

LEGEA ȘI VIAȚA

Publicație științifico-practică
ISSN 1810-309X

Întreprindere de stat
Fondator – Ministerul Justiției
al Republicii Moldova
Certificat de înregistrare
nr. 10202264 din 11.02.1993

Publicație acreditată de Consiliul
Suprem pentru Știință și Dezvoltare Tehnologică
al Academiei de Științe a Moldovei prin
Hotărârea nr. 61 din 30.04.2009

Categoria C

Asociați: Curtea Constituțională, Curtea Supremă de Justiție, Ministerul Afacerilor Interne, Institutul de Științe Penale și Criminologie Aplicată, Institutul de Cercetări Juridice și Politice al Academiei de Științe a Moldovei, Academia „Ștefan cel Mare” a MAI, Universitatea de Stat „B. P. Hasdeu” (Cahul), Universitatea Slavonă, Universitatea „Spiru Haret” (Constanța), Universitatea „Petre Andrei” (Iași), Universitatea de Stat din Herson (Ucraina).

Se editează din ianuarie 1991
Nr. 7 (295) 2016

Redactor-șef L. Arsene

Colegiul de redacție:

Gh. Alecu, doctor în drept, prof. univ. (Constanța, România); A. Armeanic, doctor în drept, conf. univ.; V. Balmuș, doctor în drept; C. Bocancea, doctor în drept, prof. univ. (Iași, România); V. Bujor, doctor în drept, prof. univ.; A. Burian, doctor habilitat în drept; Gh. Costachi, doctor habilitat în drept, prof. univ.; I. Floander, doctor în drept (Constanța, România); M. Gheorghică, doctor habilitat în drept, prof. univ.; Gh. Gladchi, doctor habilitat în drept; V. Guțuleac, doctor în drept, prof. univ.; V. Florea, doctor în drept, prof. univ.; V. Moraru, doctor în drept, prof. univ.; V. Naumov, redactor-șef adjunct; V. Popa, doctor habilitat în drept, prof. univ.; V. Stratonov, doctor în drept, prof. univ. (Herson, Ucraina).

Adresa redacției:
Casa presei, et. 5
str. Pușkin 22, mun. Chișinău, MD - 2012,
Republica Moldova
Tel.: 022-233 790;
022-234 132 (contabilitatea)

E-mail: legea_zakon@mail.ru
Index: RM 77030

© Legea și viața

Pagina web: www.legeazakon.md
www.legeasviata.in.ua

SUMAR

- Gheorghe COSTACHI. Funcțiile constituției – factor important de configurare a regimului constituțional contemporan..... 4
- Djulieta VASILOI, Olga SPÎNU. Teorii criminologice naționale de anvergură universală..... 11
- Veronica GÎSCA. Cadrul normativ privind actul juridic de opțiune succesorală..... 14
- Andrei PÂNTEA. Libertatea și siguranța persoanei, analizate prin prisma prevederilor convenției Europene pentru Drepturile Omului 18
- Andrian CREȚU. Perspectiva consacării principiului prezumției vinovăției în cauzele ce privesc contravențiile de mediu (ecologice)..... 22
- Mihail SORBALA. Asigurarea drepturilor și intereselor legitime ale persoanei reținute sau arestate în contextul hotărârii Curții constituționale a Republicii Moldova din 23.02.2016 25
- Rita MUNTEANU. Cauzele răspîndirii nihilismului juridic analizate prin prisma realității socio – politice și juridice din Republica Moldova..... 31
- Murad Fikret oglu MEHDIYEV. Contractual problems of „production sharing agreements” and „host governmental agreements” in oil and gas sphere in the republic of azerbaijan (on the example of shah deniz gas value chain project).. 34
- Б. СОСНА, А. СОСНА. О некоторых проблемах порядка обжалования судебных решений 38
- Д. БЕЛЕЦКИЙ. Историческая ретроспектива понимания и регулирования способов прекращения права частной собственности в гражданском праве 46
- И. АРСЕНИ. Отличие дистрибьюторского договора от смежных договорных конструкций 50



FUNCȚIILE CONSTITUȚIEI – FACTOR IMPORTANT DE CONFIGURARE A REGIMULUI CONSTITUȚIONAL CONTEMPORAN

Gheorghe COSTACHI,

doctor habilitat în drept, profesor universitar,
cercetător științific principal al Institutului de Cercetări Juridice și Politice
al Academiei de Științe a Moldovei

SUMMARY

Article includes a comprehensive approach to the most relevant functions own of democratic constitutions with which one can establish and maintain the constitutional order in the contemporary rule of law. Consequently, it was concluded that the rule of law not only needs on the Constitution, because its existence does not prove the existence of the state as a state of law. Rule of law needs a democratic constitution, that fulfill its functions effectively, namely to establish a real democratic constitutional regime, respected by all.

Keywords: rule of law, constitution, function, protection, constitutional regime

REZUMAT

Articolul cuprinde o abordare complexă a celor mai relevante funcții proprii constituțiilor democratice, cu ajutorul cărora se reușește instituirea și menținerea regimului constituțional în statul de drept contemporan. În consecință, se conchide că un stat de drept nu are nevoie doar de constituție, deoarece existența acesteia nu dovedește existența statului ca stat de drept. Statului de drept îi este inerentă o constituție democratică, care să-și îndeplinească eficient funcțiile, adică să instaureze un regim constituțional democratic real, respectat de către toți.

Cuvinte-cheie: stat de drept, constituție, funcție, protecție, regim constituțional

Introducere. Constituind, chiar de la bun început, legea fundamentală a statului, constituția, în pofida tuturor revoluțiilor, reformelor, competițiilor puterilor politice, diferitor doctrine politice, particularităților dreptului din diferite țări, rămîne a fi principalul element al oricărui sistem de drept național [5, p. 77].

Reformele constituționale din ultimele decenii, desfășurate în fostele republici ale URSS și în alte țări din Europa, au demonstrat amplificarea rolului constituțiilor pentru formarea noilor state, a noilor sisteme de drept, pentru dezvoltarea democrației în toate formele sale de manifestare. Practic în toate cazurile, momentul decisiv al transformărilor l-a constituit elaborarea și adoptarea constituțiilor, prin care s-au pus bazele unor noi orînduirii politice și juridice [6, p. 121]. În pofida tuturor argumentelor ce susțin o apreciere pesimistă a modelelor contemporane de constituții, totuși, în condițiile unor transformări radicale, anume legea fundamentală a statului constituie pentru societate speranța transformărilor pozitive, a schimbărilor spre bine.

E de menționat în acest sens că experiența istorică demonstrează cu pregnanță că adoptarea constituției a devenit un eveniment de importanță capitală pentru societatea umană, ea marcînd victorii și împliniri de aspirații și sentimente sociale și morale. În același timp, precizăm că elaborarea unei constituții nu este un simplu act de redactare a unui document. Aceasta deoarece constituția a fost și este concepută – într-o viziune mai largă, ce excede juridicului – nu numai ca o lege fundamentală, ci și ca o realitate politică și statală ce se identifică chiar cu societatea pe care o creează sau o modelează și pentru care adoptarea sa dobîndește semnificația unei adevărate revoluții [10, p. 39-40]. Astfel, pretutindeni astăzi adoptarea constituției este un mare eveniment politic, social și juridic al vieții statale. În acest sens este relevantă opinia lui I. A. Kraveț [17, p. 129], potrivit căruia adoptarea unei noi constituții reprezintă o revoluție constituțională, deoarece ea conține un șir de principii noi de organizare a statului și a societății, în corespundere cu care se va desfășura în continuare transformarea sistemului politic și de drept.

Scopul acestui demers științific constă în reliefaarea și analiza funcțiilor proprii constituției, grație cărora se reușește instituirea și menținerea regimului constituțional în statul de drept contemporan.

Materiale și metode aplicate. Suportul doctrinar al prezentului studiu este constituit din cele mai relevante lucrări din domeniu, semnate de autori autohtoni și străini, precum și din Legea Fundamentală a statului. La elaborarea studiului au fost utilizate o serie de metode de cercetare științifică, precum: metoda logică, analiza (deducția, inducția), metoda comparativă, metoda sistemică și cea istorică.

Rezultate obținute și discuții. Constituția este un rezultat al transformărilor economice, politice, sociale și juridice, ea marchează (definește, conturează) o etapă istorică din viața unei țări, consfințește victoriile și dă expresie și stabilitate politico-juridică realităților etapei istorice în care a fost adoptată. În context, remarcabilul constituționalist român C. Ionescu susține că conținutul legii fundamentale reflectă condițiile social-politice și istorice existente la un moment dat într-o societate dată, tradițiile isto-



rice, interesele naționale, cultura politică a poporului etc. [9, p. 4].

Respectiv, Constituția Republicii Moldova, adoptată la 29 iulie 1994 [4], consfințește aspirațiile seculare ale poporului nostru de a trăi într-o țară suverană și independentă, într-un stat de drept și democratic, în care demnitatea omului, drepturile și libertățile lui, libera dezvoltare a personalității umane, dreptatea și pluralismul politic reprezintă valori supreme și sînt garantate. În acest scop, Constituția se declară a fi Legea Supremă a statului, stabilind că nici o lege și nici un alt act juridic care contravine prevederilor Constituției nu are putere juridică (art. 7).

Astfel, rolul și semnificația valorică a constituției, ca lege fundamentală a unui stat, pornesc de la conținutul acesteia, care reprezintă: sursa fundamentală a sistemului politic, a puterii de stat – fenomenul și realitatea-cheie în orice organizare social-statală; baza juridică a întregii legislații, sursa sistemului de drept național, a drepturilor și libertăților cetățenești (reglementînd cele mai importante relații sociale, determinînd direcțiile reglementărilor juridice, consfințind valorile vieții sociale și de stat). În același timp, Constituția consacră principiile fundamentale ale întregii vieți economice, politice, sociale și juridice, în conformitate cu valorile fundamentale pe care statul le promovează și le apără [7, p. 137].

Din aceste considerente, orice constituție se bucură de supremație față de celelalte legi și acte normative, fiind plasată în fruntea ierarhiei actelor politice și a actelor normative, cărora le conferă legitimitate politică și, respectiv, juridică, în măsura în care acestea corespund întru totul normelor și principiilor pe care aceasta le consacră.

Este semnificativ în acest sens că, în general, constituția se prezintă a fi [16, p. 12]:

- un act juridico-normativ cu

forță juridică supremă, care determină orientarea democratică a dezvoltării statului și a întregului sistem de drept;

- un document în care și-au găsit consfințire valorile și idealurile constituționalismului internațional (prioritatea drepturilor persoanei, forma de guvernămînt republica, separația puterilor, pluralismul politic și ideologic, suveranitatea poporului, egalitatea în fața legii etc.);

- un act ce determină limitele intervenției statului în viața personală și asociativă a cetățenilor;

- o valoare informațională, deoarece textul constituției oferă informații referitoare la regimul constituțional din țară, statutul juridic al omului și cetățeanului, regimul politic, organizarea teritorială a statului, garanțiile drepturilor persoanei etc., respectiv, ea reprezintă un pașaport al statului;

- un instrument de asigurare a echilibrului între interesele sociale ale diferitelor categorii și grupuri sociale; act ce consolidează societatea la o anumită etapă de dezvoltare;

- un act ce conține în sine dispozițiile unui program de dezvoltare;

- baza modernizării statului și a societății, factor de democratizare;

- baza stabilității orînduirii de stat și sociale;

- baza unui statut constituțional democratic și stabil al persoanei.

În studiile de specialitate se consideră că supremația constituției în sistemul juridic al unui stat este determinată de faptul că ea [1, p. 157]: legitimează puterea, convertind voințele individuale sau colective în voințe de stat; conferă autoritate guvernanților, îndreptîndu-le deciziile și garantîndu-le aplicarea; determină funcțiile și atribuțiile ce revin autorităților publice; consacring drepturile și îndatoririle fundamentale, diriguiește raporturile dintre cetățeni, dintre ei și autoritățile publice; indică sen-

sul sau scopul activității statale, adică valorile politice, ideologice și morale sub semnul cărora este organizat și funcționează sistemul politic; reprezintă temeiul fundamental și garanția esențială a ordinii de drept; este, în cele din urmă, reperul decisiv pentru aprecierea validității tuturor actelor și faptelor juridice.

Prin urmare, supremația constituției este o categorie complexă, care cuprinde trăsături și elemente (valori) politice și juridice care exprimă poziția ierarhică a constituției nu numai în sistemul de drept, ci și în întregul sistem social-politic al unui stat. Această poziție deosebită implică un conținut normativ complex, dar bineînțeles și importante consecințe politice și juridice.

Forța juridică supremă a dispozițiilor constituționale permite crearea condițiilor necesare pentru existența unei singure ordini juridice pe întreg teritoriul statului. În același timp, valoarea constituției sporește datorită faptului că normele ei sînt de acțiune directă, sînt general obligatorii și dispun de un mecanism de protecție – momente semnificative pentru stat, societate și persoană.

În baza celor expuse, devine evident că fără reguli constituționale (ce reflectă interesele întregului popor) un stat nu poate fi guvernat, or, niciun stat nu-și poate permite să guverneze fără o lege fundamentală.

Pentru argumentarea importanței și a necesității constituției într-un stat de drept, considerăm a fi deosebit de relevante funcțiile îndeplinite de către aceasta, deoarece: în primul rînd, funcțiile sînt de natură să indice cele mai importante direcții de influențare a constituției asupra relațiilor sociale; în al doilea rînd, funcțiile permit înțelegerea esenței și menirii sociale a legii fundamentale; în al treilea rînd, funcțiile indică eficacitatea reglementării constituționale, specificul realizării normelor, princi-



piilor și instituțiilor constituționale [17, p. 122].

În teoria juridică nu există unanimitate în ceea ce privește identificarea funcțiilor concrete pe care le îndeplinește constituția. Astfel, unii autori atribuie la categoria acestora: funcțiile economică, politică, informațională, institutivă, juridică, pedagogico-educativă, integrativă, funcția de ocrotire a dreptului, de investire, sistemo-formativă [20, p. 45]; alții – funcția de echilibrare și de reglementare generală, funcția ordonării pe verticală, funcția sistemo-formativă, funcțiile geopolitică, organizațională, educativă, de programare, funcția parteneriatului social-economic [21, p. 120]. Alți autori recunosc funcțiile: ideologică, politică, geopolitică, organizațională, educativă, institutivă, de protecție a dreptului, de limitare, de stabilizare, funcția reglementării general-sociale și asigurării echilibrului între interesele sociale, funcția de asigurare a condițiilor economice egale și a parteneriatului social [23, p. 70-71].

Cercetătorii autohtoni menționează următoarele funcții ale constituției [8, p. 166]: funcția de constituire a statului, funcția de asigurare a libertăților, drepturilor, omului și cetățeanului, funcția politică, funcția juridică, funcția educativă, funcția de limitare a abuzului de putere.

În context, merită enunțate și unele clasificări ale funcțiilor constituției realizate în funcție de sfera în care acestea se manifestă. Astfel, în unele studii de specialitate [2, p. 55; 11, p. 237-238] sînt recunoscute două categorii de funcții: juridică și politică. Din punct de vedere *juridic*, funcțiile constituției sînt triple: constituie fundamentul de validitate al întregii ordini juridice; determină modalitățile de desemnare a guvernanților și le atribuie competențe; enunță principiile în baza cărora se exercită puterea, de exemplu, prin reprezentanți sau direct, separația și echilibrul puterii,

pluralismul politic etc. Din punct de vedere *politic*, funcțiile constituției sînt complexe și de asemenea sînt triple: organizează și transmite dreptul de exercitare a puterii astfel încît să fie exercitată în interesul tuturor; constituie fundamentul legitimității sistemului de guvernare, justificînd puterea de decizie a guvernanților selectați de care dispun în baza competențelor atribuite; indică ideea dreptului animator al instituției etatice, ceea ce vorbește de caracterul organizator al actului constituțional.

În doctrina constituțională rusă [17, p. 120; 19, p. 33-45], funcțiile constituției sînt clasificate, în principal, în funcții: din sfera juridică, din sfera politică și din cea ideologică.

În ceea ce ne privește, sîntem de părerea că, într-o anumită măsură, o asemenea clasificare poate fi doar convențională, în virtutea faptului că uneori una și aceeași funcție se manifestă atît în sfera politică, cît și în cea juridică. Mai mult decît atît, constituția îndeplinește și unele funcții ce exced limitele acestor sfere [5, p. 85]. În prezentul demers științific, noi însă ne vom reține atenția doar asupra funcțiilor cu caracter juridic.

Astfel, pornind de la natura sa juridică, este evident faptul că constituția îndeplinește importante funcții în **sfera juridică**. Ele sînt menționate de majoritatea specialiștilor, însă doar unii, după cum am subliniat deja, le-au integrat într-o categorie distinctă, pe cînd alții atestă doar existența unei funcții juridice de rînd cu celelalte. În acest sens, potrivit autorului Iu. N. Todîca [23, p. 71], funcția juridică a constituției se manifestă prin aceea că în corespundere cu normele acesteia este format sistemul legislației naționale. Importanța acestei funcții este determinată de proprietățile distincte ale constituției: supremație, forță juridică supremă, procedură specială de adoptare și modificare, forme specifice de protecție.

Într-o altă viziune (S. A. Avakian), esența funcției juridice a legii supreme rezidă în faptul că ea [14, p. 20]: reprezintă baza unui nou sistem de drept și a unei noi orînduirii juridice din cadrul statului (sau începutul unei noi etape în dezvoltarea lor, dacă acestea există); reglementează relațiile sociale și în calitate sa de act normativ-juridic cu acțiune directă poate genera apariția acestora; impulsionează dezvoltarea legislației și adoptarea de acte normativ-juridice care dezvoltă ideile generale și dispozițiile constituționale.

Fără a reduce semnificația acestor accepțiuni, totuși considerăm mai relevante opiniile autorilor care susțin exercitarea de către constituție a mai multor funcții în sfera juridică. În esență, asemenea abordări dezvăluie profunzimea rolului și importanței juridice a legii supreme. Respectiv, în viziunea cercetătorului V. O. Lucin [19, p. 34-35], funcțiile constituției din sfera juridică sînt funcții regulative (de reglare), care prin esența lor demonstrează posibilitățile juridice ale legii supreme, arată cum se manifestă menirea specială a ei în ordonarea relațiilor sociale. La categoria acestora autorul citat atribuie: funcția de instituire, funcția de investire cu drepturi, funcția de protecție și funcția de orientare social-normativă (de programare).

La rîndul său, autorul I. A. Kraveț evidențiază următoarele funcții ale constituției exercitate în sfera juridică [17, p. 127-147]: funcția de limitare a puterii de stat, funcția de instituire a unei noi ordini constituționale, funcția de investire cu drepturi, funcția de protecție și stabilizare, funcția teleologică (de programare), funcția de legitimare a puterii de stat, funcția sistemo-formativă. În același timp, autorul divizează funcțiile din sfera dată în negative și pozitive, subliniind că funcțiile negative marchează anumite limitări, pe cînd cele pozitive asigură o funcționare activă



a organelor constituționale ale puterii de stat.

Așadar, o primă funcție importantă exercitată de constituție în sfera juridică este **funcția de instituire a unei noi ordini constituționale**. Esența acestei funcții rezidă în faptul că constituția apare în rezultatul unor transformări radicale din viața unei societăți și devine astfel baza politico-juridică pentru dezvoltarea acesteia în următoarea etapă istorică [14, p. 13]. Ea se manifestă prin recunoașterea și legalizarea celor mai importante instituții social-economice și politice ale societății [19, p. 35]. Cu ajutorul acestei funcții se creează structura politică și de drept, sînt determinate modul de organizare și competențele celor mai importante organe ale puterii de stat.

În esență, însăși adoptarea constituției semnifică inițierea creării unui nou sistem politic și, respectiv, de drept. Desigur, o asemenea funcție este caracteristică în special constituțiilor care au marcat abolirea regimurilor totalitare, relevant în acest sens fiind și cazul Constituției Republicii Moldova, prin adoptarea căreia s-au pus bazele procesului de edificare a statului de drept (în ceea ce privește constituțiile adoptate în timpul acestor regimuri – de exemplu, în perioada sovietică –, în virtutea formalismului lor, o asemenea funcție li se poate recunoaște doar convențional cu toate că în viziunea guvernanților acelor vremuri fiecare constituție a marcat o nouă etapă în dezvoltarea social-politică a statului).

O altă funcție a constituției este **funcția de organizare**. În viziunea cercetătorului S. A. Avakian, o semnificație organizațională importantă este proprie însăși adoptării legii supreme. S-ar părea că multe din cele reglementate constituțional există deja în practică, fiind prevăzute de actele normativ-juridice precedente. Și totuși, apariția unei noi constituții reprezintă un factor ce mobilizează societatea

și organele de stat [14, p. 16]. Prin intermediul funcției de organizare, constituția stimulează activismul politic, orientează organele de stat, asociațiile obștești și toți cetățenii spre o activitate conformă literei și spiritului noii legi supreme. În același context se înscrie și faptul că constituția reprezintă un act juridic cu acțiune directă, ceea ce permite apariția unor raporturi sociale nemijlocit în baza normelor constituționale.

Potrivit autorului Iu. N. Todîca, funcția de organizare a constituției rezidă în faptul că ea fixează sistemul organelor puterii de stat și a administrației publice locale, determină principiile de interacțiune între ramurile puterii de stat, între centru și puterea locală, stabilește forma de guvernămînt – republica [23, p. 71]. Desigur, prin prisma acestei funcții devine evident rolul constituției în organizarea statală a unei societăți, în determinarea principiilor și valorilor fundamentale, în baza cărora funcționează toate sistemele social-politice instituite în acest scop.

În același timp, constituția nu se limitează doar la stabilirea sistemului organelor de stat, ea determină concomitent și sferele lor de activitate, drepturile și obligațiile, specificul interacțiunii dintre ele. Acest fapt marchează o altă funcție a legii fundamentale – **funcția de investire cu drepturi**, esența căreia rezidă în determinarea bazelor statutului juridic al organelor de stat, al individului și cetățeanului. Semnificativă în acest caz este viziunea autorului Iu. N. Todîca [23, p. 73], care susține că rolul funcției date e deosebit de important sub aspectul delimitării stricte și clare între competențele ramurii legislative și celei executive a puterii de stat și pentru excluderea confruntării dintre ele. Mai mult, considerăm că anume prin intermediul acestei funcții constituția asigură realizarea și respectarea principiului separației și colaborării puterilor în

stat – principiu fundamental pentru un stat de drept.

În același timp, merită a fi enunțată și contribuția acestei funcții la determinarea raporturilor dintre stat și cetățean, prin fixarea constituțională a drepturilor și obligațiilor reciproce. Sub acest aspect, se impune în atenție o altă funcție îndeplinită de constituție – **funcția de limitare a puterii de stat**, care implică două momente importante: limitarea puterii în interiorul statului și limitarea puterii acestuia în raport cu cetățenii. În acest sens, este relevantă afirmația autorului francez B. Chantebout, care susține că „constituția este o carte care limitează puterea în cadrul statului și puterea statului în cadrul societății” [3, p. 25].

Astfel, luînd în considerație faptul că oricărui stat, fie chiar cel mai democratic, îi este proprie tendința abuzului de putere, societatea în mod obiectiv are nevoie de constituție, prin care să limiteze puterea de stat. Respectiv, funcția examinată asigură limitarea intervenției nejustificate a statului în viața personală a omului, în problemele ce țin de asigurarea și funcționarea formațiunilor obștești, inclusiv a partidelor politice, organizațiilor religioase [23, p. 77]. Din acest punct de vedere, constituția este un act fundamental nu numai al statului, ci și al societății. Valoarea ei pentru societate rezidă mai întîi de toate în aceea că ea limitează (interzice) dreptul și posibilitatea organelor statului de a se implica în viața personală a omului și cetățeanului, conturează modele generale de comportament care urmează a fi respectate atît de către cetățeni, cît și de către stat [16, p. 9]. Astfel, dacă în trecut prin constituție se înțelegea numai organizarea statului, atunci transformările radicale generate de revoluția burgheză franceză de la sfîrșitul sec. al XVIII-lea a completat această noțiune cu un conținut principial nou. Ca rezultat, constituția, din mijloc de consfinți-



re a orînduirii statului absolutist cu putere nelimitată, a devenit lege fundamentală ce consfințește organizarea unui stat constituțional, în care puterea este limitată, restrînsă de suveranitatea poporului, de drepturile omului și cetățeanului, care în totalitatea lor formează sfera autonomiei individuale a persoanei, libere de intervenția statului și a agenților acestuia [26, p. 14].

Cea de-a doua latură a funcției examinate presupune limitarea puterii în interiorul ei, ceea ce se manifestă prin restrîngerea dreptului de legiferare al puterii legislative, a dreptului de administrare al puterii executive, a dreptului de a realiza justiția al puterii judecătorești și orientarea acestora spre adoptarea, executarea și aplicarea legilor în conformitate cu prescripțiile constituționale. În esență, regula obligatorie pentru toate autoritățile publice este să activeze doar în conformitate cu normele constituționale.

O altă funcție atribuită constituției este **funcția de legitimare a puterii de stat**, care se manifestă concomitent în două sfere: juridică și politică. Se consideră a fi legitimă puterea (sau competențele de putere) consfințite de normele constituționale. În lumea contemporană, principiul fundamental de legitimare a puterii este considerat a fi principiul suveranității poporului. Respectiv, instituind organele puterii de stat, constituția stabilește cerința ca competențele de putere ale acestora să fie exercitate în corespundere cu voința poporului și concepția binelui comun.

Cercetătorul I. A. Kraveț [17, p. 143-145] recunoaște existența a cîtorva nivele de legitimare a puterii de stat. Un prim nivel ar fi **legitimarea statutară**, realizată prin intermediul instituirii organelor de stat și stabilirii competențelor acestora în normele constituției. În esență, legitimarea statutară asigură posibilitățile constituționale ale autorităților publice și limitele con-

stituționale ale activității lor. Un alt nivel de legitimare a puterii de stat este **legitimarea procedurală**, care are loc prin intermediul diferitor modalități de formare a organelor de stat prevăzute de constituție. Legitimarea procedurală poate astfel să se realizeze prin alegeri (în special, caracteristice organelor reprezentative – parlament, șeful de stat, organele administrației publice locale), numiri (pentru autoritățile executive și judecătorești) sau concurs. Al treilea nivel de legitimare, cel mai complicat, este recunoscut a fi **legitimarea funcțională**. Aceasta presupune anumite cerințe față de conținutul activității organelor de stat, printre care amovibilitatea puterii și supunerea acesteia societății și cetățeanului. Astfel, puterea de stat corespunde cerințelor legitimării funcționale dacă activitatea organelor de stat este eficientă în realizarea sarcinilor generale de dezvoltare a statului, în exercitarea funcțiilor sociale și de altă natură ale statului.

O altă funcție a constituției expusă în literatura de specialitate este **funcția de protecție**. Ea caracterizează legea supremă, în primul rînd, din punctul de vedere al orientării normelor acesteia spre protecția bazelor regimului constituțional, a instituțiilor statului și a societății, iar, în al doilea rînd, indică mecanismul ei de „autoasigurare” și „autoprotecție”. În sens larg, această funcție se realizează prin însăși existența constituției ca act politico-juridic fundamental, în sens restrîns – prin interdicțiile și puținele sancțiuni cuprinse în normele constituționale [19, p. 37; 23, p. 76].

În acest context, constituționalistul V. O. Lucin [19, p. 37] menționează că funcția de protecție se realizează în diferite forme, cu utilizarea diferitor procedee și mijloace de influențare a normelor constituționale asupra relațiilor sociale. Respectiv, constituția consfințește obiectele, valorile sociale ce trebu-

ie protejate. La categoria acestora pot fi atribuite: omul, drepturile și libertățile acestuia (art. 1 alin. (3) din Constituția RM), suveranitatea poporului (art. 2), inalienabilitatea și integritatea teritoriului (art. 3), democrația și pluralismul politic și ideologic (art. 5) etc.

O exprimare a funcției de protecție a constituției este, în același timp, și consfințirea constituțională a principiului legalității, determinarea acesteia fiind general obligatorie. Același efect îl are și recunoașterea supremației constituției în sistemul normativ-juridic al statului (art. 7). Un rol important în realizarea acestei funcții îl au cu precădere normele-garanții și normele-interdicții ce formează conținutul legii supreme [5, p. 93].

Evident, fixarea constituțională a valorilor sociale nu este suficientă pentru protecția lor reală. La acest capitol, practica mondială atestă multiple derogări și încălcări ale normelor constituționale. Cerințele constituționale adesea sînt neglijate chiar și de deputați, reprezentanții puterii executive, șefii de stat, momente ce generează crize constituționale. Din această perspectivă, în studiile de specialitate se menționează necesitatea protecției și apărării juridice a constituției, care presupune activitatea de asigurare, cu ajutorul mijloacelor juridice, a supremației constituției, a forței ei juridice și normative supreme în societate și respectarea strictă a acesteia [24, p. 5-12; 25, p. 5-6].

La acest subiect, cercetătoarea N. M. Kolosova afirmă că „protecția constituției presupune un complex de măsuri orientate spre înlăturarea barierelor în realizarea acesteia și prevenirea încălcării normelor ei”; „apărarea constituției presupune contracararea încălcărilor concrete a normelor constituționale” [15, p. 374]. Corespunzător, Iu. N. Todica susține că, în asemenea circumstanțe, deosebit de actuală devine problema stabilirii răspunderii



constituționale pentru încălcarea normelor legii fundamentale, elaborarea unor mecanisme adecvate pentru protejarea regimului constituțional, a celor mai importante instituții politico-sociale și juridice [23, p. 76-77].

Prin urmare, pentru ca funcția de protecție a constituției să fie exercitată eficient, sînt necesare garanții sigure de eficiență a constituției ca lege supremă, un mecanism eficient de realizare care să determine respectarea și realizarea acesteia necondiționată de către toți și, respectiv, sancționarea celor care nu se conformează acestor exigențe. Prin esență, este o condiție indispensabilă a eficienței celorlalte funcții exercitate de constituție.

Referitor la drepturile și libertățile omului și cetățeanului, unii autori evidențiază o funcție distinctă a constituției orientată spre protecția acestora – **funcția de protecție a drepturilor omului** [23, p. 75]. Fără îndoială, o asemenea funcție este inerentă unei constituții democratice. În acest sens, destul de obiectiv se accentuează în studiile de specialitate că principalul scop al unei constituții constă în garantarea libertății și securității ființei umane sub toate aspectele sale [13, p. 56].

Vorbind nemijlocit despre Constituția Republicii Moldova, precizăm că, în general, aceasta asigură protecția drepturilor și libertăților omului în principal prin:

a) stipularea în art. 1 că: „Republica Moldova este un stat de drept, democratic, în care demnitatea omului, drepturile și libertățile lui, libera dezvoltare a personalității umane, dreptatea și pluralismul politic reprezintă valori supreme și sînt garantate”;

b) recunoașterea supremației dreptului internațional al drepturilor omului;

c) consacrarea unui întreg titlu (II) drepturilor, libertăților și îndatoririlor fundamentale ale omului, relevînd astfel importanța primor-

dială a instituțiilor respective în viața statului și a societății;

d) stabilirea unor interdicții, de exemplu: „Proprietatea nu poate fi folosită în detrimentul drepturilor, libertăților și demnității omului” / art. 9 alin. (2)/; „Nici o lege nu poate îngredi accesul la justiție” / art. 20 alin. (2)/; „Nimeni nu poate fi condamnat pentru acțiuni sau omisiuni care, în momentul comiterii, nu constituia un act delictuos” / art. 22/; „Nimeni nu va fi supus la torturi, nici la pedepse sau tratamente crude, inumane ori degradante” / art. 24 alin. (2)/ etc.;

e) stabilirea expresă a unor obligații și îndatoriri pentru stat, de exemplu: „Respectarea și ocrotirea persoanei constituie o îndatorire primordială a statului” / art. 16 alin. (1)/; „Statul asigură dreptul fiecărui om de a-și cunoaște drepturile și îndatoririle” / art. 23 alin. (2)/; „Statul respectă și ocrotește viața intimă, familială și privată” / art. 28/ etc.

Încă o funcție importantă recunoscută constituției este **funcția sistemo-formativă** [p. 17, p. 145], care implică două laturi interdependente. Pe de o parte, constituția este actul normativ-juridic principal în sistemul legislației unui stat, în această postură ea constituind baza juridică a întregii legislații, care, la rîndul său, este chemată să dezvolte prescripțiile constituționale prin reglementarea mai detaliată a relațiilor sociale. Concomitent, în calitate de fundament al legislației, constituția stabilește denumirea și tipurile actelor normativ-juridice proprii diferitor ramuri ale legislației – constituțională, administrativă, penală, civilă etc. Pe de altă parte, luînd în considerație distincția ce există între drept și lege, este evident că rolul constituției nu se reduce doar la postura sa de act normativ-juridic fundamental în sistemul legislației, ci este cu mult mai amplu și profund. Astfel, în cuprinsul ei sînt consfințite principiile fundamentale ale dreptului

ce stau la baza întregului sistem de drept – principiile constituționale ale organizării și interacțiunii dintre individ, societate și stat. Anume grație acestora ramurile de drept se integrează organic în sistemul de drept. Respectiv, prin intermediul funcției sistemo-formative, constituția poate să mențină integritatea ramurilor de drept în sistem. Din acest punct de vedere, cercetătorul V. O. Lucin consideră legea fundamentală ca fiind „veriga organizațională principală, temelia sistemului de drept”, ce-i asigură echilibrul [18, p. 38-39].

O altă funcție recunoscută constituției în literatura de specialitate este **funcția de stabilizare**, esența căreia rezidă în faptul că legea supremă este rezultatul consensului diferitelor forțe politice, fiind astfel un factor stabilizator pentru dezvoltarea relațiilor sociale [23, p. 80]. Prin reglementarea structurii și sistemului puterii de stat, competenței organelor de stat, a principiilor și formelor activității acestora, constituția are un rol de stabilizare a statului ca instituție politică, conturează cîmpul de funcționare a acestuia și posibilitatea de a influența procesele sociale. În mare parte, această funcție derivă din caracterul stabil al constituției, marcat de procedura complexă de modificare a acesteia. Astfel, datorită exigențelor stabilite pentru modificarea textului constituțional, se asigură continuitatea stabilă a ordinii impuse de normele constituționale.

Trebuie evidențiat în acest sens rolul constituției în asigurarea stabilității sistemului de drept, continuității acestuia, indiferent de transformările politice sau de altă natură din societate. Astfel, stabilitatea constituției este baza stabilității sistemului de drept al statului, al regimului constituțional, ce garantează neadmiterea modificării acestora în funcție de diferite considerente politice de conjunctură [22, p. 34-35].

Constituția îndeplinește, de ase-



menea, și o *funcție de programare* [17, p. 134] sau *de orientare social-normativă* [19, p. 37]. Avînd în vedere faptul că statul și societatea trebuie să dispună de anumite orientări în dezvoltarea lor, este necesară în acest sens stabilirea normativă a acestora la nivelul legilor fundamentale. Prin urmare, constituția nu numai fixează ceea ce a obținut statul și societatea la momentul adoptării sale, ci și prefigurează noi scopuri și obiective, orientări pentru viitor, pentru dezvoltarea sistemelor din sferele juridică, politică, economică, socioculturală etc. Respectiv, în perioada contemporană, deosebit de semnificativă și actuală este edificarea statului suveran și independent, democratic, social și de drept.

Faptul recunoașterii constituționale a Republicii Moldova ca fiind un stat de drept prin esență nu presupune existența acestuia ca atare, ci tendința generală a statului și a societății spre edificarea acestuia în limitele teritoriului național. Așadar, constituția cuprinde în sine dispozițiile unui program (materializate în normele-sarcini, normele-obiective, normele-principii), care sînt semnificative pentru elaborarea strategiilor de dezvoltare, determinînd direcțiile prioritare ale politicii interne și externe.

În doctrină mai sînt atestate și alte funcții îndeplinite de constituție, însă noi ne vom opri aici, deoarece considerăm că cele studiate sînt destul de relevante pentru o lege fundamentală ce se vrea democratică. În context, este important de a evidenția faptul că nu întotdeauna și nu toate constituțiile îndeplinesc concomitent toate funcțiile enunțate. Realizarea coordonată a acestora ar fi ceva ideal, însă dificil de îndeplinit. Prin urmare, una dintre sarcinile principale în edificarea statului de drept este asigurarea realizării coordonate a funcțiilor constituției, consolidarea mecanismului constituțional în vederea recunoașterii și conștientizării de

către toți cetățenii a rolului fundamental al constituției pentru stat și societate și respectarea acesteia ca valoare socială supremă.

Concluzii. Așadar, un stat de drept nu are nevoie doar de constituție, deoarece existența acesteia nu dovedește existența statului ca stat de drept (constituția poate legitima un regim autoritar sau dictatorial [12, p. 350]). Statului de drept îi este inerentă o lege fundamentală democratică, care să-și îndeplinească eficient funcțiile, adică să instaureze în cadrul societății un regim constituțional democratic real, respectat de către toți.

Referințe bibliografice

1. Arseni A. Dreptul constituțional și instituții politice. Teoria Constituției. Chișinău, 1997.
2. Bourdeau G. Hamon F., Troper M. Droit constitutionnel. Paris: LGDJM, 1993.
3. Chantebout B. Droit constitutionnel et science politique. Paris, 1986.
4. Constituția Republicii Moldova din 29.07.1994. În: Monitorul Oficial al Republicii Moldova, nr. 1 din 12.08.1994 (cu modificări și completări pînă în 14.07.2006).
5. Costachi Gh. Direcții prioritare ale edificării statului de drept în Republica Moldova. Chișinău: Institutul de Istorie, Stat și Drept, 2009.
6. Costachi Gh., Hlipcă P. Organizarea și funcționarea puterii în statul de drept. Monografie. Brașov: Tipografia Universității "Transilvania", 2010.
7. Costachi Gh., Hlipcă P. Organizarea și funcționarea puterii în statul de drept. Ed. a II-a. Chișinău: S.n., 2011.
8. Guceac I. Constituția la răscruce de milenii. Chișinău: S.n., 2013.
9. Ionescu C. Drept constituțional comparat. București: C. H. Beck, 2008.
10. Muraru I., Tănăsescu E. S. Dreptul constituțional și instituții politice. Ediția a 12-a. Vol. II. București: All Beck, 2005.
11. Popa V. Dreptul Public. Chișinău, 1998.

12. Popescu S. Teoria Generală a Dreptului. București: Lumina Lex, 2000.

13. Potînga A., Costachi Gh. Asigurarea drepturilor omului în lume. Chișinău: Epigraf, 2003.

14. Авакьян С. А. Конституция России: природа, эволюция, современность: 2-е изд. Москва: РЮИД, "Сашко", 2000.

15. Колосова Н. М. Охрана и защита конституции. В: Конституционное законодательство России. Под ред. Ю. А. Тихомирова. Москва, 1999.

16. Костаки Г. Сущность и значение конституции в правовом государстве. În: Revista Națională de Drept, 2009, nr. 6.

17. Кравец И.А. Российский конституционализм: проблемы становления, развития и осуществления. Санкт-Петербург: Издательство «Юридический центр Пресс», 2005.

18. Лучин В. О. Конституционные нормы и правоотношения. Москва, 1997.

19. Лучин В. О. Конституция Российской Федерации. Проблемы реализации. Москва: ЮНИТИ-ДАНА, 2002.

20. Мелашенко В. Ф. Основы конституционного права Украины. Киев, 1996.

21. Румянцев О. Г. Основы конституционного строя России. Москва, 1994.

22. Тодыка Ю. Н. Конституционные основы формирования правовой культуры. Харьков: «Райдер», 2001.

23. Тодыка Ю. Н. Конституция Украины: проблемы теории и практики. Харьков: «Факт», 2000.

24. Шульженко, Ю. Л. О понятии «правовая охрана конституции». В: Государство и Право, 2002, № 7.

25. Шульженко, Ю. Л. Самоохрана Конституции Российской Федерации. Москва, 1997.

26. Эбзеев Б. С. Конституция. Правовое государство. Конституционный Суд: Учебное пособие для вузов. Москва, 1997.



TEORII CRIMINOLOGICE NAȚIONALE DE ANVERGURĂ UNIVERSALĂ

Djulieta VASILOI,
lector universitar, doctorand, IȘPCA
Olga SPÎNU,
studentă, anul II, Drept,

SUMMARY

Science has always needed theories, revolutionary concepts to explain phenomena that take place in society. The criminology was enriched with such theories because of prominent criminologists of our country, including Mr. Bejan Octavian. The theory of criminal behavior, the theory of constructive abstract criminological research, criminological law of interest are just some of the extraordinary achievements of national criminology.

Keywords: theory, criminal behavior, criminological law, research method, scientific methodology

REZUMAT

Știința a avut nevoie întotdeauna de teorii, concepte revoluționare, pentru a explica fenomenele care au loc în societate. Criminologia s-a îmbogățit cu astfel de teorii datorită unor criminologi de vază ai țării noastre, printre care și dl Octavian Bejan. Teoria despre comportamentul criminal, teoria abstract-constructivă de cercetare criminologică, legea criminologică a interesului sînt doar cîteva dintre realizările ieșite din comun ale criminologiei naționale.

Cuvinte-cheie: teorie, comportament criminal, lege criminologică, metodă de cercetare științifică, metodologie științifică.

Fiecare om de știință contribuie în felul său la despădurirea planetei.
Valeriu Butulescu

Cărțile sînt cărașii civilizației.
Fără cărți, istoria e mută, literatura nu are glas, știința e paralizată,
iar gîndirea și meditația sînt suspendate.
Barbara Tuchman

Introducere. Criminologia authtonă a cunoscut un mare avînt odată cu obținerea suveranității și independenței Republicii Moldova în anii 1990-1991, așa cum nu s-a mai întîmplat înainte [1].

Printre multe altele, au fost elaborate teorii criminologice generale, au fost formulate legi criminologice, precum și au fost obținute realizări importante în planul metodologiei cunoașterii criminologice.

Scopul studiului constă în relevarea și analizarea unor teorii criminologice ale cercetătorului și criminologului Octavian Bejan.

Metode aplicate și materiale utilizate. Studiul a fost realizat prin metoda analizei de conținut, metoda interviului și metoda abstract-constructivă. Au fost studiate lucrările științifice ale criminologilor O. Bejan și V. Bujor.

Rezultate obținute și discuții. Cercetătorul științific Octavian Be-

jan se numără printre criminologii care au avut o contribuție majoră la realizările semnificative ale criminologiei naționale. Pentru a ne demonstra afirmația și pentru a face cunoscute aceste rezultate deosebite, vom prezenta, comenta și aprecia cîteva dintre realizările numeroase ale acestuia, listă succintă a cărora o prezentăm la sfîrșitul articolului.

Teoria despre comportamentul criminal. Octavian Bejan este unul dintre pușinii criminologi naționali care a reușit să elaboreze o teorie generală a comportamentului criminal (crimei și criminalității) [2]. Autorul ne spune: „Am fost pregătit de această realizare de către mentorul meu, Valeriu Bujor. El m-a format în calitate de criminolog în primul rînd prin prisma criminologiei fundamentale. Inițial, mi-am propus să contribuie la dezvoltarea teoriei despre crimă, pe care a creionat-o profesorul meu. Acest efort

s-a materializat printr-un șir de lucrări științifice comune [3]. După ani de muncă asiduă, am simțit că pot merge mai departe, că pot realiza un salt calitativ spre un nivel superior de abordare a uneia dintre cele trei probleme criminologice centrale – explicarea comportamentului criminal, celelalte două fiind esența și prevenirea criminalității. Am urmărit conceperea unei teorii criminologice integraliste, care ar face ordine în toți factorii determinanți ai criminalității, indiferent de natura acestora: sociali, psihologici, fizici, biologici etc. Or, concepțiile precedente aveau un pronunțat caracter sociologic sau, dacă vreți, sociocriminologic”.

În viziunea criminologului Octavian Bejan, în rol de cauză a comportamentului uman evoluează: *necesitatea, instinctul, reflexul condiționat, impulsul necontrolat sau interesul, iar cauza comporta-*



mentului criminal o constituie invariabil *interesul*.

Iată cum vede criminologul nostru întregul proces genetic al comportamentului criminal, pînă la producerea efectelor sale în realitate. Constituția organismului uman presupune existența unor nevoi organice (înnăscute), la care se adaugă o seamă de necesități formate în cursul vieții (achiziționate), datorită capacității organismului de a-și cultiva necesități neînnăscute sub impactul factorilor externi, condițiilor de trai. Necesitățile constituie factorul intern activ al organismului uman care impulsionează comportamentul uman. Nevoia acționează asupra sistemului nervos al organismului, impunînd, prin intermediul disconfortului psihosomatic sau al durerilor, uneori extrem de greu de suportat, rațiunea să conștientizeze, mai întîi de toate, trebuința care necesită a fi satisfăcută, iar apoi să caute căile optime de îndeplinire a ei. Necesitatea se reflectă în mintea omului sub forma de idee (impuls neural), imagine sau cuvînt, conectat la stocul de informații legate de necesitate. Gîndirea efectuează o reactualizare a acestor informații, căutînd informațiile care vizează registrul modalităților de satisfacere anume a acestei nevoi.

Modalitățile de satisfacere a unei nevoi reprezintă tipare comportamentale, elaborate în temeiul unor situații tipice de viață, adică care țin cont de factorii interni (capacități intelectuale, psihologice și fizice), factorii externi (condițiile sociale și cele naturale care formează mediul lui de acțiune). Totodată, gîndirea examinează cu ajutorul organelor de simț (văz, auz etc.) situația exterioară a organismului, cu scopul de a stabili dacă modalitățile cunoscute sînt aplicabile în conjunctura concretă, existentă în mediul în care se află organismul la acel moment. În cazul în care rațiunea nu găsește în registrul curent o modalitate adecvată de îndeplinire a nevoii, el începe raportarea informației despre necesitatea activă la

celelalte informații (despre lume și organismul său), stocarea în memorie, încercînd să extragă de acolo noi soluții de îndeplinire.

Procesul de căutare a soluției de îndeplinire a nevoii presante se supune legii conservării energiilor, ceea ce înseamnă că este aleasă calea cea mai scurtă de soluționare a sarcinii puse în fața rațiunii, dar nu poate depăși termenul critic de rezistență la imperativele și, respectiv, presiunile necesității durînd clipe, minute, ore, zile, săptămîni, luni sau chiar ani. S-ar putea ca rațiunea să fie conștientă de faptul că soluțiile nu sînt cele mai potrivite, dar dacă timpul nu permite continuarea căutărilor, atunci va fi adoptată o soluție – cea mai indicată dintre toate, după principiul ”răului minim”. La capătul acestui proces se conturează interesul criminal, adică o orientare spre acțiuni criminale de modificare a mediului existențial sau, eventual, de menținere a stării lui actuale, în vederea creării și, respectiv, menținerii condițiilor necesare de satisfacere a nevoii.

Interesul devine astfel cauza directă a comportamentului criminal, dirijîndu-l pînă la consumare și mobilizînd resursele interne necesare: intelectuale, energetice și funcționale. El constituie o linie directoare, în timp ce actele de conduită se modifică în funcție de circumstanțele concrete în care se derulează comportamentul criminal.

În conformitate cu cele stabilite, putem cataloga comportamentul criminal drept un fenomen dependent, căci el se manifestă atîta timp cît este activă cauza lui, adică interesul criminal. Întrunirea unor condiții de natură a suprima existența interesului criminal conduce cu necesitate la încetarea comportamentului criminal.

Metoda abstract-constructivă de cercetare criminologică. Criminologul Octavian Bejan a adus o contribuție importantă și la dezvoltarea metodologiei de cercetare criminologică [4]. Autorul ne comunică următoarele despre această

descoperire științifică: „Pentru a înțelege cît este de importantă elaborarea unei metode de cercetare științifică, este suficient a lua în considerare, pe de o parte, faptul că fără metodă nu există nici celelalte cunoștințe științifice, iar pe de altă parte, numărul mic al metodelor de cercetare științifică de care dispune actualmente știința. Metodele teoretice, din care face parte și metoda *construcției abstracte*, așa cum o numesc eu acum, sînt și mai puține. Elaborarea metodei construcției abstracte a fost înlesnită de cercetările criminologice fundamentale pe care le-am întreprins, aceasta avînd în mod firesc un caracter precumpănit teoretic. Și-a lăsat amprenta și ignoranța metodologică a unor cercetători științifici, care dețin puterea de decizie în lumea științifică. Prin această contribuție la dezvoltarea metodologiei cunoașterii științifice, criminologia în general și criminologia națională în special și-a ridicat statutul în domeniul științific”.

Această metodă consistă în obținerea de cunoștințe noi prin construirea abstractă a imaginii necunoscute a realității cu ajutorul cunoștințelor existente, potrivit principiilor de organizare și funcționare a realității.

Activitatea de cercetare cu ajutorul acestei metode ține precumpănit de rigoarea rațiunii și mai puțin de inspirație și creativitate. Cercetătorul construiește și reconstruiește rațional, într-un mod scrupulos, o nouă imagine a realității, una deocamdată necunoscută, în temeiul celei creionate de predecesori și de colegii săi, operînd cu cunoștințele disponibile, potrivit scopului propus în investigația inițiată. De-a lungul acestui proces cognitiv sînt respectate unele reguli, inclusiv ale logicii.

Metoda abstract-constructivă presupune unele cerințe esențiale: 1) operarea inițială cu cunoștințe teoretice sau fapte acceptate în știință și 2) respectarea unei concordanțe a cunoștințelor obținute (noi) cu cunoștințele existente.



Această metodă este utilizată intuitiv la scară largă în cunoașterea științifică, deși ea nu a fost nici conștientizată de cercetători, nici cercetată și definită de metodologi, fiind adesea eronat identificată cu procedeele logicii sau, pur și simplu, cu rațiunea umană.

Pe lângă elaborarea unei metode de cercetare științifică, savantul O. Bejan a delimitat și a definit metodele de verificare a rezultatelor științifice, a relevat noi laturi ale cunoașterii științifice și, mai ales, ale cunoașterii teoretice.

Potrivit profesorului Valeriu Bujor, aceste rezultate metodologice obținute de criminologul Octavian Bejan reprezintă un salt calitativ în știință [5].

Legea criminologică. Printre realizările majore ale savantului Octavian Bejan se află descoperirea și formularea unei legi criminologice [6]. De la autor aflăm următoarele despre această descoperire științifică: „Cărarea spre această finalitate științifică a fost pornită de mentorul meu, Valeriu Bujor. Rezultatul pe care l-am obținut este consecința eforturilor noastre comune. Eu am mers spre acest capăt timp de aproape zece ani, iar domnul Bujor a făcut o cale și mai lungă. Puține legi de existență și de manifestare a criminalității au fost relevate de către criminologi la nivel mondial. Nu am găsim așa ceva în criminologia națională. În opinia noastră, putem vorbi deci despre o mare reușită a criminologiei naționale. Împărtășim opinia profesorului Bujor și a celorlalți cercetători științifici care consideră că ”legile reprezintă unul dintre cele mai importante aspecte ale realității, ale Universului, ceea ce înseamnă că descoperirea lor constituie o mare izbândă a cercetătorilor”.

Legea formulată de criminologii naționali este următoarea: Existența unui decalaj între interesul dominant și interesul general inevitabil generează un anumit nivel de criminalitate, iar extinderea acestui decalaj determină o sporire relativ

proporțională a criminalității în societatea respectivă.

Prin urmare, ori de câte ori guvernării, realizând interesul dominant, vor ignora celelalte interese din societate, se vor produce cu necesitate, în mod legic, crime; și atât timp cât ei vor trata cu nepăsare acest adevăr incontestabil, orice, „luptă” contra criminalității va fi zadarnică.

Autorii adăugă că legea criminologică a interesului are un caracter general și acționează în orice perioadă și în orice societate, fără deosebire.

Este de menționat că criminologul Octavian Bejan a contribuit la dezvoltarea considerabilă a noțiunii *interesului*, adică a mobilului comportamentului criminal, la demonstrarea ideii că interesul constituie cauza comportamentului criminal, precum și a realizat o delimitare conceptuală fundamentală a crimei în calitate de act de conduită și a crimei în calitate de interdicție socială.

Concluzii. Șirul realizărilor științifice ale criminologului Octavian Bejan este mult mai lung [7]. Noi ne-am limitat numai la câteva realizări de primă mărime, pentru că acestea ne permit să tragem concluziile principale. Octavian Bejan are o apartenență atât la sistemul criminologic național, cât și la cel internațional. Prin mulțimea de teorii, legi, metode, definiții etc. pe care le-a elaborat, a conturat în detaliu înțelegerea multor aspecte din domeniul criminologic.

Cercetătorul Octavian Bejan este o fire revoluționară și tentată a implementa noi abordări, înțelegeri etc. în procesul de descoperire a adevărului. Acest fapt este subliniat și la începutul monografiei *Interes și Crimă*, publicată în anul 2004, la Chișinău, prin următorul citat: „Adevărul este unul, el este necesar omului, nu poate să-i strice niciodată, și puterea lui de neînving se face simțită, mai curînd sau mai tîrziu”.

În viziunea noastră, cercetătorul și criminologul Octavian Bejan este

o personalitate marcantă în Republica Moldova.

Referințe bibliografice și note

1. Așa rezultă din datele prezentate în articolul lui Octavian Bejan *Evoluția științei criminologice în Basarabia*, în „Studii criminologice și juridice privind criminalitatea: anuar științific”, ediția a II-a, Chișinău, 2001, p. 27-44; Octavian Bejan (coordonator și autor) și alții, *Supportul criminologic în activitatea poliției. Realizări și perspective*, Chișinău, 2001, 152 p.; Octavian Bejan, *Criminologi autohtoni*, Asociația Independentă de Criminologie din Republica Moldova, Chișinău, 2008, 138 p.

2. Această teorie a fost prezentată în monografia *Explicație criminologică a comportamentului criminal*, Centrul de Prevenire și Asistență Criminologică, Chișinău, 2009.

3. Cele mai cunoscute lucrări sînt: Valeriu Bujor și Octavian Bejan, *Cu privire la esența crimei și pedepsei*, în „Pedeapsa ca formă a răspunderii juridice și rolul ei în societatea de tranziție”, Universitatea de Criminologie din Moldova, Chișinău, 2002, p. 49-56; Valeriu Bujor și Octavian Bejan, *Cu privire la esența și pericolul social al criminalității*, în *Revista de criminologie, drept penal și criminalistică*, nr. 1-2, 2004, p. 5-11; Octavian Bejan și Valeriu Bujor, *Interes și crimă*, Institutul de Filozofie, Sociologie și Drepte al Academiei de Științe a Moldovei, Chișinău, 2004, 192 p.

4. Octavian Bejan, *Realizarea cercetărilor criminologice teoretice*, Centrul de Prevenire și Asistență Criminologică, Chișinău, 2009, 160 p.

5. Valeriu Bujor, *Realizarea cercetărilor criminologice teoretice – un salt calitativ în știință*, în *Legea și viața*, anul 2010, nr. 5, p. 4.

6. Octavian Bejan și Valeriu Bujor, *Interes și crimă*, Institutul de Filozofie, Sociologie și Drepte al Academiei de Științe a Moldovei, Chișinău, 2004, 192 p.

7. O enumerare mai amplă poate fi găsită în una dintre ultimele sale lucrări: Valeriu Bujor și Octavian Bejan, *Elemente de statistică criminologică*, Institutul de Științe Penale și Criminologie Aplicată, Chișinău, 2014.



CADRUL NORMATIV PRIVIND ACTUL JURIDIC DE OPTIUNE SUCCESORALĂ

Veronica GÎSCA,
doctor în drept, conferențiar universitar

SUMMARY

There is a difference between transmission *mortis causa* heritage, which operates the law, regardless of successors attitude and acceptance of this communication, which demonstrates the will of the person assumed to be that final broadcast. Also they opt out of receiving property *mortis causa* transmission determined by unilateral expression of will of the person, withdrawing with retroactive effect which had operated provisionally transmission.

Fierce need for supplementing the existing knowledge and make new theoretical research and related legal rules concerning the right of option rights of succession determines relevance in contemporary society thesis subject. All the above led topicality of investigated.

Keywords: option inheritance, legal declarative act, retraction act of succession option

REZUMAT

Este o diferență între transmisiunea *mortis causa* a patrimoniului, care operează de drept, indiferent de atitudinea succesibililor, și acceptarea acestei transmisiuni, care presupune manifestarea voinței persoanei pentru a fi definitivă respectiva transmisiune. De asemenea, renunțarea la primirea transmisiunii patrimoniale *mortis causa* determină, prin manifestarea unilaterală de voință a persoanei, retragerea cu efect retroactiv a transmisiunii care operase în mod provizoriu.

Necesitatea acerbă de completare a cunoștințelor deja existente și efectuarea de noi cercetări teoretice și juridice, legate de normele dreptului referitoare la dreptul de opțiune succesorală în cadrul societății contemporane, determină relevanța subiectului tezei. Toate cele menționate mai sus au determinat actualitatea temei date.

Cuvinte-cheie: opțiune succesorală, act juridic declarativ, retractarea actului de opțiune succesorală

Introducere. Opțiunea succesorală se manifestă cu precădere prin încheierea unor anumite acte juridice. Vom vedea că aceasta se poate realiza, în forma ei tacită, și prin anumite fapte juridice – în sens restrâns, bineînțeles –, cum ar fi, de exemplu, demolarea unei construcții care făcea parte din masa succesorală sau folosirea sub titlu de proprietar a unor bunuri succesoriale. Așadar, putem spune că actul juridic de opțiune succesorală reprezintă modalitatea de realizare a dreptului de opțiune, forma prin care el se exercită și se exteriorizează.

Rezultate obținute și discuții. Pornind de la definiția actului juridic în general, sîntem în măsură să considerăm că *actul juridic de opțiune succesorală* este manifestarea de voință a succesibilului, făcută cu intenția de a produce efectele juridice specifice opțiunii succesoriale, respectiv de a consolida sau de a anihila cu efect retroactiv titlul de moștenitor și transmisiunea succesorală ce a operat la decesul autorului moștenirii, determinînd nașterea sau stingerea unor rapor-

turi juridice concrete referitoare la această transmisiune [7, p. 186].

Din această definiție rezultă că ne aflăm în fața unei manifestări de voință, exprimate cu intenția de a produce anumite efecte juridice, și că aceste efecte constau în primirea sau refuzul transmisiunii succesoriale și a titlului de moștenitor. Manifestarea de voință poate fi exteriorizată în mod expres sau tacit, actul de opțiune succesorală fiind o zonă juridică în care se recunosc masiv efectele modalității tacite de exprimare a voinței. Ne referim la *acceptarea tacită a moștenirii*.

Este un act juridic unilateral, pentru că el reprezintă rezultatul voinței unei singure persoane. Codul civil al Republicii Moldova nu dispune direct că actul juridic de opțiune succesorală este unilateral, iar art. 1516 CC al RM dispune că succesiunea se consideră acceptată atunci cînd moștenitorul depune la notarul de la locul deschiderii succesiunii o declarație de acceptare a succesiunii.

Indiferent de impactul pe care îl are asupra intereselor altor persoane, actul de opțiune succesora-

lă se realizează numai ca urmare a voinței succesibilului care exercită dreptul. Acesta nu este obligat să țină seama nici de voința celorlalți succesibili, nici de sensul manifestării lor de voință și nici de consecințele pe care ei le vor suporta în urma modului de exprimare a opțiunii de către persoana în cauză.

Este un act juridic declarativ [4, p. 397], pentru că are ca efect consolidarea unui drept subiectiv preexistent sau pierderea acestui drept. Transmisiunea moștenirii operează odată cu decesul autorului. Acceptarea nu face decît să consolideze transmisiunea moștenirii realizată de plin drept la data decesului. La fel, prin renunțare, succesibilul respectiv este considerat că nu a fost niciodată moștenitor. Chiar dacă, în urma opțiunii exercitate, are loc o transmisiune de drepturi din patrimoniul defunctului în patrimonial moștenitorului, această transmisiune nu se produce ca efect al exercitării dreptului de opțiune, ci ca efect al transmisiunii patrimoniale ce a operat *mortis causa* de la data deschiderii succesiunii.

Este un act juridic de dispoziție,



indiferent de direcția spre care a fost îndreptată opțiunea – către acceptarea moștenirii sau către renunțarea la ea. Acest lucru se întâmplă, în principal, deoarece răspunderea, în materia acceptării, era una ce putea depăși limita activului primit, deci se putea extinde și asupra bunurilor personale ale moștenitorului. În același timp, renunțarea la succesiune, ca orice renunțare la un drept, a fost și este încă socotită drept un act de dispoziție.

Prin urmare, **actul juridic de opțiune succesorală va fi considerat totdeauna un act de dispoziție**, indiferent dacă este vorba despre acceptare sau despre renunțare, cu consecințele de rigoare în materia capacității de a-l încheia. Este adevărat, măsura acestui caracter este diferită, deoarece este vorba de acceptare sau de renunțare, el fiind cu mult mai puternic în cazul renunțării la moștenire. Însă, chiar dacă acceptarea suportă o anumită atenuare a caracterului de act de dispoziție, nu putem să-l negăm în totalitate sau să-l recunoaștem numai în anumite cazuri.

Cine, cum și după ce criterii ar putea stabili când este vorba despre un act de dispoziție și când nu? Să nu uităm că aproape niciodată nu se poate stabili cu precizie de la data deschiderii moștenirii care este valoarea activului și a pasivului succesoral. Sînt multe situații în care se descoperă ulterior bunuri sau datorii. Deci, aleatoriul este mult prea mare, pentru a nu-l avea în vedere și a nu-l contracara printr-o regulă strictă.

Este un act juridic, în principiu, solemn sau cel puțin formal, pentru că simpla manifestare de voință nu este suficientă, fiind necesară o anumită formă prescrisă de lege. Cu excepția cazurilor în care acceptarea se face prin săvîrșirea anumitor fapte juridice care semnifică, indubitabil, însușirea calității de moștenitor. În privința actului de opțiune, ca manifestare de voință a succesibilului, el trebuie să

îmbrace, în principiu, o anumită formă. Astfel, acceptarea expresă a moștenirii este valabilă numai dacă a fost făcută în formă scrisă, fie că este vorba despre un înscris sub semnătură privată sau despre un act autentic, motiv pentru care autorii îl consideră a fi un act formal, iar nu solemn [4, p. 412].

Renunțarea la moștenire trebuie să fie făcută obligatoriu în formă autentică, pentru că, fiind vorba despre renunțarea la un drept, legea are un tratament cu mult mai restrictiv decît în cazul acceptării. Din motivul dat, aceasta este considerată drept un act juridic solemn, conform legislației românești. Codul civil al RM nici în această privință nu ne argumentează prin normele sale ce fel de act este renunțarea, dar practica continuă a pretinde că acest act obligatoriu este valabil numai fiind autenticat notarial.

Forma cerută de lege este una necesară pentru însăși valabilitatea actului. Astfel, nu se poate admite o simplă declarație verbală, chiar făcută în fața martorilor, din care să reiasă că succesibilul intenționează să accepte moștenirea, dacă aceasta nu a fost consemnată într-un înscris sau dacă nu a fost urmată de anumite fapte care să demonstreze fără echivoc însușirea titlului de moștenitor. Cu atît mai mult, renunțarea la moștenire nu va putea fi socotită ca valabilă dacă nu îmbracă forma autentică, pentru că numai în acest fel există siguranța că succesibilul a înțeles pe deplin consecințele actului pe care el l-a încheiat.

Este un act juridic cu conținut patrimonial, în ciuda caracterului potestativ al dreptului de opțiune succesorală [7, p. 190]. Referindu-se la primirea sau renunțarea unui patrimoniu, actul juridic de opțiune are o puternică încărcătură pecuniară. Acceptînd succesiunea, moștenitorul își sporește, de regulă, patrimoniul. Renunțînd, succesibilul nu pare a suporta o diminuare patrimonială, deoarece el se menține la

același nivel ca înainte de deschiderea moștenirii. În realitate, prin renunțare se înlătură transmisiunea patrimonială care a operat *mortis causa*, deci sărăcirea patrimoniului există. Mai mult, chiar sensul opțiunii este guvernat de interesele patrimoniale pe care succesibilii le au în raport de moștenirea respectivă.

Este un act juridic între vii, pentru că, deși are legătură cu transmisiunea unui patrimoniu pentru cauză de moarte, actul de opțiune succesorală își produce efectele necondiționat de moartea autorului său. Succesorii sînt persoane aflate în viață, iar dreptul de opțiune aparținînd unui succesor decedat se retransmite moștenitorilor acestuia, care se află de asemenea în viață. Efectele actului juridic de opțiune se produc în timpul vieții celui care l-a încheiat, iar legătura sa cu moștenirea nu îi schimbă caracterul în cel al unui act pentru cauză de moarte.

Este un act juridic pur și simplu, nesusceptibil de nicio modalitate. Pe cale de consecință, nu se va putea încheia un act de acceptare a moștenirii sau de renunțare la aceasta cu termen, sub condiție ori cu sarcini, sancțiunea fiind nulitatea absolută.

Este un act juridic care poate fi încheiat prin reprezentant. Această caracteristică a actului juridic de opțiune succesorală derivă în special din conținutul său patrimonial, așezînd acest act în rîndul aceluia care, neavînd ca esențial atributul de a fi personale, pot fi lăsate la latitudinea unui reprezentant legal sau convențional. Acesta însă nu va avea întotdeauna o deplină libertate de mișcare, pentru că limitele puterilor lui vor putea fi cenzurate și stabilite fie de organul competent a-i autoriza acțiunile – autoritatea tutelară sau instanța de tutelă, fie de mandant, prin împuternicirea conferită [7, p. 191].

Este un act juridic cu executare *uno actu* chiar și atunci cînd legea permite retractarea actului de



opțiune. În orice situație, succesibilul nu acționează decât o singură dată, iar dreptul său se stinge prin însuși exercițiul său. Atât declarația de acceptare, cât și cea de renunțare la moștenire este una ireversibilă, conform legislației în vigoare.

Este un act juridic irevocabil, legea nepermițând revenirea asupra opțiunii exprimate în sensul acceptării moștenirii sub niciun motiv, dar admitând, în mod excepțional, revocarea renunțării, dacă sînt îndeplinite condițiile Codului civil român [1.5, p. 123]. După cum am mai spus, declarația de renunțare este ireversibilă, conform legislației Republicii Moldova [1, art. 1536, alin. (1)].

Însă, pentru a fi valabil, actul juridic de opțiune succesorală trebuie să îndeplinească anumite condiții de fond și de formă.

Condițiile de fond ale actului juridic de opțiune succesorală. Actul juridic de opțiune succesorală trebuie să îndeplinească toate condițiile generale de valabilitate ale actului juridic civil. Prin urmare, condițiile esențiale pentru validitatea actului de opțiune succesorală sînt:

- capacitatea de a încheia actul;
- consimțămîntul valabil exprimat;
- obiectul determinat și licit;
- cauza licită și morală.

Atunci cînd vorbim despre capacitatea unei persoane de a încheia un act juridic, îndeosebi de opțiune succesorală, ne referim la posibilitatea acesteia de a-și exercita dreptul de opțiune succesorală. Succesibilul, din moment ce are capacitate succesorală, este titular al dreptului de opțiune pe care trebuie să îl exercite, manifestându-și voința prin încheierea unui act juridic de acceptare sau de renunțare.

Capacitatea succesorală nu se confundă cu capacitatea de a încheia actul juridic de opțiune succesorală. Ele se află însă într-o strînsă interdependență. Capacitatea succesorală este o variantă a capaci-

tății de folosință, întrucît, așa cum am arătat, ea este legată de faptul existenței persoanei, de nașterea/constituirea sau concepțiunea sa, ca moment de la care se recunoaște capacitatea succesorală, sau de moartea/desființarea sa, ca moment de la care nu mai poate fi vorba despre o capacitate succesorală proprie [7, p. 193]. Capacitatea de a încheia un act juridic de opțiune este legată cu precădere de capacitatea de exercițiu a persoanei, de felul în care aceasta, ca titulară a dreptului de opțiune, are posibilitatea de a-l exercita.

Regulile pe care le vom stabili în materie țin de felul în care succesibilul poate să încheie un act juridic de opțiune personal și singur, personal și asistat de o altă persoană sau fiind reprezentat legal de un terț. Iar aceste reguli sînt necesare pentru că, odată ce o persoană este titulara unui drept, ea trebuie să îl și exercite, independent de faptul că are sau nu capacitate de exercițiu. Or, dacă are această capacitate, succesibilul va putea încheia actul juridic de opțiune personal și singur, posibilitatea reprezentării fiind numai una convențională, lăsată strict la aprecierea părții. Dacă această capacitate este una restrînsă (cazul minorului între 14 și 18 ani), actul juridic de opțiune va putea fi încheiat personal de către succesibil, dar cu încuviințarea reprezentantului legal și cu autorizarea autorității tutelare. În cazul în care ne aflăm în fața lipsei capacității de exercițiu (minorul sub 14 ani și persoana pusă sub interdicție), actul juridic de opțiune se va putea încheia numai de către reprezentantul legal și numai cu autorizarea autorității tutelare.

Din cele expuse rezultă că actul de opțiune încheiat fără respectarea dispozițiilor referitoare la capacitate devine retroactiv valabil, ca și cum ar fi fost întocmit în conformitate cu toate dispozițiile legale. Ca oricare act juridic, și acesta presupune existența consimțămîntului

părților cu privire la încheierea sa. Lucrurile stau la fel și în materia actului juridic de opțiune succesorală care, pentru a fi valabil, presupune ca autorul său să-și manifeste hotărîrea de a-l întocmi și să materializeze această hotărîre prin încheierea actului în forma cerută de lege.

Consimțămîntul succesoriului trebuie să fie liber, serios și exprimat în cunoștință de cauză [6, p. 177]. Viciile de consimțămînt al actului de opțiune succesorală sînt:

- eroarea;
- dolul;
- violența.

Cauza reprezintă „motivul care determină” partea să încheie respectivul act juridic, *adică, în privința actului de opțiune succesorală*, argumentația internă a succesibilului, cea care a fost de natură a-l determina să opteze într-un anumit fel.

Împreună cu consimțămîntul, cauza alcătuiește *voința juridică* [8, p. 160] a părții, respectiv acel fenomen complex, intern, psihologic, de natură să determine valabilitatea actului juridic încheiat.

Pentru a fi valabilă, cauza actului de opțiune succesorală trebuie să existe, să fie licită și morală.

Prin urmare, în primul rînd, ca și în cazul oricărui act juridic, cauza actului de opțiune trebuie să existe. Aceasta înseamnă că succesibilul trebuie să aibă, la momentul întocmirii actului, reprezentarea exactă a motivației care îl determină să încheie respectivul act. În același timp, este necesar ca respectiva cauză să fie și reală, o cauză falsă putînd să reprezinte motiv de anulare a actului de opțiune succesorală. De exemplu, o persoană renunță la moștenire ca urmare a unei înțelegeri cu unul dintre moștenitori, care se obligă să-i remită, în schimbul renunțării, o sumă de bani. Renunțarea nu poate fi decât pur abdicativă. Cauza unui astfel de act este deci una falsă și reprezintă motiv de anulabilitate a actului. Nu



este important ca actul de opțiune să conțină menționarea cauzei pentru care a fost încheiat.

Cauza actului juridic de opțiune trebuie să fie și morală, adică să nu contravină bunelor moravuri, în caz contrar sancțiunea fiind nulitatea absolută, ca și în cazul cauzei ilicite, în conformitate cu aceleași prevederi legale.

Se impune o ultimă observație cu privire la sancțiunea cauzei ilicite și imorale, care este nulitatea absolută, dar numai dacă sînt îndeplinite alternativ două condiții: ori cauza de nulitate este comună, ori, dacă nu este comună, „cealaltă parte” a cunoscut sau trebuia să cunoască faptul că actul juridic are o cauză ilicită/imorală. Evident, prevederea are deplină aplicabilitate în materia actelor juridice bilaterale. La fel de evident este faptul că existența unei cauze ilicite sau imorale cu caracter general, comun, unanim recunoscut, este de natură să atragă nulitatea absolută a unui astfel de act de opțiune. În ce măsură însă este aplicabilă actului juridic de opțiune succesorală, ca act juridic unilateral, prevederea conform căreia cauza ilicită sau imorală, care nu este comună, trebuie să fi fost cunoscută de cealaltă parte? Personal, considerăm că sintagma „cealaltă parte” poate fi ușor înlocuită cu cea de „cealaltă moștenitor”, „succesibili”, „creditorii” etc., astfel încît să se considere ca simplă cunoaștere a caracterului imoral sau ilicit al cauzei de către orice persoană interesată în atribuirea patrimoniului succesoral să reprezinte motiv de anulare a actului de opțiune.

O cauză ilicită sau imorală, care nu este comună, nu poate atrage nulitatea absolută decît în măsura în care a fost cunoscută sau trebuia să fie cunoscută de cealaltă parte, respectiv, în materia pe care o analizăm, de către ceilalți moștenitori [7, p. 218-219].

Codul civil al Republicii Moldova nu s-a preocupat să dea o

definiție legală dreptului de opțiune succesorală, sarcina aceasta revenindu-i cu precădere doctrinei. Autorii, vorbind despre dreptul de opțiune ca despre un drept de a alege, defineau preponderent numai formele acestuia – respectiv acceptarea moștenirii, renunțarea la moștenire.

În ultimele decenii ale secolului XX, teoria juridică a renunțat la simpla explicare a noțiunii și s-a îndreptat și către o definire a sa. Astfel, într-o definiție [4, p. 489], dreptul de opțiune succesorală este dreptul subiectiv care se execută printr-un act juridic într-un anumit termen prevăzut de lege. În concret, autorul îl definește ca fiind un drept al succesibililor, născut la data deschiderii moștenirii, de a alege între a accepta și a renunța la moștenire.

Concluzii

1. Acceptarea moștenirii este actul sau faptul juridic unilateral prin care succesibilul își întărește definitiv calitatea de moștenitor al defunctului.

2. În ceea ce privește moștenirea retransmisă, dreptul de opțiune nu trebuie exercitat de către comoștenitori unitari, legislația reglementînd posibilitatea ca unul sau mai mulși succesibili să renunțe la moștenire, partea renunțătorilor profitînd celorlalți moștenitori.

3. Dreptul de opțiune succesorală, deși este exercitat ulterior deschiderii moștenirii, produce efecte juridice de la data decesului lui *de cuius*, adică au efect retroactiv.

4. Deoarece Codul civil al Republicii Moldova nu de dă o definiție legală a dreptului de opțiune succesorală, am identificat aceasta prin :

a) acceptarea moștenirii este acțiunea prin care succesibilul, persoana chemată la moștenire, își consolidează definitiv calitatea de moștenitor al defunctului, asumîndu-și obligația de a răspunde pentru obligațiile și sarcinile moștenirii;

b) renunțarea la moștenire presupune desființarea cu efect retro-

activ a vocației la moștenire, astfel încît acesta devine străin față de moștenire, nebeneficiind de activul succesoral și nefiind ținut de datoriile și sarcinile moștenirii.

5. Dreptul de opțiune succesorală îl au: moștenitorii legali, moștenitorii testamentari, rezervatarii și, după părerea noastră, creditorii personali ai moștenirii legale sau testamentare. Am ajuns la această concluzie din motivul că creditorii succesibilului pot accepta moștenirea pe cale oblică, în limita îndestulării creanței lor. Totodată, persoanele enumerate și care pot accepta sau renunța la moștenire trebuie să aibă capacitate succesorală, să fie chemate la moștenire și să nu fie nedemne.

Referințe bibliografice

1. Codul civil al Republicii Moldova, adoptat prin Legea nr. 1107-XV din 06.06.2002. În: Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr. 82-86/661 din 22.06.2002
2. Codul familiei al Republicii Moldova, adoptat prin Legea nr. 1316-XIV din 26.10.2000. Chișinău, 2001. În: Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr. 47-48/210 din 26.04.2001.
3. Chircă Dan. Succesiuni și testamente. București: Ed. Rosetti, 2003.
4. Deak Francisk. Tratat de drept succesoral. București: Ed. Universul juridic, 2002.
5. Deak Francisc și Popescu Romeo. Tratat de drept succesoral. Vol. III. transmisiunea și partajul moștenirii. Ed. a 3-a, completată și actualizată. București: Ed. Universul Juridic, 2014.
6. Gheorghe A.N. Manual de drept succesoral. București: Hamangiu, 2013.
7. Negrilă, Daniela. Dreptul de opțiune succesorală: studii teoretice și practice. București: Ed. Universul Juridic, 2014, 298 p.
8. Ляпунов Сергей. Наследование. Комментарии законодательства. Судебная практика. 2004, Москва: изд. Экзамен, 382 с.



LIBERTATEA ȘI SIGURANȚA PERSOANEI, ANALIZATE PRIN PRISMA PREVEDERILOR CONVENȚIEI EUROPENE PENTRU DREPTURILE OMULUI

Andrei PÂNTEA,
doctorand, lector universitar, USM

SUMMARY

The most common violations found by the Court were those associated with the violation of Article 5, paragraph 3, namely a lack of relevant and sufficient reasons for detention during the criminal proceedings. Another problem that arises in the cases against Moldova detention without reasonable suspicion. The existence of a reasonable suspicion that the person committed the crime stipulated in the criminal law is a „sine qua non” of her arrest and detention.

Keywords: legislation, jurisprudence, deprivation of liberty, reasonable suspicion, arrest warrant

REZUMAT

Cele mai răspândite încălcări constatate în cazurile contra Republicii Moldova de Curtea Europeană a Drepturilor Omului au fost cele legate de încălcarea articolului 5 § 3, și anume: lipsa de motive suficiente și relevante pentru plasarea și menținerea persoanei în detenție preventivă pe durata desfășurării procesului penal. O altă problemă întâlnită în cazurile contra Moldovei este cea a detenției în lipsa unei suspiciuni rezonabile. Existența unei suspiciuni rezonabile că o persoană a comis o faptă incriminată de legea penală este o condiție „sine qua non” pentru arestarea și detenția ei.

Cuvinte-cheie: legislație, jurisprudență, privare de libertate, bănuială rezonabilă, mandat de arest

Introducere. Prin prisma prevederilor Convenției Europene pentru Drepturile Omului privind libertatea și siguranța persoanei, bănuiala rezonabilă poate fi caracterizată prin inabilitatea de a lua în considerație chestiunile cu privire la aprecierea elementului de „bănuială rezonabilă”. O cerință esențială pentru aplicarea măsurilor de constrângere privative de libertate este existența unei bănuieli rezonabile că a fost săvârșită o infracțiune și că aceasta o fost săvârșită de persoana acuzată.

Metode aplicate și materiale utilizate. Pentru atingerea scopului propus, au fost aplicate diferite metode de cercetare științifică: comparativă, deductivă, inductivă, metoda sistematizării, analiza și sinteza. Ca suport științific și normativ au fost folosite lucrările savanților din Republica Moldova, România și alte state. De asemenea, studiul s-a axat pe o profundă analiză a cadrului normativ din Republica Moldova.

Rezultate obținute și discuții. Autorul V. Rotaru consideră că bănuiala rezonabilă este o cerință logică și evidentă, totuși ea este formulată expres, deoarece uneori (atunci când este „foarte necesar”),

reprezentanții organelor de drept parcă uită că o astfel de cerință există [1, p. 69], anume aceasta ar fi cauza condamnării, nu doar a noastră, la CEDO.

Practicile judiciare și cele de urmărire penală în acest sens au relevat că deseori chestiunea existenței sau lipsei unei „bănuieli rezonabile”, la momentul aplicării/prelungirii arestului, nu se ea în considerație ca un element fundamental al legalității privării de libertate. Judecătorii și procurorii își axează atenția mai degrabă asupra motivelor de justificare a arestului (indiferent de perseverența acestei atitudini), decât asupra întrebării dacă „bănuiala rezonabilă” mai persistă în speță. Curtea Europeană a notat că persistența unei „bănuieli rezonabile” este o condiție *sine qua non* a legalității pentru întreaga perioadă a arestului și odată dispărută, indiferent de faza procedurală, ea conduce în mod automat la necesitatea revizuirii măsurii preventive arest (exemplu ar fi: McKay v. the United Kingdom [GC], § 40; Oral and Atabay v. Turkey, § 41) [2, p. 17]. Cu alte cuvinte, ambele elemente, atât justificarea arestului, cât și persistența „bănuielii rezonabile”, sînt valabile pentru întreaga

durată a arestului, ceea ce conduce la obligația de a le revedea peste perioade rezonabile (Aquilina v. Malta, § 52).

După cum s-a indicat mai sus, conceptul „bănuielii rezonabile” a fost inclus în legislația procesual-penală doar ca un standard de îndeplinit la începerea urmăririi penale. Respectiv, deși există o obligație prin prisma Convenției impusă judecătorului de a examina această chestiune odată cu decizia de aplicare/prelungire a arestului, CPP tace în acest sens anume la procedura de arest. Judecătorul nu este obligat de noul CPP să o facă cînd aplică/prelungeste arestul. Această situație a și generat o serie de hotărîri ale Curții Europene în privința Republicii Moldova, unde s-a explicat ce înseamnă în fapt o „bănuială rezonabilă” ca un concept incorporat în garanțiile legalității privării de libertate.

Curtea Europeană a notat clar: „bănuiala rezonabilă” că a fost comisă o infracțiune presupune existența unor fapte sau informații care ar convinge un observator obiectiv că persoana în cauză ar fi comis o infracțiune. Cu toate acestea, ceea ce poate fi considerat ca fiind „rezonabil” va depinde de toate



circumstanțele cazului particular (Erdagöz c. Turciei, § 51, Fox, Campbell și Hartley c. Regatului Unit, § 32) [3, p. 18]. Faptele care conturează o suspiciune nu trebuie să fie de la același nivel ca și cele necesare pentru a justifica o condamnare, sau formularea învinuirii în următoarea etapă a procesului de urmărire penală (Brogan și alții c. Regatului Unit, § 53, și Murray c. Regatului Unit, § 55) [4, p. 18].

Reticența practicii judiciare de a implica aspectul legat de ”bănuială rezonabilă” la momentul arestului se explică prin dificultatea de a trasa o linie clară între fondul acuzațiilor și chestiunile de măsuri preventive unde fondul cauzei nu poate fi examinat. Din această cauză, un judecător care aplică arestul mai degrabă se va abține de a se pronunța asupra lipsei sau existenței bănuielii rezonabile, pentru a nu crea speculații că se pronunță asupra fondului învinuirilor aduse, ori inclusiv pentru a nu risca să interfereze în prezumpția nevinovăției.

Autoarea M. Macovei consideră că prin stipularea prezenței necesare a motivelor rezonabile de a presupune că persoana privată de libertate a comis o infracțiune, articolul 5 (1) (c) garantează temeinicia acestei măsuri și caracterul său nearbitrar. O bănuială trebuie întotdeauna să fie autentică. În hotărârea Murray v. Regatul Unit, Curtea a subliniat că dacă sinceritatea și temeinicia unei bănuieli constituiau elementele indispensabile ale rezonabilității sale, această bănuială nu putea fi privită ca una rezonabilă decât cu condiția ca ea să fie bazată pe fapte sau informații care ar stabili o legătură obiectivă între suspect și infracțiunea presupusă. Ar trebui deci să existe dovezi ale acțiunilor, documente sau date medico-legale care ar implica în mod direct persoana vizată. În consecință, nicio privațiune de libertate nu se poate baza pe impresii, intuiție, o simplă asociere de idei sau de prejudecăți (etnice, religioase

sau de altă natură), indiferent de valoarea lor, în calitate de indiciu al participării unei persoane la comiterea unei infracțiuni. Aceasta nu înseamnă că pentru a justifica o condamnare sau chiar o simplă acuzare ar putea fi suficientă o singură probă [5, p. 27].

Autoarea M. Macovei opinează că, în cadrul examinării hotărârilor Brogan v. Regatul Unit și Murray v. Regatul Unit, obiectul unui interogatoriu realizat pe parcursul unei detenții autorizate de articolul 5 (1) (c) este doar de a confirma sau de a infirma bănuielile existente asupra persoanei arestate, bănuieli care în această etapă timpurie a procesului nu pot în mod normal servi ca dovezi. Cu toate acestea, continuă autoarea, bănuiala trebuie să fie într-un anumit mod întemeiată. Simplul fapt că persoana a comis o infracțiune – sau ceva asemănător – în trecut nu este suficient pentru a oferi un caracter rezonabil unei bănuieli, fapt indicat elocvent de judecătorii de la Strasbourg în hotărârea Fox, Campbell și Hartley v. Regatul Unit [6, p. 28]. Această hotărâre se referă la petiționari care deja fuseseră condamnați anterior pentru acte de terorism, dar judecătorii de la Strasbourg, chiar dacă admiteau că acest trecut putea într-o anumită măsură să consolideze bănuielile asociindu-le infracțiunilor cu caracter terorist, au stabilit că el constituise o bază exclusivă a bănuielilor ce justificau privarea lor de libertate. Or, este esențial, consideră M. Macovei, ca bănuielile să se bazeze pe comportamentul actual al persoanei vizate.

Susținem întru totul opinia autoarei M. Macovei, care opinează că simpla afirmație a autorităților conform căreia ar fi existat o informație sigură, dar confidențială în acest sens – argument prezentat de guvernul pîrît în cauza Fox – nu constituise o bază suficientă pentru a admite că bănuiala era rezonabilă, din moment ce această informație nu fusese comunicată instanței

judecătorești, împluternicită cu examinarea legalității contestate a măsurii privative de libertate.

Judecătorii de la Strasbourg au considerat că bănuiala fusese rezonabilă în cazul K.-F v. Germania, care se referea la petiționari reținuți pentru escrocherie prin închiriere, după ce proprietarul încăperii anunțase la poliție că ei intenționau să nu-și onoreze obligațiile de locatari și că ancheta a descoperit că adresa indicată de cei vizați nu era decât o cutie poștală și că unul dintre petiționari deja constituise obiectul urmăririlor pentru escrocherie. În cazul Punzelt v. Republica Cehă, Curtea a considerat rezonabile bănuielile față de petiționar: acesta a emis două cecuri fără acoperire, în calitate de garanție, în cadrul negocierilor referitoare la procurarea a două mari magazine. În hotărârea Lukanov v. Bulgaria, judecătorii de la Strasbourg au subliniat că nici un fapt sau o informație nu s-a aflat la baza tezei conform căreia petiționarul fusese tentat să obțină avantaje pentru sine sau pentru terți din participarea sa la atribuirea fondurilor publice altor țări; o referire vagă la anumite „tranzacții” fusese în mod evident considerată de Comisie ca fiind insuficientă pentru existența unor bănuieli relative la un scop atît de ilicit. Totuși, principala problemă vizează faptul că majoritatea acuzațiilor formulate împotriva petiționarului nu constituiau o infracțiune penală conform legislației bulgare. În cazul de față, absența interdicției penale era evidentă, dar Curtea a considerat util să precizeze că, în anumite circumstanțe, uneori este dificil să se stabilească cu certitudine dacă faptele cunoscute pot în mod rezonabil sau nu să fie considerate ca nimerind sub incidența unei dispoziții specifice din dreptul penal, care interzice comportamentul incriminat.

Este deci necesar de a putea demonstra nu numai legătura dintre persoana privată de libertate și evenimentele bănuite de a fi constituit



o infracțiune, ci și o bază suficientă, care ar permite să se conchidă că evenimentele menționate sînt în corelație cu infracțiunea pretinsă. Această demonstrare se poate dovedi a fi problematică în prezența unei noi sau rare infracțiuni și orice interpretare neobișnuită a unei interdicții specifice riscă să antreneze concluzia că bănuiala nu era rezonabilă. Deși criteriul rezonabilității bănuiei nu se extinde asupra infracțiunilor previzibile, privarea de libertate, care se bazează pe acest motiv, trebuie să vizeze infracțiuni determinate și concrete și condiția că motivele rezonabile de a crede în necesitatea împiedicării (suspectului) de a comite o infracțiune presupun capacitatea de a demonstra același nivel de bănuială care ar trebui să fie demonstrat pentru a evita încălcarea articolului 5 (1) (c). S-ar cuveni deci să existe o probă obiectivă și suficientă pentru a stabili o legătură între comportamentul persoanei vizate și probabilitatea comiterii unei infracțiuni de către aceasta: autoritățile nu ar trebui deci să se bazeze pe prejudecăți sau temeri vagi [7, p. 33].

Problemele constatate, în special în cazurile Republicii Moldova, în legătura cu bănuiala rezonabilă pot fi descrise prin referință la următoarele exemple relevante [8, p. 19]:

1. În cauza Mușuc, lipsa bănuiei rezonabile a rezultat din suspiciuni izvorîte dintr-o teorie a acuzării expusă printr-o descriere cronologică a evenimentelor, fără a fi referințe la probe. În fapt a existat omisiunea de a dovedi unul din elementele de bază ale conținutului constitutiv al infracțiunii imputate reclamantului, și anume cumpărarea bunului la un preț semnificativ mai mic.

2. În cauza Stepuleac, bănuiele rezonabile nu s-au confirmat din lipsa verificării caracterului fondat al sesizării cu privire la infracțiune, care deținea formal o referință la numele arestatului.

3. În cauza Cebotari au existat proceduri paralele penale și civile și o dublă apreciere a onora și acelorași evenimente prin prisma unei responsabilități civile și penale. Aceste fapte, pe lângă elementul ilegalității arestării în lipsa bănuiei rezonabile, au condus la concluzia existenței și la un arest arbitrar.

4. În cauza Leva, elementul principal care a servit la reținerea persoanei (un martor ocular a indicat asupra persoanei că a comis infracțiunea) nu a fost probat nici la reținere și nici în procedurile în fața judecătorului de instrucție. S-a constatat lipsa în general a oricăror declarații ale unui martor.

5. În cauza Brega, din probele video și din constatările instanței, arestul administrativ a fost bazat pe acuzații false. Toate aceste situații de mai sus nu ar putea satisface un observator obiectiv, dar totuși au satisfăcut judecătorii care au aplicat arestul, fără a reflecta asupra elementului unei bănuiei rezonabile precum că persoana arestul căreia se cere ar fi comis în general o faptă pasibilă unei răspunderi penale.

Un element important de menționat în contextul examinării compatibilității este o anumită jurisprudență care a relevat elemente pozitive în materia de arest. Aceasta va oferi obiectivitate studiului. Deși anumite probleme cu privire la aplicarea articolului 5 au fost pretinse de reclamanti, jurisprudența Curții Europene în cauzele contra Republicii Moldova a relevat că, în anumite circumstanțe, aceste plîngeri sînt nefondate, iar practicile de aplicare sînt conforme cu standardele Convenției. De exemplu, în cauza Haritonov, reclamantul a pretins, printre altele, o serie de încălcări ale legalității arestului său, avînd în vedere depășirea termenului de detenție și durata examinării recursului său la Curtea de Apel. Curtea Europeană a respins aceste capete de plîngeri

ca nefondate, deoarece Curtea de Apel a constatat direct încălcarea drepturilor reclamantului și a dispus eliberarea acestuia. S-a specificat că eliberarea persoanei deținute ilegal constituie o formă de remediere, iar articolul 5 (în special § 5) nu garantează expres dreptul la compensații bănești. Reclamantul în speță nu s-a adresat cu solicitarea de compensații potrivit legii 1545 și în partea aceasta plîngerile au fost considerate inadmisibile pentru neepuizare.

În acest sens, este relevant de a cita că „o decizie sau o măsură favorabilă unui reclamant nu este, în principiu, suficientă pentru a-l priva pe acesta de statutul său de victimă decît dacă autoritățile naționale au recunoscut, în mod expres sau în substanță, și ulterior au oferit despăgubiri pentru încălcarea Convenției (a se vedea, de exemplu, Ilașcu și alții c. Moldovei și Rusiei (dec.) [GC], nr. 48787/99, 04 iulie 2001) [9, p. 19]. Deși articolul 5 § 5 cere existența unui drept executoriu la compensație pentru detenție în cazurile de încălcare a dispozițiilor articolului 5, aceasta nu garantează un drept absolut de despăgubire în toate circumstanțele (Kustila și Oksio c. Finlandei, nr. 10443/02, 13 ianuarie 2004) [10, p. 20]. În speță, Curtea de Apel a recunoscut în mod expres încălcarea articolului 5 § 1 din Convenție în ceea ce privește detenția ilegală a reclamantului între 7 și 9 ianuarie 2007 și a dispus eliberarea lui imediată. Eliberarea reclamantului, prin urmare, a fost dispusă ca o formă de redresare, în pofida faptului că motivele în favoarea detenției sale erau încă considerate de către Curtea de Apel ca fiind relevante și suficiente. Avînd în vedere cele menționate anterior, Curtea este convinsă că eliberarea promptă a solicitantului în condițiile în care el ar trebui să fi fost altfel ținut în detenție, împreună cu recunoașterea expresă de către Curtea de Apel



a ilegalității detenției, a acordat reclamantului o satisfacție, care îl privează de statutul de victimă. În ce privește examinarea promptă a cererii de recurs, Curtea Europeană în special a notat că în cauza Șarban (§§ 118-124), când o problemă similară a fost examinată de Curte, încălcarea Articolului 5 § 4 a fost găsită în ceea ce privește întârzierea de douăzeci și una de zile. În acel caz, Curtea a acordat o importanță specială stării precare de sănătate a reclamantului și absenței îngrijirii medicale în izolatorul de detenție preventivă. Din moment ce circumstanțe similare nu sînt prezente în prezentul caz și deoarece întârzierea a fost considerabil mai scurtă, Curtea consideră că este posibil de a o distinge de cauza Șarban. Deși ar fi de dorit pentru Curtea de Apel să acționeze mai prompt, Curtea este deschisă să accepte faptul că, în circumstanțele specifice ale cazului, dispozițiile articolului 5 § 4 nu au fost încălcate.

O altă cauză relevantă vizează aprecierea elementului existenței sau lipsei bănuiei rezonabile, unde Curtea Europeană s-a referit că reclamantul Ignatenco a fost reținut în baza unor „informații operative de investigații”, și a observat în continuare că aceste „informații” au fost confirmate în plîngerea penală, ceea ce ar fi fost suficient pentru a justifica arestarea reclamantului conform legislației naționale. În această privință, Curtea s-a referit la Labita c. Italiei [MC], nr. 26772/95, § 59, CEDO 2000-IV, și O'Hara c. Regatului Unit, nr. 37555/97, CEDO 2001-X, unde a găsit că informațiile transmise de către informatori în cadrul unei investigații a poliției cu scopul de a-l identifica pe reclamant ca fiind una dintre o serie de persoane bănuite de implicare într-un eveniment specific, au fost suficiente pentru a ridica o bănuială rezonabilă că reclamantul ar fi comis o infracțiune [11, p. 20].

Data fiind importanța și gravitatea măsurii arestării preventive, aceasta a constituit o permanentă preocupare pentru legiuitor, motiv pentru care numeroasele modificări ale Codului de procedură penală au urmărit, printre altele, instituirea unor noi garanții procesuale care să asigure că drepturile și libertățile persoanei suspectate de săvîrșirea unei infracțiuni nu vor fi încălcate sau limitate. Transformările esențiale ale legislației naționale în materia arestării preventive au avut ca scop principal armonizarea dispozițiilor procesual penale interne cu exigențele impuse de Convenția Europeană a Drepturilor Omului și principiile unui proces european, dezvoltate în jurisprudența instanței de la Strasbourg. În acest context, prezintă însemnătate modificările aduse părții generale a Codului de procedură penală [12].

Concluzii. Din toate cele prezentate anterior, rezultă clar că modificările succesive ale Codului de procedură penală, îndeosebi în materia luării măsurii arestării preventive, reprezintă consecința directă a necesității corelării legislației interne cu cerințele Convenției. Cu toate că schimbările aduse prin legile amintite nu au fost cu adevărat reformatoare, cel puțin s-a realizat sau s-a încercat un prim pas pentru aducerea Codului de procedură penală la nivelul standardelor europene.

Astfel, considerăm că, în prezent, dispozițiile naționale, în mare parte mai exigente decît vechile reglementări, urmăresc asigurarea protecției individului împotriva abuzurilor autorităților și apropierea sistemului de drept național de celelalte sisteme ale statelor semnatare ale Convenției. În acest context, un rol însemnat îl are inițiativă deja exteriorizată a instanțelor interne de a percepe jurisprudența CEDO ca o veritabilă sursă de drept în cadrul sistemului juridic autohton, întrucît doar în

acest fel se poate asigura o interpretare a dispozițiilor naționale în spiritul prevederilor Convenției.

Referințe bibliografice

1. Rotaru V., *Societatea și justiția penală. Ghid pentru jurnaliști și activiștii din domeniul drepturilor omului*. Chișinău: Ed. Cartier, 2012, p. 69.
2. Grosu V., Apostol L., Gheorghieș I. și alții. *Studiu de compatibilitate. Cod de procedură penală al Republicii Moldova. Arest și măsurile preventive și privative de libertate. Compatibilitatea cu prevederile articolului 5 din Convenția Europeană a drepturilor omului și jurisprudența relevantă a Curții Europene a Drepturilor Omului*. Chișinău, 2014, p. 17.
3. Ibidem, p. 18.
4. Ibidem, p. 18.
5. Macovei M. *Libertatea și siguranța persoanei. Ghid privind punerea în aplicare a articolului 5 al Convenției Europene pentru Drepturile Omului*. R.M., 2003, p. 27.
6. Ibidem, p. 28.
7. Ibidem, p. 33.
8. Grosu V., Apostol L., Gheorghieș I. și alții. *Op. cit.*, p. 19.
9. Grosu V., Apostol L., Gheorghieș I. și alții. *Op. cit.*, p. 19.
10. Grosu V., Apostol L., Gheorghieș I. și alții. *Op. cit.*, p. 20.
11. Grosu V., Apostol L., Gheorghieș I. și alții. *Op. cit.*, p. 20.
12. <https://dreptmd.wordpress.com/legalitatea-arestarii-preventive-in-jurisprudenta-cedo/> (vizitat 04.01.2016).



PERSPECTIVA CONSACRĂRII PRINCIPIULUI PREZUMȚIEI VINOVĂȚIEI ÎN CAUZELE CE PRIVESC CONTRAVENȚIILE DE MEDIU (ECOLOGICE)

Andrian CREȚU,
doctorand, Academia „Ștefan cel Mare” a MAI

SUMMARY

In a criminal and contravention case, the principle of presumption of innocence represents one of the guaranties of person's right of not being charged, and not the administration of evidence in a legal case that can demonstrate the guilty. This guaranty is natural according to general human values created and promoted by society. But when on the scales of justice is put a fundamental issue, namely that of ensuring the very existence of human beings – the environment, we feel that keeping the axiomatic mood of the principle of presumption of innocence would be a danger to ignore the idea that the purpose of ensuring a natural essence cannot be achieved by means which are designed to ensure an essentially social purpose.

Thus, to establish the principle of presumption of guilt in the contravention procedure by the effect that the burden of proof of innocence pass on perpetrator's account, it would represent a first attempt to revive the mechanisms of environmental protection, but also an indicator that the state offers a carefully distinct problem for the environmental protection.

Keywords: environmental contravention, contravention procedure, presumption of innocence, presumption of guilt, burden of proof of innocence

REZUMAT

Principiul prezumției nevinovăției reprezintă într-un proces penal și contravențional una dintre garanțiile dreptului persoanei de a nu fi învinuită și trasă la răspundere, decât ca rezultat al administrării în cadrul unui proces legal a probelor care să demonstreze vinovăția. Această garanție este una firească în raport cu valorile general umane create și promovate de societate. Atunci, însă, când pe cântarul justiției este pusă o chestiune fundamentală, și anume cea de asigurare a însăși existenței ființei umane – cea de mediu, sîntem de părerea că păstrarea în mod axiomatic a acestui principiu de prezumție a nevinovăției ar reprezenta un pericol de a ignora ideea potrivit căreia asigurarea unui scop de esență naturală nu poate fi realizată prin mijloace create pentru asigurarea unui scop de esență socială.

Astfel, consacrarea principiului prezumției vinovăției în procedura contravențională, prin efectul căreia sarcina probării nevinovăției se trece pe seama făptuitorului, reprezintă o primă încercare de a revigora mecanismele de protecție a mediului, dar și un indiciu a faptului că Statul oferă o atenție distinctă problemei de protecție a mediului.

Cuvinte-cheie: contravenție de mediu; procedură contravențională; prezumția nevinovăției, prezumția vinovăției, sarcina probării vinovăției

Introducere. Prezumția nevinovăției reprezintă unul dintre principiile fundamentale ale procedurii penale și contravenționale. De-a lungul anilor, acest principiu este apreciat de o societate democratică drept o realizare, o valoare socială importantă. Acesta poate fi remarcat drept un principiu-tabu, la care este foarte greu de "atentat". Totodată, societatea este într-o permanentă dezvoltare, deci și principiile promovate de aceasta urmează să fie revizuite cu timpul, pornind de la faptul că și necesitățile acesteia se dezvoltă, iar ca urmare se modifică.

Scopul acestei publicații este de a sensibiliza mediul științific asupra posibilității revizuirii poziției asupra principiului

prezumției nevinovăției, anume în ce privește contravențiile de mediu (ecologice).

Materiale și metode aplicate. În studiul în cauză a fost consultată literatura de specialitate autohtonă, avînd în vedere specificul procesului contravențional în Republica Moldova, și au fost aplicate metodele de cercetare științifică comparativă, logică etc.

Rezultate obținute și discuții. Procedura contravențională în cazurile contravențiilor de mediu reprezintă un proces distinct, care, avînd în vedere importanța obiectivului apărut, cere revizuirea problematicii cu privire la sarcina probării vinovăției făptuitorului.

Egalitatea de arme între învinuire și apărare formează esența principiului contradictorialității,

ca o regulă specifică fazei de judecată [1]

Deși în literatura de specialitate chestiunea referitoare la prezumția de nevinovăție este o chestiune acceptată axiomatic în ce privește răspunderea de drept penal și cea de drept contravențional, totuși sîntem de părerea că și această "superstiție" poate fi supusă unei revizuirii. Această posibilitate ne este oferită de primii pași deja făcuți atît la nivel de reglementări legislative, cît și la nivel conceptual-științific.

Avînd în vedere scopul distinct pe care îl are domeniul protejării mediului, se cere în mod corespunzător a fi identificate și metode distincte, care să asigure realizarea acestui scop.

Legii contravenționale îi revii



ne o sarcină distinctă în acest sens, deoarece, pe de o parte, procedura contravențională este bazată pe principiul prezumției nevinovăției, potrivit căreia se stabilește că persoana care a comis contravenția poartă răspundere numai în caz dacă a comis-o cu vinovăție în una din formele acesteia, iar pe de altă parte, procedura contravențională reprezintă domeniul ce reglementează aplicarea răspunderii pentru fapte penale neînsemnate. În acest sens, de multe ori sub aspect procedural este abordată problema referitor la necesitatea dovedirii lipsei sau prezenței vinovăției făptuitorului, care stă în sarcina autorității publice care asigură realizarea acestui proces. Potrivit acestui principiu, persoana care a comis o contravenție prin cauzarea daunei de mediu este scutită de obligația de a dovedi că este sau nu este vinovată de comiterea faptei, această sarcină aparținând autorității.

În același timp, la moment doar în materie de reparare a daunelor legislația stabilește că persoana care a cauzat dauna se prezumă a fi vinovată și, respectiv, este obligată la repararea daunei de mediu, atâta timp cât nu demonstrează fapta altuia, indiferent de vinovăția sa.

Totodată, în virtutea faptului că natura contravenției, reflectată prin prisma pericolului social neînsemnat, permite posibilitatea de a opera o procedură mai simplificată în ce privește o faptă mai neînsemnată, considerăm că anume domeniul contravențional ne poate permite de a opera principiul prezumției vinovăției, și anume doar pentru cazurile contravenționale ecologice.

Aceasta ar fi fundamentată pe următoarele motive:

1) Faptele contravenționale în esență reprezintă încălcări ce nu presupun un pericol social

deosebit. Ca urmare, sancțiunile pentru contravenții de asemenea sînt neînsemnate. Din aceste motive, eforturile statului în ce privește constatarea acestora urmează a fi echivalente pericolului pe care îl reprezintă faptele contravenționale. De aici reiese că și sarcinile procedurale ale statului trebuie să fie revizuite în așa fel încît să nu fie echivalente celor din procedura penală.

2) Contravențiile ecologice reprezintă fapte care afectează un interes vital – cel de protecție a mediului. Acest interes este unul de fapt existențial. Prin urmare, și metodele aplicate pentru asigurarea protecției mediului trebuie să fie distincte. A pune ”în capul mesei” valorile sociale în vederea soluționării unei chestiuni de origine naturală, care are esență și conținut independent de voința omului, înseamnă a te expune riscului de a nu asigura prin aceste mijloace realizarea scopului urmărit. În acest sens, punînd pe ”cîntarul” metodelor de asigurare a protecției mediului valorile sociale, cum ar fi principiul prezumției nevinovăției, ar fi lipsit de temei. Dimpotrivă, adoptarea principiului prezumției vinovăției ar oferi mai multe avantaje în soluționarea problemei de protecție a mediului.

Această procedură ar presupune că, dacă pentru alte categorii de contravenții, de exemplu cele legate de încălcarea regulilor de circulație rutieră, făptuitorul se va considera nevinovat și respectiv nu va fi tras la răspundere contravențională în cazul în care vinovăția sa nu va fi demonstrată, în ce privește răspunderea contravențională pentru dauna de mediu, prin aplicarea principiului prezumției vinovăției, însuși făptuitorul ar trebui să-și demon-

streze lipsa vinovăției sale, aceasta fiind prezumată pînă la proba contrară. În asemenea caz, sarcina autorității împuternicite de a examina cazul contravențional va fi constatarea elementelor obiective, și anume a faptei, prejudiciului și raportului de cauzalitate dintre faptă și prejudiciu. Elementul subiectiv, și anume vinovăția, iar mai bine spus lipsa acesteia, urmează a fi probată de făptuitor.

Astfel, s-ar stabili o situație cînd persoana care a fost eliberată din sala de judecată, deoarece nu i s-a demonstrat culpa penală în cazul furtului, poate fi obligată la recuperarea daunei civile cauzate în rezultatul furtului pentru culpă civilă, fapt care ar fi fost apreciat drept un paradox [2]. În cazul comiterii contravenției de mediu, în eventualitatea aplicării prezumției de vinovăție, situația ar fi fost complet inversă, astfel persoana care a comis contravenția ecologică va fi sancționată dacă nu a demonstrat lipsa vinovăției, iar în ce privește repararea daunei civile cauzate în rezultatul contravenției ecologice, pentru obligarea făptuitorului, victima va trebui să demonstreze prezența vinovăției făptuitorului.

Este necesar să acordăm atenție faptului că, la aprecierea necesității aplicării principiului prezumției vinovăției în dreptul procedural contravențional, urmează să fie examinat doar în raport cu cel al nevinovăției. În asemenea caz, evident apare întrebarea: de ce nu am putea acorda ambelor prezumții aceeași valoare, conferindu-le statut identic? Mai mult decît atît, la mijlocul anilor șaptezeci ai secolului trecut, unii autori chiar puneau la îndoială importanța principiului prezumției nevinovăției în procesul penal [3], fapt care ne demonstrează încă o dată necesitatea reevaluării importanței și



eficienței aplicării acestor principii procedurale.

În ceea ce privește prezumția vinovăției, este necesar de a menționa un moment ce merită a fi discutat, și anume cel ce se referă la prevederile articolului 475 din Codul civil al RM, care stipulează că dauna cauzată persoanei sau bunurilor unui cetățean, precum și dauna cauzată unei organizații trebuie reparată de către persoana care a cauzat dauna, dacă aceasta nu dovedește că nu este în culpă. Din conținutul acestor prevederi rezultă un principiu care, de altfel, nu și-a găsit reflectare în literatura de specialitate, și anume *principiul prezumției responsabilității*. Parafrazînd conținutul art. 475 al Codului civil, avem enunțarea principiului conform căruia făptuitorul este obligat de a răspunde, atîta timp cît nu demonstrează lipsa culpei sale pentru fapta săvîrșită. Considerăm aceasta ca fiind o prezumție cu un conținut mai larg decît prezumția vinovăției, dar în cadrul căreia chestiunea vinovăției devine o sarcină probatorie, și nu un obiectiv ce urmează a fi probat de făptuitor.

În ce privește aplicabilitatea principiului prezumției vinovăției la răspunderea contravențională ca rezultat al cauzării daunelor de mediu, considerăm că urmează a face o distincție între răspunderea obiectivă și răspunderea pe temeiul principiului prezumției vinovăției. În acest caz vom vorbi despre un specific al aplicabilității acestui principiu. Astfel, pornind de la ideea că lipsa dovezii faptului nu exclude însăși existența faptului, considerăm că la aplicarea măsurilor de răspundere contravențională pentru daune de mediu, atît caracterul obiectiv al răspunderii, cît și prezumția vinovăției presupune posibilitatea,

de fiecare dată cînd se stabilește faptul prejudiciabil, de a fi aplicată răspunderea contravențională, fără ca statul să aibă sarcina demonstrării vinovăției.

Această afirmație o putem fundamenta pe faptul că, în cazul răspunderii obiective, vina în principiu nu se exclude. Aceasta nu este exclusă, ci pur și simplu nu este luată în considerație în cadrul procesului de examinare a pricinii.

Deoarece răspunderea obiectivă nu exclude vinovăția făptuitorului, iar persoana care este obligată să suporte răspunderea va fi exonerată de la răspundere, dacă demonstrează culpa terței persoane, în cazul răspunderii contravenționale de mediu, făptuitorul va fi prezumat vinovat pentru daună atîta timp pînă nu demonstrează culpa terței persoane. În asemenea situație, ținem să subliniem că, în cazul răspunderii obiective, făptuitorul nu mai este exonerat de la răspundere, chiar dacă demonstrează lipsa culpei sale – aceasta este exclusă din considerațiunea faptului că legea recunoaște vina acestuia pentru dauna principală (cea de mediu), instituind o anumită limită pentru prima fază a prejudiciului – dauna de mediu, care efectiv nu poate fi diminuată (vinovăția) la faza a doua a prejudiciului – dauna civilă.

Concluzie. Deși sîntem conștienți că eventuala aplicare a principiului prezumției vinovăției în procesul contravențional pentru cazurile de pricinuire a daunelor de mediu ar crea anumite dificultăți în ce privește corecta aplicare a prevederilor articolului 6 al CEDO, totuși sîntem de părerea că limitele aplicării acestor norme urmează a fi revigorată potrivit interesului major de asigurare a existenței ființei umane. Aceasta se argumentează pe baza

faptului că “convenția europeană nu interzice prezumțiile de fapt și de drept, dar cere ca acestea să fie păstrate în limite rezonabile și să nu fie arbitrare” [4].

Referințe bibliografice

1. A. Șt. Tulbure. *Prezumția de nevinovăție*. Sibiu: Ed. Red., 1996, p. 126.
2. В. Тадевосян. К вопросу об установлении материальной истины в советском процессе. В: *Советское государство и право*, 1948, № 6, с. 71.
3. Е. Мартынчикю. Гарантии прав обвиняемого в суде первой инстанции (Гаранțiile drepturilor învinuitului în prima instanță). Кишинэу, 1975, с. 70-85.
4. М. Udrioiu, О. Predescu. Standarde europene în domeniul prezumției de nevinovăție. În: *Dreptul*, 2008, nr. 8, p. 252.



ASIGURAREA DREPTURILOR ȘI INTERESELOR LEGITIME ALE PERSOANEI REȚINUTE SAU ARESTATE ÎN CONTEXTUL HOTĂRÎRII CURȚII CONSTITUȚIONALE A REPUBLICII MOLDOVA DIN 23.02.2016

Mihail SORBALA,
doctorand, ULIM

SUMMARY

The purpose of the work is to assess the state penal policy during the implementation of the Association Agreement between the Republic of Moldova and the European Union on compliance with one of the most important rights – the freedom of person in the jurisprudence of RM in the process of detention and arrest of the person; developing of proposals to improve the legislation based on the jurisprudence of the Constitutional Court and ECHR standards. This aim was materialized as final, by submitting specific recommendations for improving the criminal law in the field of crime of illegal detention or arrest.

Keywords: detention, preventive measures, criminal-procedural coercive measure, arrest, house arrest, cause, criminal components, suspect, accused, defendant, investigated magistrate, criminal prosecutor body, prosecutor

REZUMAT

Scopul articolului constă în evaluarea politicii penale a statului în perioada implementării Acordului de Asociere dintre RM și UE privind respectarea unuia dintre cele mai importante drepturi – libertății persoanei – în jurisprudența RM, în procesul de reținere și arestare a persoanei; elaborarea propunerilor de perfecționare a legislației în baza jurisprudenței Curții Constituționale și a standardelor CtEDO. Acest scop a fost materializat, ca finalitate, prin înaintarea anumitor recomandări de perfecționare a legii penale în domeniul infracțiunii de reținere sau arestare ilegală.

Cuvinte-cheie: reținere, măsură preventivă, măsură de constrângere procesual-penală, arest, arest la domiciliu, cauză, componentă de infracțiune, bănuț, învinuit, inculpat, judecător de instrucție, organ de urmărire penală, procuror

Introducere. Importanța măsurilor preventive în ansamblu nu poate fi înțeleasă fără a face trimitere la dispozițiile constituționale și la cele conținute în instrumentele regionale fundamentale în materia drepturilor omului, ținând cont de specificul acestora – de afectare a inviolabilității persoanei.

Reglementate drept instituții cu caracter de constrângere, rolul acestora este de a împiedica suspectul sau inculpatul să întreprindă ori să desfășoare anumite activități care ar avea efect negativ atât asupra desfășurării procesului penal, cât și în privința atingerii scopului acestuia. De asemenea, pentru a se asigura de respectarea strictă a dispozițiilor legale, ce permit luarea acestor categorii de măsuri procesuale, legiuitorul a instituit anumite garanții, concretizate în condițiile generale și specifice ce trebuie îndeplinite, cumulativ, pentru a se putea dispune vreuna dintre măsurile preventive [1].

Metode și materiale aplicate. Cercetările întreprinse pentru elaborării acestui articol s-au bazat

pe studierea doctrinei, practicii și legislației existente în domeniul incriminării și sancționării faptelor de reținere sau arestare ilegală. Printre metodele de cercetare utilizate evidențiem: metoda logică, metoda sistematică, metoda juridică, precum și cea comparativă. Metodologia de cercetare a înglobat și metoda dialectică privind posibilitatea cunoașterii realității obiective, căile, mijloacele și metodele de percepere științifică.

Rezultate obținute și discuții. Privarea de libertate creează un dezechilibru de puteri, unde persoana aflată în detenție provizorie este cea vulnerabilă, fiind practic în întregime dependentă de administrația locului de detenție în ceea ce privește siguranța sa, exercitarea drepturilor sale și asigurarea necesităților de bază. O persoană aflată în custodia poliției este într-o situație deosebit de vulnerabilă. De regulă, mulți dintre cei aflați în custodia poliției sînt la primul contact cu organele de drept/structurile de forță, sînt confuzi și speriați, nu au cunoștințele sau experiența

necesară pentru a înțelege ceea ce se întîmplă. Astfel, acest dezechilibru dintre persoană și autoritatea de detenție provizorie poate cauza diferite forme de abuzuri (detenție necomunicată, detenție arbitrară, corupție, tortură și alte forme de maltratare, încălcarea garanțiilor procesuale prevăzute de lege etc.) [2, p. 7].

Curtea Europeană a Drepturilor Omului, în bogata jurisprudență privind materia art. 5 al Convenției, a trasat anumite linii directoare în ceea ce privește condițiile și limitele aplicării arestării preventive, plasînd pe primul plan prezumția libertății ca punct de reper la examinarea unei situații concrete. Curtea apreciază negativ utilizarea în exclusivitate a unor temeuri formale sau citarea unor texte de lege la emiterea hotărîrilor judecătorești de aplicare a arestării. Necesitatea concretizării temeiurilor de arestare este în funcție de durata aplicării măsurii date. Curtea a constatat mai multe deficiențe în materie de aplicare a arestării în sistemul de drept al Republicii Moldova. Aces-



tea se refereau atât la normele juridice aplicate în domeniu, cât și la practica instituită.

Este un fapt constatat că sistemul național se confruntă cu mai multe probleme, cum ar fi: motivarea hotărârilor judecătorești; interpretarea neuniformă a legii de către judecători la aplicarea arestării; încălcarea obligației de a acționa cu diligență în cazul persoanelor arestate; ezitarea de a examina totalitatea de probe în confirmarea necesității arestării; lipsa comunicării clientului cu avocatul; problema accesului avocatului la materialele dosarului; lipsa informării complete despre toate acuzațiile aduse. Se constată situații când instanțele nu iau în calcul personalitatea și comportamentul acuzatului, sau nu iau în considerație, în toate cazurile, posibilitatea aplicării măsurilor preventive alternative [4, p. 7].

În jurisprudența CtEDO, privarea de libertate include măsurile obișnuite – reținerea, arestarea, executarea pedepsei cu închisoarea; dar mai intră în această categorie arestul la domiciliu ori internarea într-un spital a unei persoane arestate, reținerea într-o mașină pentru mai multe ore ori ținerea persoanei încătușate timp de mai multe ore fără a fi reținută sau arestată. Pentru a decide dacă a existat sau nu o privare de libertate, se apreciază asupra unui element obiectiv – deținerea unei persoane într-un spațiu restrâns și pentru o perioadă de timp neglijabilă, respectiv un element subiectiv – persoana nu a consimțit la aceasta [3, p. 13].

În conformitate cu art. 30, alin. 4 din Legea cu privire la avocatul poporului din 3 aprilie 2014, privarea de libertate se definește ca: ”orice formă de plasare a persoanei, la ordinul oricărui organ judiciar, administrativ sau al altui organ, într-un loc de detenție de stat sau privat, pe care acesta nu îl poate părăsi după voia sa, în calitate de pedeapsă, sancțiune, măsură procesuală de constrângere, măsură

de siguranță, precum și ca rezultat al dependenței față de o îngrijire acordată sau în baza oricărui alt motiv”.

Exemple de privare de libertate existente în sistemul de justiție al Republicii Moldova sînt [2, p. 9-10]:

- a) reținerea;
- b) arestarea preventivă;
- c) detenția în instituțiile penitenciare pentru executarea pedepsei cu închisoarea;
- d) internarea într-o instituție psihiatrică;
- e) arestul în calitate de sancțiune disciplinară aplicată militarilor;
- f) reținerea și arestul contravențional;
- g) detenția cetățenilor străini și apatrizi, care urmează a fi expulzați, în centrul de plasament temporar al străinilor.

În conformitate cu art. 25 din Constituția Republicii Moldova, libertatea individuală și siguranța persoanei sînt inviolabile. Reținerea sau arestarea unei persoane sînt permise numai în cazurile și cu procedura prevăzute de lege.

Reținerea nu poate depăși 72 de ore. Arestarea se face în temeiul unui mandat emis de judecător, pentru o durată de cel mult 30 de zile. Asupra legalității mandatului se poate depune recurs, în condițiile legii, în instanța judecătorească ierarhic superioară. Termenul arestării poate fi prelungit numai de către judecător sau de instanța judecătorească, în condițiile legii, cel mult pînă la 12 luni.

Celui reținut sau arestat i se aduc de îndată la cunoștință motivele reținerii sale sau ale arestării. Eliberarea celui reținut sau arestat este obligatorie, dacă motivele reținerii sau arestării au dispărut.

Dreptul constituțional la libertate individuală și siguranță presupune că persoana nu poate fi lipsită de libertate și supusă reținerii sau arestului în mod arbitrar și samovolnic, după bunul plac al reprezentanților organelor statale.

Reținerea și deținerea în stare de arest prejudiciază, de fiecare dată, dreptul la libertatea individuală, din care considerent aceste măsuri de constrângere procesual-penală urmează a fi aplicate doar în strictă conformitate cu prevederile legii.

Periculozitatea reținerii și a arestului ilegal constă în faptul că aceste măsuri îngredesc cel mai important drept constituțional al fiecărei persoane – *dreptul la libertate individuală* [7, p. 342-343].

Dreptul la libertate și siguranță personală constituie unul dintre drepturile fundamentale ale omului. Totuși, acest drept nu este unul absolut. Autoritățile statului au dreptul de a priva persoanele de libertate în modul și în cazurile prevăzute de lege, cu respectarea garanțiilor legale prevăzute pentru privarea de libertate [2, p. 9].

Descoperirea și cercetarea faptelor infracționale sînt imposibile fără o constrângere din partea organelor de stat, antrenate în sfera activității procesual-penale. Mai mult decît atât, deși constrîngerea reprezintă doar un element în mecanismul reglementării procesual penale, pentru această varietate a activității statale ea reprezintă cea mai specifică și caracteristică formă [9, p. 137-138].

Măsurile de constrîngere procesual penală capătă o importanță deosebită în contextul examinării lor în cadrul instituției reținerii persoanei bănuite în comiterea infracțiunii. În acest sens, anume necesitatea aplicării măsurilor de constrîngere în privința unor anumite persoane a constituit premisa istorică a apariției figurii persoanei reținute ca fiind bănuite în comiterea faptei infracționale. Destinația de bază a instituției persoanei reținute în procesul penal ține de înzestrarea unei astfel de persoane cu un șir corespunzător de drepturi procesuale. Drept urmare a faptului că în marea majoritate a cazurilor persoana bănuite/reținute apare în cadrul cauzei penale în



legătură (sau de rînd) cu aplicarea în privința acesteia a măsurilor de constrîngere procesual penale, respectiv marea majoritate a încălcării drepturilor și intereselor ei legitime are loc anume în acest context. Activitatea de reținere, aplicată activ în practica organelor de urmărire penală, aduce atingere nemijlocită drepturilor omului la libertate și inviolabilității personale, prezentînd prin sine nu altceva decît o priverie de libertate, cu toate urmările survenite în acest sens [12, p. 99].

Practiciile organelor de urmărire penală i-au fost și încă îi mai sînt cunoscute – din fericire, la un nivel foarte redus – diferite contexte, împrejurări și combinații ale actului de reținere, și anume:

- pînă la începerea urmăririi penale;
- în lipsa temeiurilor și motive-lor;
- în vederea exercitării „presiunii” asupra bănuțitului, pentru a obține recunoașterea acestuia în comiterea infracțiunii;
- cu ulterioara falsificare a materialelor reținerii;
- cu neînștiințarea corespunzătoare a procurorului despre actul de reținere [8, p. 10].

Am încercat să evidențiem faptul că reglementarea juridică a reținerii nu se limitează doar la indicarea temeiurilor realizării acesteia, aici fiind inclusă ordinea reținerii și a percheziției corporale, temeiurile pentru eliberarea persoanei reținute, ordinea de deținere a persoanei reținute, înștiințarea despre reținere etc.

În particular, în procesul de elaborare a acestui studiu nu s-a trecut cu vederea respectarea termenelor procesuale caracteristice realizării actului de reținere: întocmirea procesului-verbal de reținere în termen de trei ore după reținerea faptică și aducerea bănuțitului la organul de urmărire penală; comunicarea procurorului, în termen de pînă la trei ore de la reținere despre actul de reținere; înștiințarea rudelor des-

pre actul de reținere; punerea în libertate a persoanei reținute după expirarea termenului de reținere sau inițierea procedurii de aplicare a măsurilor preventive privative de libertate.

La moment este necesar de a face o claritate în privința faptului ce urmează a se recunoaște în calitate de reținere și din ce moment apare această stare. Conform opiniilor doctrinare din domeniu, momentul reținerii se identifică cu reținerea faptică a persoanei, adică lipsirea faptică a persoanei bănuțite de libertatea de a se deplasa, realizată în conformitate cu prevederile legii de procedură penală. Persoana se consideră reținută din momentul reținerii faptice, adică din momentul cînd este „imobilizată”, cu aplicarea forței fizice sau fără aceasta, și este lipsită de libertatea de a se deplasa liber. Acest moment poate, într-o anumită măsură, să premeargă timpului aducerii celui reținut la organul de urmărire penală. În acest sens, este necesar ca cel reținut să fie adus într-un termen cît mai scurt la ofițerul de urmărire penală [13, p. 49].

Evidențind neuniformitatea noțiunii „reținere faptică”, s-a reușit a constata că persoana este considerată ca fiind reținută anume din acel moment cînd a fost lipsită de posibilitatea de a se deplasa liber, indiferent de cauzele care au determinat acest fapt și durata aducerii persoanei la locul de efectuare a cercetărilor. Un anumit interes în acest sens îl prezintă interpretarea noțiunii de „reținere faptică și limitare a dreptului la libera deplasare din partea organului de poliție” în procesul penal al SUA. Astfel, conform hotărîrii Curții Supreme a SUA în cauza Orozko, acesta din urmă a fost recunoscut ca fiind reținut faptic din momentul cînd a fost trezit în miez de noapte la el acasă de către colaboratorii de poliție, adică cu mult timp înainte de aducerea la sediul organului de poliție. Mai mult decît atît, conform

art. 159 pct. 1 din Codul-model de procedură penală al statelor CSI, reținerea constă în „luarea persoanei sub strajă, aducerea acesteia la organul care efectuează procesul penal și deținerea sub strajă pe o perioadă scurtă de timp în locurile și în condițiile determinate de lege” [11, p. 243].

În conținutul noțiunii de „reținere faptică și procesuală” se includ componentele prinderii și aducerii persoanei la organul de urmărire penală. Aceasta, la rîndul său, presupune că cele 72 de ore ale reținerii, 3 ore ale informării procurorului, 3 ore stabilite în vederea întocmirii procesului verbal de reținere și 6 ore în vederea înștiințării rudelor urmează a fi calculate nu din momentul aducerii persoanei la organul de urmărire penală, ci din momentul prinderii persoanei, reținerii ei faptice. Motivarea unei astfel de poziții ține de tendința de a reduce la minimum perioada de timp nereglementată dintre reținerea faptică a persoanei și perfectarea, documentarea procesuală a reținerii acesteia.

Motivul tuturor neclarităților posibile în legătură cu instituția reținerii constau în interpretarea și tendința principial incorectă și sortită eșecului de a îngloba în conținutul noțiunii de *reținere* diferite acțiuni din punctul de vedere al importanței, esenței și scopului. La aceste acțiuni se referă, în primul rînd, reținerea fizică, faptică (prinderea, imobilizarea) și, în al doilea rînd, așa-numita *reținere procesuală*, priverie de libertate a bănuțitului pe o perioadă scurtă de timp. Este absolut logic că într-o astfel de situație este imposibil de a trata uniform multiplele laturi ale instituției reținerii.

Deseori, aducerii silite a bănuțitului în vederea reținerii îi sînt premergătoare următoarele acțiuni:

- verificarea motivelor neprezentării la organul de urmărire penală;
- transmiterea colaboratorului



de poliție care va executa aducerea silită a ordonanței privind aducerea silită, explicarea temeiului și a condițiilor de executare a acesteia, care ar exclude înjosirea persoanei sau survenirea anumitor consecințe nedorite;

- prezentarea sub semnătură persoanei supuse aducerii silite a ordonanței în acest sens și oferirea posibilității ca de unul singur, fără însoțire, să se prezinte la ofițerul de urmărire penală.

De asemenea, anume pe durata perioadei de reținere au loc cele mai grosolane încălcări ale drepturilor persoanei reținute în cadrul procesului penal. Astfel, de exemplu, cercetătorul V. A. Kamișanski menționa, după realizarea unei interviuări, că reprezentanții organelor de forță au purces de frecvente ori la aplicarea metodelor ilegale de influențare în privința persoanelor reținute anume în primele ore ale aplicării acestei măsuri de constrângere procesual-penală [10, p. 5-6].

Conform reprezentărilor contemporane referitoare la nivelul asigurării drepturilor și intereselor legale ale persoanei în cadrul procesului penal, acesta trebuie să înglobeze totalitatea formelor de favorizare a oricărui participant la procesul penal, inclusiv a bănuțului reținut, în realizarea drepturilor sale, inclusiv:

- informarea persoanei privind beneficierea de anumite drepturi și explicarea acestor drepturi;

- crearea condițiilor favorabile pentru realizarea deplină și eficientă a drepturilor;

- protecția drepturilor de la anumite încălcări;

- apărarea drepturilor;

- restabilirea drepturilor încălcate [14, p. 69].

Toateacestemomenteevidențiază următoarele circumstanțe, de care trebuie să se țină cont:

1) temelia unei garantări valoroase a drepturilor și intereselor legitime ale persoanei reținute o con-

stituie obligațiunea reglementată prin lege a organului de urmărire penală de a efectua acțiunile necesare în vederea realizării prevederilor nominalizate mai sus;

2) în situația constatării anumitor deficiențe în activitatea unei anumite forme a acestei favorizări, putem vorbi despre prezența problemelor și a insuficienței nivelului general de asigurare a anumitor drepturi și interese legitime ale persoanei reținute.

Ca urmare a încercărilor de a evidenția condițiile generale ale legalității aplicării constrângerii în cadrul procesului penal în privința persoanelor reținute, am reușit să identificăm un sistem de condiții, care include următoarele:

- Aplicarea acestor îngrădiri este posibilă doar din partea persoanei cu funcție de răspundere, abilitate cu împuterniciri procesuale corespunzătoare.

- Respectarea procedurii prescrise de lege, inclusiv plasarea obligațiilor și interdicțiilor asupra persoanelor reținute, doar în condițiile prezenței temeiurilor prevăzute în lege, în scopurile și limitele prevăzute de Constituție și normele din legea procesual penală, necesare atât pentru atingerea scopurilor urmăririi penale, cât și ale unor acțiuni de urmărire penală în parte.

- Aplicarea constrângerii doar în cazul de refuz din partea persoanei reținute ca fiind bănuțite în comiterea infracțiunii de a urma indicațiile legii sau al unei intenții obiectiv materializate în vederea neîndeplinirii obligațiilor procesuale.

- Asigurarea posibilității de beneficiere de drepturile care nu pot fi îngrădite [6, p. 64].

Constatăm și faptul că, atât în teoria dreptului procesual penal, cât și în sfera aplicării practice a normelor de drept procesual penal, regula generală o constituie posibilitatea aplicării arestului nu doar în funcție de prezența datelor care indică asupra necesității aplicării

acestei măsuri de constrângere procesual-penală, ci și în baza dispunerii de materialul probator suficient în vederea demascării persoanei în comiterea infracțiunii. În acest cadru, este vorba despre atribuirea organului de urmărire penală a unui termen determinat, necesar pentru formularea logică a concluziilor referitoare la implicarea persoanei reținute în comiterea faptei infracționale, fiind justificată, în modul respectiv, necesitatea unei măsuri de constrângere procesual-penală mult mai aspre în coraport cu reținerea

La momentul de față, la soluționarea chestiunii referitoare la legalitatea ținării persoanei în stare de arest și prelungirea acestuia urmează a se proceda în strictă conformitate cu prevederile Hotărârii Curții Constituționale a RM privind excepția de neconstituționalitate a alineatelor (3), (5), (8) și (9) ale articolului 186 din CPP (termenul arestului preventiv) din 23 februarie 2016.

La originea soluțiilor pronunțate de Curtea Constituțională în textul Hotărârii menționate se află sesizarea depusă la Curtea Constituțională, la 17 februarie 2016, de către dna Viorica Puica, judecător în cadrul Judecătoriei Botanica, mun. Chișinău, în temeiul articolului 135 alin. (1) lit. a) și g) din Constituție, astfel cum a fost interpretat prin Hotărârea Curții Constituționale nr. 2 din 9 februarie 2016, precum și în temeiul Regulamentului privind procedura de examinare a sesizărilor depuse la Curtea Constituțională privind excepția de neconstituționalitate a alineatelor (3), (8), (9) și (11) ale articolului 186 („Termenul ținării persoanei în stare de arest și prelungirea lui”) din Codul de procedură penală, ridicată în dosarul penal nr. 1-239/15, aflat pe rolul Judecătoriei Botanica, mun. Chișinău.

Autorul sesizării a pretins, în special, că aplicarea cumulativă a prevederilor alineatelor (3), (8), (9)



și (11) ale articolului 186 din Codul de procedură penală permite prelungirea arestului preventiv pe perioade ce excedează termenelor expres prevăzute de articolul 25 alin. (4) din Constituție.

Prin decizia Curții Constituționale din 17 februarie 2016, sesizarea a fost declarată admisibilă, fără a prejudeca fondul cauzei.

Circumstanțele invocate se axau pe faptul că pe rolul Judecătoriei Botanica din mun. Chișinău, în faza cercetării judecătorești, etapa audierii inculpaților, se afla cauza penală în privința inculpaților Hîr-ciiala Ruslan, Procop Viorel și Stegărescu Simion.

Inculpații au fost reținuți la 20 martie 2015, iar prin încheierea din 21 martie 2015, judecătorul de instrucție a dispus plasarea acestora în arest preventiv pentru un termen de 30 de zile. Ulterior, prin încheierea din 17 aprilie 2015, judecătorul de instrucție a dispus prelungirea arestului preventiv pentru un termen de 30 de zile. Prin încheierile din 18 mai 2015, 12 august 2015 și 12 noiembrie 2015, arestul preventiv în privința inculpaților a fost prelungit, de fiecare dată cu câte 90 de zile. Prin încheierea din 5 februarie 2016, instanța de judecată a prelungit măsura preventivă sub formă de arest pînă la 20 martie 2016, data expirării termenului de 12 luni. Prin decizia din 10 februarie 2016, Curtea de Apel Chișinău a admis recursul declarat de procuror și a dispus prelungirea arestului preventiv în privința inculpaților pentru un termen de 90 zile începând cu 11 februarie 2016. Recursurile depuse de avocați privind anularea încheierii din 5 februarie 2016, cu eliberarea inculpaților de sub arest și aplicarea altei măsuri preventive, au fost respinse. La 16 februarie 2016, dna Viorica Puica, judecător în cadrul Judecătoriei Botanica, mun. Chișinău, a ridicat la Curtea Constituțională excepția de neconstituționalitate a prevederilor alineatelor (3), (8), (9) și (11)

ale articolului 186 din Codul de procedură penală [5, pct. 6-12].

Autorul excepției de neconstituționalitate a susținut că prevederile supuse controlului constituționalității nu corespund cerințelor de calitate a legii, pretinzînd, în special, că aplicarea cumulativă a prevederilor alineatelor (3), (8), (9) și (11) ale articolului 186 din Codul de procedură penală permite prelungirea arestului preventiv pe o perioadă totală de peste 12 luni, contrar termenului expres prevăzut de articolul 25 alin. (4) din Constituție. De asemenea, autorul sesizării a susținut că, deoarece permite emiterea unor mandate de arest pentru o perioadă de pînă la 90 de zile, articolul 186 alin. (9) din Codul de procedură penală încalcă termenul de 30 de zile prevăzut expres de articolul 25 alin. (4) din Constituție [5, pct. 40-44].

Curtea a reiterat că, într-o societate democratică, atribuția de bază a statului este protecția persoanei. Prin instituirea normelor procesual-penale, statul urmărește scopul de a proteja persoana și societatea de infracțiuni, dar, în același timp, să protejeze persoana și societatea de abuzurile persoanelor investite cu atribuții de cercetare a infracțiunilor, astfel ca orice persoană care a săvârșit o infracțiune să fie pedepsită potrivit vinovăției sale și nici o persoană nevinovată să nu fie trasă la răspundere penală și condamnată [Hotărîrea nr. 12 din 14 mai 2015 privind excepția de neconstituționalitate a articolului 287 alin. (1) din Codul de procedură penală (reluarea urmăririi penale), §41].

În temeiul articolelor 135 alin. (1) lit. a) și g) și 140 din Constituție, 26 din Legea cu privire la Curtea Constituțională, 6, 61, 62 lit. a) și e), și 68 din Codul jurisdicției constituționale, Curtea Constituțională a hotărît:

a) Arestul preventiv poate fi aplicat pentru o perioadă totală de cel mult 12 luni, care include atît etapa urmăririi penale, cît și etapa

judiciară, pînă la emiterea încheierii judecătorești prin care persoana este eliberată din arest sau momentul pronunțării sentinței de către instanța de fond. Termenul arestului preventiv include timpul în care persoana: 1) a fost reținută și s-a aflat în arest preventiv; 2) a fost sub arest la domiciliu; 3) s-a aflat într-o instituție medicală, la decizia instanței de judecată, pentru expertiză în condiții de staționar, precum și la tratament, în urma aplicării în privința ei a măsurilor de constrîngere cu caracter medical.

b) Termenul arestului preventiv curge din momentul reținerii, iar în cazul în care persoana nu a fost reținută, din momentul punerii efective în aplicare a mandatului de arest preventiv.

c) Termenul de 12 luni se referă la aceeași faptă(e) penală(e) pentru care persoana a fost plasată în arest preventiv, indiferent de eventuala recalificare ulterioară a infracțiunii. Orice detenție care depășește termenul total de 12 luni aplicat pentru comiterea aceleiași fapte, indiferent de eventualele recalificări ulterioare ale infracțiunii, este contrară Constituției și, prin urmare, este ilegală.

d) Mandatul de arest se eliberează pentru un termen de pînă la 30 de zile. Fiecare prelungire a duratei arestării preventive nu poate depăși 30 de zile, atît la etapa urmăririi penale, cît și la etapa judecării cauzei.

Se declară neconstituționale: 1) alineatul (3); 2) sintagma „90 de zile” de la alineatul (5); 3) alineatele (8) și (9) ale articolului 186 din Codul de procedură penală al Republicii Moldova nr. 122-XV din 14 martie 2003, ca fiind contrare articolului 25 alineatul (4) din Constituție.

La momentul actual, dispunerea detenției se fundamentează în aspect normativ pe Codul de procedură penală al Republicii Moldova. Potrivit art. 7 al Codului de procedură penală al RM, hotărîrile Curții



Europene a Drepturilor Omului sînt obligatorii pentru organele de urmărire penală, procurori și instanțele de judecată, iar hotărîrile Plenului Curții Supreme de Justiție poartă un caracter de recomandare. În mod firesc, la adoptarea hotărîrii privind aplicarea detenției, instanțele naționale trebuie să aplice standardele impuse de Convenția Europeană a Drepturilor Omului: legalitatea detenției; existența unei bănuieli rezonabile; prezența unui risc; proporționalitatea, rezonabilitatea și necesitatea aplicării detenției și, în sfîrșit, posibilitatea aplicării măsurilor de alternativă detenției [4, p. 9].

Concluzii. Tendința de creștere a fenomenului infracțional, a riscurilor și amenințărilor la adresa ordinii și siguranței publice este prezentă și va rămîne bine conturată în viitor, deoarece aceste fenomene nu pot fi niciodată eliminate, ci doar limitate. De aceea, elementele caracteristice măsurilor preventive vor fi, cu certitudine, analizate și dezvoltate în viitor de doctrină, urmînd ca practica judiciară să desăvîrșească opera de înțelegere și aplicare a acestora.

Necesitatea folosirii Convenției Europene pentru Apărarea Drepturilor Omului și a Libertăților Fundamentale în procesul interpretării și aplicării legislației penale și procesual-penale cu referire la subiectul reținerii și al arestării preventive, este determinată nu numai de prevederile Convenției, care formulează în mod direct cerințe față de standardele sistemului justiției penale, ci și de multiple prevederi implicite, care impun respectarea și luarea în calcul a anumitor norme de conduită pe durata desfășurării unui proces penal, în special în situațiile de reținere sau arestare a persoanelor.

Actualmente, la soluționarea chestiunii referitoare la legalitatea ținerii persoanei în stare de arest și prelungirea acestuia urmează a se proceda în strictă conformita-

te cu prevederile Hotărîrii Curții Constituționale a RM privind excepția de neconstituționalitate a alineatelor (3), (5), (8) și (9) ale articolului 186 din CPP (termenul arestului preventiv) din 23 februarie 2016. La adoptarea hotărîrii privind aplicarea detenției, instanțele naționale trebuie să aplice standardele impuse de Convenția Europeană a Drepturilor Omului: legalitatea detenției; existența unei bănuieli rezonabile; prezența unui risc; proporționalitatea, rezonabilitatea și necesitatea aplicării detenției și, în sfîrșit, posibilitatea aplicării măsurilor de alternativă detenției.

Referințe bibliografice

1. Bogaș Marius Ciprian. Noile reglementări privind reținerea și arestarea preventive. *Acta Universitatis "George Bacovia"*. Vol. 3, nr. 1/2014. <http://juridica.ugb.ro/>
2. Cocîrță Alexandru, Munteanu Victor, Foltea Radu. Ghid practic de monitorizare a respectării drepturilor persoanei reținute. Chișinău: Ed. Epigraf, 2015.
3. Danileț Cristi. Arestarea. Îndrumar pentru practicieni. Chișinău: Ed. Cartier Juridic, 2016.
4. Dolea Igor, Ursu Sergiu, Larsen Bjorn, Arcușă Denis. Arestarea preventivă în Republica Moldova și în țările europene. Cercetare comparativă. Chișinău: Ed. Cartier Juridic, 2014.
5. Hotărîrea Curții Constituționale a RM privind excepția de neconstituționalitate a alineatelor (3), (5), (8) și (9) ale articolului 186 din CPP (termenul arestului preventiv) din 23 februarie 2016.
6. Волженкина Н. Н. Обеспечение конституционного права на неприкосновенность частной жизни при производстве предварительного следствия. Диссертация доктора юридических наук. М., 2000.
7. Горелик С. А., Лобанова Л. В. Преступления против правосудия. СПб.: Юридический Центр Пресс, 2005.
8. Григорьев В. Н. Задержание

подозреваемого. М.: Изд. ЮрИнформ, 1999.

9. Зайцев О. А., Смирнов П. А. Подозреваемый в уголовном процессе. М.: Изд. ЭКЗАМЕН, 2005.

10. Камышанский В. А. Анализ следственной практики по Российской Федерации привлечения к уголовной ответственности работников правоохранительных органов. В: Особенности злоупотребления в деятельности правоохранительных органов. Материалы российско-американского семинара. СПб, 1999.

11. Международно-правовые акты государств-участников СНГ в области борьбы с преступностью: Сборник документов. Общий редактор В. В. Черникова. М., 1999.

12. Москалькова Т. Н. Этика уголовно-процессуального доказывания. М., 1995.

13. Пивень А. В. Право подозреваемого на защиту. Диссертация кандидата юридических наук. Краснодар, 1999.

14. Шадрин В. С. Обеспечение прав личности при расследовании преступлений. Диссертация доктора юридических наук. Волгоград, 1997.



CAUZELE RĂSPÎNDIRII NIHILISMULUI JURIDIC ANALIZATE PRIN PRISMA REALITĂȚII SOCIO – POLITICE ȘI JURIDICE DIN REPUBLICA MOLDOVA

Rita MUNTEANU,
doctor în drept, lector universitar – UASM

SUMMARY

Social nihilism represents the phenomenon of denial and repudiation of any existing value of the human society, regardless of the scope and field of activity. As a generic concept, legal nihilism is a form of social nihilism, i.e. the existence of legal nihilism is inconceivable outside social nihilism, which is a prerequisite for the emergence, evolution and development of legal nihilism. In this study we propose a specific approach and analysis of the spread of legal nihilism in Moldova and its causes.

Keywords: social nihilism, legal nihilism, state, law, legal conscience, social conscience.

REZUMAT

Nihilismul social reprezintă fenomenul de combatere, negare și renegare a oricărei valori existente în societatea umană, indiferent de sferă de aplicare și de domeniul de activitate. În calitate de concept generic, nihilismul juridic este o formă a nihilismului social, adică existența nihilismului juridic este de neconceput în afara nihilismului social, anume cel din urmă reprezintă o premisă a apariției, evoluției și dezvoltării nihilismului juridic. În studiul ce urmează ne propunem o abordare și o analiză specifică, succintă a cauzelor răspîndirii nihilismului juridic în Republica Moldova.

Cuvinte cheie: nihilism social, nihilism juridic, stat, drept, conștiință juridică, conștiință socială.

Introducere. În ultima perioadă în literatura juridică și nu numai, se acordă o atenție deosebită fenomenului nihilism, sub toate formele sale de manifestare, atenția dată este datorată imixtiunii fenomenului nihilism în realitatea socială, politică și juridică din Republica Moldova. Nihilismul constituie una dintre cele mai conflictuale, paradoxale și epatante manifestări ale conștiinței sociale. Ca produs intelectual, nihilismul este construit pe negare, el parazitează pe veșnica nemulțumire a individului de propriul statut, de condiții de viață sau bunăstarea materială. O asemenea cultură nu este dotată cu valori permanente și deci este efemeră. Imperfecțiunea legii generează evoluția nihilistă, ea este o sursă, un motiv al procesului de căutare a noilor soluții juridice. Nihilismul juridic este un indicator, o reflecție a calității dreptului, a interpretării acestuia și a punerii lui în aplicare. Reieșind din această situație, articolul vom încerca să ne expunem unele viziuni teoretice și practice în ceea ce privește cauzele răspîndirii nihilismului juridic în realitatea socio-politică și juridică a societății noastre.

Materiale utilizate și metode aplicate. Pentru atingerea scopului propus, au fost aplicate diferite metode de cercetare științifică: comparativă, deductivă, inductivă, metoda sistematizării, analiza și sinteza. Ca suport științific și normativ au fost folosite lucrările savanților din Republica Moldova și Federația Rusă, actele normative ale R. Moldova.

Rezultate obținute și discuții. Republica Moldova este un stat suveran și independent, unitar și indivizibil [1], care la etapa actuală trece printr-o perioadă de tranziție de la sistemul socialist de construcție a societății, la acceptarea normelor și principiilor democratice. Continuarea procesului de democratizare în Republica Moldova este posibilă numai în cazul, în care dreptul va deveni una din pîrghiile cele mai eficiente de reglementare a activității oamenilor și a relațiilor lor sociale. Vorbim aici de o nouă calitate a societății moldovenești, unde este realizată supremația legislației, de care este legată activitatea tuturor organelor guvernamentale, inclusiv și cele de nivel înalt. Aceasta este esența unui stat de drept, în care fiecare cetățean și persoană juridică este protejată de legea în vigoare,

care reglementează la rîndul său folosirea acestora de către organele de stat, astfel ar trebui să se manifeste realitatea juridică din țara noastră.

Realitatea juridică reprezintă un anumit domeniu al vieții sociale, condiționată de însăși existența dreptului ca atare, dar și a impactul său asupra relațiilor sociale. Ea este o formă a realității sociale, și constă din ideal și material, sau mai bine zis din idealism și materialism. Domeniul idealismului este determinat de conștiință, iar zona materialismului de practicile sociale. În ceea ce privește realitatea juridică, materialismul și idealismul se manifestă sub formă de conștiință juridică, legislație, punere în aplicare a legii și dezvoltarea culturii juridice. Enumerînd diferite fenomene juridice ce sunt interdependente la nivel de legitate, astfel încît modificările în unele fenomene necesită modificări corespunzătoare în alte fenomene din realitatea juridică [6, p.3-16].

Conștiința socială ca un fenomen al realității sociale are diferite forme: conștiință politică, morală, națională, estetică, religioasă, și juridică. Unul dintre factorii care au un impact negativ asupra modului de formare a conștiinței juridice



este prezența simptomelor în cadrul societății a nihilismul juridic. Ca și fenomen a realității juridice acesta își are rădăcinile în perioada regimurilor totalitare, însă abia recent el a devenit subiect de studiu a diferitor investigații și cercetări juridice. Trebuie de menționat că nihilismul juridic reprezintă atitudinea sceptică și negativă față de drept, lipsa de încredere în potențialul său de a rezolva probleme sociale, în conformitate cu justiția socială. Răspîndindu-se din sfera relațiilor de zi cu zi a oamenilor, la cele mai înalte organele legislative ale statului. Nihilismul juridic reprezintă un obstacol în calea construirii și constituirii statului de drept, deoarece el se manifestă printr-o lipsă de încredere și respect față de drept, sau chiar disprețul față de acesta[7].

Motivul (cauzele) răspîndirii nihilismului juridic sunt foarte diverse[2]:

1. Rădăcinile istorice:

– care sunt o consecință naturală a autocrației seculare, masele de oameni ce erau lipsiți de drepturile și libertățile fundamentale, de legislația represivă și justiția imperfectă.

– sistemul juridic, care a fost dominat de metodele administrative de comandă, legile și reglementările secrete și semi-secrete, constituția și alte careva legi democratice aveau un rol mai mult declarativ decît normativ, fapt ce a dus la scăderea respectului față de drept ca atare.

– ajustarea cantitativă și calitativă a sistemelor juridice din trecut la perioada de tranziție, criza legislativă, mecanismul și durata de implementare a tuturor reformelor, inclusiv cea din sistemul judiciar.

2. Conținutul legilor[8]. Statul în calitate de purtător de cuvînt al interesului public nu poate fi în conflict cu interesele particulare, așa cum legile adoptate, în general, purtînd un caracter conservator, nu au un efect direct. Din acest considerent legile nu corespund întotdeauna cu

interesele specifice ale individului, mai ales dacă acest interes este unul greșit înțeles. În unele cazuri, dintr-un motiv sau altul organul de legiferare nu poate exprima în mod adecvat interesele societății și ale statului în materie de drept. Drept urmare, există erori în legislație, care agravează situația. Dacă legile existente sunt departe de interesele cetățenilor, nu este surprinzător faptul că aceștia nu sunt interesați și de implementarea acestora. Este greu să ne așteptăm că vor fi realizate și legile, care, în practică pot fi ușor adaptate pentru a încălca drepturile cetățenilor.

3. Joacă un rol negativ și simpla necunoașterea legii. Actuale sunt și în prezent cuvintele lui I.A. Ilin despre faptul că: „Oamenii care sunt ignoranți față de țara lor, au un mod extra-legal de viață ... se mulțumesc cu cunoștințe rudimentare ale dreptului. Oamenii ... trebuie să cunoască legile cu demnitatea, aceasta este o parte a vieții juridice. Așadar este absurd și foarte periculoasă situația în care populația unei țări nu are acces liber la cunoașterea dreptului. Omului ca ființă spirituală îi este imposibil de a trăi pe pământ fără drept”[5, p.165-167].

4. Rolul tradițiilor în ceea ce privește legea și care (tradițiile) sunt transmise din generație în generație și sunt greu de depășit. Este vorba despre înțelegerea valorii legii și inadmisibilitatea neglijenței sale. Avînd în vedere defectele legilor în sine, a devenit un obicei în a se opune cerinței de a respecta legea – cerințele de efectuare a justiției (dreptății). În cadrul societății noastre raportate la realitatea zilei de azi s-a creat deja o părere, pot spune chiar o axiomă, că dreptatea, justiția este mai presus de lege. Legile în sine trebuie să fie evaluate din punctul de vedere al justiției, dreptății, iar în cazul în care autoritatea de aplicare a acestora acționează contrar legii, dar este corectă și justă, nimeni nu va condamna acțiunile sale. Cu părere

de rău, legea ca o valoare în sine, nu a devenit încă parte din conștiința juridică a cetățenilor noștri. Iar în Republica Moldova ținându-se cont de toate premisele, politice, economice, juridice, sociale, dar și de altă natură, acest fapt este greu de imaginat că va deveni în curînd o realitate.

5. Practica de aplicare a dreptului nu în mică măsură contribuie la extinderea bazei sociale a nihilismului juridic. Nu putem să nu menționăm că există situații în viață care pot să schimbe opinia publică cu privire la atitudinea condescendentă, binevoitoare față de lege, pe posibilitatea și dorința de a o încălca[3]. Exemple pot fi date destule, începînd cu reținerea în timp a remunerării salariale, cu calitatea proastă a serviciilor medicale prestate, cu lipsa finanțării micului bussines, rata șomajului și terminînd cu nivelul scăzut al procesului educațional (ca politică de stat) mediocră. Acestea fiind spuse, trebuie de menționat că cu cît condițiile de viață ale cetățenilor noștri sunt mai rele, cu atît mai puțin au ei încredere în lege și sunt dispuși să o respecte.

6. Foarte multă lume este destabilizată și uimită de neputința și impotența organelor de drept dar și a legii ca atare în fața criminalizării rapide a societății, a multitudinii de infracțiuni grave și excepțional de grave ce ne zguduie societatea. În condițiile neputinței clare a legii și dreptului ca atare, apare ideea că puterea (forța) este mai presus de lege. Printre antreprenori noștri apar și dintre acei (marea lor majoritate) la care se prefigurează ideea că în caz de apariție a unui conflict cu un debitor sau altul, conflictul poate fi soluționat nu de organele de drept ale statului ci de un alt “agent economic” particular (În Republica Moldova astfel de agenți economici sunt din ce în ce mai mulți, și ce este mai paradoxal este faptul că statul le dă „undă verde”), fapt ce în cele din urmă duce la apariția unei



noi ramuri, aspect a nihilismului juridic.

Susținem opinia autorului N.I. Matuzov conform căreia nihilismul juridic este un fenomen complex și multidimensional, dar esența lui se manifestă, în general, prin atitudinea negativă și lipsită de respect față de drept, lege, ordine normativă, dar în ceea ce privește izvoarele (cauzele) principale, acestea sunt: ignoranța juridică, indolența, lipsa de experiență, progresul lent sau chiar regresul, lipsa de cultură juridică a marii majorități a populației[6, p.13].

În aceiași ordine de idei continuă autoarea S.G. Zubanova, care consideră în calitate de cauze oficiale ale apariției nihilismului juridic următoarele[9, p.83]:

- Caracterul despotic al puterii statale;
- Specificul dezvoltării istorice a statului;
- Utilizarea unei legislații represive;
- Lacunele existente în legislație, în sistemul de drept;
- Existența unor metode administrative de comandă în sfera politică și economică a societății;
- Lipsa în statul dat al tradițiilor democratice și de drept;
- Existența unei perioade de tranziție care generează dificultăți și probleme în sistemul de drept.

Dreptul ca instituție, ca concept nu se bucură de încredere atunci când se consideră că numai cei bogați și puternici pot găsi adevărul în instanță.

O cauză aparte a răspîndirii nihilismului juridic pot fi ideile promovate de unii juriști în cadrul doctrinelor interne, cu privire la dreptul natural, adică punerea în opoziție a dreptului și a legii. Faptul că nu toate legile sunt umane, a fost utilizată de adepții acestei doctrine pentru formularea teoriei despre posibilitatea de non-conformitate a acelor legi care nu sunt în concordanță cu Dreptul. Marele patos a umanității conceptului dat privind punerea în opoziție a

legii și a dreptului se transformă în nihilism juridic. Ideea constă în faptul că, în conformitate cu acest concept, cineva trebuie să preia funcția de a decide dacă legea este o lege ideală (sau, mai degrabă coincide cu idealurile dreptului.) Dar în mod echivoc rezolvarea problemei date s-a stopat în momentul deciderii cui, sau mai bine zis cine trebuie să dețină acest drept. Încercarea anumitor persoanelor fizice, grupuri, instituții ale statului, pentru a-și atribui astfel de drepturi nimic bun societății nu a dat.

Istoricul american G.J. Berman scrie despre faptul că întreaga societate se confruntă la moment cu o criză fără precedent a valorilor juridice, criză ce pune în pericol întreaga tradiție a dreptului[4, p.386]. Ne atenționează totodată că este imposibil de demonstrat științific acest fapt, deoarece el face parte din categoria fenomenelor ce pot fi doar simțite intuitiv. Criza aceasta se manifestă, după cum afirmă același autor prin înlocuirea gândirii juridice tradiționale cu așa numitul cinism socio – juridic. Astfel, vechile concepții și postulate juridice, cum ar fi: unitatea structurală a dreptului, caracterul său continuu, rădăcinile sale religioase, calitățile transcendente dispar treptat nu doar din gândirea filozofilor contemporani sau a legiuitorilor, judecătorilor, avocaților, profesorilor, juriștilor, ele se pierd și din conștiința cetățenilor, a poporului în întregime și mai mult decât atât, existența lor devine tot mai vagă chiar și în cadrul sistemului de drept.

Concluzii. Reflectînd asupra celor menționate, autorul a ajuns la concluzia că nihilismul juridic reprezintă un comportament de ignorare cu bună știință a dreptului efectiv, dar care nu poartă semnele unei infracțiuni intenționate. Acest fenomen este una dintre cele mai răspîndite forme ale conștiinței juridice deformate și, ca fenomen social, se întîlnește sub formă de indiferență, scepticism, neîncrederea în

drept, atitudine ostilă față de norma juridică.

În procesul cercetării temei, am ajuns la concluzia că cauzele primordiale ale nihilismului juridic sunt:

- natura opresivă a puterii de stat;
- caracteristica istorică a dezvoltării statului;
- utilizarea legislației represive;
- lacunele din legislație și din sistemul juridic;
- disponibilitatea metodelor administrative de comandă în sferile politice și economice ale societății;
- lipsa tradițiilor democratice și juridice naționale;
- perioadă de tranziție care a cauzat dificultăți în sistemul juridic.

Referințe bibliografice

1. Constituția Republicii Moldova, adoptată la 29 iulie 1994, publicată în Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr.1 din 18.08.1994.
2. <http://revolution.allbest.ru/law/00177833.html> (vizitat 27.04.2016)
3. <http://www.moldovenii.md/md/section/529> (vizitat 25.04.2016)
4. Берман Г. Западная традиция права: эпоха формирования Инфра-М, Издательство МГУ, Норма, 1998. 624 с.
5. Ильин И.А. Общее учение о праве и государстве. О сущности правосознания. М., 1994, с. 165-166.
6. Магузов Н.И. Правовой нигилизм и правовой идеализм как две стороны одной медали // Правоведение, №2, 1994, с. 3-16.
7. Рамин Осман оглы. “Основы правосознания”, Краснодар, 2010. <http://www.bestreferat.ru/referat-154675.html>
8. Теория государства и права: Учебник / Под ред. В.К. Бабаева.— М.: «Юристъ», 2005.— 592 с.
9. Зубанова С.Г. Теория государства и права (самое главное). М.: 2012. 90с. <http://be5.biz/pravo/tzsg/83.htm> (vizitat 12.05.2012)



CONTRACTUAL PROBLEMS OF „PRODUCTION SHARING AGREEMENTS” AND „HOST GOVERNMENTAL AGREEMENTS” IN OIL AND GAS SPHERE IN THE REPUBLIC OF AZERBAIJAN (ON THE EXAMPLE OF SHAH DENIZ GAS VALUE CHAIN PROJECT)

Murad Fikret oglu MEHDIYEV,

PhD candidate, Public Administration Academy under the President of Azerbaijan
Legal Counsel, SOCAR Midstream Operations Limited

SUMMARY

The Production Sharing Agreements and Host Governmental Agreements are commonly used as contractual frameworks when the countries rich with oil and gas are inviting foreign investors to explore and develop those resources. Meanwhile, by executing such agreements, the host countries which are economically, financially and technically lagging behind modern synergies, are losing certain internal leverages. Such circumstances are leading to future problems in those societies.

Keywords: Oil and gas pipelines, Shah Deniz, Baku Tbilisi Ceyhan, South Caucasus Pipeline Company, HGA, PSA.

РЕЗЮМЕ

Соглашения о разделе продукции и Соглашения с правительством принимающей страны обычно используются в качестве договорных рамок в случаях, когда страны богатые нефтью и газом приглашают иностранных инвесторов на разведку и разработку этих ресурсов. В то же время, путем выполнения таких соглашений, принимающие страны экономически, финансово и технически отстают в современной синергии, и теряют некоторые внутренние рычаги. Такие обстоятельства приводят к проблемам в будущем в этих обществах.

Ключевые слова: нефть и газопроводы, Шах-Дениз, Баку-Тбилиси-Джейхан, Южно-Кавказская трубопроводная компания, СППС, СРП

Formulation of the problem: The richness of hydrocarbon resources of Azerbaijan Republic makes its strategic position more complex and more important in the international arena. Until it gained independence from the Soviet Empire, the main goal of oil and gas industry was to meet the internal consumption needs. Following the adoption of the „Act of Independence” in 1991 the country's foreign policy changed significantly in oil and gas sector, and the main goal was to gain access to world markets, as well as to assist foreign countries to meet their oil and gas needs and to gain political dividends. After gaining independence the situation of the war, the lack of technical and financial resources, lack of capital was making impossible to attract foreign investors which was putting the country in a very difficult test. „Contract of the Century” should be considered a turning point in the country's foreign policy which was the result of the initiative of the national leader Heydar Aliyev on Septem-

ber 20, 1994. The signing of the mentioned agreement resulted with the appearance of foreign investors in local markets and more than 30 Production Sharing Agreements were signed so far since then. By signing these contracts the government is granting special rights and obligations to the international companies which is not in line with local legislation.

Status of Research: The various aspects of the research were already analyzed by different scientist, such as, Mehdiyev R.A., Mecedli S.T., Farxutdinov I.Z., Trapeznikov V.A., Bagirov S., Buslaeva L.M., Meshериков V.A., Sherbinina O.E., Bobilev U.N., Idrisov Q.I., Sinelnikov-Murilev S.Q., Zimovech A.V., Suraeva E.M., Daniel P., Leshukov V.S., and others.

The country's main oil export pipelines are Baku-Tbilisi-Ceyhan, Baku-Novorossiysk, Baku-Supsa and the main export route gas pipeline is South Caucasus Pipeline (or so called Baku-Tbilisi-Erzurum pipeline) [1, p 91].

When foreign investors invest

in the country the legal framework between the parties is regulated through Production Sharing Agreements. The Parties to the agreements are the Government as the owner of the natural resources on the one hand, and the companies investing in the consortium on the other hand. I would like to note the current place of Production Sharing Agreements within the legislative hierarchy of Azerbaijan Republic, as, the legal status of the Production Sharing Agreements is regulated in a different manner.

Articles 148 and 151 of the Constitution of the Republic of Azerbaijan sets the hierarchy for domestic legislation, and describes kind of hierarchy of laws as “pyramid” and defines superiority of laws in case of conflict between levels of the pyramid.

„I. Legislative system consists of the following normative legal acts:

- 1) Constitution;
- 2) acts accepted by referendum;
- 3) laws;



4) orders;
6) decrees of the Cabinet of Ministers;

6) normative acts of central executive bodies.

II. International agreements wherein the Azerbaijan Republic is one of the parties constitute an integral part of legislative system of the Azerbaijan Republic. [8, Article 148].

„Whenever there is disagreement between normative-legal acts in legislative system of the Azerbaijan Republic (except Constitution of the Azerbaijan Republic and acts accepted by way of referendum) and international agreements wherein the Azerbaijan Republic is one of the parties, provisions of international agreements shall dominate” [8, Article 151]. This article explicitly states that in case of inconsistency between Azerbaijani legislation and international agreements adopted by Azerbaijan Government (excluding constitution and referendum acts) the latter prevails [2, p 106].

As seen from the above-mentioned acts the Production Sharing Agreements are not specified in the hierarchy. Production Sharing Agreements specify their legal status in their substance. i.e, the „... Upon approval by the Parliament of the Azerbaijan Republic of this Contract, this Contract shall constitute a law of the Azerbaijan Republic and shall take precedence over any other current or future law, decree or administrative order (or part thereof) of the Azerbaijan Republic which is inconsistent with or conflicts with this Contract except as specifically otherwise provided in this Contract ...” [8, Article 23].

Considering the abovementioned, in case of a conflict between the Production Sharing Agreement and any other local legal act the first supercedes. In my opinion such kind of approach to the legislation is not legally correct and should be changed. Production

Sharing Agreements are legal acts which govern the broad range of rights and obligations between the parties. The agreement regulates the legal framework starting from production area till delivery point. These regulations include, but not limited to, taxation, transportation of petroleum, field development, the exemption of the goods and services from any government fees, release or charge, all kinds of concessions, benefits to foreign companies including contractors and subcontractors and other legal relations. The State already has a number of local legislation to regulate these legal deliverables. However, by signing the Production Sharing Agreements the local legislation is not being applicable to oil and gas sphere and the Government is granting all these regulations to Production Sharing Agreements. The delegation of power to Production Sharing Agreements results the leading oil and gas companies to gain a wide range of trading opportunities, through a variety of mechanisms for political and economic pressure while negotiating and drafting Production Sharing Agreements which results with the adoption of certain provisions in the favor of foreign oil companies.

After production of oil and gas in the production area, the next main step is the delivery process of the product to end user. Moreover to the pipelines constructed for meeting domestic needs of the country, there are also number of oil and gas pipelines in the country for transportation of hydrocarbons to foreign markets, including the Baku-Tbilisi-Ceyhan, Baku-Novorossiysk, Baku-Supsa and South Caucasus Pipeline, as mentioned above.

The transportation of Oil and the transportation of Natural Gas are achieved in different ways. Since it is relatively easy to maintain the oil after production, it may be transported via rail, ships, pipelines and

other kinds of vehicles. In comparison with oil, natural gas is much more difficult to maintain. Prior to production the gas buyers should be defined and negotiated, the main transportation route should be selected, if there is no such kind of route then it should be constructed or defined some how and as the last stage upon completion of all these phases the natural gas may be produced [7]. LNG terminals and gas storage are also used to store the gas, but these tools are expensive, thus the most effective form of the transportation of gas is pipelines. LNG terminal means transportation of liquified gas by sea. The terminals are built on both sides of the sea. Gas is being liquified at the first terminal, after delivery via ships it is being gasificated again at the delivery point terminal.

Oil and gas transportation and transit are regulated through bilateral and multilateral interstate and intergovernmental agreements. For example, Azerbaijani and Georgian governments have signed Host Government Agreement with regards to the transportation of Shah Deniz gas through South Caucasus Pipeline with the consortium of the pipeline in 2002 [9]. In accordance with mentioned agreement, the natural gas will be transported without any obstacles and no additional fees levied which are applicable in Georgia and Azerbaijan starting from entry point in Azerbaijan till the exit point in Georgian-Turkish border. At the same time, „the Intergovernmental Agreement” signed by the Presidents of Azerbaijan and Georgia, in 2003, which is the main guarantee by two country leaders for smooth realization of all contractual rights and obligations of pipeline companies. Due to the lack of Law regulating the transportational issues in the country the foreign companies may use political pressures to negotiate conditions in their favor for each occasion as indicated above in



explanation of „Production Sharing Agreement”s. Although „The Host Government Agreement”s are being ratified by parliaments and receiving legal status, I believe that it would be more beneficial for the State if the common code or law would be adopted for all transportation pipelines rather than negotiating each time a new agreement.

In this regard, I would like to share the international experience for regulating oil and gas cross border legislation. In Europe the European Council and European Parliament have adopted 3rd Gas Directive in 2009 with the „aim is to deliver real choice for all consumers of the European Union, be they citizens or businesses, new business opportunities and more cross-border trade, so as to achieve efficiency gains, competitive prices, and higher standards of service, and to contribute to security of supply and sustainability”. The Directive also says that „Member States as well as the regulatory authorities shall cooperate with each other for the purpose of integrating their national markets at one and more regional levels, as a first step towards the creation of a fully liberalized internal market. In particular, the regulatory authorities where Member States have so provided or Member States shall promote and facilitate the cooperation of transmission system operators at a regional level, including on cross-border issues with the aim of creating a competitive internal market in natural gas, foster the consistency of their legal, regulatory and technical framework and facilitate integration of the isolated systems forming gas islands that persist in the Community” [6]. As it is indicated the Directive is regulating the cross border regime between all member states of European Union. The specific nature of EU legislation is the prerogative of EU regulations over member state local legislation. If there

is inconsistency with the Member State local legislation and the European Union regulation the latter prevails. This kind of approach is easing the single approach and effective governance regarding all member states.

The general target of regulatory authorities is „eliminating restrictions on trade in natural gas between Member States, including developing appropriate cross-border transmission capacities to meet demand and enhancing the integration of national markets which may facilitate natural gas flow across the Community” [6]. We may underline a lot more articles related to European regulations for cross border matters. But the one is common that the European Union approach is eliminating any kind of discriminatory measures between member states when the issue is related to cross border gas transactions.

As oil and gas is the main source of income in the country, the income from their sale and transportation should be realized with the most favorable conditions for the country. Today, the transportation of oil and gas via pipelines from Azerbaijan through Georgia and later to world markets is contracted with the payment of pre-agreed rate of tariff for transportation of hydrocarbons by the title holders. The transporter is only obliged to pay profit tax after covering its Capital Expenditures. No fee has been envisaged in Azerbaijan legislation for the transportation of hydrocarbons across the border.

The economical potential of Azerbaijan today is quite different from the 90s. In comparison with the conditions while the signing of the „Contract of the Century” in the absence the financial, technical and material resources, currently government is developing the Umid gas field with its own resources.

In international practice the countries are ruling from protectionist point of view in order to save

internal resources and production. To serve for this theory each country may adopt its own scenarios. For such scenarios we may give examples, such as, dumping, taxes for imports, subsidizations, quotes etc. [3, p 4-9]. Notwithstanding the fact that the WTO and other trade organisations are against and prohibiting the member states to use such kind of restrictions inside those states, in order to let the transnational companies to freely enter and invest in those states, it is already adopted that oil and gas sphere is exempted from those restrictions and WTO and similar entities may not regulate in oil and gas sector.

Shah Deniz, discovered in 1999, is thought to be the biggest gas field explored in Azerbaijan. With reserves of 1.2 trillion cubic metres of gas, it is one of the biggest gas condensate reservoirs in the world. It is 70 kilometres south-east of Baku, on the Caspian Sea shelf, where the depth varies between 50 and 500 metres. BP operates Shah Deniz on behalf of its partners in the Shah Deniz Production Sharing Agreement (PSA). Operations are being conducted there in two stages [10]. The first stage begun in 2006 and the second stage is targeted to start by end of second decade of 21st century.

In this article I have elaborately mentioned the European Union practice and local practice to highlight the current legislative problems with regards to Shah Deniz project. As a value chain project Shah Deniz gas is being produced in Azerbaijan which is regulated by Shah Deniz PSA, crossing from Azerbaijan and Georgia regulated by South Caucasus Pipeline HGA(s) with governments of Azerbaijan and Georgia, then crossing from Turkey regulated by Trans Anatolian Gas Pipeline HGA and before the meeting with the buyers the final areas Greece, Albania and Italy regulated by the Trans Adriatic



ic Pipeline HGA(s) with respective governments. We may add SNAM transmission system in Italy as well, but currently it is not subject to my article.

The main complexity of Shah Deniz project is not the number of countries, or the number of companies involved or the amount invested to the project. The difference of approach in legislations of each crossing state makes the project complex and this situation requires the elaborate alignment between all legal regimes, otherwise any misalignment with one legal regime may cause serious problems and hindrance to the whole value chain system and all investment. In Azerbaijan the HGA and PSA are granting the consortium prerogative over local legal regimes. When we move to west we see the HGA's are becoming „weaker”. In Europe the European Union law is not permitting the new projects to dictate the new rules. Although the projects are demanding certain exemptions from certain authorities in Europe and Shah Deniz project also gained several such exemptions, but this was as a result of normal legal procedure which is designated in the EC Directives and in any case serves for enhancing the integration of national markets and increasing the competition in Europe.

I believe that the single law in oil and gas should be adopted in Azerbaijan. The adopted law should fix and regulate as the template the mutual rights and obligations of the state and the companies, taxation, transportation of petroleum, field development, the exemption of the goods and services from any government fees, release or charge, all kinds of concessions, benefits to foreign companies including contractors and subcontractors and other legal relations. Parties should be given the opportunity to discuss only the commercial terms. Commercial terms should include

the interests of the parties, management and technical issues etc. The adoption of laws in Azerbaijan which would be mandatory for all foreign companies that are dealing with hydrocarbon-related activities will be more efficient. Similar laws are being applied in some countries, including Russia. Russian law on Production Sharing Agreements adopted in 1995 [4] is one of the examples. By adopting such law in Russia the hegemony of transnational companies was ended and the government started to act as the equal entity dictating its conditions [5, p 157-158].

One can say that to adopt a single law in Azerbaijan may make the internal market less attractive for foreign investors and may result with the withdrawal of the investments by already existing companies. Some authors consider that the legal regimes in the countries which gained independence after collapse of Soviet Empire is not so reliable and that is the crucial reason for the transnational companies to conclude the contracts referring to English law provisions. For others the adoption of single law in the country may mean the predominance of local law over the international law which may be considered as a threat for certain companies.

Notwithstanding with the ideas of the authors indicating the disadvantages of the adoption of single law for regulating the oil and gas sector of the country, I would argue that the Russian experience explicitly express that the adoption of Production Sharing Law in 1995 in no case negatively affected the investment environment in the country. Besides in the globalized world all circumstances are being changed year by year. We cannot use the Production Sharing Agreement frames in the second decade of 21st century which were being used in 90th. Only a few countries in the world are remaining which

use the past formats. Thus, the new Law should be adaptation to the new circumstances.

Literature

1. Mehdiyev R.A. / Heydər Əliyev-Müstəqilliyimiz əbədidir. Bakı, Azərbaycan Dövlət Nəşriyyatı, 2012, 488 p
2. Məcidli S.T., “Beynəlxalq hüquq və Azərbaycan Respublikasının Media qanunvericiliyi”, Dərs vəsaiti, Avropa-ya İntegrasiya Mərkəzi (AİM), Bakı, 2015, 392 p
3. В.А. Мещериков, О.Е. Щербинина / Правовое регулирование внешнеэкономической деятельности [Текст]. Учебное пособие по циклу практических занятий - Красноярск: Сиб. федер. ун-т, 2012.- 42 p
4. Закон «О соглашениях о разделе продукции», № 225-ФЗ, 30 декабря 1995
5. Фархутдинов И.З., Трапезников В.А. Инвестиционное право: учеб.-практ. пособие. - «Волтерс Клувер», 2006. 432 p
6. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX:32009L0073>
7. <http://www.socarplus.az/az/article/264/secim-qasısında>
8. <http://www.president.az/azerbaijan/constitution>
9. http://www.bp.com/en_az/cas-pian/aboutus/legalagreements.html
10. <http://www.visions.az/oil,319/>



О НЕКОТОРЫХ ПРОБЛЕМАХ ПОРЯДКА ОБЖАЛОВАНИЯ СУДЕБНЫХ РЕШЕНИЙ

Б. СОСНА,

доктор права, и.о. профессора Европейского университета Молдовы, ведущий научный сотрудник ИЮПИ АНМ

А. СОСНА,

доктор права, преподаватель Молдавского государственного университета, ст. научный сотрудник ИЮПИ АНМ

SUMMARY

The authors of the submission is considered some of the problems of the order of appeal court decisions. In the process of scientific and practical research identifies gaps and conflicts, and suggests substantial changes and additions to the existing legislation.

Tags: appeal, the judgment, the court, the trial, a reasonable time, justice.

* * *

В представленном материале авторы рассматривают некоторые проблемы порядка обжалования судебных решений.

В процессе научно-практического исследования выявляются пробелы и коллизии, а также предлагаются существенные изменения и дополнения в действующем законодательстве.

Ключевые слова: обжалование, судебное решение, судебная инстанция, судебное разбирательство, разумный срок, правосудие.

Актуальность темы обусловлена несовершенством отдельных правовых норм, регулирующих порядок обжалования судебных решений.

Недостатки правовых норм, регулирующих порядок обжалования судебных решений, способствуют вынесению незаконных решений и определений судебных инстанций, затрудняют их обжалование, что приводит к нарушению права на справедливое судебное разбирательство.

Цель статьи – осветить порядок обжалования судебных решений и определений, обратить внимание на правовые нормы, способствующие нарушению права на справедливое судебное разбирательство и внести предложения, направленные на совершенствование законодательства.

Право на справедливое судебное разбирательство в разумный срок включает в себя право на свободный доступ к правосудию, право на обжалование судебных решений, определений и право на исполнение судебных решений в разумный срок.

Право на свободный доступ к правосудию установлено ст. 20 Конституции Республики Молдова, принятой 29 июля 1994 года [1], и ст. 5 Гражданского процессуального кодекса Республики Молдова (далее – ГПК РМ) № 225-XV от 30.05.2003 года [2].

В соответствии с частью (1) ст. 5 ГПК РМ всякое заинтересованное лицо вправе в установленном законом порядке обратиться в судебную инстанцию за защитой нарушенных или оспариваемых прав, свобод и законных интересов.

Порядок обращения физических и юридических лиц в судебные инстанции установлен ГПК РМ, а также другими законами, в том числе законом РМ «О порядке возмещения ущерба, причиненного незаконными действиями органов уголовного преследования, прокуратуры и судебных инстанций» № 1545-XIV от 25.02.1998 года [3], законом РМ «Об административном суде» № 793-XIV от 10.02.2000 года [4], законом РМ № 87 от 21.04.2011 года «О порядке возмещения государством вреда, причиненного

нарушением права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного решения в разумный срок» [5].

Акты судебных исполнителей могут быть обжалованы в суды первой инстанции в порядке, установленном ст. 161-164 Исполнительного кодекса Республики Молдова (далее – ИК РМ) 443-XV от 24.12.2004 года (в редакции закона РМ № 143 от 02.07.2010 года) [6].

Решения несудебных органов о применении административных наказаний в виде штрафов могут быть обжалованы в суды первой инстанции в порядке, установленном ст. 448 Кодекса Республики Молдова о правонарушениях № 218-XVI от 24.10.2008 года (далее – КоП РМ) [7].

Обращение в суд за защитой трудовых прав регулируется ст. 332,348-355 Трудового кодекса Республики Молдова (далее – ТК РМ) № 154-XV от 28.03.2003 года [8] и ГПК РМ.

Гражданские дела, как правило, рассматриваются судами первой инстанции.



В соответствии со ст. 33¹ ГПК РМ суды рассматривают и разрешают в первой инстанции все гражданские дела, если законом не предусмотрено иное.

Окружной коммерческий суд в соответствии со ст. 35 ГПК РМ рассматривает в первой инстанции:

а) дела об оспаривании в соответствии с законом решений третейских судов;

б) дела о выдаче исполнительных листов на принудительное исполнение решений третейских судов;

с) дела о реорганизации и роспуске юридических лиц;

д) дела о защите профессиональной репутации в предпринимательской и хозяйственной деятельности.

В соответствии со ст. 355 ГПК РМ заявление об объявлении несостоятельности подается в компетентную апелляционную палату в соответствии с положениями ГПК РМ и других законов.

Гражданские дела в первой инстанции рассматриваются в порядке искового производства в соответствии со ст. 166-278 ГПК РМ либо в порядке особого производства в соответствии со ст. 279-354 ГПК РМ.

При этом в соответствии со ст. 278 ГПК РМ иски в административный суд рассматриваются соответствующими судебными инстанциями в общем порядке, предусмотренном ГПК РМ, с изъятиями и дополнениями, установленными законодательством об административном суде.

Решения судов первой инстанции, как правило, могут быть обжалованы в апелляционном порядке в соответствии со ст. 357, 358, 360-390 ГПК РМ.

Исключения из этого правила установлены частью (4) ст. 358 ГПК РМ, в соответствии с которой не могут быть обжалованы в апелляционном порядке

решения, вынесенные в первой инстанции апелляционными палатами, а также частью (4) ст. 163 ИК РМ, согласно которой решение судебной инстанции, рассмотревшей дело по существу об отмене акта судебного исполнителя, может быть обжаловано в кассационном порядке.

Таким образом, решение суда первой инстанции, вынесенное по заявлению об отмене акта судебного исполнителя, может быть обжаловано только в кассационном порядке, установленном ст. 423-428 ГПК РМ для обжалования определений судебных инстанций, т.е. постановлений, которыми дело не разрешается по существу.

Согласно части (3) ст. 426 ГПК РМ кассационные жалобы на определения рассматриваются без участия сторон, и согласно части (1) ст. 428 ГПК РМ определения, вынесенные по рассмотрении кассационной жалобы на определение, вступает в законную силу с момента его вынесения.

Вывод. Считаем, что часть (4) ст. 163 ИК РМ, не позволяющая обжаловать в апелляционном порядке решения судов первой инстанции, должна быть изменена. Все решения судов должны подлежать обжалованию в апелляционном порядке с соблюдением принципов непосредственности и устности судебного разбирательства, состязательности и процессуального равноправия сторон.

Решения судов первой инстанции, которые могут быть обжалованы в апелляционном порядке, выносятся в соответствии с частью (1) ст. 236 ГПК РМ. После завершения судебных прений состав суда удаляется для совещания. В результате совещания председательствующий в судебном заседании или один из судей оглашает резолютивную часть решения и разъясняет

участникам процесса порядок и срок обжалования решения. Резолютивная часть решения должна быть подписана всеми судьями, входящими в состав суда, и приобщена к делу.

В соответствии с частью (5) ст. 236 ГПК РМ судебная инстанция составляет решение в целом, если:

а) участники процесса прямо потребовали этого в 30-дневный срок со дня оглашения резолютивной части решения. По истечении 30 дней пропущенный срок не может быть восстановлен;

б) участники процесса в 30-дневный срок со дня оглашения резолютивной части решения подали апелляционное заявление;

с) судебное решение подлежит признанию и исполнению на территории другого государства.

Считаем, что части (1) и (5) ст. 236 ГПК РМ следует изменить, предусмотрев, что суд первой инстанции обязан вынести и огласить не резолютивную часть решения, а решение, состоящее из вводной, описательной, мотивировочной и резолютивной частей, т.к. согласно ст. 239 ГПК РМ решение судебной инстанции должно быть законным и обоснованным. Немотивированное решение нельзя признать обоснованным.

Установленный ст. 236 ГПК РМ порядок вынесения решений суда первой инстанции, по нашему мнению, на распространяется на решения суда первой инстанции, вынесенные при обжаловании актов судебного исполнителя, т.к. согласно части (4) ст. 163 ИК РМ такие решения могут быть обжалованы только в кассационном порядке. Согласно ст. 425 ГПК РМ кассационная жалоба на определение должна быть подана в 15-дневный срок со дня его оглашения. Согласно



части (3) ст. 6 закона РМ «О законодательных актах» № 780-XV от 27.01.2001 года в случае противоречия между нормой общего законодательного акта и нормой специального законодательного акта, имеющих равную юридическую силу, применяется норма специального законодательного акта [9].

Порядок обжалования актов судебных исполнителей установлен нормами специального законодательного акта – ст. 161-163 ИК РМ, а порядок обжалования решений судов первой инстанции по таким делам установлен ст. 423-428 ГПК РМ.

Поэтому ст. 236 ГПК РМ не подлежит применению при вынесении судами первой инстанции решений, не подлежащих обжалованию в апелляционном порядке.

Предложение. Считаю необходимым отменить часть (4) ст. 163 ИК РМ, т.к. порядок обжалования решений суда первой инстанции должен регулироваться ГПК РМ, а не ИК РМ, который должен регулировать исполнительное производство.

В соответствии с частью (1) ст. 362 ГПК РМ срок подачи апелляционной жалобы составляет 30 дней со дня оглашения резолютивной части решения, если законом не предусмотрено иное.

Вывод. Полагаю, что порядок вынесения судами первой инстанции решений и порядок их обжалования, установленные ст. 236 и 362 ГПК РМ (в редакции закона РМ № 155 от 05.07.2012 года) противоречит ст. 239 ГПК РМ, здравому смыслу, нормам морали и порождает волокиту и ненужную трату бумаги и времени. Апеллянт вынужден вначале подать заявление о выдаче ему мотивированного решения, рискуя пропустить срок подачи апелляционной жалобы, и после получения мотивированного

решения подать апелляционную жалобу, либо подать вначале немотивированную апелляционную жалобу, а после получения мотивированного решения суда подать в соответствии с частью (1) ст. 365 ГПК РМ дополнительную апелляционную жалобу.

Предложение. Считаю, что часть (1) ст. 362 ГПК РМ следует изменить, предусмотрев, что срок подачи апелляционной жалобы составляет 30 дней со дня получения копии решения, соответствующего требованиям ст. 241 ГПК РМ.

В соответствии с частью (2) ст. 362 ГПК РМ течение срока подачи апелляционной жалобы прерывается в случае смерти участника процесса, заинтересованного в ее подаче, либо в случае смерти поверенного, которому сообщено решение. В таком случае делается новое сообщение по месту открытия наследства, а срок подачи апелляционной жалобы начинает течь вновь со дня сообщения решения. При наличии недееспособных наследников, ограниченно дееспособных или безвестно отсутствующих наследников срок начинает течь со дня назначения опекуна или попечителя.

В случае подачи апелляционной жалобы в установленный частью (1) ст. 362 ГПК РМ 30-дневный срок, исполнения обжалованного решения в соответствии со ст. 363 ГПК РМ приостанавливается.

В соответствии с частью (1) ст. 364 ГПК РМ апелляционное заявление подается в письменном виде в судебную инстанцию, решение которой обжалуется, с уплатой государственной пошлины в предусмотренных законом случаях.

Часть (1) ст. 85 ГПК РМ содержит перечень истцов, которые освобождены от уплаты государственной пошлины.

От уплаты государственной

пошлины за рассмотрение гражданских дел освобождаются:

а) истцы по искам:

- о восстановлении на работе, о взыскании сумм оплаты труда и о иных требованиях, связанных с трудовыми отношениями;

- о взыскании алиментов;

- о возмещении вреда, причиненного увечьем или иным повреждением здоровья либо связанного со смертью лица;

- о возмещении материального ущерба, причиненного преступлением;

- вытекающим из административных отношений;

- о защите прав потребителей;

- связанным с нарушениями законодательства о защите персональных данных;

- о дискриминационных действиях.

Согласно части (2) ст. 364 ГПК РМ апелляционное заявление и новые письменные доказательства, которые не были представлены в первой инстанции, подаются с копиями по числу участников процесса и с одной копией для апелляционной инстанции. Копии письменных доказательств должны быть заверены в установленном законом порядке.

Часть (3) ст. 364 ГПК РМ предусматривает, что в случае, если прилагаемые письменные доказательства были составлены на иностранном языке, представляются их заверенные в установленном законом порядке переводы.

В 2013 и 2014 годах отдельные суды требовали от апеллянтов перевода письменных доказательств, составленных на русском языке. Совет по предупреждению и ликвидации дискриминации и обеспечению равенства признал такие требования незаконными, нарушающими часть (2) ст. 16 Конституции РМ, закон РМ «О функциониро-



вании языков на территории Республики Молдова» № 3465-X от 01.09.1989 года [10] и закон РМ «Об обеспечении равенства» № 121 от 25.05.2012 года [11].

Содержание апелляционной жалобы должно соответствовать требованиям части (1) ст. 365 ГПК РМ, в соответствии с которой апелляционное заявление должно содержать:

а) наименование судебной инстанции, которой адресуется апелляционная жалоба;

б) имя или наименование, место жительства или место нахождения апеллянта, его процессуальное положение в деле;

в) обжалуемое решение, наименование судебной инстанции, вынесшей обжалуемое решение, состав суда, дату вынесения решения;

г) фактические и правовые основания апелляционной жалобы;

д) доказательства, обосновывающие апелляционную жалобу;

е) ходатайство апеллянта;

ж) имена и место жительства свидетелей - в случае требования о их вызове в апелляционную инстанцию;

з) перечень прилагаемых к заявлению документов.

Согласно части (1¹) ст. 365 ГПК РМ элементы апелляционного заявления, предусмотренные пунктами д), е) и ж) части (1) ст. 365 ГПК РМ, могут содержаться в дополнительном апелляционном заявлении, поданном после даты составления решения в целом.

В соответствии с частью (1) ст. 367 ГПК РМ после получения апелляционного заявления и приложенных к нему письменных и других доказательств, которые не были представлены в первой инстанции, председатель первой инстанции распоряжается о немедленной регистрации апелляционного заявления.

В соответствии с частью (3) ст. 367 ГПК РМ по истечении срока апелляционного обжалования первая инстанция обязана на следующий день направить дело вместе с поданными апелляционными жалобами и прилагаемыми к ним письменными доказательствами, которые не были представлены в первой инстанции, в апелляционную инстанцию.

В соответствии с частью (1) ст. 368 ГПК РМ если апелляционное заявление не соответствует требованиям, предусмотренным статьями 364 и 365, а также в случае его подачи без уплаты государственной пошлины апелляционная инстанция выносит определение, которым оставляет заявление без движения и предоставляет апеллянту срок для устранения недостатков. В случае, если апеллянт в установленный определением об оставлении апелляционной жалобы без движения срок выполнит все указания, содержащиеся в определении, апелляционная жалоба считается поданной в день её подачи в суд.

Определение апелляционной палаты об оставлении апелляционной жалобы без движения может быть обжаловано апеллянтом в кассационном порядке в Высшую судебную палату РМ через апелляционную палату, которая вынесла определение, в соответствии со ст. 423-428 ГПК РМ.

В соответствии с частью (1) ст. 369 ГПК РМ апелляционная инстанция своим определением возвращает апелляционное заявление в случае, если:

а) апеллянт не выполнил в установленный срок указаний апелляционной инстанции, содержащихся в определении, вынесенном в соответствии с частью (1) статьи 368;

б) апелляционное заявление подано с нарушением предусмо-

тренного законом срока и апеллянт не потребовал восстановления пропущенного срока или апелляционная инстанция отказала в восстановлении пропущенного срока;

в) апеллянт выдвигает новое требование, которое не было рассмотрено в первой инстанции;

г) апелляционное заявление подано неуправомоченным лицом;

д) апеллянт просит о возвращении апелляционной жалобы до начала разбирательства дела по существу в апелляционной инстанции;

е) в силу закона решение не подлежит апелляционному обжалованию.

Определение о возвращении апелляционной жалобы может быть обжаловано в кассационном порядке в соответствии со ст. 423-428 ГПК РМ.

Согласно части (1) ст. 370 ГПК РМ апелляционная инстанция в 30-дневный срок со дня получения дела для рассмотрения должна в соответствии с положениями статей 185 и 186 совершить процессуальные действия по подготовке дела к разбирательству в судебном заседании.

Согласно ст. 371 ГПК РМ апелляционная жалоба рассматривается в разумный срок по истечении срока подготовки дела к рассмотрению в судебной инстанции.

Предложение. Считаем, что ст. 371 ГПК РМ следует изменить, установив 3-месячный срок рассмотрения апелляционной жалобы.

Согласно части (1) ст. 372 ГПК РМ стороны и другие участники процесса вправе представить новые доказательства, которые не могли быть представлены ими при рассмотрении дела в первой инстанции.

Согласно части (1¹) ст. 372 ГПК РМ апелляционная инстанция не вправе исследовать доказатель-



ства, которые могли быть представлены участниками процесса в первой инстанции, за исключением случая, предусмотренного частью (1) ст. 372 ГПК РМ.

Вывод. Считаем, что часть (1^а) ст. 372 ГПК РМ, запрещающая судьям апелляционной инстанции исследовать новые доказательства, которые могли быть представлены участниками процесса в первой инстанции, создает условия, способствующие нарушениям закона и злоупотреблениям судей. Истина по делу может быть установлена только при исследовании всех доказательств. В случае исследования лишь части доказательств вероятность вынесения незаконного по существу решения увеличивается.

Предложение. Поэтому части (1) и (1^а) ст. 372 ГПК РМ следует изменить, допустив представление в апелляционную инстанцию новых доказательств, полученных в установленном порядке.

Согласно части (3) ст. 372 ГПК РМ в апелляционной инстанции не могут быть изменены процессуальное положение сторон, основание или предмет иска и не могут быть заявлены новые требования, однако возможно истребование выплаты процентов, доли, доходов, положенных к установленному сроку, и любых других возмещений, возникших после вынесения решения в первой инстанции, а также выплаты предусмотренной законом компенсации.

Пределы рассмотрения апелляционной жалобы определены ст. 373 ГПК РМ, в соответствии с которой апелляционная инстанция проверяет в пределах представленных апелляционного заявления, отзывов и возражений законность и обоснованность обжалованного решения в том, что касается установления фактических обстоятельств и применения закона в первой инстанции.

Апелляционная инстанция проверяет в пределах апелляционной жалобы обстоятельства и правоотношения, установленные в решении, вынесенном в первой инстанции, а также обстоятельства и правоотношения, не установленные, но имеющие значение для разрешения дела, оценивает имеющиеся в деле доказательства и доказательства, дополнительно представленные в апелляционную инстанцию участниками процесса.

Если обоснование апелляционной жалобы не содержит новых доводов или новых доказательств, апелляционная инстанция выносит решение по существу, основываясь лишь на доводах и доказательствах, представленных в первой инстанции.

Апелляционная инстанция не связана мотивами апелляционной жалобы, касающимися законности решения, вынесенного в первой инстанции, и обязана проверить законность решения в полном объеме.

Апелляционная инстанция обязана вынести решение по всем мотивам, изложенным в апелляционной жалобе.

Апеллянту в результате апелляционного обжалования не может быть создано более тяжелое положение, чем установленное в обжалованном решении, кроме случаев, когда он согласен на это либо решение обжаловано и другими участниками процесса.

Рассмотрение апелляционной жалобы регулируется ст. 376-385 ГПК РМ.

В соответствии с частью (1) ст. 385 ГПК РМ рассмотрев апелляционную жалобу, апелляционная инстанция вправе:

а) отклонить апелляционную жалобу и оставить решение, вынесенное в первой инстанции, без изменения;

б) удовлетворить апелляционную жалобу и изменить ре-

шение, вынесенное в первой инстанции;

с) удовлетворить апелляционную жалобу, отменить полностью или частично решение, вынесенное в первой инстанции, и вынести новое решение;

д) удовлетворить апелляционную жалобу, отменить полностью решение, вынесенное в первой инстанции, и возвратить дело на новое рассмотрение в первую инстанцию в случае, когда установлено нарушение оснований, предусмотренных пунктами d) и i) части (1) статьи 388. По просьбе участников процесса апелляционная инстанция может возвратить дело на новое рассмотрение в первую инстанцию в случае, предусмотренном пунктом b) части (1) статьи 388 ГПК РМ;

е) удовлетворить апелляционную жалобу, отменить полностью или частично решение, вынесенное в первой инстанции, и прекратить производство по делу или оставить заявление без рассмотрения при наличии оснований, предусмотренных статьями 265 и 267 ГПК РМ.

Основания для отмены или изменения решения суда первой инстанции установлены частью (1) ст. 386 и ст. 387 и 388 ГПК РМ.

Согласно части (1) ст. 386 ГПК РМ решение первой инстанции отменяется или изменяется апелляционной инстанцией в случае, если:

а) не были полностью определены и выяснены обстоятельства, имеющие значение для разрешения дела;

б) не были доказаны правдивыми и достаточными доказательствами обстоятельства, имеющие значение для разрешения дела, которые первая инстанция считает установленными;

с) выводы первой инстанции, изложенные в решении, противоречат обстоятельствам дела;



d) были нарушены или неправильно применены нормы материального или процессуального права.

Согласно ст. 387 ГПК РМ нормы материального права считаются нарушенными или неправильно примененными в случае, если судебная инстанция:

- a) не применила закон, подлежащий применению;
- b) применила закон, не подлежащий применению;
- c) неправильно истолковала закон;
- d) неправильно применила аналогию закона или аналогию права.

В соответствии с частью (3) ст. 12 ГПК РМ при отсутствии нормы права, регулирующей спорное отношение, судебная инстанция применяет норму права, регулирующую сходные отношения (аналогия закона), а в отсутствие такой нормы права руководствуется принципами права и смыслом действующего законодательства (аналогия права). Не допускается применение по аналогии нормы права, предусматривающей отступление от общих положений, ограничивающей права или устанавливающей дополнительные санкции.

Применение аналогии закона или аналогии права предусмотрено также ст. 5 Гражданского кодекса Республики Молдова (далее - ГК РМ) № 1107-XV от 06.06.2002 года [12].

Согласно части (1) ст. 5 ГК РМ в случаях, когда предусмотренные статьей 2 отношения не урегулированы законом или соглашением сторон и отсутствует применимый к ним обычай, к таким отношениям, если это не противоречит их существу, применяется норма гражданского законодательства, регулирующая сходные отношения (аналогия закона).

Согласно части (2) ст. 5 ГК РМ при невозможности исполь-

зования аналогии закона права и обязанности сторон определяются исходя из общих начал и смысла гражданского законодательства (аналогия права).

Согласно части (3) ст. 5 ГК РМ не допускается применение по аналогии норм, ограничивающих гражданские права или устанавливающих гражданскую ответственность.

Согласно части (1) ст. 388 ГПК РМ решение, вынесенное в первой инстанции, подлежит отмене независимо от доводов апелляционного заявления в случаях, если:

- a) дело рассмотрено незаконно образованным составом суда;
- b) дело рассмотрено судебной инстанцией в отсутствие кого-либо из участников процесса, не извещенного о месте, дате и времени проведения судебного заседания;
- c) при рассмотрении дела были нарушены правила о языке судопроизводства;
- d) судебная инстанция разрешила вопрос о правах лиц, не привлеченных к участию в деле;
- f) решение не подписано судьей или одним из судей либо подписано не тем судьей или судьями, которые указаны в решении;
- g) в деле отсутствует протокол судебного заседания;
- h) в деле отсутствует протокол о совершении процессуального действия;
- i) дело рассмотрено с нарушением подсудности.

Согласно части (2) ст. 388 ГПК РМ допущение иных нарушений помимо перечисленных в части (1) является основанием для отмены решения лишь в случае, когда эти нарушения привели или могли привести к неправильному разрешению дела.

Определение апелляционной инстанции, рассмотревшей апелляционную жалобу по существу, должно соответствовать

положениям частей (1)-(4) ст. 390 ГПК РМ.

Согласно части (1) ст. 390 ГПК РМ определение апелляционной инстанции должно содержать:

- a) наименование судебной инстанции, вынесшей определение, состав суда;
- b) место и дату вынесения определения;
- c) имя или наименование апелланта, его процессуальное положение;
- d) краткое изложение решения, вынесенного в первой инстанции, мотивов апелляционного заявления, новых доказательств, объяснений участников процесса, данных при рассмотрении дела в апелляционной инстанции;
- e) мотивы, обусловившие выводы апелляционной инстанции, и ссылку на законы, которыми она руководствовалась;
- f) выводы апелляционной инстанции по результатам рассмотрения апелляционной жалобы.

В соответствии с частью (2) ст. 390 ГПК РМ в случае отклонения апелляционной жалобы апелляционная инстанция обязана указать в определении мотивы ее отклонения.

В соответствии с частью (3) ст. 390 ГПК РМ в случае отмены полностью или частично решения первой инстанции и возврата ей дела на новое рассмотрение апелляционная инстанция может в своем определении высказаться относительно процессуальных действий, которые должны быть совершены первой инстанцией при новом рассмотрении дела, но не вправе в своих указаниях предрешать вопросы о достоверности или недостоверности того или иного доказательства, о преимуществе одних доказательств перед другими, а также о том, какое решение должно быть вынесено при новом рассмотрении дела.



В соответствии со ст. 394 ГПК РМ определение апелляционной инстанции признается окончательным с момента его оглашения и подлежит исполнению в соответствии с правилами, установленными ГПК РМ и другими законами.

Определение апелляционной инстанции может быть исполнено в принудительном порядке, установленном ИК РМ. В случае отмены определения апелляционной инстанции и вынесения нового решения об отказе в иске должник имеет право на поворот принудительного исполнения. В соответствии со ст. 157-160 ИК РМ поворот исполнительного исполнения означает, что взыскатель возвращает должнику не только присужденные ко взысканию суммы, но и расходы, вызванные принудительным исполнением.

Предложение. Считаю целесообразным отменить ст. 394 ГПК РМ и внести изменения в ИК РМ, предусмотрев, что принудительному исполнению подлежат решения судебных инстанций, вступившие в законную силу.

Порядок обжалования в кассационном порядке постановлений апелляционных палат установлен ст. 429-445 ГПК РМ.

В соответствии с частью (1) ст. 429 ГПК РМ могут быть обжалованы в кассационном порядке:

- решения, вынесенные апелляционными палатами в качестве судов первой инстанции в производстве по делам об объявлении несостоятельности;
- определения, вынесенные апелляционными палатами в качестве апелляционных инстанций.

Согласно части (2) ст. 429 ГПК РМ определения, вынесенные в ходе рассмотрения дела в апелляционном порядке, могут быть обжалованы в кассацион-

ном порядке только одновременно с обжалуемым определением, которым окончено рассмотрение дела по существу, за исключением случаев, когда согласно закону они могут быть обжалованы в кассационном порядке отдельно, а также в случаях, когда такое определение делает невозможным дальнейшее движение дела.

Определения, вынесенные апелляционными палатами в ходе рассмотрения апелляционных жалоб, могут быть обжалованы только одновременно с определением, которым апелляционная жалоба рассмотрена по существу.

Определения об оставлении апелляционных жалоб без движения и определения о возвращении апелляционных жалоб могут быть обжалованы в кассационном порядке, установленном ст. 423-428 ГПК РМ.

В соответствии с частью (2) ст. 429 ГПК РМ не могут быть обжалованы в кассационном порядке определения о возврате дела на новое рассмотрение, которые обжалованию не подлежат, а также определения, в отношении которых лица, указанные в статье 430, не использовали апелляционный порядок обжалования в случае, когда законом предусмотрен такой порядок обжалования, или апелляционная жалоба отозвана в порядке, предусмотренном статьей 374 ГПК РМ.

Основания для подачи кассационной жалобы установлены ст. 432 ГПК РМ.

В соответствии с частью (1) ст. 432 ГПК РМ стороны и другие участники процесса вправе подать кассационную жалобу в случае, если существенно нарушены или неправильно применены нормы материального или процессуального права.

Согласно части (2) ст. 432 ГПК РМ нормы материального права считаются нарушенными

или неправильно примененными в случае, если судебная инстанция:

- a) не применила закон, подлежащий применению;
- b) применила закон, не подлежащий применению;
- c) неправильно истолковала закон;
- d) неправильно применила аналогию закона или аналогию права.

Согласно части (3) ст. 432 ГПК РМ нормы процессуального права считаются нарушенными или неправильно примененными в случае, если:

- a) дело рассмотрено судьей, который не был уполномочен участвовать в рассмотрении данного дела;
- b) дело рассмотрено в отсутствие кого-либо из участников процесса, не извещенного о месте, дате и времени проведения судебного заседания;
- c) при рассмотрении дела были нарушены правила о языке судопроизводства;
- d) судебная инстанция разрешила вопрос о правах лиц, не привлеченных к участию в деле;
- e) в деле отсутствует протокол судебного заседания;
- f) решение вынесено с нарушением подсудности.

При этом согласно части (5) ст. 432 ГПК РМ основания, предусмотренные частью (3) ст. 432 ГПК РМ, учитываются судебной инстанцией во всех случаях и по собственной инициативе.

Кассационная жалоба согласно части (1) ст. 434 ГПК РМ подается в двухмесячный срок со дня сообщения решения или определения в целом.

Согласно части (2) ст. 434 ГПК РМ в случае пропуска 2-месячного срока кассационная жалоба не может быть подана, а пропущенный срок не может быть восстановлен.

Содержание кассационной жалобы (кассационного заяв-



ления) должно соответствовать требованиям части (1) ст. 437 ГПК РМ, согласно которой кассационное заявление подается в отпечатанном виде и должно содержать:

а) наименование судебной инстанции, которой адресуется кассационная жалоба;

б) имя или наименование, процессуальное положение касатора или лица, интересы которого он представляет, их адреса;

с) имя или наименование ответчика, его адрес;

е) наименование судебной инстанции, вынесшей определение в апелляционном порядке, дату его вынесения и его резолютивную часть, доводы в пользу удовлетворения или отклонения апелляционной жалобы;

ф) существо и основания подачи кассационной жалобы с обоснованием незаконности обжалуемого определения, ходатайство касатора с формулированием соответствующих предложений;

г) дату подачи кассационной жалобы и подпись касатора.

Подача кассационной жалобы, как правило, не приостанавливает исполнение обжалуемого решения (определения), за исключением случаев, предусмотренных частями (1)-(4) ст. 435 ГПК РМ.

Считаем целесообразным внести изменения в ст. 435 ГПК РМ, предусмотрев, что подача кассационной жалобы приостанавливает исполнение решения, за исключением дел о взыскании алиментов и о возмещении вреда здоровью.

Согласно части (4) ст. 432 ГПК РМ допущение иных нарушений помимо перечисленных в части (3) ст. 432 ГПК РМ является основанием для подачи кассационной жалобы лишь в случае и в части, в которых эти нарушения привели или могли привести к неправильному разрешению

дела, либо в случае, когда кассационная инстанция считает, что оценка доказательств судебной инстанцией произведена произвольно, либо когда ошибки привели к нарушению прав и основных свобод человека.

Согласно ст. 433 ГПК РМ кассационная жалоба считается недопустимой в случае, если:

а) кассационная жалоба не соответствует основаниям, предусмотренным частями (2), (3) и (4) статьи 432;

б) кассационное заявление подано по истечении срока, предусмотренного статьей 434;

с) кассационное заявление подано неуправомоченным лицом;

д) кассационная жалоба подана повторно после ее рассмотрения.

Решение о допустимости кассационной жалобы согласно части (2) ст. 431 ГПК РМ принимается составом из трех судей.

Согласно части (1) ст. 440 ГПК РМ в случае установления наличия одного из оснований, предусмотренных статьей 433, состав из трех судей мотивированным определением, вступившим в законную силу, единогласно принимает решение о недопустимости кассационной жалобы. Определение выносится согласно положениям статьи 270 ГПК РМ и не содержит никаких ссылок на существо кассационной жалобы.

В случае признания кассационной жалобы допустимой она рассматривается в соответствии со ст. 441 -445 ГПК РМ.

В случае признания кассационной жалобы состав из 5 судей рассматривает кассационную жалобу по существу.

Согласно части (1) ст. 442 ГПК РМ при рассмотрении кассационной жалобы на определение, вынесенное в апелляционном порядке, судебная инстанция в пределах кассационной жалобы без представления новых доказа-

тельств, на основании представленного ответчиком отзыва проверяет законность обжалуемого решения.

Предложение. Считаем целесообразным изменить часть (1) ст. 442 ГПК РМ, разрешив представление в Высшую судебную палату РМ новых доказательств.

Согласно ст. 444 ГПК РМ кассационная жалоба рассматривается без извещения участников процесса. Состав из пяти судей может принять решение о вызове участников или их представителей для того, чтобы они высказались по вопросам законности, затронутым в кассационном заявлении.

Предложение. Считаем необходимым изменить ст. 444 ГПК РМ, установив, что кассационные жалобы рассматриваются с участием сторон.

Литература:

1. Официальный монитор РМ № 1 от 12.08.1994 г.
2. Официальный монитор РМ № 130-134 от 21.06.2013 г.
3. Официальный монитор РМ № 50-51 от 04.06.1998 г.
4. Официальный монитор РМ Специальный выпуск от 06.10.2006 г.
5. Официальный монитор РМ № 107-109 от 01.07.2011 г.
6. Официальный монитор РМ № 160-162 от 07.09.2010 г.
7. Официальный монитор РМ № 3-6 от 16.01.2009 г.
8. Официальный монитор РМ № 15-162 от 29.07.2003 г.
9. Официальный монитор РМ № 36-38 от 14.03.2002 г.
10. Вести № 9 от 01.09.1989 г.
11. Официальный монитор РМ № 103 от 29.05.2012 г.
12. Официальный монитор РМ № 82-86 от 22.06.2002 г.



ИСТОРИЧЕСКАЯ РЕТРОСПЕКТИВА ПОНИМАНИЯ И РЕГУЛИРОВАНИЯ СПОСОБОВ ПРЕКРАЩЕНИЯ ПРАВА ЧАСТНОЙ СОБСТВЕННОСТИ В ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ

Д. БЕЛЕЦКИЙ

SUMMARY

In the article is studied the historical aspect of the legislative consolidation and scientific research of ways on cessation of private property right in civil law. It was determined that the separation of the legal facts that are necessary for the termination of the property right was in Roman Law, but the criteria for this division was different from the modern understanding. It was studied the features of Soviet science in civil law in this subject. We proved that the reference in the regulations and the scientific doctrine of the term «ways on cessation of private property right» does not indicate the allocation of the individual concepts and empowering its specific features.

Keywords: ways on cessation of ownership, private property, the historical aspect

* * *

В статье исследован исторический аспект законодательного закрепления и научного исследования способов прекращения права частной собственности в гражданском праве. Определяется, что разделение юридических фактов, необходимых для прекращения права собственности возникло еще в римском праве, но критерии такого разделения отличны от современного понимания этих терминов. Изучаются особенности исследований советской науки гражданского права в этом вопросе. Приведены доказательства, что упоминание в нормативных актах и научной доктрине термина «способы прекращения права собственности» не свидетельствует о выделении отдельного понятия и наделении его определенными признаками.

Ключевые слова: способы прекращения права собственности, частная собственность, исторический аспект

В доктрине гражданского права разных эпох по-разному характеризовались все ключевые моменты понимания способов прекращения вещных прав: их понятие, классификация, практическое значение выделения, соотношение с основаниями, целесообразность нормативного закрепления отдельных способов и т.п. Но одно оставалось неизменным (за исключением сравнительно небольшого периода доминирования марксистско-ленинского подхода к концепции собственности и её формам) – право частной собственности повсеместно возникало и прекращалось, требовало охраны и защиты, в том числе от незаконного его прекращения.

Для формирования же современного научного подхода к способам прекращения права частной собственности необходимо проанализировать существующий опыт правового регулирования и доктринального осмысления способов прекращения права частной собственности. Целью

данной статьи является развернутый анализ и систематизация положений источников права и научных трудов предыдущих исторических периодов на предмет упоминания и понимания законодателями и учеными способов прекращения права частной собственности по гражданскому законодательству.

Современное гражданское законодательство не содержит термина «способ» по отношению к возникновению и прекращению права собственности. Главы 24 и 25 действующего Гражданского кодекса оперируют термином «основания прекращения права собственности». Современная же доктрина гражданского права содержит различные подходы к способам прекращения права собственности, в том числе и частной.

История исследования юридических фактов, сопутствующих возникновению и прекращению права собственности у лиц насчитывает многолетнюю историю. Существенный вклад

в теорию возникновения (прекращения) права частной собственности внесли еще римские юристы, которые различали титулы (основания) приобретения права собственности (*titulus acquirendi*) и способы приобретения права собственности (*modus acquirendi*). Факты-основания влекли возникновение только притязания об установлении права, а со вторыми непосредственно связывалось его приобретение, момент возникновения права собственности. Отмечалось, что необходимо различать момент образования обязательственного права и соответствующий юридический факт — основание приобретения права собственности, с одной стороны, и момент возникновения вещного права и соответствующий юридический факт - способ приобретения права собственности, с другой. Подчеркивалось, что для приобретения права собственности необходимо и основание, и юридический факт, представляющий собой способ. Так, при



приобретении права собственности по договору купли-продажи, последний признавался основанием приобретения права собственности, а передача вещи (*traditio*) - способом приобретения права собственности. По общему правилу право собственности нельзя приобрести на основании одного лишь договора, без передачи движимой вещи, поскольку один только договор не обеспечивает непосредственную власть над вещью, а предоставляет только посредственную (через лицо, обязавшееся передать вещь) власть над ней. При этом право собственности переходит к приобретателю, если передача владения основана на соглашении об отчуждении права собственности, т.е. необходим фактический состав [4, с.71].

Возникнув в XVI в., ко второй половине следующего столетия в юридической литературе укрепилось мнение, согласно которому любой акт приобретения права собственности независимо от того, какой способ - первоначальный или производный - лежит в его основе, может быть разложен на две составляющие: *modus* (способ) и *titulus acquirendi* (основание приобретения), выступающие соответственно как «непосредственное ближайшее основание» (*causa efficiens proxima*) и «отдаленное основание» (*causa remota*) приобретения права собственности. При этом под способом приобретения права собственности понималось то объективно выраженное внешнее действие, в силу которого приобретаемая вещь поступала во владение будущего собственника (например, завладение вещью при оккупации или передача вещи при производном приобретении права собственности) [5, с.31].

Главным основанием приобретения права собственности на землю по украинскому обычно-

му праву была «займашина» или «займка». Ею называли способ первичного приобретения права собственности на землю в результате самовольного овладения ею и освоения при условии, что она до сих пор никому не принадлежала. Для украинского народа он играл особенно большое значение в связи с ранним зарождением и активным развитием земледелия [3, с.45].

Первыми законодательными памятниками регулирования вопросов собственности у славян в юридической литературе принято считать договоры Руси с греками 907, 911, 944, 971 гг. Однако, ошибочно было бы считать, что до тех пор вопрос собственности оставался неурегулированным [11, с.227]. Конечно же уровень правовой мысли того периода не дает нам оснований утверждать о детальной разработке положений возникновения и прекращения права собственности.

На основе анализа доступных источников, можно сделать вывод о существовании следующих оснований (способов) приобретения права собственности в Киевской Руси: 1) освоение свободных земель; 2) раздача земель князем за службу; 3) захват земель; 4) дарование; 5) наследование по закону и по завещанию; 6) присвоение общедоступных даров природы; 7) приобретение имущества по договорам купли-продажи; 8) обмен; 9) находка. Незавершенность договорного права и низкий уровень юридической техники того периода не дают возможности выделять полноценную систему способов и оснований прекращения права собственности. Исследователям приходится довольствоваться выводами о закреплении того или иного основания или способа приобретения (прекращения) права собственности в правовых обычаях и писанных юридических источниках.

Особняком в истории отечественного гражданского права стоят три редакции статута Великого Княжества Литовского. К способам приобретения права собственности в соответствии со Статутом 1588 г. относились: гражданско-правовые договоры, пожалования князя, давность пользования. По критерию различия способа приобретения права собственности меньше всего ограничивалось распоряжение имуществом, приобретенное на основании договора купли-продажи. Больше ограничивалось право распоряжения заслуженными именами - подаяниями (земельными пожалованиями князя магнатам или шляхте на условиях службы) [2, с.36]. Разграничения способов и оснований в законодательстве того периода не проводилось, как и не давались определения терминов «способ» и «основание».

На всем протяжении отечественной истории государства и права термин «способ» приобретения использовался лишь в Своде законов Российской Империи. Если отвлечься от частных положений и не очень удачных решений М.М. Сперанского, то материал в Своде законов изложен следующим образом: право собственности, способы приобретения этого права, ограничение права собственности, земельные сервитуты, отдельное владение и пользование, защита вещных прав [1, с.50].

В ст. 699 ч. 1 т. X Свода законов закреплялось правило, по которому «права на имущество приобретаются не иначе, как способами, в законах определенными». Кроме того в статье перечислялись способы приобретения права собственности: «1) способы дарственные и безвозмездные, а именно: пожалование, выдел имущества детям от родителей, дар, духовное заве-



щение; 2) наследство; способы обоюдные, каковы суть мена и купля; 3) договоры и обязательства» [4, с.59].

И хотя наряду с термином «способ» в Своде употреблялся и термин «основание» (ст. 420), из анализа ст. 699 следует, что не все юридические факты, указанные в качестве способов приобретения права, таковыми являются, т.е. Свод, по сути, не разграничивал способы и основания приобретения (прекращения) прав.

В научной литературе дореволюционного периода также не приводилось четкого определения понятия «способы приобретения (прекращения) права собственности». Не было и единой классификации способов. Например, Д.И. Мейер предлагал дифференцировать такие способы приобретения права собственности, как передача, давность, военная добыча, находка, пользование, приращение. А Г.Ф. Шершеневич в качестве способов приобретения права собственности приводил завладение, давность владения, отделение плодов, приращение, переработку, находку, соединение, передачу, наследование.

Проект Гражданского уложения как крупнейшая законодательная инициатива дореволюционной России представляет собой самую последовательную и смелую попытку улучшения отечественного гражданско-правового регулирования. По разным причинам эти усилия не увенчались успехом: несмотря на то, что в 1913 г. в Государственную Думу была внесена часть Уложения, посвященная обязательствам, ни Проект в целом, ни проект об обязательствах так и не стали законами [10, с.3].

Проект Гражданского уложения не предусматривал способы прекращения права собствен-

ности, только лишь в ст. 741 содержался краткий перечень оснований возникновения вотчинных прав (к которым ст. 740 относит и право собственности), а судя по разъяснениям Редакционной комиссии «упоминать и о способах прекращения вотчинных прав казалось излишним, ибо прекращение права в одном лице совпадает обыкновенно с возникновением его в другом лице и, таким образом, понятие о возникновении права объемлет собой в сущности и понятие о прекращении его» [6, с.587].

С приходом к власти большевиков были существенно пересмотрены основополагающие начала института собственности. Право частной собственности было настолько сужено, что его можно считать существующим лишь в виде исключения [9]. Основным же способом приобретения «социалистической собственности» и прекращения собственности частной была экспроприация, причем безвозмездная. «Специфические условия проведения пролетарской революции в нашей стране вызывали необходимость осуществления национализации на безвозмездных началах» [8, с.375].

Развитие института принудительного прекращения права частной собственности в законодательстве просматривается еще в постановлении Временного Правительства от 5 мая 1917 года, которым предусматривается образование такого органа, как Особого присутствия по отчуждению недвижимых имуществ для государственной или общественной пользы [7].

Временное Правительство признавало допустимым изъятие имущества из частной собственности при обязательном соблюдении сложной процедуры и надлежащем вознаграждении владельцев. Отчуждение соб-

ственности, органами государственной власти производилось или в пользу государственной казны, например, для устройства полигона, или же чаще всего в пользу каких-либо общепольных предприятий, например, в пользу общества железных дорог. Подобная лояльность и возмездность экспроприации не была характерна для последующих периодов.

На первоначальных этапах построения советского государства нередко «правовой базой» для прекращения права частной собственности становилось революционное правосознание. И лишь с развитием правовой системы процесс прекращения права частной собственности получил некоторое правовое регулирование с помощью декретов и постановлений. Независимо от наличия «правовых» оснований лишения имущества в первые годы советской власти бывшие владельцы не имели реальной возможности его вернуть. О способах прекращения права собственности не упоминалось и в последующем кодифицированном советском законодательстве. В ГК УССР 1922 г. нет указаний о способах прекращения права собственности и перечня оснований возникновения и прекращения этого права.

ГК УССР 1963 г. в главе 12 «Возникновение и прекращение права собственности» назывались только основания его возникновения и прекращения. Полное отождествление оснований и способов приобретения (прекращения) права собственности подтверждает научная доктрина того периода. Так, например, О.С. Иоффе в своей монографии пишет: «Следует различать источники образования собственности и юридические способы приобретения права собственности. Источником образования всякой соб-



ственности служит труд... Если, однако, труд – источник образования всякой собственности, то у каждого отдельного субъекта право собственности может возникнуть лишь по определенному юридическому основанию... Это зависит от соответствующих юридических предпосылок... Такие предпосылки или основания и принято именовать способами приобретения права собственности» [8, с.373-374]. По мнению исследователя, способам приобретения права собственности противостоят способы его прекращения.

Такое отношение к разграничению способов и оснований можно объяснить отсутствием практической необходимости в последнем. Отрицание частной формы собственности упразднило необходимость особенной защиты права частной собственности, в том числе закреплением исчерпывающего перечня оснований (способов) прекращения права частной собственности. А ключевые параметры «социалистической собственности», способы её возникновения и прекращения можно было урегулировать отдельными административными решениями за рамками гражданского законодательства.

Таким образом, даже упоминание способов прекращения права собственности в дореволюционном законодательстве не свидетельствует о разработанности данного вопроса в гражданско-правовой доктрине того периода. Созданная ранее терминологическая путаница стала предметом исследования только лишь современных цивилистов, а в отечественной юриспруденции данные исследования являются фрагментарными и требуют дополнительного освещения и углубленного исследования данной проблематики.

Литература:

1. Бабаев А.Б. Система вещных прав. Монография / А.Б. Бабаев. – М.: Волтерс Клувер, 2007. – 408 с.
2. Бедрий М. М. Становлення та розвиток інституту права власності за Литовськими статутами / Бедрий М. М. // Правова система, громадянське суспільство та держава. – Львів, 2007. – С. 35–36.
3. Бойко І.Й. Регулювання цивільних відносин на українських землях за українським звичаєвим правом (XIV – XVI ст.) / І.Й. Бойко // Вісник Львівського університету. Серія юридична. – Вип. 58. – Львів, 2013. – С.41–48.
4. Буртовая Е.И. Прекращение права собственности по воле собственника в системе оснований и способов прекращения субъективного права собственности по законодательству Российской Федерации. Дис. ... канд. юрид. наук / Буртовая Е.И. - Томск, 2011. – 240 с.
5. Гнищевич К.В. Идея абстрактности традиции: история и современность / К.В. Гнищевич // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. – 2007. – № 10. – С. 24-41.
6. Гражданское уложение. Проект Высочайше учрежденной Редакционной Комиссии по составлению Гражданского уложения (с объяснениями, извлеченными из трудов Редакционной Комиссии)/ под ред. И. М. Тютримова; составил А.Л. Саатчиан. СПб., 1910. Т. 1. С. 587
7. Гринь Е.А. Исторический процесс возникновения и развития норм о принудительном прекращении прав на земельный участок по российскому законодательству [Электронный ресурс] / Е.А. Гринь // Политематический сетевой электронный научный журнал Кубанского государственного аграрного университета. – 2014. – Вып. № 95. – Режим доступа: <http://cyberleninka.ru/article/n/istoricheskiy-protsess-vozniknoveniya-i-razvitiya-norm-o-prinuditelnom-prekraschenii-prav-na-zemelnyy-uchastok-po-rossiyskomu>
8. Иоффе О.С. Советское гражданское право / О.С. Иоффе. – М.: Юрид. лит., 1967. - 494 с.
9. Иванов А. М. Историко-правовой анализ підстав припинення

права власності в Україні [Електронний ресурс] / А. М. Іванов // Теорія і практика правознавства : електр. наук. фах. вид. Нац. ун-ту «Юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого». – 2013. – Вип. 2. – Режим доступу : http://nauka.jur-academy.kharkov.ua/download/el_zbirnik/2.2013/10_4.pdf

10. Слыщенко В.А. Проект Гражданского уложения 1905 г. и его место в истории русского права: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / В.А. Слыщенко. – М., 2003. – 24 с.

11. Яремова І.В. Розвиток законодавства та наукової думки про виникнення права власності на українських землях до першої половини XVII століття / І.В. Яремова // Часопис Київського університету права. – 2013. – Вип. 4. – С. 227-232.



ОТЛИЧИЕ ДИСТРИБЬЮТОРСКОГО ДОГОВОРА ОТ СМЕЖНЫХ ДОГОВОРНЫХ КОНСТРУКЦИЙ

И. АРСЕНИ,

Магистр права, докторант преподаватель Комратского госуниверситета.

SUMMARY

Current institutions of civil law, such as delivery, agency service and franchise, do not meet the market requirements regarding regulation of distribution relations. The comparative analysis of a distribution contract with a delivery contract, an agency contract and a contract of commercial concession as well as the analysis of judicial acts in which courts assess a distribution contract are carried out the article. The purpose of the research is to reveal distinctive features of the distribution contract.

Keywords: distributor, distribution contract, delivery, agency service, franchise.

* * *

Действующие институты гражданского права, такие как поставка, агентирование и франчайзинг, не отвечают потребностям рынка в части регулирования дистрибьюторских отношений. В настоящей статье приводится сравнительный анализ дистрибьюторского договора с договорами поставки, агентским договором и договором франчайзинга, а также анализ судебных актов, в которых суды дают оценку дистрибьюторскому договору, с целью выявить отличительные особенности последнего.

Ключевые слова: дистрибьютор, дистрибьюторский договор, поставка, агентирование, франчайзинг.

Определение договора как соглашения об установлении, изменении или прекращении гражданских прав и обязанностей отражает основной принцип гражданского права – диспозитивность. Стороны вольны в формировании условий договора и в выборе наиболее удобной договорной конструкции. [9, с. 115]

Однако, как справедливо отмечает В.П. Мозолин, «из содержания гражданского законодательства видно, что соглашение должно относиться в целом к договорам конкретного вида (купле-продаже, займу, подряду и т.д.), а не к условиям, составляющим лишь отдельные элементы таких договоров». [6, с. 25] При этом правильная квалификация конкретного соглашения как договора соответствующего вида имеет важное практическое значение: от нее зависит перечень существенных условий, что, в свою очередь, позволяет определить момент, с которого договор будет считаться заключенным. Следует отметить, что в условиях динамичного гражданского оборота попытки заранее определить все возможные виды договоров обречены на неудачу. В то же время отрицать существование очевидного – значит вывести из плоскости права целый пласт гражданско-правовых явлений.

В исследуемой сфере отсутствие законодательного регулирования дистрибьюторских отношений, с одной стороны, и активное применение конструкции дистрибьюторского договора – с другой приводят к противоречивому толкованию норм гражданского законодательства и к судебным ошибкам.

Суды пытаются применять к указанным отношениям нормы о поставке в сочетании с нормами об агентском договоре, договоре оказания услуг или договоре франчайзинга. Негативные последствия указанной квалификации будут рассмотрены ниже.

При этом должны критически оцениваться попытки некоторых авторов разграничить дистрибьюторский договор с так называемым «дилерским» договором. Едва ли можно согласиться с таким утверждением: «производители порой заключают дистрибьюторские контракты с посредниками для сбыта товаров. В этих случаях дистрибьютор на самом деле является дилером. А вместо дистрибьюторского контракта с ним должен заключаться договор на исключительную продажу товара». [18, с.72-73] В законодательстве Республике Молдова термин «дилер» или «дилерская деятельность» не раскрывается и не имеет правового регулирования,

хотя отдельные упоминания о нем в законодательстве имеют место. Так согласно п. d) ч. (3) ст. 13 Закона РМ «О производстве и обороте этилового спирта и алкогольной продукции» №1100 от 30.06.2000г.[7], хозяйствующий субъект, испрашивающий лицензию, дополнительно к документам, предусмотренным Законом « О лицензировании отдельных видов деятельности» №451 от 30 июля 2001 года, должен представить: «копию разрешения, по меньшей мере, одного производителя на осуществление оптовой реализации алкогольной продукции в режиме дилерской деятельности - для хранения и оптовой реализации отечественной алкогольной продукции через специализированные склады». Мы видим, что законодатель использует понятие «дилерская деятельность», но не раскрывает его правовое содержание.

Дистрибьюторское соглашение относится к организационным договорам. Использование термина «торгово-распределительный договор» представляется менее удачным.

Под дистрибьюторским договором следует понимать договор, в рамках которого одна сторона (поставщик) обязуется предоставить другой стороне (дистрибьютору) эксклюзивное



право продажи товаров на определенной территории, поставлять товар в установленном договором объеме, а дистрибьютор обязуется обеспечить согласованный сторонами гарантированный минимал продаж, не конкурировать с поставщиком за пределами указанной территории и на определенных договором условиях осуществлять мероприятия, направленные на повышение уровня продаж товаров поставщика.[1, с.35-36]

1. Соотношение дистрибьюторского договора с договором поставки.

Наиболее часто в судебной практике встречается квалификация дистрибьюторского договора как договора поставки. Однако, учитывая организационный характер рассматриваемого договора, он зачастую не отвечает требованиям гражданского законодательства в части согласования условия о предмете. В результате, квалификация исследуемых отношений как отношений поставки приводит к признанию договора незаключенным. [11, с.63-64]

В данной связи особый интерес представляет судебное дело о взыскании долга за товар, поставленный по дистрибьюторскому договору. Истец обратился в суд с иском о взыскании основного долга за товар, поставленный ответчику по дистрибьюторскому договору. Как следует из материалов дела, сторонами был подписан дистрибьюторский договор, по условиям которого истец обязался поставлять ответчику, а ответчик продавать на установленной территории определенные изделия, включая принадлежности, а также осуществлять их гарантийное обслуживание.

В обоснование исковых требований истец указал, что в рамках дистрибьюторского договора ответчику был передан товар, что подтверждается товарными накладными.

Признавая дистрибьюторский договор незаключенным, суд вообще не дал оценки природе дистрибьюторского договора, то есть не осуществил квалификацию

спорных отношений. Судебная инстанция ограничилась следующей формулировкой: «Поскольку предмет, то есть существенное условие дистрибьюторского договора от сторонами не согласован, вывод суда первой инстанции о не акключенности данного договора является правильным». При этом суд вообще не указал, что, по его мнению, следует относить к условию дистрибьюторского договора о предмете. И уж тем более поражает тот факт, что исковые требования были удовлетворены. Суд указал, что, несмотря на незаключенность дистрибьюторского договора, факт поставки подтвержден товарными накладными. При этом никаких уточнений относительно оснований иска истец в ходе процесса не заявлял. Указанный судебный акт не только иллюстрирует отсутствие у правоприменителя понимания природы дистрибьюторского договора, но и в принципе являет собой юридический нонсенс: удовлетворение исковых требований, в основе которых лежит незаключенный договор, противоречит общим положениям гражданского законодательства об обязательствах и договоре. [14, с.15-16]

В аналогичной ситуации при наличии товарных накладных суд, напротив, посчитал договор заключенным, но также неверно оценил его правовую природу. На рассмотрение судебной коллегии поступило дело, из материалов которого следует, что между истцом (компанией) и ответчиком (дистрибьютором) заключен договор, в соответствии с которым дистрибьютор приобретает у компании напитки и осуществляет их продажу в месте осуществления деятельности дистрибьютора. Ассортимент определяется в приложении № 1 к договору. В силу пункта 1.2 договора, компания поставляет, а дистрибьютор принимает и оплачивает напитки в соответствии с условиями договора. Оплата осуществляется в размере, указанном в накладной компании. Цена напитков устанавливается компанией на осно-

вании базового прайс-листа с учетом предоставляемых скидок и указывается в накладной. Поставка напитков осуществляется партиями по заявке дистрибьютора в течение 48 часов с момента подачи заявки. Во исполнение условий указанного договора истцом был поставлен товар общей стоимостью 200 000 долларов США. При квалификации спорных отношений суд указал следующее: «Поскольку спорные правоотношения представляют собой отношения по поставке товара, к ним применяются положения Гражданского кодекса о взыскании задолженности по договору поставки». [3]

Указанные выше судебные акты с очевидностью свидетельствуют о том, что удовлетворение требований, вытекающих из отношений поставки, никоим образом не зависит от факта заключения дистрибьюторского договора, равно как и факт заключения дистрибьюторского договора не зависит от факта согласования условия о товаре, поскольку данное условие не является существенным для дистрибьюторского договора.

Аналогичного мнения придерживается и А.М. Партин: «Несмотря на то, что дистрибьюторское соглашение тесно связано с заключаемыми поставщиком и дистрибьюторами договорами купли-продажи конкретных товаров, условия дистрибьюторского соглашения действуют независимо от того, производится ли фактически поставка товаров от поставщика дистрибьютору или нет, если иное прямо не предусмотрено соглашением сторон»[15, с.15]. Автор указывает на самостоятельный характер обязательств, принимаемых на себя сторонами по дистрибьюторскому соглашению. В свою очередь, указанная самостоятельность обусловлена «требуемостью стабильности гражданского оборота, предполагающим сохранение соответствующего статуса за дистрибьютором и действительность договора вне зависимости от причин и сроков перерыва в



фактических поставках товаров в случае, если стороны не изъявили желания на прекращение дистрибьюторских отношений между ними».

Таким образом, смешение дистрибьюторского договора с договором поставки объясняется двухуровневой системой договорных связей между поставщиком и дистрибьютором. Указанную систему составляют «генеральный» (собственно дистрибьюторский) договор и заключаемые в его исполнение отдельные договоры купли-продажи.

Важным условием дистрибьюторского договора является обеспечение согласованного сторонами гарантированного минимума продаж. Данное условие содержится в приложении VII типового дистрибьюторского контракта МТП и характерно именно для дистрибьюторского договора. [17]

При этом необходимо законодательно закрепить порядок согласования сторонами плана закупок. А окончательно разграничению дистрибьюторского договора с договором поставки послужит формулировка о том, что поставка и оплата товара осуществляются в порядке, предусмотренном гражданским законодательством.

2. Отличия дистрибьюторского договора от договора агентирования.

Наиболее грубые ошибки суды допускают при толковании дистрибьюторских соглашений как агентских договоров.

Согласно ч. (1) ст. 1199 ГК РМ коммерческим агентом признается занимающееся самостоятельной предпринимательской деятельностью физическое лицо, которому поручается на постоянной основе осуществлять посредничество или заключать коммерческие договоры в отношении вещей и услуг от имени и за счет другого предприятия (принципала). [5]

Таким образом, *агентский договор* – это договор между лицом, нанимающим агента (принципалом), и самим агентом, согласно

которому агенту поручается на определенных условиях выполнение от имени и в интересах нанимателя определенного рода услуг, действий, обязательств, на что агент получает необходимые полномочия. [12, с.258]

При сопоставлении указанного определения агентского договора с предложенным выше определением дистрибьюторского договора можно выявить следующие различия вытекающих из них отношений:

1. Продажа товаров осуществляется дистрибьютором от своего имени и за свой счет. Дистрибьютор не вправе действовать от имени и за счет поставщика, если последний заранее и в специально оговоренных случаях не передал ему таких полномочий. Существо агентских отношений, напротив, состоит именно в том, что агент, как правило, выступает от имени, по поручению и за счет принципала.

2. Дистрибьюторский договор всегда предполагает обязанность дистрибьютора осуществлять мероприятия, направленные на повышение уровня продаж товаров поставщика (так называемое «продвижение»).

3. Установление гарантированного минимума продаж характерно именно для дистрибьюторского договора и не имеет смысла для договора агентирования, так как последний предполагает, что действия по продаже осуществляются самим принципалом в лице агента. [10, с.68]

Ранее судебные органы довольно свободно трактовали дистрибьюторский договор как договор агентирования. Так из материалов дела следует, что 15.08.2001 стороны подписали дистрибьюторский договор, в силу которого ОАО «Родник» предоставляет ООО «Помпей» исключительное право на размещение и продажу товаров в согласованном ассортименте на оговоренной территории. В пункте 1.4 записано следующее: под исключительным правом дистрибьютора понимается, что ОАО «Родник» в течение срока действия договора не впра-

ве самостоятельно, а также через третьих лиц (путем заключения договоров купли-продажи, поставки и т.п.) заниматься реализацией товара в пределах оговоренной территории (т. 1, л.д. 10). Суд указал, что по правовой природе соглашение является агентским договором). В настоящее время практика изменилась. Осознавая, что природа исследуемого явления значительно сложнее, суды, тяготеющие к «агентской» природе дистрибьюторского договора, стали именовать его смешанным.

Примером может служить решение апелляционного суда. Частично отменяя решение суда первой инстанции, судебная коллегия указала, что «заключенный между спорящими сторонами дистрибьюторский договор от 29.10.2007 г. является смешанным, содержащим элементы договора поставки и элементы агентского договора в части обязательства поставщика воздержаться от осуществления на территории города самостоятельной деятельности по реализации колбасных изделий, что не противоречит нормам гражданского законодательства».

Дистрибьюторский договор является договором, не поименованным и не урегулированным специальным законодательством, поэтому стороны свободны в определении его условий. В действительности дистрибьюторские договоры, как правило, содержат в себе элементы различных видов договоров, поименованных в гражданском законодательстве, включая и агентский договор». Из приведенного выше текста судебного постановления ясно, что суд в данном случае не увидел разницы между смешанным и непоименованным договором. Специфика дистрибьюторского договора также не нашла отражения в тексте постановления. При этом суд отметил следующее: «что агентским договором может быть предусмотрено обязательство принципала не заключать аналогичных агентских договоров с другими агентами, действующими на определенной в дого-



воре территории, либо воздерживаться от осуществления на этой территории самостоятельной деятельности, аналогичной деятельности, составляющей предмет агентского договора. Однако данные условия договора агентирования должны проходить проверку на предмет соответствия его антимонопольному законодательству». [15, с.17]

Как справедливо указывает Е.В. Борисова, «возможность территориального ограничения прав принципала и агента по договору агентирования часто дает основания для участников отношений путать дистрибьюторский договор с договором агентирования. Различие между этими двумя договорами, однако, достаточно очевидно...». [2, с.58]

Следует отметить, что если говорить об агентском и дистрибьюторском договоре как о внешнеторговых сделках, то они признаются различными самостоятельными договорами, имеющими, однако, общую черту.

Так, Типовой дистрибьюторский контракт МТП (ст. 4) возлагает на дистрибьютора обязательство не допускать в своей деятельности конкуренции с аналогичными товарами поставщика. Ст. 5 Типового коммерческого агентского контракта дублирует текст указанной выше статьи Типового дистрибьюторского контракта применительно к обязанностям агента.

В тексте «Международного стандарта финансовой отчетности (IAS) 24 “Раскрытие информации о связанных сторонах” агент и дистрибьютор также упоминаются как самостоятельные субъекты и не отождествляются. [13]

3. *Отличия дистрибьюторского договора от договора франчайзинга.*

Составляя дилерские и дистрибьюторские соглашения, предприниматели порой стремятся таким образом избежать заключения договора франчайзинга (что обусловлено нежеланием, осуществлять государственную регистрацию данного договора).

Однако в большинстве случаев дистрибьютор не нуждается в использовании всего комплекса исключительных прав, предусмотренного для договора франчайзинга, и не заинтересован в соблюдении предписанных данным договором обязанностей.

Согласно ст. 1 Закона РМ «О франчайзинга» №1335 от 01.10.1997г.[8] франчайзинг представляет собой систему договорных отношений между предприятиями, при которой одна сторона - франчайзер - предоставляет другой стороне - франчайзи - право на производство и/или реализацию определенного вида продукции (товаров), оказание определенных услуг от имени и под товарным знаком франчайзера, а также право на получение технической и организационной помощи.

Дистрибьютор же перепродает уже произведенные товары и в ряде случаев осуществляет их ремонт. Однако, безусловно, главным отличием дистрибьюторского договора от договора франчайзинга является характер использования исключительных прав. Сам термин «исключительность» приобретает в рамках таких договоров специфическое значение. В этой связи показательно следующее судебное дело. Судом оценивался дилерский договор, предметом которого являлось «предоставление исключительного права на выполнение функций по маркетингу и реализации продукции завода «Юг» на установленной договором территории». В приведенном контексте «исключительность» не имеет ничего общего с «исключительностью», предусмотренной гражданским кодексом. Следовательно, отношения сторон нуждаются в ином регулировании, нежели нормами ГК о договоре франчайзинга.

Формулировка «исключительное право на размещение и продажу товаров» содержится в Типовом дистрибьюторском контракте МТП. Однако в соответствии с действующим законодательством РФ термин «исключительное право» носит вполне

определенное значение, и его использование для определения отношений дистрибьюторства едва ли оправданно.

Аналогичная позиция изложения в арбитражном суде. Так, судом установлено, что 15.10.2004 между Valusoft, подразделением THQ Inc. (компания) и компания Game Factory Interactive Limited (дистрибьютор) было заключено лицензионное и дистрибьюторское соглашение, согласно которому компания желает осуществлять сбыт продуктов компьютерного программного обеспечения (в том числе компьютерной игры «Cribbage Quest»), а дистрибьютор выразил заинтересованность в осуществлении локализации и/или деятельности в качестве независимого дистрибьютора определенных продуктов компании в соответствии с условиями и положениями договора. Судом также установлен и не оспаривается ответчиком факт реализации указанной программы для ЭВМ обществом «С-Поставка», что подтверждено кассовым чеком №107 от 01.09.2008. Истец, полагая, что ответчиком нарушены его исключительные права на программу для ЭВМ, принадлежащие компании Game Factory Interactive Limited на основании соглашения от 15.10.2004, обратился в суд с соответствующим иском.

Оценив условия соглашения с учетом приложения, суд пришел к выводу о том, что названный договор не является договором о передаче исключительных прав на программу для ЭВМ, поскольку в соответствии с его условиями компания, сохраняя все права на интеллектуальную собственность, назначает дистрибьютора для осуществления деятельности в качестве независимого, не эксклюзивного дистрибьютора продуктов в розничных и оптовых каналах сбыта исключительно на территориях, указанных в приложении, а дистрибьютор соглашается с таким назначением.

Исходя из указанных обстоятельств, суд признал, что компания Game Factory Interactive Limited не обладает правом защи-



ты прав, полученных по договору, способами, предусмотренными гражданским законодательством.

Таким образом, суд подтвердил, что в данном случае термин «исключительность» относился к иному праву, а не к праву на результаты интеллектуальной деятельности. [4, с.80-81]

Что же касается исключительных прав в том значении, как представляется автору настоящей статьи, их использование в рамках дистрибьюторского договора должно ограничиваться правами именоваться «Дистрибьютор предприятия» и использовать коммерческое обозначение, товарный знак только для рекламы соответствующих товаров и обязанностью дистрибьютора продавать товары без какого-либо видоизменения маркировки, этикеток и другой нанесенной на них информации. При этом коммерческое обозначение поставщика может использоваться дистрибьютором только в совокупности с наименованием (либо коммерческим обозначением) дистрибьютора. Право использовать товарный знак и коммерческое обозначение должно прекращаться с прекращением срока действия дистрибьюторского договора. Соответственно поставщик может контролировать рекламу приобретенных у него товаров и наличие нанесенных маркировок, но, в отличие от договора франчайзинга, не вправе давать инструкции относительно внешнего и внутреннего оформления помещений и т.п.

Отличает дистрибьюторский договор от договора франчайзинга также то, что дистрибьютор самостоятельно определяет перечень услуг, оказываемых своим непосредственным покупателям, и последние едва ли могут рассчитывать на некие дополнительные услуги, как то предусмотрено ст. 1174 ГК РФ.

В литературе встречаются весьма экзотические подходы не

только к понятию дистрибьюторства, но и к коммерческой концессии в соотношении с дистрибьюторским договором.

Так, А.С. Райников разграничивает франчайзинг и коммерческую концессию. При этом понятие «дистрибьюторского договора» отождествляется автором с понятием «коммерческой концессии»: «В рамках дистрибьюторского договора концессионер становится перепродавцом товаров концедента. Он «продвигает» и сбывает товар на оговоренной территории, но при этом не выступает от имени производителя, не подотчетен ему и строит свои отношения с потребителями на основе договора купли-продажи, заключая его от своего имени и за свой счет (в отличие, например, от агента или комиссионера)». Указанная классификация основана не на действующем ГК который, наоборот, проводит равенство между франчайзингом и коммерческой концессией, а на международной практике внешних торговых сделок. [16, с.18-19]

Изложенное выше свидетельствует о том, что дистрибьюторский договор является самостоятельным. Дистрибьюторские отношения не могут отождествляться с отношениями поставки, агентирования или франчайзинга.

Для трактовки дистрибьюторского договора как смешанного также нет оснований: у дистрибьюторского договора самостоятельный предмет и существенные условия, не характерные ни для одного из названных в ГК РФ договоров.

Литература:

1. Арсени И., Сосна Б. Правовое регулирование дистрибьюторского договора в РМ. Кишинёв. In: Национальный юридический журнал: теория и практика, 2014, №1.
2. Борисова А.Б. Дистрибьюторский договор // Журнал российского права. 2005. № 3.
3. Бычков А.И. Дистрибьюторский

договор.//»Имущественные отношения в Российской Федерации»,2012,№9.//http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=CJI;n=65956;dst=0 (посещение 02.07.2016г)

4. Германова А.Г. Проблемы правового регулирования дистрибьюторского договора. //Теория и практика общественного развития: Краснодар. 2015, №15.

5. Гражданский кодекс Республики Молдова № 1107-XV от 06.06.2002 // Monitorul Oficial al Republicii Moldova № 82-86/661 от 26.06.2002.

6. Гражданское право. В 2-х ч. Часть 1 / отв ред Мозолин В.П., Масляев А.И. М: Юристъ. 2005.

7. Закон РМ «О производстве и обороте этилового спирта и алкогольной продукции» №1100 от 30.06.2000// Monitorul Oficial al Republicii Moldova №130-132/917 от 19.10.2000.

8. Закон РМ «О франчайзинга» №1335 от 01.10.1997// Monitorul Oficial al Republicii Moldova №82-83 от 11.12.1997.

9. Имущественные права. Книга 2. Обязательственное право/ Халабуденко О.А. –К.: Междунар. независимый ун-т Молдовы, 2014.

10. Каширина Т.В. Отличие дистрибьюторского договора от смежных правоотношений // Наука и образование: хозяйство и экономика; предпринимательство; право и управление. - 2012. № 6.

11. Каширина Т.В. Место дистрибьюторского договора в системе договоров ГК РФ // Закон. 2011. № 6.

12. Кибак Г., Мишина Т., Цонова И. Гражданское право. Особенная часть. Учебное пособие. Издание4-е, дополненное и переработанное. Кишинев: СЕР USM, 2006

13. Международного стандарта финансовой отчетности (IAS) 24 «Раскрытие информации о связанных сторонах»// Применение МСФО 2011 в 3-х частях.- М.: Альпина Паблишер.. 2011.

14. Мозгов В. Квалификация и правовое регулирование дистрибьюторских договоров: предложения по изменению законодательства// Арбитражная практика: Москва, 2009. №10.

15. Партин А.М. Правовая природа дистрибьюторских соглашений. Автореф. дис. на соискание ученой степени к.ю.н., М., 2010.

16. Райников А.С. Договор коммерческой концессии. М: Статут. 2009

17. Типовой дистрибьюторский контракт МТП. Монопольный импортер-дистрибьютор. Публикация № 646 Е. Серия: «Издания международной торговой палаты». 2-е изд. на рус. и англ. яз. М.: Консалтбанк, 2005.

18. Шалунов В.Я. Посредники по перепродаже товаров в международной торговле // Российский внешнеэкономический вестник 2008. № 6.