

20 ianuarie 2020

La Nr.

Nr. 12-6/4

din

Domnului Pavel VOICU
Ministrul Afacerilor Interne

**Propunere de perfecționare a legislației
în temeiul art. 27 lit. a) din Legea nr. 52 cu privire la Avocatul Poporului**

Potrivit art. 27 lit. a) din Legea nr.52 cu privire la Avocatul Poporului, Ombudsmanul prezintă subiecților cu drept de inițiativă legislativă propuneri și recomandări de perfecționare a legislației în vederea eliminării cauzelor și condițiilor ce creează premise pentru încălcarea drepturilor și libertăților omului.

În scopul perfecționării legislației în domeniul drepturilor și libertăților omului Avocatul Poporului prezintă subiecților cu drept de inițiativă legislativă propunerea de modificare a unor prevederi din Legea nr.200 din 16.07.2010 privind regimul străinilor în Republica Moldova.

Propunerea se referă la perfecționarea alin.(3) din art.55, alin.(2) din art.56 și alin.(4) din art.63 din Legea menționată, pentru ajustare la cerințele Convenției pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale și jurisprudența Curții europene a drepturilor omului.

Primul aspect se referă la revizuirea alin.(3) din art.55 și alin.(2) din art.56 al Legii nr.200 din 16.07.2010 privind regimul străinilor în Republica Moldova.

Potrivit art.55 alin.(1) din Legea nr. 200 din 16.07.2010 privind regimul străinilor în Republica Moldova, declararea străinului persoană indezirabilă este o măsură asiguratorie de autoritate, dispusă împotriva unui străin care a desfășurat, desfășoară ori în a cărui privință există indicii temeinice că intenționează să desfășoare activități de natură să pună în pericol securitatea națională sau ordinea publică. Art. 56 din această lege reglementează condițiile pentru aducerea la cunoștință a străinului a deciziei privind declararea sa persoană indezirabilă.

În opinia Ombudsmanului prevederile care necesită a fi revizuite se regăsesc în următoarea redacție:

- art.55 alin.(3) din Legea nr. 200 din 16.07.2010 privind regimul străinilor în Republica Moldova:

„Atunci când decizia privind declararea străinului persoană indezirabilă se întemeiază pe rațiuni de securitate națională, *în decizie nu vor fi menționate motivele care stau la baza ei*”

- art.56, alin.(2) din Legea nr. 200 din 16.07.2010 privind regimul străinilor în Republica Moldova:

„Comunicarea datelor și a informațiilor care constituie motivele deciziei privind declararea străinului persoană indezirabilă se poate face, pentru rațiuni de securitate națională, numai în condițiile stabilite și numai către destinatarii prevăzuți în mod expres de actele normative care reglementează regimul activităților referitoare la securitatea națională și la protejarea secretului de stat. *Astfel de date și informații nu pot fi sub nici o formă, direct sau indirect, aduse la cunoștință străinului declarat persoană indezirabilă, inclusiv în cadrul examinării în instanță de judecată a contestării deciziei privind declararea străinului persoană indezirabilă.*”

În conformitate cu articolul 13 din Pactul internațional cu privire la drepturile civile și politice, un străin care se află în mod legal pe teritoriul unui stat parte la prezentul Pact nu poate fi expulzat decât în executarea unei decizii luate în conformitate cu legea și, dacă rațiuni imperioase de securitate națională nu se opun, trebuie să aibă posibilitatea de a prezenta considerentele care pledează împotriva expulzării sale și de a obține examinarea cazului său de către autoritatea competentă, ori de câte una sau mai multe persoane special desemnate de numita autoritate, fiind reprezentat în acest scop.

Comitetul ONU cu privire la drepturile omului a reiterat în una din observațiile sale generale¹ că ”Articolul 13 reglementează în mod direct doar procedura nu și motivele de fond pentru expulzare”. Comitetul reamintește, de asemenea, că persoana ce constituie obiectul unui ordin de expulzare ar trebui să aibă acces la reprezentare juridică cu scopul de a putea prezenta motivele care să pledeze împotriva expulzării sale.²

Prevederi similare le regăsim și în art.32 din Convenția privind statutul refugiaților, care prevede că refugiatului va trebui să i se permită, în afara cazului în care rațiuni imperioase privind securitatea națională se opun, să prezinte probe în apărarea sa, să poată face recurs și să poată fi reprezentat, în acest scop, în fața uneia sau mai multor persoane special desemnate de autoritatea competentă.

Este recunoscut faptul că, pe de o parte standardele internaționale oferă statului o marjă largă de apreciere atunci când este vorba de expulzarea sau extrădarea persoanei pe motive de securitate națională. Pe de altă parte, Curtea europeană monitorizează cu atenție necesitatea ingerințelor, adică proporționalitatea lor în raport cu scopul legitim urmărit, în speță securitatea națională.

Marja de apreciere a statului în cauze legate de securitatea națională nu mai este uniform de largă. Curtea europeană a putut reduce semnificativ libertatea statelor de a li se recunoaște o anumită - sau chiar o largă - putere discreționară în ceea ce privește evaluarea amenințărilor la adresa securității naționale în cauzele ce se referă la drepturile garantate de art.3, art.5 și art. 8 din Convenție³.

Această jurisprudență a fost reținută de Curtea europeană în cauza *Ozdil și alții vs. Republica Moldova* adoptată la data de 11 iunie 2019 urmare expulzării de către Republica Moldova a cetățenilor turci. Privarea de libertate a reclamantilor în modul care a procedat autoritățile, a reprezentat un transfer ilegal al persoanelor de pe teritoriul

¹Comentariu general 15/27 din 22 iulie 1986, paragraful 10

²Observații finale privind Danemarca, 31 octombrie 2001, paragr. 17

³Raportul elaborat de Divizia Cercetare „Securitatea națională și jurisprudența Curții europene a drepturilor omului” Consiliul Europei/Curtea europeană a drepturilor omului, 2013

Statului în Turcia, care a eludat toate garanțiile oferite lor de legislația națională și internațională. Prin urmare, a fost încălcat articolul 5§1 din Convenție.

Dat fiind faptul că reclamantii nu beneficiau de gradul minim de protecție împotriva arbitrării din partea autorităților, Curtea a concluzionat că interferența cu viața personală și familială nu era în conformitate cu o "lege" care să satisfacă cerințele Convenției (a se vedea, cauza Al-Nashif împotriva Bulgariei, nr.50.963/99, § 128). Prin urmare, curtea a decis că a fost încălcat articolul 8 al Convenției.

Referitor la pretinsa încălcare a articolului 1 din protocolul nr. 7 al Convenției, având în vedere constatările prevăzute la articolele 5 § 1 și 8 ale Convenției, Curtea a considerat că nu este necesar să se pronunțe separat și asupra acestei plângeri.

Curtea europeană a făcut referire la faptul că legislația națională trebuie să permită o măsură de protecție juridică împotriva interferențelor arbitrare ale autorităților publice cu drepturile garantate de convenție. În măsura afectării drepturilor fundamentale, ar fi contrar statului de drept, unul dintre principiile de bază ale unei societăți democratice prevăzute de Convenție, ca o putere discreționară acordată executivului să fie exprimată în termeni de putere neimpozată (*a se vedea Malone v , Regatul Unit, 2 august 1984, § 68, seria A nr.82*).

Curtea a reiterat că o persoană care este supusă unei măsuri bazate pe considerații de securitate națională nu trebuie să fie privată de toate garanțiile împotriva arbitrarității. El sau ea trebuie, printre altele, să poată verifica măsura în cauza analizată de un organ independent și imparțial competent pentru a examina toate chestiunile relevante de fapt și de drept, pentru a determina legalitatea măsurii și pentru a cenzura un posibil abuz de către autorități. În fața acestui organ de control, persoana în cauză trebuie să beneficieze de proceduri contradictorii pentru a-și prezenta punctul de vedere și a respinge argumentele autorităților.

În continuare, Curtea a notat ”... *instanțele naționale nu ar fi putut, în niciun caz, să examineze motivele reale care au stat la baza expulzării, deoarece legislația națională nu prevedea ca nota Serviciului secret care a servit drept motiv pentru expulzarea reclamanților trebuia pusă la dispoziția judecătorilor.*”

Este de menționat că, Curtea europeană a examinat mai multe cauze prin care a fost constatată încălcarea art. 1 din protocolul nr.7 din Convenție⁴. Aceste cauze se referă la controlul pur formal realizat de instanțele de judecată din perspectiva motivelor de neexpulzare a cetățenilor străini.

În Hotărârea *Kaya împotriva României*, Curtea a făcut referire la faptul că cuvântul „lege” se referă la legea națională, trimiterea la aceasta vizând, conform ansamblului dispozițiilor Convenției, nu numai existența unei baze în dreptul intern, ci și calitatea legii: impune accesibilitatea și previzibilitatea acesteia, precum și o anumită protecție împotriva atingerilor arbitrare ale drepturilor garantate de Convenție, venind din partea puterii publice. În acest caz a avut loc executarea unei decizii luate în conformitate cu legea și a existat o violare a art.1 din Protocolul nr.7, din moment ce legea nu corespunde cerințelor Convenției.

⁴ Cauza Kaya împotriva României, hotărârea din 12 octombrie 2006; Cauza Lupșa împotriva României, hotărârea din 8 iunie 2006; Cauza Ahmed împotriva României, hotărârea din 13 iulie 2010; Cauza Geleri împotriva României, hotărârea din 15 februarie 2011

În jurisprudența sa Curtea europeană a statuat că principiul egalității armelor – unul din elementele noțiunii mai largi de proces echitabil – „impune fiecărei părți să i se ofere posibilitatea rezonabilă de a-și susține cauza sa în condiții care să nu o plaseze într-o situație de net dezavantaj în raport cu adversarul” ei (cauza *Ankerl contra Suediei*, hotărârea din 18 februarie 1997; cauza *Niderost – Huler contra Suediei*, hotărârea 1997-I/24 noiembrie 1997).

Este adevărat faptul că statele au un drept suveran de a controla intrarea și prezența continuă pe teritoriul lor a persoanelor care nu sunt resortisanți ai statului respectiv. În acest context, Curtea europeană a decis în mod constant că statele au *”pe temeiul unui principiu de drept internațional public bine stabilit și fără prejudicierea angajamentelor asumate prin tratatele internaționale, inclusiv Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, dreptul de a controla intrarea, șederea și îndepărtarea nenaționalilor”*⁵ de pe teritoriile lor. Însă, aceasta nu înseamnă că străinii aflați legal sau chiar ilegal pe teritoriul unui stat nu pot invoca cel puțin unele dintre drepturile și libertățile garantate de Convenția europeană a drepturilor omului și/sau de protocoalele sale adiționale.

Totuși, Convenția europeană a drepturilor omului impune unele limite în privința exercitării acestui drept suveran. De asemenea, ea a recunoscut dreptul la un recurs efectiv împotriva unei decizii de expulzare. În acest context, autoritățile statului au obligația ca înainte de a lua o decizie de expulzare să analizeze minuțios riscurile la care poate fi supusă persoana, precum și consecințele expulzării acesteia.

Avocatul Poporului atrage atenția că și la nivel național, în Hotărârea nr. 5 din 11.02.2014⁶, Curtea Constituțională a menționat următoarele:

„Curtea europeană în jurisprudența sa a statuat, în mod constant, că nici o persoană care face obiectul unei măsuri bazate pe motive de siguranță națională **nu trebuie lipsită de garanții împotriva arbitrarului**. În acest sens, în *Hotărârea Kaya vs. România din 12 octombrie 2006*, Curtea europeană a reținut:

“41. [...] orice persoană împotriva căreia se ia o măsură care are la bază motive de securitate națională trebuie să beneficieze de garanții împotriva arbitrarului. În special, persoana trebuie să aibă posibilitatea de a declanșa un control al măsurii litigioase din partea unui organ independent și imparțial, competent să se pronunțe cu privire la toate problemele de fapt și de drept relevante, în vederea stabilirii legalității măsurii și a sancționării unui eventual abuz din partea autorităților. **În fața unui astfel de organ de control persoana în cauză trebuie să beneficieze de o procedură contradictorie pentru a-și putea prezenta punctul de vedere și a combate argumentele autorităților** (Al-Nashif împotriva Bulgariei, nr.50.963/99, §123 și 124, 20 iunie 2002).”

În lumina raționamentelor expuse, Avocatul Poporului consideră că prevederile art.55 alin.(3) și art.56 alin.(2) din Legea nr.200 din 16.07.2010 privind regimul străinilor în Republica Moldova ar putea aduce atingere dreptului la un proces echitabil

⁵CtEDO, cauza Abdulaziz, Cabales și Balkandali c/Regatului Unit, mai 1986; cauza Chahal c/Regatului Unit, noiembrie 1996; cauza Bouchelkia c/șFranței, ianuarie 1997

⁶Hotărâre pentru controlul constituționalității prevederilor articolului 4 lit.e) din Legea contenciosului administrativ nr.793-XIV din 10 februarie 2000(*Sesizarea nr.38a/2013*) nr. 5 din 11.02.2014)

și garanțiilor procedurale prevăzute la art. 1 din protocolul nr.7 din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale. Totodată, consider că prevederile respective ar putea afecta inclusiv garanțiile statuate de art.5 § 1 și 8 din Convenție. Astfel, aplicarea automată a acestor prevederi de către autorități, fără examinarea minuțioasă a tuturor aspectelor ar putea genera violarea drepturilor fundamentale ale omului.

Din acest punct de vedere consider că prevederile menționate nu oferă străinului garanții minime împotriva arbitrariului autorităților. În opinia mea, persoana în cauză trebuie să beneficieze de o procedură contradictorie pentru a-și putea prezenta punctul de vedere și a combate argumentele autorităților. În caz contrar, aceasta poate afecta principiul egalității armelor.

Probele reprezintă factori decisivi pentru soluționarea unui litigiu într-un anumit sens, motiv pentru care ele trebuie administrate într-o manieră echitabilă și care să permită exercitarea dreptului la apărare.

Modul de administrare al probelor trebuie să respecte principiul egalității armelor și al contradictorialității. În acest context o procedură echitabilă presupune posibilitatea părților de a cunoaște și de a comenta orice probă administrată, precum și orice piesă a dosarului cauzei.

Un alt aspect la care mă voi referi în continuare ține de prevederile art.63 din Legea nr.200 din 16.07.2010 privind regimul străinilor în Republica Moldova (interdicția expulzării străinului).

Potrivit alin.(1) din art.63 din Legea nr.200, străinul nu poate fi expulzat într-un stat dacă există temeri justificate că acolo viața îi va fi pusă în pericol ori că va fi supus la torturi, tratamente inumane sau degradante.

Contrar celor menționate și standardelor internaționale, alin.(4) din același articol prevede o normă permisivă/excepție care admite expulzarea străinului pentru motive de securitate națională sau de ordine publică.

Deși, după cum s-a menționat *supra*, statele au un drept suveran de a controla intrarea și prezența continuă pe teritoriul lor a persoanelor care nu sunt resortisanți ai statului respectiv, articolul 15 din Convenție stabilește drepturile absolute de la care nu se poate face nicio derogare – articolul 2 (dreptul la viață), cu excepția cazului de deces rezultând din acte licite de război, articolele 3 (interzicerea torturii), 4 §1 (interzicerea sclaviei și a muncii forțate) și 7 (nici o pedeapsă fără lege).

Avocatul Poporului amintește că potrivit constatărilor Curții europene, articolul 3 din Convenție include una dintre valorile fundamentale ale unei societăți democratice și interzice, în termeni absoluți, tortura sau pedepsele ori tratamentele inumane sau degradante, indiferent de conduita victimei, oricât de indezirabilă sau periculoasă ar fi aceasta. În conformitate cu dispozițiile articolului 3, responsabilitatea unui stat va fi angajată în cazul oricărei expulzări efectuate în condițiile în care au fost demonstrate motive serioase și întemeiate de a crede că persoana în cauză se confruntă cu un risc real de a fi supusă torturii sau pedepselor ori tratamentelor inumane sau degradante în țara în care este returnată.

Spre exemplu, în cauza *Soering împotriva Marii Britanii* (7 iulie 1989) Curtea a hotărât, pentru prima dată, că răspunderea unui stat poate fi angajată dacă acesta decide să expulzeze o persoană care poate suferi rele tratamente în țara de destinație. În această cauză, Curtea a constatat încălcarea art. 3 în cazul extrădării către Statele Unite (riscul real de a fi condamnat la moarte, tratament ce depășește pragul de gravitate stabilit prin art.3. Răspunderea statului care extrădează sau expulzează este angajată, indiferent dacă țara de destinație este sau nu un stat parte la Convenție, în cazul în care există motive „serioase” pentru a crede că există un „risc real” ca reclamantul să fie supus la rele tratamente.

În altă cauză *Chahal împotriva Marii Britanii* (15 noiembrie 1996), Curtea a constatat că un susținător al cauzei separatiste sikh, care făcea obiectul unui ordin de expulzare din motive de securitate națională, ar fi fost supus unui risc real de rele tratamente dacă ar fi fost expulzat în India (Curtea nu a fost convinsă de asigurările oferite de către guvernul indian).

Instanța europeană s-a expus și în cazuri privind existența unui risc real ca o persoană suspectată sau condamnată pentru terorism să fie supusă unor rele tratamente în alt stat, statuând că interdicția returnării în țara respectivă este absolută, indiferent de infracțiunile săvârșite anterior sau de comportamentul acesteia (cauza *SAADI c. Italiei* din 28 februarie 2008).

În acest context, reamintesc că autoritățile statului sunt obligate, înainte de a lua o decizie de expulzare, să analizeze minuțios riscurile la care poate fi supusă persoana și consecințele expulzării acesteia.

Prin urmare, trebuie de ținut cont și de exigențele prevăzute de Convenția privind statutul refugiaților, care în art. 33 stipulează ”Nici un stat contractant nu va expulza sau returna, în nici un fel un refugiat peste frontierele teritoriilor unde viața sau libertatea sa ar fi amenințate pe motiv de rasă, religie, naționalitate, apartenență la un anumit grup social sau opinii politice”. Această protecție se aplică atât refugiaților, cât și solicitanților de azil aflați pe teritoriul țării sau la frontiera acesteia și ar trebui să fie înțeleasă în termeni de riscuri ce pot apărea în orice țară în care persoana ar putea fi trimisă și nu doar în țara lor de origine.

Principiul nereturnării constituie elementul-cheie al protecției refugiaților prevăzut de această Convenție. Acest principiu se aplică la returnarea persoanelor ce se află pe teritoriul statului, atât pentru cele care au intrat în mod legal, cât și pentru cele care au intrat ilegal. În contextul torturii, principiul nereturnării înseamnă că nici un stat nu va expulza, returna sau extrăda o persoană către alt stat atunci când există motive serioase de a crede că aceasta ar fi expusă la pericolul de tortură. Nu sunt premise derogări de la principiul nereturnării în nicio împrejurare.

CtEDO a subliniat că atunci când dreptul omului în cauză este un drept absolut (interdicția torturii sau dreptul la viață), nereturnarea devine un drept absolut și nu poate face obiectul nici unei excepții, fie în drept, fie în practică. Această practică se aplică **indiferent de considerente de securitate națională, alte interese publice, presiuni economice sau fluxuri mari de migranți.**

De asemenea, această problemă a fost abordată și în studiul tematic „Respectarea drepturilor cetățenilor străini aflați în custodia statului” prezentat public de către Avocatul Poporului, care a recomandat revizuirea alin.(4) din art.63 al Legii nr.200 din 16.07.2010 privind regimul străinilor în Republica Moldova⁷.

Reieșind din cele menționate supra, ținând cont de prevederile art. 73 din Constituția Republicii Moldova, în temeiul art. 27 lit. a) din Legea nr.52 cu privire la Avocatul Poporului (Ombudsmanul), în scopul prevenirii și eliminării cauzelor și condițiilor ce creează premise pentru încălcarea drepturilor și libertăților omului,

PROPUN:

1. Examinarea oportunității revizuirii prevederilor alin.(3) din art.55, alin.(2) din art.56 al Legii nr.200 din 16.07.2010 privind regimul străinilor în Republica Moldova, pentru a fi aduse în concordanță cu cerințele Convenției pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, astfel încât să fie exclus orice arbitrar din partea autorităților publice și ca persoana să poată beneficia de o procedură contradictorie pentru a-și putea prezenta punctul de vedere și a combate argumentele autorităților.
2. Examinarea oportunității revizuirii/excluderii alin.(4) din art.63 al Legii nr.200 din 16.07.2010 privind regimul străinilor în Republica Moldova pentru a nu admite posibilitatea returnării sau îndepărtării străinilor în teritorii unde ei riscă să fie supuși torturii, tratamentelor inumane sau degradante.

Despre rezultatul examinării rog respectuos să fiu informat în termen de 60 zile.

Cu respect,


Mihail COTOROBAI
Avocatul Poporului

Ex. Muntean I

⁷http://ombudsman.md/wp-content/uploads/2019/12/Studiul_Situatia_str%C4%83inilor_FINAL.pdf