cu privire la activitatea de avocat și chiar poezii. Avocații duc lipsă de *lirică*.

Vreau să vă comunic, de asemenea, că revista „Avocatul poporului”, care, de la înființare, are specificarea de revistă științifico-practică și informativă de drept, deține ISSN internațional, aceasta însemnând că articolele publicate obțin recunoștință internațională. Din toamna anului trecut „Avocatul poporului” a fost inclus în lista revistelor de specialitate atestate de Consiliul Național pentru Acreditare a cadrelor științifice din RM.

Stimați colegi, parcă nu sunt probleme serioase în ceea ce privește achitățile din partea statului pentru asistența juridică din oficiu acordată de către avocați. Achitățile se fac de către contabilitatea Ministerului Justiției în caz că avocații la timp și corect întocmesc dările de seamă.

Reamintesc că în Legea bugetului de stat pe anul 2005, în acest scop a fost preconizată suma de 1mld. 424 mii lei. Nu cunoaștem detaliat cum s-au derulat pe parcursul anului achitățile pentru asistența juridică din oficiu, fiindcă nu avem acces la contabilitatea Ministerului Justiției și nu ni se comunică nimic cu privire la problema în cauză. Am tot sperat că vom stabili niște relații de colaborare cu Ministerul Justiției dar n-a fost să fie așa ceva. Ministerul Justiției continuă să considere că misiunea lui în relațiile cu Baroul Avocaților este una de comandă cu caracter administrativ. Cum nu am fost înștiințați despre faptul că cineva a fost primit în rândurile avocaților, stagiatorilor sau excluși spre exemplu, așa și nu suntem anunțați despre nimic ce ar avea tangență cu Baroul Avocaților. Ce-i drept, primim toate plângerile, adresările remise în adresa Ministerului Justiției de către organele de drept și cetățeni, cu indicațiile de rigoare.

Mai mult ca atât, consider că cei ce au vizitat cumva anul trecut Ministerul Justiției s-a convins pe propria experiență că noi avocații nu avem acces în incinta acestuia, am pățit-o pe propria piele.

Suntem în așteptarea stabilirii relațiilor de colegialitate și colaborare cu Ministerul Justiției, dar și mai mult, să fiu sincer, sperăm la modificarea cât mai curând a Legii cu privire la avocatură și recăpătarea independenței Baroului de Avocați.

Dar să revenim la problema achităților de către stat a asistenței juridice din oficiu și așa vrea să menționez că suma de 80 lei pe zi pentru această asistență este una destul de mică și atunci când sunt întrebat, care-i mărimea acestei sume, o numesc numai în lei și mi-e incomod să spun că este egală cu 5 euro, din motiv că în majoritatea țărilor europene această sumă este de 100-200 euro pe zi.

Republica Moldova are ca obiectiv integrarea europeană, consider ca noi avocații suntem toți proeuropeni, susținem această inițiativă și mai considerăm că avem dreptul, inclusiv moral, de a cere revederea sumei de 80 lei achitată de stat, pentru o zi de asistență juridică din oficiu. Cred că această sumă poate fi egală cu 10 euro pentru început, luând în considerație starea financiară a Moldovei, ca pe parcursul integrării europene aceasta să crească și să atingă suma de 100 euro. Sper, că vom fi susținuți și de Ministerul Justiției și de Guvern, Legislativ, luând în vedere și faptul că s-a votat în Parlament Legea cu privire la salarizarea tuturor funcționarilor publici.

Există o variantă mult mai simplă – cuantumul acestei sume să fie egal cu salariul mediu, recalculat conform Legii recent adoptate, al tuturor procurorilor din RM, rezultând din esența principiului contradictorialității în procesul penal și egalității acestora.

Stimați colegi!

În primul număr al revistei Avocatul Poporului din anul acesta este publicată Recomandarea Consiliului Baroului Avocaților din Republica

Moldova privind cuantumul onorariilor percepute în diverse categorii de cauze, aprobată prin hotărârea din 29 decembrie 2005.

Consider că toți avocații au luat cunoștință de această recomandare, adoptată la interpelarea scrisă a CEDO din noiembrie 2005, în limitele competenței Consiliului Baroului, stipulate în dispoziția art.35 al Legii cu privire la avocatură. La această Recomandare s-au făcut unele explicații în formă de notă, unde s-a stipulat că mărirea cuantumului onorariilor stabilite de Consiliul Baroului poartă un caracter de recomandare și nu unul imperativ, iar potrivit alin.(2) al art.54 al Legii cu privire la avocatură mărirea onorariului se stabilește prin acordul părților și nu poate fi schimbată de autoritățile publice sau de instanța de judecată.

Am auzit comentarii diferite, chiar și critici, din partea neavocaților, motivând diferit dezacordul său cu cuantumul recomandat al onorariilor percepute de avocați. Am fost contactat personal și prin intermediul telefonului, solicitându-mi-se unele explicații, unii dintre aceștia nici nu au intrat în esența acestei hotărâri a Consiliului, nu și-au dat seama sau nu au dorit să-și dea, că aceste recomandări chiar poartă un caracter de recomandare iar cuantumul adoptat nu este obligatoriu pentru avocați, dar s-au grăbit să ne acuze că sumele indicate sunt exagerate și că până la urmă, poate duce la violarea dreptului la acces liber la justiție.

Le-am răspuns prompt, că nu se încalcă nimic, această recomandare vine în ajutorul fiecărui avocat atunci când negociază cu clientul său cuantumul onorariului.

Opinia avocaților cu privire la această Recomandare este una pozitivă și am comunicat cu mulți avocați care au afirmat, că pe parcursul anilor de profesare a avocaturii, întâmpinau mari dificultăți în stabilirea cuantumului onorariului iar datorită acestei Recomandări aceste dificultăți au dispărut în cea mai mare măsură.

Stimați colegi!

Cu regret, dar trebuie să aducă la cunoștința Dumneavoastră, că o bună parte din avocați, în număr de **360**, nu-și onorează obligațiunea de membru al Baroului și nu achită cotizația stabilită de Congres în mărime de 50 lei lunar. Unii dintre acești avocați sunt datornici de rea voință și nu au achitat nimic începând ci 1 ianuarie 2003 termenul inițial stabilit de către Congresul Avocaților din 28 decembrie 2002.

Cei drept, o bună parte dintre aceștia nu activează, sunt pensionați, au o vârstă înaintată, bolnavi, însă nu au depus cererile respective de a fi excluși din lista avocaților, la adresările noastre de cele mai multe ori refuză să facă acest lucru ori promit că vor face în timpul cel mai apropiat, dar rămân numai promisiuni.

O altă parte din avocați ce nu achită cotizația de membru, chiar o fac cu rea voință. Aceștia activează și profesează avocatura în mod activ, sunt solicitați frecvent și participă în mare măsură la examinarea cauzelor civile, economice în baza procurii.

Însă mă miră faptul că unii dintre acești avocați participă la urmărirea penală și cercetarea judecătorească în cauzele penale, prezintă niște mandate ale biroului propriu și sunt acceptați de către ofițerii de urmărire penală, procurori și judecători ai diferitelor instanțe judecătorești, cu toate că forma mandatului avocatului se stabilește de către Consiliu și este unică pe tot teritoriul Republicii Moldova, conform stipulărilor art.35 al Legii cu privire la avocatură.

Este clar pentru fiecare jurist, chiar și nejurist, că se încalcă legea, că se fac abuzuri, inclusiv financiare, în acest caz. Cunosc bine situația procurorii cât și judecătorii, dar în unele cazuri ei își protejează foștii colegi.

În privința neachitării cotizației de membru, am avut diferite discuții cu rău plătitorii.

Dar m-a mirat atitudinea câtorva avocați, care au primit mandate de la Consiliu, veneau în mod regulat după revista Avocatul Poporului, altă literatură ce era repartizată în mod gratuit, spunându-mi categoric că nu vor plăti niciodată și că mai bine renunță la licența decât să plătească cotizațiile de membru sau făcând referire la faptul că vor participa în baza de procură.

Nu vreau să vă rețin atenția, dumneavoastră cunoașteți bine că Baroul Avocaților funcționează numai în baza acestor cotizații. Datorită sumelor acumulate noi întreținem clădirea ce aparține Baroului, achităm toate cheltuielile curente, finanțăm apariția lunară a revistei Avocatul Poporului, achităm costul mandatelor repartizate avocaților și plătim salariul angajaților.

De aceea, vă îndemn pe toți să influențați pozitiv colegii ce nu achită cotizațiile de membru și să contribuiți în continuare la susținerea financiară a Baroului.

Stimați colegi, pe parcursul anului 2005, Consiliul Baroului a analizat situația creată în acordarea asistenței juridice în cauzele civile și economice și s-a constatat că în cele mai multe cazuri această asistență este acordată de către alte persoane decât avocații în baza procurilor.

În urma acestei analize, Consiliul a remis o adresare pe numele Președintelui Republicii Moldova, Parlamentului, prim-ministrului, președintelui Consiliului Superior al Magistraturii, Ministrului Justiției, Procurorului General, în care și-a expus îngrijorarea cu privire la situația creată, a argumentat prevederile legislației naționale și internaționale în această problemă și a solicitat să ia măsurile de rigoare pentru soluționarea acesteia în scopul stabilirii ordinii de drept, și a ridicării nivelului de acordare a asistenței juridice calificate.

Am mai atenționat că prin această activitate se aduce un mare prejudiciu bugetului statului prin neplata contribuțiilor și taxelor obligatorii, eludând prevederile Codului Fiscal. Textul integral îl puteți găsi pe prima pagină a revistei Avocatul Poporului nr.12 din 2005. Până în prezent nu am primit nici un răspuns.

Stimați colegi!

Poate ar fi necesar să mai fie elucidate și un șir de alte probleme ce țin de activitatea avocaturii, le cunoaștem cu toții și care necesită luarea unei atitudini dar las la discreția Dumneavoastră abordarea tuturor problemelor în luările de cuvânt și așteptăm propuneri concrete ce ar contribui la intensificarea și îmbunătățirea activității Consiliului Avocaților în anul curent.

Vreau să asigur avocații că și în continuare Consiliul Baroului va depune toate eforturile întru executarea obligațiilor sale și rezolvarea tuturor problemelor, în măsura posibilităților, ce apar zi de zi.

Mulțumim pentru atenție!

IMUNITATEA DE JURISDICȚIE A STATELOR ÎN PROCESELE DE DREPT INTERNAȚIONAL PRIVAT

Valeriu BABĂRĂ,

doctor în drept, conferențiar universitar, avocat

In this article, the author treats the issue of jurisdictional immunity of the states in lawsuits of the international private law, including the settlements that the article 457 from the Code of civil procedure of Republic of Moldova contents. Also are analysed the two conception that ground the problem of the immunity of the state and his goods – the absolute immunity and the functional immunity.

Imunitatea de jurisdicție este un principiu potrivit căruia un stat străin nu poate fi chemat – împotriva voinței sale – într-un proces civil, în calitate de pârât. Fundamentul acestui principiu se justifică pe ideea de independență, suveranitate și egalitate a statelor, de unde și adagiul *par in parem non habet imperium, non habet jurisdictionem*, adică egalul asupra egalului nu are autoritate. Tot, astfel, și reprezentanții statului străin, în perioada aflării lor în funcție, se bucură de imunitate de jurisdicție. Sub acest aspect situația este aceeași la funcționarii internaționali, reprezentanții comerciali ai statelor, șefii de stat și trimișii speciali aflați în vizită de curtoazie sau alte misiuni (1). Pentru reprezentanții statului, imunitatea de jurisdicție se mai întemeiază pe ideea de a nu crea obstacole în îndeplinirea misiunilor (*ne impediatur legatio*).

În sistemul de drept al Republicii Moldova imunitatea jurisdicțională este reglementată de art.457 din Codul de procedură civilă, care prevede că introducerea în instanța judecătorească din Republica Moldova a unei acțiuni către un alt stat, antrenarea acestuia în proces în calitate de pârât, punerea sub sechestrul a bunurilor acestuia situate pe teritoriul Republicii Moldova, luarea altor măsuri de asigurare a acțiunii împotriva bunurilor respective, precum și punerea sub sechestrul în procedura de executare a hotărârii judecătorești se pot face cu consimțământul organelor competente ale statului respectiv, dacă legea națională sau tratatul internațional la care Republica Moldova este parte nu prevede altfel. Tot în acest sens, în cadrul litigiilor civile, organizațiile internaționale, reprezentanții diplomați ai altor state acreditați în RM, precum și alte persoane menționate în tratatele internaționale sau în legile RM sunt supuse jurisdicției instanțelor judecătorești din RM în limitele stabilite de normele dreptului internațional sau de tratatele internaționale la care RM este parte.

Problema imunității statului și a bunurilor sale se întemeiază pe două concepții:

- **Imunitatea absolută** are la bază aplicarea consecventă a principiului imunității statului străin și a bunurilor sale pentru absolut toate activitățile desfășurate pe teritoriul unui stat străin, indiferent de natura acestora.

- **Imunitatea funcțională** are la bază limitarea imunității statului străin și a bunurilor sale, înlăturând aplicarea acestui principiu în cazurile în care statul străin desfășoară activitate comercială. Această imunitate funcțională poate fi întâlnită și sub denumirea de imunitate limitată sau imunitate a statului comerciant.

În privința imunității funcționale se impune deosebirea dintre cele două categorii de acte pe care le poate săvârși statul: a) acte *jure imperii*, adică actele făcute în virtutea puterii sale suverane; b) acte *jure gestionis*, adică acte cu caracter economic, cum ar fi actele comerciale, în care statul apare ca o persoană particulară, ca un comerciant.

Astfel, potrivit teoriei imunității funcționale, statul se bucură de imunitate în cazurile în care acționează *jure imperii* și nu se bucură de imunitate pentru actele *jure gestionis*.

În sprijinul teoriei imunității funcționale sunt invocate următoarele argumente:

- actele de autoritate, de drept public se deosebesc de actele de gestiune, de drept privat, de unde rezultă distincția între actele *jure imperii* și actele *jure gestionis*;
- principiul suveranității statului, din care rezultă imunitatea statului și a bunurilor sale, ar fi perimat și n-ar avea nici o valoare referitor la necesitățile economice ale comunității internaționale;
- consacrarea acestei teorii într-o serie de convenții internaționale (2).

Împotriva imunității funcționale au fost formulate și unele obiecții:

- distincția între actele de drept public și actele de drept privat este lipsită de precizie (3);
- această teorie nu poate fi acceptată, deoarece disociază conceptul indivizibil al suveranității statului, care acționează suveran, indiferent de natura actelor efectuate;

- invocarea convențiilor internaționale în favoarea imunității funcționale are o valoare limitată, având în vedere că însăși încheierea acestora confirmă existența unor reguli de drept internațional unanim admise, de la care s-a căutat să se stabilească excepții printr-o convenție specială, pe de o parte, iar pe de altă parte, aceste convenții confirmă existența acestei reguli, prin aceea că statele au dreptul de a renunța, prin convenție internațională sau pe altă cale, la imunitatea lor de jurisdicție care reprezintă un drept, nu și o obligație; astfel, renunțarea poate produce efecte numai între părțile contractante, iar necesitatea renunțării demonstrează existența unui drept prealabil, obiect al renunțării (4).

Referitor la teoria imunității funcționale, este necesar de menționat că în anul 1972 a fost încheiată Convenția Europeană asupra imunității statului (Austria, Belgia, Cipru, R.F.G., Luxemburg, Olanda, Elveția, Anglia), care a intrat în vigoare la 11 iunie 1976, reglementările cuprinse în aceasta dând expresie imunității funcționale a statului străin.

În contextul la care ne referim, se cuvine să precizăm că în anul 1976 în S.U.A. a fost adoptată The Foreign Sovereign Immunities Act of 1976, care a intrat în vigoare din 19 ianuarie 1977, iar în Anglia The State Immunity Act 1978, care a intrat în vigoare la 22 noiembrie 1978.

Legea S.U.A. prevede că, sub rezerva anumitor excepții, statul străin se bucură de imunitatea de jurisdicție în fața instanțelor din Statele Unite, precum și în fața celor din statele federale. Astfel, noțiunea de străin se aplică guvernului central al statului străin, precum și subdiviziunilor sale politice, agențiilor și organizațiilor sale, dacă entitățile respective îndeplinesc următoarele condiții: a) au personalitate juridică distinctă; b) reprezintă un organ al statului străin ori a unei subdiviziuni politice a acestuia sau ale căror acțiuni sunt în majoritate proprietatea acestora; c) nu au naționalitatea S.U.A. și nici nu s-au constituit în conformitate cu legislația unui stat terț.

Potrivit aceleiași legi, statele nu pot beneficia de imunitate în fața tribunalelor străine în măsura în care în cauză sunt implicate activitățile lor comerciale și când bunurile aflate în proprietatea lor pot face obiectul executării silită, pornite în temeiul hotărârii judecătorești pronunțate împotriva statelor în legătură cu activitățile comerciale ale acestora. Competența exclusivă de a decide în chestiunile de imunitate a statelor străine revine instanțelor judecătorești, Departamentul de Stat nemaiaivând vre-o prerogativă în această privință. În sensul legii, prin activitate comercială se înțelege fie desfășurarea în mod obișnuit a unor acțiuni comerciale, fie chiar și un singur act sau tranzacție comercială. În ambele cazuri, caracterul comercial al activității se determină în funcție de natura și nu de scopul acesteia. O altă excepție de la principiul imunității statului străin este aceea în care litigiul se referă la drepturi de proprietate asupra imobilelor situate în S.U.A.

Legea engleză, de asemenea face distincție între actele *jure imperii* și *jure gestionis*. Se consideră că sunt situații enumerate în lege în care un stat străin nu trebuie să beneficieze de imunitate și, deci, el beneficiază de aceasta numai în alte situații decât cele menționate că nu se bucură de imunitate. Prin stat străin se înțelege guvernul central sau un minister al aceluși stat, inclusiv agențiile sau organizațiile guvernamentale care, deși apte să stea în justiție în nume propriu, nu sunt distincte de guvern. Referința la statul străin include pe șeful aceluși stat. Orice altă entitate publică separată, având personalitate juridică, nu se poate bucura de imunitate, ca de exemplu băncile naționale sau centrale care pot beneficia de imunitate „dacă și numai dacă” au acționat într-o calitate suverană și în asemenea

împrejurări încât și statul însuși ar fi fost imun. Totodată, legea engleză menționează ca excepție de la imunitatea statului situația în care statul străin încheie o tranzacție comercială, prin care se înțelege: orice contract de furnizare de bunuri sau servicii; orice împrumut sau obligație financiară, inclusiv garanțiile sau despăgubirile în legătură cu asemenea act; orice altă tranzacție comercială, industrială, profesională sau având alt caracter în care statul se angajează altfel decât în exercitarea autorității suverane. De asemenea, există alte situații în care nu se acordă imunitate și anume: când statul străin încheie orice fel de contracte ce urmează să fie executate în Anglia; litigiile privind bunurile imobile situate în Anglia; litigiile referitoare la brevete și alte drepturi de proprietate intelectuală; litigiile care decurg din calitatea de asociat într-o societate; litigiile cu caracter fiscal, precum și cele care privesc navele străine, proprietate de stat, exploatare în scopuri comerciale.

Atât legea S.U.A., cât și legea engleză consideră că nu există imunitate de jurisdicție în cazul în care statul străin a renunțat la aceasta. Potrivit legii S.U.A., renunțarea la imunitate se poate face în mod expres sau implicit. Renunțările exprese sunt practice în precădere în operațiile financiare cu caracter internațional. Renunțările implicite sunt considerate cele făcute în cauza clauzei compromisorii din cadrul unui contract de vânzare-cumpărare internațională, prin efectul căreia un stat, parte la contract, ar consimți ca eventualele litigii dintre părți în legătură cu contractul să fie soluționate de un arbitraj internațional, în sensul că prin încheierea convenției arbitrale, statul este implicit de acord să nu se prevealeze de jurisdicție înaintea organului chemat să soluționeze litigiul respectiv (5).

Legea engleză consideră că s-a renunțat la imunitatea de judecată în situația în care statul s-a supus jurisdicției instanțelor engleze, precizându-se că nu se consideră renunțare împrejurarea că statul se prezintă în instanță, luând parte la dezbateri, dar numai cu scopul de a pretinde imunitatea sau de a-și dovedi un drept de proprietate (6).

Tendința în practica judiciară și în literatura juridică de drept comparat este în sensul imunității de jurisdicție restrictivă a statului (imunitatea funcțională), dar nu există unanimitate de opinii cu privire la criteriile distincției între imunitatea absolută, acceptată de unele state, și imunitatea restrictivă, acceptată de numeroase state și totodată nu este clarificată dificila problemă a împărțirii actelor statului în acte *jure imperii* și *jure gestionis*.

În raporturile economice stabilite între un stat, în calitate de subiect de drept civil, și o persoană fizică sau persoană juridică având altă cetățenie, respectiv naționalitate, în măsura în care părțile nu au stabilit altfel, prin acceptarea convenției ori clauzei de arbitraj, statul parte a renunțat implicit la imunitatea de jurisdicție în fața organului de arbitraj desemnat să soluționeze litigiul respectiv. Dar, renunțarea la imunitatea de jurisdicție nu înseamnă și renunțarea la imunitatea de executare a statului. Ca o consecință a renunțării la imunitatea de jurisdicție, statul poate renunța la imunitatea de executare. Renunțarea la imunitatea de jurisdicție trebuie să fie certă și neechivocă, iar acceptarea unei clauze de arbitraj de către un stat nu înseamnă că s-a renunțat în general la imunitatea de jurisdicție.

În Convenția Europeană cu privire la imunitatea de jurisdicție și de executare a statului, încheiată la Basel la 16 mai 1972, se prevede în cuprinsul art.12 că în arbitrajul dintre guverne și subiecte de drept civil sau în cele referitoare la materii comerciale, nu poate fi invocată imunitatea referitoare la „validitatea sau interpretarea convenției arbitrale, procedura arbitrală și respingerea hotărârii, afară numai dacă prin convenția arbitrală nu s-a prevăzut altfel”.

NOTE:

- 1) A se vedea: Convenția de la Viena privind relațiile diplomatice (1961), Convenția de la Viena privind relațiile consulare (1963);
- 2) Convenția de la Geneva privind dreptul mării (1958);
- 3) Y.Loussouarn, P.Bourel, *Droit International Prive, Precis, Paris, 1978, p.601*;
- 4) H.Batiffol, P.Lagarde, *Droit International Prive, vol.II, Paris, 1970, p.388*;
- 5) Georges R.Delaume, *Public Debt and Severing Immunity; The Foreign Immunities Act of 1976*, în „*American Journal of International Law*” (A.J.I.L.), vol.71, 1977, nr.3, p.399;
- 6) Rosalyn Higgins, *Recent Developments in the Law of Sovereign Immunity in the United Kingdom*, în A.J.I.L., vol.71, 1977, nr.3, p.423.

CONCEPTUL FRUSTRATION

Adrian AMARIȚA,

doctorand

Most authors think that the term of „frustration” is similar to both „force majeure” and hardship, but it doesn’t have the exact meaning of neither of them.

Frustration occurs every time the law admits the fact that without the fault of one of the parties the contractual obligation becomes impossible to execute because the circumstances in which the execution is demanded lead to an entirely different thing from what was initially agreed in the contract.

Conceptul frustration a apărut pentru atenuarea regulii conform căreia părțile erau constrânse să-și execute obligațiile asumate prin clauzele contractuale, chiar și în condițiile în care executarea devenea extrem de împovărătoare prin apariția unor evenimente independente de voința și puterea lor. Eliberarea debitorului pentru neîndeplinirea obligațiilor asumate prin clauzele contractuale nu se putea produce decât prin includerea unei clauze care să îl exonereze în situația apariției obstacolului neprevăzut.¹

Majoritatea autorilor afirmă că noțiunea de frustration se apropie atât de noțiunea de forță majoră, cât și de aceea de impreviziune, dar nu se confundă cu niciuna dintre ele.

Potrivit doctrinei frustration, contractul poate fi reziliat în cazul în care după încheierea acestuia apar evenimente care fac executarea imposibilă sau ilegală.²

Teoria frustration implică absența culpei celui care o invocă.

În ceea ce privește efectele, conceptul frustration nu acordă posibilitatea instanțelor de a adapta clauzele contractuale în funcție de noile condiții, efectul fiind de desființare automată a contractului din momentul apariției evenimentului neprevăzut.

Teoria frustration poate fi invocată de oricare dintre părți, nu numai de către partea afectată de apariția obstacolului neprevăzut, iar desființarea obligațiilor operează numai pentru perioada viitoare.

Desființarea automată a contractului presupune că toate obligațiile anterioare frustration își produc efectele în continuare, iar obligațiile ulterioare momentului frustrării nu se vor mai executa.

Definiția clasică a ideii moderne de frustration a fost dată de Lord Radcliff în *Davis Contractors & Fareham Urban DC*,³⁶: “Frustration se produce ori de câte ori legea recunoaște că, fără greșea oricărei părți, obligația contractuală a devenit imposibil de executat pentru că circumstanțele în care executarea este cerută conduc la un lucru radical diferit de ceea ce a fost prevăzut inițial în contract.”

Conceptul frustration este folosit de sistemele de common-law, acesta acoperind atât domeniul forței majore, cât și cel al impreviziunii.

Potrivit doctrinei frustration, contractul se desființează în situația în care evenimentul perturbator apărut după încheierea contractului modifică în mod esențial obligațiile stipulate în contract. Obstacolul trebuie să fie exterior voinței părților. De asemenea, conceptul frustration presupune și imprevizibilitate.⁴

Ținând seama de faptul că evenimentul neprevăzut care antrenează aplicarea doctrinei frustration trebuie să aibă ca efect o modificare esențială a contractului, obligația debitorului la executare ar fi echivalentă cu executarea unui alt contract.⁵

Frustration nu constituie imposibilitate, dar reprezintă mai mult decât o dificultate suplimentară (additional hardship) și include impracticabilitatea (impracticability) generată de dificultatea sau cheltuielile inoportune datorate apariției evenimentului neprevăzut.

În literatura de specialitate sunt considerate situații de frustration:

- distrugerea sau dispariția bunurilor care formează obiectul contractului;
- moartea, incapacitatea sau boala gravă a debitorului;
- exproprierea sau naționalizarea unor bunuri;
- interdicțiile de import sau de export;
- refuzul de acordare a licențelor de export sau de import după încheierea contractului.

Trebuie menționat că efectul situației frustration este de eliberare a debitorului de executare a obligațiilor contractuale după apariția evenimentului neprevăzut, dar în prima fază contractul este suspendat, frustrarea intervenind numai după trecerea unei perioade rezonabile de timp, în momentul în care există certitudinea că întârzierea afectează fundamental echilibrul contractului.

Tendința în contractele comerciale internaționale este de înlăturare a consecințelor situațiilor de frustrare prin utilizarea unor clauze de readaptare a contractelor. În acest sens, cea mai frecvent folosită este clauza de hardship, potrivit căreia părțile pot cere readaptarea contractului în cazul în care a intervenit un eveniment care a modificat esențial echilibrul contractului.

Imposibilitatea fizică de a executa obligațiile asumate prin contract prin dispariția sau distrugerea bunurilor care constituie obiectul contractului este prevăzută în “Sale of Goods Act” din 1893, cu modificările ulterioare, ultima datând din anul 1979, care stipulează că într-un contract de vânzare a unor bunuri determinate pierrea acestora fără culpa părților contractante determină anularea contractului.

Asemănările dintre forța majoră și frustration constau în :

- exclud culpa debitorului;
- debitorul nu este exonerat de răspundere în contractele de vânzare a bunurilor fungibile decât în cazul în care nu există nici o altă sursă de aprovizionare.

În ceea ce privește excluderea culpei debitorului, în teoria frustration situația nu este clarificată în cazul în care acțiunea nu este intenționată, ci se datorează neglijenței.

Deosebirea dintre forța majoră și frustration constă în faptul că, în timp ce în cazul forței majore trebuie să se facă proba evenimentului care a împiedicat derularea contractului, în teoria frustration apariția evenimentului neprevăzut determină desfacerea intenției comune a părților contractante.⁶

Pentru preîntâmpinarea dificultăților în stabilirea frustrării unui contract, prin acordul părților se introduce o clauză de forță majoră, prin care se stabilesc drepturile și obligațiile părților în cazul ivirii unor evenimente în afara controlului lor.

În sistemul de drept englez conceptul frustration acoperă atât domeniul forței majore, cât și situațiile de hardship.⁷

În literatura de specialitate engleză sunt evocate trei categorii de ipoteze care pot determina imposibilitatea totală de executare a obligațiilor asumate prin contract.

O primă categorie se referă la imposibilitatea fizică de a executa obligația din cauza distrugerii sau dispariției bunurilor care formează obiectul contractului.

Alte cazuri de neexecutare datorată evenimentelor neprevăzute se referă la contractele de vânzare de bunuri determinate sau nedeterminate, în aceste situații revenind instanțelor puterea decizională de a stabili natura evenimentului prin raportarea la dreptul comun.

Practica judiciară a arătat că instanțele au apreciat în contractele intuiții personae că executarea devine imposibilă prin incapacitatea, boala gravă sau moartea debitorului.

A treia categorie se referă la cazurile de imposibilitate de ordin juridic:

- exproprierea sau naționalizarea unor bunuri;
- interdicțiile de import sau de export, dispuse de administrația de stat, în situația în care acestea sunt definitive;
- refuzul acordării licenței sau autorizației de import sau de export, în cazul în care acesta apare după încheierea contractului.

În practică delimitarea situațiilor în care contractul este frustrat de cazurile în care acesta nu este frustrat este aproape imposibilă, de fiecare dată fiind analizat cazul concret.

Asemănător sistemelor de drept romaniste, în cazul în care neexecutarea obligației contractuale se referă la un lucru fungibil, partea nu poate fi exonerată decât în situația în care sursa de aprovizionare nu poate fi substituită unei alte surse.

Spre deosebire de forța majoră din dreptul continental, care presupune proba evenimentului neprevăzut, în situația de frustration este necesar ca părțile să repună în discuție intenția lor comună.

În dreptul nord-american, într-o primă etapă, imposibilitatea de executare a obligației asumate prin contract nu a fost considerată o cauză exoneratoare, în lipsa unei stipulații contractuale contrare.

Ulterior, jurisprudența americană a considerat că imposibilitatea datorată unor evenimente imprevizibile în momentul încheierii contractului exonerează debitorul, cu excepția unor stipulații contractuale contrare.⁸

În Codul comercial uniform al S.U.A. este prevăzut că, în afară de cazul în care vânzătorul și-a asumat obligații mai importante, neexecutarea totală, parțială sau cu întârziere a obligațiilor vânzătorului nu reprezintă o abatere de la obligațiile contractuale în situația în care executarea este imposibilă din cauza unui eveniment imprevizibil, a cărui inexistență a determinat semnarea contractului, iar părțile au respectat cu bună-credință reglementările legale în vigoare în S.U.A. sau în alte state.

Vânzătorul este exonerat de răspundere în situația apariției unor evenimente neprevăzute la încheierea contractului, care fac

imposibilă executarea obligației asumate prin contractul de comerț internațional.

Criteriul folosit pentru definirea evenimentului exonerator de răspundere are caracter comercial.

Caracterul comercial al exonerării constă în lipsa materiilor prime cauzată de război, embargo, absența recoltelor locale, închiderea principalelor surse de aprovizionare, care provoacă o creștere masivă a cursurilor sau împiedică vânzătorul să efectueze aprovizionările necesare executării obligațiilor sale contractuale.

Exonerarea presupune enumerarea în clauzele contractuale a evenimentelor considerate a fi de forță majoră.

În literatura juridică americană este analizată în mod frecvent teoria impracticabilității comerciale, conform prevederilor Codului comercial uniform al S.U.A. și modului de aplicare al acestuia în instanțe. În acest sens, se face referire la modificarea contractelor sau la încetarea acestora. Opinia majoritară pledează pentru rolul sporit al instanțelor, care se manifestă de la caz la caz.⁹

Principiile UNIDROIT - varianta 2004 și Principiile Dreptului Contractual European au avut în vedere apropierea conceptului frustration din sistemele de common-law de forța majoră din sistemele de drept romaniste.

Astfel, în temeiul art.7.1.7. al 1 din Principiile UNIDROIT - varianta 2004, condițiile forței majore sunt definite astfel: "Este exonerat de răspundere pentru neexecutare debitorul care dovedește că aceasta se datorează unui impediment pe care nu îl poate controla și pe care nu l-ar fi putut lua în considerare în momentul încheierii contractului și pe care nu l-ar fi putut evita ori depăși."

În temeiul art.8:108 din Principiile Dreptului Contractual European, debitorul este exonerat de răspundere pentru neîndeplinirea obligațiilor asumate prin contract în situația în care face proba că impedimentul este dincolo de controlul părților și nu a putut fi luat în considerare în mod rezonabil la data încheierii contractului.

În situația în care obstacolul este temporar, exonerarea prevăzută în acest articol este efectivă pentru perioada în care evenimentul determină neexecutarea obligației contractuale. Debitorul are obligația notificării impedimentului și efectului acestuia și a imposibilității de executare a obligației prevăzute în contract într-un interval de timp rezonabil.

Creditorul este îndreptățit să primească daune-interese pentru orice pierdere rezultată din neprimirea unei astfel de notificări.

Articolul 8:108 exonerează debitorul de îndeplinirea obligațiilor contractuale în cazul în care evenimentul neprevăzut a determinat imposibilitatea executării contractului.

La rândul său, Camera Internațională de Comerț din Paris, în încercarea sa de a unifica sistemele de drept romaniste cu cele de common-law, definește forța majoră prin Clauza model - varianta 2003 astfel: "O parte nu este considerată responsabilă pentru neexecutarea oricărei obligații ale sale, în măsura în care dovedește că această neexecutare s-a datorat unei piedici independente de voința sa, pe care, la momentul încheierii contractului, nu a putut, în mod rezonabil, s-o prevadă și nici să-i anticipeze efectele asupra aptitudinii sale de a executa contractul, piedică pe care ar fi putut, în mod rezonabil, s-o depășească sau, cel puțin, să-i depășească efectele."

Definiția dată forței majore de Clauza model - varianta 2003 a Camerei Internaționale de Comerț din Paris prevede în paragraful 1 formula sintetică generală a cazului de forță majoră, iar în paragraful 3 este prezentată lista evenimentelor care se prezumă a întruni condițiile sintetice ale forței majore.¹⁰

În paragraful 1 se stipulează că, în cazul în care o parte contractantă nu execută una sau mai multe dintre obligațiile sale contractuale, efectele forței majore se vor produce dacă acea parte dovedește:

- că neexecutarea obligațiilor sale contractuale a fost cauzată de un impediment în afara controlului său rezonabil;
- că nu s-ar fi putut aștepta în mod rezonabil să fi luat în considerare producerea impedimentului la data încheierii contractului;

- că ea nu ar fi putut în mod rezonabil sau să evite sau să depășească consecințele impedimentului.
- Conform paragrafului 3, sunt considerate cazuri de forță majoră următoarele impedimente :
- a) război;
 - b) răscoală sau revoluție;
 - c) act de terorism, sabotaj sau piraterie;
 - d) act al autorității (stare excepțională, expropriere, achiziție forțată, sechestrarea fabricilor, rechiziție,

- naționalizare);
- e) eveniment natural, flagel, epidemie, dezastru natural precum furtună violentă, taifun, uragan, tornadă etc.;
- f) explozie, incendiu, distrugerea mașinilor, echipamentelor, întreruperea prelungită a transporturilor, telecomunicațiilor sau curentului electric;
- g) conflict de muncă generalizat.

*Recenzent: Gheorghe ALECU,
doctor în drept*

¹ M.Elland-Goldsmith : *Les principes generaux du droit anglais în D.P.C.I., t.6, nr.4/1980, p.445-475.*

² G.H.Treitel: *The Law of Contract, Stevens Sons, Londra, 1983, p.648.*

³ A se vedea: Richard Backhaus : *Electronic Journal of Comparative Law, martie 2004.*

⁴ J.Bell: *Incidents de chagements în "Le contrat aujourd'hui: comparaison franco-anglaise", Paris, 1987, p.243-247.*

⁵ Victor Babiuc, Ion Rucăreanu, Corneliu Bârsan: *Răspunderea în contractul de vânzare-cumpărare internațional, Institutul de Economie Mondială, București, 1982, p.219-224.*

⁶ H.Lesguillons: *Frustration, Force majeure, Imprevision, Wegfall der Geschäftsgrundlage în "Droit et Pratique du Commerce International, nr.4/1979, p.512.*

⁷ Roxana Munteanu: *Elemente de tehnică juridică privind adaptarea contractelor de comerț exterior, Ed.Academiei, București, 1990, p.158-161.*

⁸ J.Berman: *Problems de inexecution et la force majeure dans les contrats de vente internationale, p.33-34.*

⁹ R.Buxbaum: *Modification and Adaption of Contracts American Legal Developments, Renegociations of Contracts in International Trade and France, p.44-50.*

¹⁰ Sitaru Dragoș-Alexandru: *Dreptul comerțului internațional – Tratat, Ed.Lumina-Lex, București, 2004, p.767-769.*

REGLEMENTAREA UNIFORMĂ A CONFLICTELOR DE LEGI ÎN DOMENIUL CONTRACTELOR INTERNAȚIONALE.

*Sergiu GUȚU,
avocat*

The High Contracting Parties to the Treaty establishing the European Economic Community, anxious to continue in the field of private international law the work of unification of law which has already been done within the Community, in particular in the field of jurisdiction and enforcement of judgments, wishing to establish uniform rules concerning the law applicable to contractual obligations. A contract shall be governed by the law chosen by the parties. The choice must be expressed or demonstrated with reasonable certainty by the terms of the contract or the circumstances of the case. By their choice the parties can select the law applicable to the whole or a part only of the contract.

Forma actelor. Pentru forma actelor, două soluții alternative sunt reținute de Convenția asupra legii aplicabile obligațiilor contractuale din 19 iunie 1980 [1]. Contractul este valid, dacă el respectă forma prevăzută de legea care guvernează fondul sau dacă respectă legea țării în care a fost încheiat (locus regit actum), desigur, avantajul de legi propuse alternativ ar putea fi mai mare. S-ar putea invoca și legea națională ori legea domiciliului persoanei care l-a încheiat. Legea aplicabilă conform normelor conflictuale din dreptul internațional privat al autorității care examinează validitatea. S-ar mai putea lua în considerare și atunci când părțile care încheie contractul se găsesc pe teritoriile unor

state diferite, ca fiecare dintre părți în parte să se conformeze legii unuia din aceste state. Reprezentantul părții a îndeplinit condițiile de formă ale statului în care s-a aflat în momentul încheierii contractului.

Unii autori consideră că cerințele de formă sunt impuse sau în strânsă legătură cu fondul și din cauza aceasta forma

contractelor urmează să fie supusă unei anumite rigori (art. 9 par. 1 din Convenție).

Un contract încheiat între persoane care se găsesc în țări diferite, conform criteriului formei, este valabil dacă el satisface cerințele de formă ale legii din una din cele două țări; este vorba de cerințele de formă prevăzute de Convenție (art. 9 par. 4).

Par. 4 din art. 9 se referă la contractele încheiate între absenți. Fiecare parte face anumite declarații privind un contract existent sau un contract proiectat. Declarațiile sunt valabile dacă îndeplinesc cerințele de formă ale legii care, în baza Convenției, cărmuiește sau va cărmui contractul.

Domeniul legii contractului. Legea aplicabilă contractului, în virtutea art. 3-6 și 12 din Convenție, cărmuiește în particular interpretarea, executarea contractului, consecințele desfacerii contractului și aprecierea daunelor. Se aplică, de asemenea, modurilor de stingere a obligațiilor, prescripției și limitării acțiunilor în ce privește modalitățile executării (the manner of performance), ceea ce art. 765-774 Codul civil al Republicii Moldova numește modul în care se face recepția mărfii, termenele și procedura de verificare cantitativă și calitativă și măsurile ce pot fi luate în caz că bunurile sunt refuzate și procedura de a arăta nemulțumirea cumpărătorului și evaluarea pierderilor din cauza lipsurilor cantitative și calitative și calea de contactare a lipsurilor în locul de primire (preluare-predare a mărfii) sunt arătate de legea locului unde are loc predarea-preluarea.

Cât privește capacitatea părților, Convenția include o regulă acum adoptată peste tot, precum de legea noastră de drept internațional privat în art. 17, art. 11, din Convenție, are următoarea formulare: „În contractele încheiate între două persoane fizice în aceeași țară, persoana, care este capabilă după legea țării în care s-au găsit, poate invoca incapacitatea sa rezultând din altă lege, numai dacă cealaltă parte la contract cunoștea incapacitatea ei sau nu o cunoștea ca rezultat al unei neglijențe”.

Despre legile străine de aplicare necesară (mandatory rules sau lois de police etrangeres). Art. 7 (Mandatory rules) din Convenție se referă la următoarea situație. Un contract internațional este supus, conform prevederilor din Convenție, legii statului cu care el prezintă legăturile cele mai strânse. Acest contract însă are legături și cu alte țări, prin aceasta, cu legile altor țări. Se poate întâmpla ca țările cu care contractul are legătură să aibă dispoziții de aplicare necesară (mandatory rule) pe care ele doresc să le vadă aplicate contractului, deși totuși contractul nu este supus acelei legi. Textul admite că nu se poate totuși să nu se țină seama de acele legi de aplicare necesară. Textul admite aplicarea legilor imperative dintr-o lege străină, deși contractul, în ansamblu, este supus altei legi. Este o problemă discutată în prezent. Nu s-a specificat în ce cazuri se aplică o lege „de police”, adică o lege de aplicare necesară (mandatory rules), pentru că nu se poate ști dinainte când o clauză dintr-un contract internațional ar cădea sub incidența legii de aplicare necesară din altă țară. Rămâne o chestiune lăsată la aprecierea judecătorului.

Uneori, trebuie să se ia în considerare legea străină, pentru a da o soluție echitabilă. Debitorul este împiedicat să plătească în valută, pentru că legea sa națională îl oprește să plătească în valută sau legea țării de unde vrea să scoată valuta îi interzice.

Art. 7, punctul 2, din Convenție conține și o altă prevedere: se vor lua în considerare legile forului, dacă ele sunt obligatorii (mandatory), indiferent de legea care, pe de altă parte, este competentă să cărmuiască acordul în baza principiilor Convențiilor.

În fond, observăm că dispozițiile Convenției de la Roma din 1980, sunt contradictorii. Faptul se explică. Sunt contradictorii atât interesele statelor-părți, cât și materia în sine, problemele pe care le ridică reglementarea contractelor în planul internațional sunt complexe. Cei doi poli între care se duce lupta sunt siguranța pe care o doresc părțile în momentul în care contractează în ce

privește soarta operației lor, care câteodată, urmează să se desfășoare pe o perioadă mai lungă de timp și, în orice caz, în condiții economice care pot suferi o rapidă schimbare, ceea ce poate deteriora imaginea pe care și-a format-o despre interesul în operație a uneia din părți, câteodată, chiar a ambelor părți. Nu este contractul un program de acțiune pentru viitor? Pentru un viitor foarte apropiat sau mai, îndepărtat. Celălalt pol, care, în prezent, pare a fi mai favorabil privit, este dorința de a avea o soluție, în caz de litigiu, cât mai apropiată de natura problemei conflictuale care se pune. La aceasta ar contribui alegerea dreptului, libertatea de apreciere acordată judecătorului, diferite articole din Convenție nuanțează la infinit soluțiile, cum ar fi în cazul contractelor de consumație și a celor de muncă.

Aici, trebuie să arătăm că această contradicție între cele două mari cerințe care agită domeniul dreptului internațional privat, siguranța operațiilor sau a situațiilor juridice și nevoia de a obține totdeauna cea mai bună soluție în caz de conflict, a existat și mai înainte. Pentru această dilemă, se recurge la o altă cale de ieșire din impas. Ne gândim la modul cum se interpreta autonomia de voință. Se distinge voința expresă, voința tacită și voința prezumată. Voința prezumată însemna, de fapt, o voință care nu existase în momentul încheierii contractului.

Pe de o parte, există texte în Convenție care promovează cea mai largă libertate, atât partenerilor la contract, cât și judecătorului, cu ocazia unui litigiu. principiile puse de Convenție îi dau posibilitatea judecătorului de a pune de acord cu condițiile concrete soluția pe care va fi chemat s-o dea. Pe de altă parte, găsim în convenție dispoziții pe care le-am numi restrictive și care nu sunt toate de același fel. În primul rând, găsim formulată expres excepția de ordine publică în dreptul internațional privat (art. 16). Conform acestui text, instanța poate să nu aplice nici o regulă din Convenție, dacă, prin aplicarea ei, s-ar încălca manifest ordinea publică în dreptul internațional privat al forului. Chiar dacă nu era un text în Convenție, excepția de ordine publică tot s-ar fi putut invoca de judecători, în baza unui principiu general. S-ar fi putut ca acordul comunitar să excludă aplicarea ordinii publice sau să caute să limiteze, printr-o formulă potrivită, invocarea ei. În loc de aceasta, vedem cum excepția se bucură de un loc special în Convenție. Noi știm că teoria dreptului conflictual condamnă energic folosirea ordinii publice și o consideră ca un rău necesar, dar cu recomandarea ca practica să facă foarte puțin sau deloc uz de excepție.

Alături de excepția de ordine publică, un loc separat îl ocupă în Convenție respectul legilor de aplicare necesară (mandatory rules). Regulile de aplicare necesară tot ar fi fost invocate și în lipsă de text.

S-ar fi putut însă ca textul din Convenție să interzică invocarea și utilizarea regulilor necesare, obligatorii (art. 7). Ca toate textele din Convenție, și textul acesta are o formulă care poate indica discuțiile purtate cu ocazia redactării textului, controversele la care a dat naștere. Conform art. 7, punctul 1, „Când se aplică în baza acestei Convenții dreptul unei țări, se va da efect regulilor obligatorii (mandatory rules, reguli de aplicare necesară) ale altor țări cu care situația are o strânsă legătură, dacă și în măsura în care în baza dreptului acelei țări, acele reguli trebuie să fie aplicate oricare ar fi legea ce reglementează contractul. Considerând dacă trebuie să dea efect acelor reguli obligatorii, se va ține seama de natura și de scopul lor și de consecințele aplicării sau neaplicării lor”.

În fine, trebuie să ne referim la rezerve. Ele micșorează efectul unificator al acordului. Sunt convenții în care nu se admite nici o rezervă. Art. 22 din Convenție admite rezerve pentru art. 7, punctul 1 și art. 10, punctul 1, litera e). Textul se referă la nulitatea contractului.

Redactorii legii sunt preocupați de unificare. Ideea apare în mai multe texte: în art. 18 și în Protocoalele care însoțesc Convenția. Toate dispozițiile la care ne-am referit mai sus slăbesc considerabil efortul unificator al Convenției.

Tot împotriva efectului unificator al Convenției acționează și dispoziții, cum ar fi acele din art. 5 și 6. Art. 5 se referă la

contracte încheiate cu consumatorii (consumer contracts). Art. 6 privește contractele individuale de muncă. Conform acestui text, părțile pot alege dreptul competent într-un contract individual de muncă, dar dreptul ales nu-l va lipsi pe muncitor de protecția pe care i-o acordă legile de aplicare necesară (mandatory rules) din țara în care muncitorul își desfășoară în mod obișnuit activitatea în executarea contractului, chiar dacă este temporar folosit în altă țară. În cazul în care muncitorul sau angajatul, își desfășoară activitatea obișnuită în diferite țări, adică nu are un loc anumit în care să-și desfășoare activitatea, atunci se aplică legea țării în care întreprinderea ce l-a angajat își are sediul.

Contractele de muncă sunt obișnuit supuse legii locului unde se prestează munca. [2] Ca și în cazul contractelor cu consumatorii, regulile conflictuale se bazează pe principiul alocării funcționale. Dreptul material îi protejează pe consumatori și persoanele angajate în muncă, deoarece sunt considerate persoanele cele mai slabe în raportul juridic. Regulile conflictuale din Convenție reflectă poziția pe care o au consumatorii și muncitorii în dreptul intern. Rezultatul atins de regulile conflictuale este aplicarea regulilor materiale ale reședinței obișnuite, în cazul contractelor cu consumatorii, a legii unde se prestează munca sau legea unde persoana care angajează are sediul, în cazul contractelor de muncă. De Boer [3] își pune întrebarea dacă dispozițiile din art. 5, punctul 2 înseamnă că legea aleasă va fi înlocuită cu legea care oferă o mai bună protecție sau textul discutat se bazează pe principiul aplicării legii care are cea mai strânsă conexiune cu acordul

părților. De Boer nu vede nici o deosebire metodologică între soluția adoptată de Convenția de la Haga privind obligația de întreținere și textele din art. 5 și 6 ale Convenției comunitare. În Convenția de la Haga privind întreținerea, textele permit părții mai slabe să invoce o lege subsidiară dacă prima lege invocată nu-i permite să primească întreținerea. În Convenția comunitară, recursul la legea subsidiară, depinde de faptul dacă în prima lege (legea aleasă) există sau nu o protecție suficientă pentru partea mai slabă. Noul cod civil olandez, în art. 6, 5, 2a, 13, cuprinde o regulă delimitând singură câmpul ei de acțiune (este o regulă unilaterală). Dacă părțile folosesc un contract-tip sau un ghid pentru întocmirea unor contracte de consumație (consumer contracts), se aplică legea olandeză, dacă clientul este rezident în Olanda.

Din textul Convenției se vede că părțile au ajuns la concluzia că este greu să se găsească reguli care să convină ansamblului dreptului contractelor. Ne gândim la reguli generale care să convină tuturor cazurilor pe care viața economică le ridică. Complexitatea și varietatea situațiilor conflictuale conduce la ideea că este zadarnică căutarea unor criterii stabilite odată și pentru totdeauna. Judecătorul are posibilitatea să determine pentru fiecare caz în parte legea care convine mai mult situației date, ținând seama de toate circumstanțele de fapt. [4]

*Recenzent: Violeta COJOCARU,
doctor în drept, conferențiar universitar, USM*

REFERINȚE BIBLIOGRAFICE :

1. http://www.just.ro/files/cooperare_judiciara_internationala/ghid_civil/81a.doc
2. De Boer. Choice of Law in Contracts and Torts in the Netherlands. A Methodological perspective, în Rabelsz, 58 (1990), p. 1-39).
3. De Boer, op. cit., p. 37.
4. Bastevant, în Repertoire des decisions de la Cour Permanente de Justice, Geneva 1961, p. 894.

MOTIVE DE CONCEDIERE ȘI EGALITATE ÎN DREPTURI

Evlampie DONOS,

doctor în drept, conferențiar universitar

Principiul egalității prevăzut de Constituția Republicii Moldova este caracteristic și pentru raporturile juridice de muncă. Și în Codul Muncii al Republicii Moldova este invocat acest principiu. La art. 5 lit. c) este prevăzută egalitatea în drepturi și de posibilități a salariaților. Acest principiu trebuie să fie valabil și pentru raporturile ce țin de încetarea contractului individual de muncă.

Însă temeiurile de concediere prevăzute la art. 86 din Cod conțin și excepții care nu sunt caracteristice principiului egalității de drepturi și de posibilități a salariaților.

Spre exemplu potrivit art. 86 alin. 1 lit. z) concedierea salariatului poate avea loc și pentru alte motive prevăzute de

Cod și de alte acte legislative. În acest sens legiuitorul nu a ținut cont că temeiurile de concediere trebuie să aibă un caracter limitativ. Codul Muncii și alte acte legislative nu trebuie să mai conțină și alte motive de concediere decât cele prevăzute la art. 86. În caz contrar este afectat principiul egalității în raporturile de muncă. Motivele de concediere invocate în articolele 273 și 301 din Codul Muncii reprezintă temeiuri suplimentare de

încetare a contractului individual de muncă cu unele categorii de salariați.

Printre trăsăturile care conferă contractului individual de muncă o importanță deosebită sunt și cele orientate spre instituirea unor relații de muncă constante, de durată. Este cert că oricât de mari ar fi avantajele legate de continuitatea muncii, legea nu poate să interzică încetarea contractului individual de muncă, deoarece o astfel de interdicție ar fi incompatibilă cu libertatea muncii. Însă încetarea contractului individual de muncă este posibilă numai în cazurile și condițiile prevăzute de lege. Ansamblul dispozițiilor care reglementează această materie reprezintă o instituție destul de importantă a dreptului muncii. Pe lângă cele două principii – libertatea muncii și stabilitatea în muncă un loc important, după cum s-a menționat revine principiului egalității în drepturi și de posibilitate a salariaților. Acest principiu este legat de caracterul imperativ al dispozițiilor legale care reglementează încetarea contractului individual de muncă.

Modurile încetării contractului de muncă constituie un element principal al reglementării privind încetarea contractului individual de muncă care se realizează printr-un act juridic, printr-o manifestare unilaterală sau bilaterală de voință. Însă ne putem afla și în prezența unor situații când contractul individual de muncă poate înceteze fără a fi necesar săvârșirea unui act juridic de către unitate, spre exemplu în cazul decesului persoanei încadrate, declararea judecătorească a morții sau a dispariției.

Faptele și actele care justifică încetarea contractului de muncă constituie motiv de încetare a contractului.

Articolul 86 din Codul Muncii conține 24 de motive de concediere spre deosebire de art. 38 și 263 din Codul Muncii din 25 mai 1973 care conținea 8 și respectiv 4 motive de concediere din inițiativa angajatorului.

Necesitatea extinderii acestor motive nu a fost justificată de careva cauze fie obiective fie cu caracter subiectiv.

Acele motive suplimentare de concediere din inițiativa angajatorului care erau incluse în art. 263 din Codul Muncii din 25 mai 1973 nu se înscriau în principiul egalității, ele fiind criticate atât de practicieni cât și de teoreticieni. Și Codul Muncii din 28 martie 2003 conține expres articole distincte cu motive suplimentare de încetare a contractului individual de muncă. Pe de altă parte și motivele prevăzute la art. 263 din Codul din 1973 și-au regăsit locul integral în redacția art. 86 din actualul Cod. Acest fapt nu soluționează în ansamblu problemele ce țin de egalitate ci din contra a provocat dificultăți în aplicarea normelor ce țin de încetarea contractului individual de muncă.

Spre exemplu, comiterea de către salariatul care îndeplinește funcții educative a unei fapte imorale incompatibile cu funcția deținută (art. 86, lit. m). Astfel de fapte pot fi săvârșite nu numai de către salariații care îndeplinesc funcții educative. Însă cum rămâne cu alte categorii de salariați care nu sunt investiți cu funcții educative dar comit fapte imorale.

Spre exemplu, art. 26 din Carta Socială Europeană Revizuită impune necesitatea de a contribui la conștientizarea inadmisibilității și preîntâmpinării hărțuirii și violenței sexuale. Scopul acestui articol este garantarea dreptului lucrătorilor la protecția demnității la locurile de muncă ori în legătură cu angajarea în câmpul muncii. De ce în cazul dat unui administrator al unității pentru hărțuire sexuală nu i se poate desface contractul de muncă din motivul săvârșirii unei fapte imorale? Cu toate că

acest conducător nu îndeplinește nemijlocit funcții educate, fapta imorală săvârșită de el în cazul dat la fel este incompatibilă cu funcția deținută. Deci motivele ce țin de încetarea contractului de muncă pentru săvârșirea unei fapte imorale trebuie să fie valabile pentru toate categoriile de salariați și nu numai asupra celor care îndeplinesc funcții educative. În același context art. 86 alin. 1 lit. l) și lit. n) prevede încetarea contractului individual de muncă cu cadrele didactice pentru încălcarea gravă, repetată pe parcursul unui an, a statutului instituției de învățământ precum și aplicarea, chiar o singură dată, a violenței fizice sau psihice față de discipoli. În esență aplicarea violenței fizice sau psihice față de discipoli reprezintă o faptă imorală incompatibilă cu funcția deținută. Mai sus au fost aduse argumente concrete în favoarea extinderii acestui motiv de concediere asupra tuturor salariaților și nu numai asupra cadrelor didactice.

Cât privește încetarea contractului individual de muncă pentru încălcarea gravă, repetată pe parcursul unui an, a statutului instituției e necesar de a preciza că și în alte domenii importante ale economiei naționale, anumitelor categorii de salariați li se aplică statute disciplinare. În cazul dat deși pot avea loc cazuri de încălcare gravă, repetată pe parcursul unui an a statutelor aprobate aceste persoane nu vor putea fi concediate pentru aceste fapte deoarece art. 86 alin. (1) lit. l) se extinde numai asupra cadrelor didactice. Această discriminare în raporturile de muncă nu poate fi tolerată.

Articolul 86 mai conține și alte motive care nu sunt compatibile cu principiul egalității inclusiv:

- *semnarea de către conducătorul unității, de către adjunctii săi sau de către contabilul șef a unui act juridic nefondat (art. 86 alin. 1 lit. o);*
- *încălcarea gravă, chiar și o singură dată, a obligațiilor de muncă, de către conducătorul unității (art. 86 alin. 1 lit. p);*
- *încheierea, vizând salariații ce prestează munca prin cumul, a unui contract individual de muncă cu o altă persoană care va exercita profesia, specialitatea sau funcția respectivă ca profesie, specialitatea sau funcția de bază.*

Asupra ultimului motiv e necesar de a face unele precizări având în vedere că încetarea contractului individual de muncă care prestează munca prin cumul reprezintă un temei suplimentar de încetare a contractului. Art. 267 din Codul Muncii prevede că munca prin cumul reprezintă îndeplinirea de către salariat, pe lângă munca de bază, a unei alte munci, permanente sau temporare în temeiul unui contract individual de muncă, iar contractele individuale de muncă prin cumul pot fi încheiate cu unul sau mai mulți angajatori. Este evident că un cumul de funcții poate avea loc nu numai la angajatori diferiți, ci chiar la același angajator prin încheierea cu acesta a încă a unui alt contract de muncă indiferent de natura activității. De la regulile admisibilității cumulului de funcții, fac excepție situațiile în care prin lege sunt prevăzute incompatibilități pentru cumul (judecători, procurori etc.). Extinderea temeiului suplimentar de încetare a contractului individual de muncă asupra tuturor salariaților care prestează munca prin cumul indiferent de motivele invocate la fel nu se înscrie principiului dreptului la muncă. O astfel de încetare ar putea avea loc, sapa exemplu, în cazul reducerii de personal, după desființarea posturilor vacante, când măsura va afecta în primul rând, contractele individuale de muncă ale salariaților care cumulează două sau mai multe funcții, precum și ale celor care cumulează pensia cu salariul (art. 88 alin. 1 lit. e) din Cod).

PRACTICA JUDICIARĂ

Decizia Colegiului civil și de contencios administrativ al Curții Supreme de Justiție a Republicii Moldova nr.2ra-1282/2005 din 26.10.2005

În conformitate cu art.297 al.(1) Codul muncii ocuparea tuturor funcțiilor științifice și didactice instituțiile de învățământ superior se efectuează în temeiul unui contract individual de muncă pe durata determinată, încheiat conform rezultatelor concursului.

M.L. a depus cerere de chemare în judecată împotriva Academiei de Administrare Publică pe lângă Președintele Republicii Moldova cu privire la restabilirea în funcție, compensarea prejudiciului material și moral.

În motivarea acțiunii reclamanta, M.L., a indicat că a activat prin cumul în funcția de lector superior, Catedra Organizare Statală și Asistență Juridică în cadrul Academiei de Administrare Publică pe lângă Președintele RM, funcția de bază fiind șef serviciul personal.

La 01 iunie 2004 a depus cerere de eliberare din funcția de șef Serviciul Personal și la 16 iunie 2004 a fost emis ordinul de eliberare.

La 09 iunie 2004 a depus cerere de transfer în funcția titulară de lector superior universitar, însă n-a fost emis nici un ordin și nu a primit nici un răspuns.

Ulterior, a fost informată că ocuparea posturilor didactice se efectuează în bază de concurs conform regulamentului cu privire la ocuparea posturilor didactice.

La 15 noiembrie a depus setul de documente pentru participarea la concurs, pentru anul de studii 2005-2006, însă nu l-a trecut.

Cere restabilirea în funcția de lector superior, repararea prejudiciului material în mărime de 3000 lei și a prejudiciului moral în sumă de 50000 lei.

Prin hotărârea Judecătoriai Centru mun. Chișinău din 01 aprilie 2005 acțiunea a fost respinsă ca fiind neîntemeiată.

Prin decizia Curții de Apel Chișinău din 02 iunie 2005 a fost respins apelul declarat de către M.L. ca nefondat și menținută hotărârea primei instanțe.

M.L. a declarat recurs împotriva deciziei instanței de apel, solicitând admiterea recursului, casarea hotărârilor judecătorești și emiterea unei noi hotărâri prin acțiunea sa să fie admisă.

În motivarea recursului recurenta, M.L., a indicat că concluziile instanței sunt în contradicție cu circumstanțele pricinii, care nu au fost constatate și elucidate pe deplin și la emiterea hotărârii instanța nu a ținut cont că prin acțiunile ilegale ale administrației Academiei de Administrare Publică de pe lângă Președintele RM i-au fost încălcate drepturile civile, economice și sociale.

Reprezentantul recurentei, M.G., în ședința instanței de recurs a susținut recursul, cerînd admiterea acestuia cu casarea hotărârilor judecătorești și emiterea unei hotărâri noi cu privire la admiterea acțiunii.

Reprezentantul intimatului, Academia de Administrare Publică pe lângă Președintele Republicii Moldova, I.A. în ședința instanței de recurs a solicitat respingerea recursului și menținerea hotărârilor judecătorești, care le consideră întemeiate și legale.

Audiind reprezentanții părților, studiind materialele dosarului, Colegiul civil și de contencios administrativ lărgit al Curții Supreme de Justiție consideră recursul neîntemeiat și care urmează a fi respins ca fiind nefondat cu menținerea hotărârilor judecătorești din următoarele considerente.

În conformitate cu art.445 alin.(1) lit. a) CPC instanța, după ce

judecă recursul, este în drept să respingă recursul ca fiind nefondat și să mențină decizia instanței de apel și hotărârea primei instanțe.

În ședința de judecată s-a stabilit că recurenta, M.L., la 22 august 2003 a fost numită prin transfer în funcția de șef al Serviciului Personal în cadrul Direcției Administrare Generală a Academiei de Administrare Publică, iar prin ordinul nr.105-P din 15 septembrie 2003 M.L. a fost angajată prin cumul intern în conformitate cu hotărârea Guvernului nr.291 din 25 mai 1993 pe 0,5 salariu lector superior în regim de plată cu ora pentru anul de studii 2003-2004 în cadrul Catedrei Organizare Statală și Asistență Juridică.

La 03 iunie 2004 M.L. adresează administrației cerere de demisie din funcția de șef al Serviciului Personal, iar la 09 iunie 2004 - cerere de transfer din funcția de lector superior Catedra Organizare Statală și Asistență Juridică în baza cumulului intern la aceeași funcție în calitate de titular.

Prin ordinul nr.93-P din 16 iunie 2004 a fost acceptata demisia solicitată de către M.L. de la 16 iunie 2004 din funcția de șef Serviciu Personal, Direcția Administrare Generală conform art.85 alin.(1) Codul Muncii. Privitor la cererea din 09 iunie 2004 a fost pusă rezoluția de a fi examinată la Comisia de organizare pentru anul 2004-2005.

În conformitate cu art.297 alin.(1) Codul Muncii ocuparea tuturor funcțiilor științifice și didactice în instituțiile de învățământ superior se efectuează în temeiul unui contract individual de muncă pe durata determinată, încheiat conform rezultatelor concursului.

Aceleași prevederi privitor la modul de ocupare a funcțiilor didactice se conțin și în p.9.11 al Statutului Academiei de Administrare Publică, aprobat prin Decretul Președintelui RM nr.1397-III din 18 iulie 2003.

Din materialele dosarului nu urmează că M.L. a participat în baza cererii personale și că a trecut concursul pentru anul de studii 2004-2005.

Prin urmare, pînă la 15 septembrie 2004, începutul noului an de studii, M.L. nu dispunea de contract individual de muncă pentru deținerea funcției titulare de lector superior la Catedra Organizare Statală și Asistență Juridică încheiat pe baza rezultatelor concursului.

În astfel de circumstanțe Colegiul civil și de contencios administrativ lărgit al Curții Supreme de Justiție consideră că nu pot fi reținute argumentele recurentei, M.L. cu privire la aceea că administrația ilegal a refuzat transferul ei din funcția deținută prin cumul intern pe anul de studii 2003-2004 la funcția titulară de lector superior, deoarece incontestabil s-a stabilit că deținerea funcției titulare de lector superior se efectuează numai pe o durată determinată și în baza rezultatelor concursului.

Nu pot fi reținute nici argumentele invocate de către recurentă precum că alți lucrători au fost primiți la funcții didactice pe anul de studii 2004-2005 fără organizarea concursului, deoarece singur faptul că administrația a încălcat ordinea legală de numire în funcție a unor persoane nu poate servi drept temei pentru ca instanța de judecată să tolereze aceeași încălcare în privința părții ce figurează în proces

Din considerentele menționate și avînd în vedere faptul că hotărârea primei instanțe și decizia instanței de apel sunt întemeiate și legale, iar argumentele invocate de către recurentă sunt neîntemeiate, Colegiul 'Civil și de contencios administrativ lărgit al Curții Supreme de Justiție ajunge la concluzia de a respinge recursul ca fiind nefondat și de a menține decizia instanței de apel și hotărârea primei instanțe.

Decizia Colegiului civil și de contencios administrativ al Curții Supreme de Justiție a Republicii Moldova nr.2ra-1178/2005 din 26.10.2005

Conform art.6 alin.(3) al Legii privind actele legislative în caz de divergență între o normă a actului legislativ general și o normă a actului legislativ special cu aceeași forță juridică, se aplică norma actului special.

C.T. a depus cerere de chemare în judecată împotriva Ministerului Finanțelor al Republicii Moldova, Companiei de Stat "Teleradio-Moldova", redacției ziarului "Ekonomiceskoe obozrenie Logos-press", a d-lor S.C., P.D. cu privire la restituirea prejudiciului material și moral, apărarea onoarei și demnității.

În motivarea acțiunii reclamantul, C.T., a indicat că, lucrând în calitate de șef al Inspectoratului Fiscal Județean Cahul, la 16 mai 2000 a fost reținut de către colaboratorii Departamentului pentru Combaterea Crimelor Organizate și Corupției al MAI al RM, fiind învinuit de săvârșirea infracțiunii prevăzute de art.186 alin.(2) CP. În urma acestui fapt i-a fost eliberat mandat de arest.

Prin sentința Judecătoriei Centru mun.Chișinău nr.1-28/2002 în învinuirea pe art.186 alin.(2) CP a fost achitat din lipsa în faptă a elementelor constitutive ale infracțiunii, hotărîre care a fost lăsată în vigoare de către Tribunalul Chișinău prin decizia din 11 martie 2003 și de către Curtea de Apel a Republicii Moldova prin decizia din 08 mai 2003.

Consideră că prin acțiunile ilicite ale organelor de anchetă preliminară și ale procuraturii i-a fost cauzat prejudiciu material și moral.

Totodată, reclamantul menționează că i-a fost cauzat prejudiciu moral și prin acțiunile Companiei de Stat "Teleradio-Moldova", ale redacției ziarului "Ekonomiceskoe obozrenie Logos-press", precum și prin acțiunile lui S.C. și ale deputatului Parlamentului RM - P.D.

Cere reclamantul de a încasa în folosul său din contul bugetului de stat prin intermediul Ministerului Finanțelor al RM prejudiciu material în sumă de 37400 lei și prejudiciu moral în sumă de 900000 lei. Mai cere să se perceapă de la Compania de Stat "Teleradio-Moldova" în beneficiul său prejudiciu moral în sumă de 20000 lei, de la redacția ziarului "Ekonomiceskoe obozrenie Logos-press" - prejudiciu moral - 10000 lei și obligarea de a publica în același ziar și la aceeași rubrică o dezmințire, precum și a prejudiciului moral de la S.C. și P.D. a cîte 100 salarii minime, obligîndu-i să comunice că scrisoarea semnată de ei conținea date greșite.

Prin hotărîrea Judecătoriei Cahul din 30 decembrie 2004 acțiunea a fost admisă parțial și s-a încasat de la bugetul de stat prin intermediul Ministerului Finanțelor în beneficiul lui C.T. paguba materială în sumă de 1657,68 lei și paguba morală în mărime de 50000 lei; s-a încasat de la redacția ziarului "Ekonomiceskoe obozrenie Logos-press" paguba morală - 3000 lei cu obligarea redacției ziarului ca în termen de 30 zile să publice pe aceeași pagină, la aceeași rubrică, o dezmințire a informației publicate la 23 iunie 2000; în rest acțiunea a fost respinsă.

Prin decizia Curții de Apel Cahul din 19 mai 2005, apelul, declarat de către Ministerul Finanțelor, a fost respins și menținută hotărîrea primei instanțe.

Ministerul Finanțelor a declarat recurs împotriva deciziei instanței de apel, cerînd admiterea recursului, modificarea hotărîrilor judecătorești cu privire la diminuarea cuantumului prejudiciului moral încasat pînă la 5000 lei.

Recurentul, Ministerul Finanțelor, în motivarea recursului, a indicat că hotărîrile judecătorești sînt nefondate și ilegale în partea ce ține de mărimea despăgubirii care vine să compenseze prejudiciul moral.

Prin urmare, consideră recurentul că prima instanță și instanța de apel incorect au apreciat gradul și caracterul suferințelor reclamantului și nu a examinat pe deplin toate circumstanțele în care a fost cauzat prejudiciul moral, reclamantul beneficiind de prezumția nevinovăției, garantată de art.21 al Constituției RM, conform căruia C.T. a fost prezumat nevinovat de la începutul procesului penal și pînă la sfîrșitul acestuia, datorită cărui fapt statutul juridic al intimatului nu a suferit careva schimbări, iar imaginea lui nu a fost afectată.

În ședința instanței de recurs reprezentantul recurentului, Ministerul Finanțelor, B.A., a susținut recursul, cerînd admiterea acestuia și modificarea hotărîrilor judecătorești cu diminuarea cuantumului prejudiciului moral încasat în beneficiul lui C.T. pînă la 5000 lei.

Reprezentantul redacției ziarului "Ekonomiceskoe obozrenie Logos-press", M.A. în ședința instanței de recurs, a solicitat examinarea recursului la discreția instanței.

Intimatul, C.T., în ședința instanței de recurs, a cerut respingerea recursului și menținerea hotărîrilor judecătorești, pe care le consideră întemeiate și legale.

Audiind părțile, studiind materialele dosarului, Colegiul civil și de contencios administrativ lărgit al Curții Supreme de Justiție consideră că recursul urmează a fi admis cu casarea integrală a hotărîrilor judecătorești și restituirea pricinii spre rejudecare în primă instanță din următoarele considerente.

În conformitate cu art.445 alin.(1) lit.c) CPC instanța, după ce judecă recursul, este în drept să admită recursul și să caseze integral sau parțial decizia instanței de apel și hotărîrea primei instanțe, restituind pricina spre rejudecare în primă instanță sau, după caz, în instanța de apel cînd eroarea judiciară nu poate fi corectată de instanța de recurs.

În ședința de judecată s-a stabilit că prin sentința Judecătoriei Centru mun.Chișinău din 31 octombrie 2002, menținută prin decizia Tribunalului Chișinău din 11 martie 2003 și decizia Curții de Apel a RM din 08 mai 2003 în baza art.186 alin.(2) Cod Penal (în redacția 1961) C.T. a fost achitat din motivul lipsei în faptă a elementelor constitutive ale infracțiunii imputate.

În conformitate cu art.39 CPC acțiunile ce țin de repararea prejudiciului cauzat prin condamnare ilegală, tragere ilegală la răspundere penală, prin aplicarea ilegală a măsurii preventive sub forma arestului preventiv sau sub forma impunerii angajamentului scris de a nu părăsi localitatea pot fi intentate și în instanța de la domiciliul reclamantului.

Conform art.8 lit.b) al Legii privind repararea prejudiciului cauzat prin acțiunile ilicite ale organelor de urmărire penală, ale procuraturii și ale instanțelor judecătorești nr.1545-XIII din 25 februarie 1998 în cazul pronunțării sentinței de achitare sau al clasării dosarului penal, persoana fizică sau juridică va prezenta cererea pentru repararea prejudiciului material care i-a fost cauzat prevăzut de art.5 lit.a), c), d), e), f) și h) al legii instanței judecătorești care a adoptat hotărîrea în cauză.

Conform art.6 alin.(3) al Legii privind actele legislative în caz de divergență între o normă a actului legislativ general și o normă a actului legislativ special cu aceeași forță juridică, se aplică norma actului special.

Astfel, instanța competentă să judece prezenta pricină este Judecătoria Centru mun.Chișinău care a pronunțat sentința de achitare.

Din considerentele menționate și avînd în vedere faptul că s-a constatat încălcarea normelor de drept procedural, anume că instanța a examinat pricina în lipsă de competență, și deoarece eroarea judiciară în cauză nu poate fi corectată de instanța de recurs Colegiul civil și de contencios administrativ lărgit al Curții Supreme de Justiție ajunge la concluzia de a admite recursul, de a casa integral decizia instanței de apel și hotărîrea primei instanțe și de a restitui pricina spre rejudecare în Judecătoria Centru mun.Chișinău, care, reexaminînd pricina, să emită o hotărîre legală și întemeiată.