UNIVERSITATEA TITU MAIORESCU
FACULTATEA DE DREPT

Politica legislativă între reglementare europeană, națională și internațională

Noi perspective ale dreptului

Conferință internațională de drept,
studii europene și relații internaționale

Politica legislativă între reglementare europeană, națională și internațională. Noi perspective ale dreptului

București, 24-25 mai 2013

Politica legislativă între reglementarea europeană, națională şi internațională. Noi perspective ale dreptului

Copyright © 2013
Editura Hamangiu SRL

Editură acreditată **CNCS** - Consiliul Naţional al Cercetării Ştiinţifice

Toate drepturile rezervate **Editurii Hamangiu**

Nicio parte din această lucrare nu poate fi copiată
fără acordul scris al **Editurii Hamangiu**

Descrierea CIP a Bibliotecii Naţionale a României
POLITICA LEGISLATIVĂ ÎNTRE REGLEMENTARE EUROPEANĂ, NAŢIONALĂ ŞI INTERNAŢIONALĂ :
NOI PERSPECTIVE ALE DREPTULUI (2013 ; Bucureşti)
Politica legislativă între reglementare europeană, naţională şi internaţională : noi perspective ale dreptului : Conferinţa Internaţională de Drept, Studii Europene şi Relaţii Internaţionale : Bucureşti, 24-25 mai 2013 / org. de Universitatea Titu Maiorescu,
Asociaţia Română de Ştiinţe Penale, Societatea Română de Drept European. - Bucureşti : Editura Hamangiu, 2013
ISBN 978-606-678-642-3

34(100)(063)

Editura Hamangiu:
Bucureşti, Str. Col. Popeia
nr. 36, sector 5
O.P. 5, C.P. 91

Vânzări:
021.336.01.25
031.425.42.24
0788.673.209

Tel./Fax:
021.336.04.43
031.805.80.20
031.805.80.21

E-mail:
redactie@hamangiu.ro
distributie@hamangiu.ro

Universitatea Titu Maiorescu
Facultatea de Drept

Politica legislativă
între reglementarea europeană, națională şi internațională.
Noi perspective ale dreptului

Conferinţa internaţională de drept,
studii europene şi relaţii internaţionale
Bucureşti, 24-25 mai 2013

Cuprins

Drept european şi internaţional..... 1
*José Manuel **SOBRINO**, La politique maritime intégrée de l'Union européenne..... 1*
*Prof. univ. dr. Ion M. **ANGHEL**, Competenţele Uniunii Europene stabilite pe baza principiului de atribuire prin tratate 18*
*Felicia **MAXIM**, Regimul juridic aplicabil spaţiului cosmic - principii consacrate şi evoluţii înregistrate în domeniu -..... 29*
*Andreea **RÎPEANU**, Politici europene de formare profesională a personalului didactic 42*
*Belén Sánchez **RAMOS**, The European Union and its eastern neighbourhood: building a crucial relationship..... 52*
*Jacobo **RÍOS RODRÍGUEZ**, Les lois de compétence universelle et la répression des crimes internationaux: Vers une compétence extraterritoriale sélective?..... 69*
*Gabriela A. **OANŢĂ**, The Twentieth Anniversary of the European Union's Internal Market: Strengths and Weaknesses of the Freedom to Provide Services..... 84*
*Lector dr. Ioana Nely **MILITARU**, Lector dr. Ileana **VOICA**, Acordurile (convenţiile) încheiate de Comunităţile Europene - preluate prin succesiune de Uniunea Europeană 98*
*Dr. Pavel **PALCU,** Ministerul public european. Mize, realizări şi perspective..... 108*
*Dr. Pavel **PALCU**, Adina **MOISA**, Cooperarea cu statele membre ale Uniunii Europene privind aplicarea principiului recunoaşterii reciproce a hotărârilor cu sancţiuni pecuniare..... 120*
*Anamaria **TOMA-BIANOV**, Dimensiunea internaţională a securităţii alimentare şi a protecţiei consumatorului 130*
*Ana Gabriela **ATANASIU**, Eforturile Uniunii Europene de a reglementa pieţele financiare ale statelor membre..... 139*
*Alexandra Malina **MÂNEA,** Slavery in the Modern World: Assessing Damage, Urging Action..... 149*
*Maria-Laura **VODĂ**, Problema cutumei ca izvor de drept internaţional spaţial.... 158*
*Silviu Alexandru **LĂZĂRESCU SIMION**, Criterii de stabilire a competenţei materiale de soluţionare a instanţei în cauzele care au ca obiect accesarea şi utilizarea finanţării nerambursabile din partea Uniunii Europene 168*
*Ariadna Anamaria **PETRI**, Turkey to Sort out the Israeli-Palestinian Quarrel? Turkey is making a point: they are fit and willing to mediate in the Middle East Peace Process 174*
*Petruţa-Elena **ISPAS**, Consideraţii asupra principalelor obligaţii stabilite prin acordul privind aplicarea măsurilor sanitare şi fitosanitare..... 183*
*Petruţa-Elena **ISPAS**, Scurte consideraţii asupra organizării şi funcţionării Codex Alimentarius 201*

Drept penal 213
*Alexandru **BOROI**, Cooperare judiciară intenaţională în domeniul tehnicilor speciale de investigare 213*
*Carmen **PARASCHIV**, Maria-Georgiana **TEODORESCU**, Modificările principale aduse de Noul cod de procedură penală: judecătorul de drepturi şi libertăţi, judecătorul de cameră preliminară 222*
*Ion **RISTEA**, Reflectarea principiului privind interzicerea sclaviei şi a muncii forţate din Convenţia europeană a drepturilor omului în legislaţia penală română 227*
*dr. Constantin **DUVAC**, Aplicarea legii penale în timp în raport cu noua legislaţie penală 231*
*Conf. Univ. Dr. Constantin **SIMA**, Globalizarea şi marea criminalitate 246*
*dr. Adrian-Milutin **TRUICHICI**, Reflecţii asupra unor expresii folosite în legea penală 251*
*Monica **POCORA** Mihail-Silviu **POCORA**, O abordare integrată a traficului de persoane, în vederea prevenţiei consolidate 255*
*Nicolae **GROFU**, Unele reflecţii asupra respectării regulii de bază a aflării adevărului în procesul penal în cazul cercetării omorului când cadavrul nu a fost descoperit 261*
*Bogdan **VÎRJAN**, Principiul legalităţii incriminării conform art. 7 din Convenţia Europeană pentru Apărarea Drepturilor Omului şi a Libertăţilor Fundamentale 269*
*Olga Andreea **URDA**, Raportul dintre dreptul penal european şi dreptul penal naţional. Prezumţia de nevinovăţie 278*
*Drd. Bogdan Marin **GIURCĂ**, Elementele constitutive ale infracţiunii în lumina noului Cod penal 286*
*Avocat drd. Gabriel **GURIŢĂ**, Infracţiunea de mărturie mincinoasă în actualul şi noul Cod penal 297*
*Bogdan **BÎRZU**, Instanţele penale internaţionale cu competenţă în materia infracţiunilor de genocid şi contra umanităţii 305*
*Mohamad-Ali **RABABAH**, Decebal **ŞERBAN**, Legislaţia penală română şi eutanasia 315*
*Asist.univ.drd. Maria-Georgiana **TEODORESCU**, Modificările aduse Codului de procedură penală prin intermediul Legii nr. 2/2013 ..... 323*
*Minodora-Ioana **BĂLAN-RUSU**, Anchetele sub acoperire – formă de asistenţă judiciară internaţională în materie penală 329*
*Costin-Ion **UDREA.** Aplicarea legii penale române cetăţenilor străini care săvârşesc infracţiuni pe teritoriul României 337*
*Andrada **NOUR,** Eutanasia între incriminare şi decriminalizare 346*

Drept privat 355
*Prof. Univ. Dr. Smaranda **ANGHENI**, Comparaţie între dispoziţiile Legii societăţilor şi ale Codului civil privitoare la capitalul social 355*
*Gabriela **RĂDUCAN**, Contestaţia în anulare potrivit Noului Cod de Procedură Civilă 362*
*Gabriela **RĂDUCAN**, Mădălina **DINU**, Aspecte de noutate în materia incidentelor privind normele de competenţă în dreptul procesual civil 372*

*Silvia **CRISTEA,** Modificări aduse de O.G. 13/2011 regimului juridic al dobânzii legale* 380
*Antigona-Camelia **IORDANA**, Regimurile matrimoniale de tip separatist* 390
*Carmen **PĂLĂCEAN**, Administratorul special în procedura insolvenţei* 401
*Conf. Univ. Drd. Manuela **TĂBĂRAŞ**, Politica legislativă internă în materia reglementării dezmembrămintelor dreptului de proprietate. Noi viziuni europene incidente dreptului de proprietate privată în Romania..* 410
*Carmen **TODICĂ**, Obligaţia de non-concurenţă a administratorului în reglementarea legii societăţilor şi a Codului civil* 415
*Diana **UNGUREANU**, Politica legislativă în domeniul concurenţei. Noi perspective în reglementarea naţională şi europeană* 424
*Camelia **SPASICI**, Consideraţii privind natura juridică a contractului de consumaţie* 435
*Violeta **SLAVU**, Protecţia internaţională a brevetului de invenţie* 445
*Mihaela Cristina **PAUL (MODREA)**, Elena **GALAN**, Limitele voinţei juridice în contractul de vânzare-cumpărare* 453
*Grigore Nicolae **RUNCANU**, Prezentare generală a cererii cu valoare redusă în Noul Cod de procedură civilă* 463
*Anca Roxana **ADAM**, Aspecte privind clauzele contractuale abuzive în procedura insolvenţei* 468
*Ioan **MORARIU**, Perspectivele contractului de întreţinere în contextul reglementării sale în noul Cod civil* 479
*Doctorand Mihnea **ANGHENI**, Aspecte privind aplicarea instituţiei administrării bunurilor altuia în sistemul de drept românesc* 487
*Cătălin **OROVICEANU**, Politica legislativă în domeniul societăţilor (foste "comerciale") – privire critică* 502
*Alexandra Gabriela **ROLEA**, Dreptul preferenţial de subscripţie al acţionarilor la majorarea capitalului social* 508
*Andreea **STOICAN,** Forma contractului de mandat. Problema mandatului aparent* 522
*Florin **LUDUŞAN**, Răspunderea contractuală şi răspunderea delictuală în noul Cod civil. Asemănări şi deosebiri* 528
*Maria Carolina **NIŢĂ**, Responsabilitatea operatorilor în materia siguranţei produselor alimentare, între norme tehnice şi norme juridice: sistemul HACCP* 536
*Mădălina **DINU,** Răspunderea civilă delictuală – formă a răspunderii juridice a producătorului pentru calitatea produselor alimentare. Faptă ilicită* 546
*Olguţa-Dana **TOTOLICI**, Luiza-Adriana **TOMESC-DINU,** Transferul de întreprindere – de la principii legale la transpunere practică* 552
*Diana-Loredana **HOGAŞ,** Uniformizarea reglementărilor naţionale în materia arbitrajului* 563
*Diana-Nicoleta **DEACONU-DASCĂLU**, Silviu **DEACONU**, Aspecte privind răspunderea civilă rezultată din tulburările aduse stării de vecinătate* 574
*Asist. univ. drd. Mihaela **ILIESCU**, Aspecte teoretice privind noţiunea de consumator în legislaţia română* 585

Drept public **595**
*Magda **VOLONCIU,** Dialogul social. Necesitate şi realitate* *595*
*Marioara **ŢICHINDELEAN**, Contractul de muncă pe durată determinată în România între flexibilitate şi securitate* *603*
*Gabriel-Liviu **ISPAS,** Legislaţia educaţiei. Între reformă şi interes, între viziune de dezvoltare şi tradiţii retrograde* *614*
*Marieta **SAFTA,** Soluţii legislative neconstituţionale din cauza nerespectării normelor de tehnică legislativă* *622*
*Cosmin **CERNAT**, Analiză critică asupra cazurilor de încetare de drept a contractului individual de muncă* *633*
*Emilian **CIONGARU,** Obligaţia cunoaşterii legii – prezumţie sau ficţiune juridică ?* *643*
*Cristina-Luiza **EREMIA,** Scurtă analiză asupra legislaţiei farmaceutice din unele state membre UE* *651*
*Paulina **DINA**, Incursiune în sistemul românesc şi european. Deontologia funcţiei publice* *661*
*Andrei **TINU**, Cătălin **BOBOC**, Unele consideraţii privind impactul dreptului francez asupra celui românesc, în contextul formării României moderne* *668*
*Mariana **OPRICAN**, Principiul separaţiei puterilor în stat - evoluţie şi actualitate* *676*
*Anemari-Iuliana **OPRIŢOIU**, Common Law şi Equity - apariţia şi dezvoltarea sistemului de drept anglo-saxon* *688*
*Mircea **CHEBELEU**, Viaţa privată la locul de muncă* *696*
*Marius **EFTIMIE**, Medierea în litigiile de muncă* *709*
*Izabela **BRATILOVEANU**, Privire istorică şi comparativă privind constituţionalizarea valorilor* *723*

Drept european şi internaţional

La politique maritime intégrée de l'Union européenne

José Manuel ***SOBRINO***[*]

Résumé: *Depuis 2007 l'UE essaie de mettre en place une politique maritime intégrée qui englobe des domaines aussi variés que la pêche, la navigation et les ports, le milieu marin, la recherche marine, la production d'énergie, les chantiers navals, la sécurité et la sûreté maritime, le tourisme et l'emploi, les développements des régions côtières et les relations extérieures concernant les affaires maritimes. Le but de notre rapport est de présenter, tout d'abord, les piliers juridiques de cette nouvelle politique et, ensuite, de montrer l'approche régionale fondée sur les bassins maritimes européens.*

Mots clés: *UE, Politique maritime intégrée, Droit de la mer*

Introduction

Les mers et océans font partie de l'histoire de l'Europe et de son avenir. La interaction entre l'Europe et la mer est intense, variée et vitale pour son bien-être et sa prospérité. Les mers sont sources des richesses mais, au même temps, des conflits d'utilisation dans un contexte de mondialisation et de changement climatique[1].

L'importance des enjeux liés à la mer et l'évidence d'une dégradation croissante du milieu marin et des régions côtières ont poussé aux autorités européennes à élaborer une politique maritime intégrée à la dimension de l'Europe. Cette politique se bâtisse sur le constat que toutes les questions relatives aux mers et aux océans d'Europe sont liées entre elles et que les politiques maritimes doivent être élaborées conjointement pour

---

[*] Professeur de Droit international public (Profesor dr. docent de Drept international public). Directeur de l'Institut Européen d'Études Européens "Salvador de Madariaga". Université de La Corogne (Espagne).

[1] Quelques chiffres bien connus suffisent à rappeler combien les mers et océans sont essentiels pour l'Europe: L'UE est bordée par deux océans et quatre mer (Les océans Atlantique et Arctique, et les mers Baltique, du Nord, Méditerranée et Noire), et ses 70.000 km de côtes accueillent 40 % de sa population et représentent près de la moitié de son PIB. Les zones sous la juridiction de ses États membres s'étendent dans toutes les mers du globe sur près de 20 millions de km², ce qui fait virtuellement de l'Union européenne la première puissance maritime mondiale (En superficie, les régions ultrapériphériques de l'UE lui offrent la plus grande ZEE du monde). Par ailleurs, avec 1 200 ports, l'UE constitue la première zone maritime et la plus grande flotte marchande du monde. 90 % du commerce extérieur et 40 % du commerce intérieur de l'UE transitent par la mer. Le secteur européen de la pêche occupe la quatrième place mondiale. Cinq millions d'européens vivent des activités générées par le maritime: chantiers navals, transport maritime, activités portuaires, pêche, production d'énergie en mer, tourisme côtier et maritime, etc.) Communication de la Commission au Parlement Européen, au Conseil, au Comité Économique et Social européen et au Comité des Régions: « Une politique maritime intégrée pour l'Union Européenne », *COM(2007)575 final,* Bruxelles, 10.10.2007.

obtenir des meilleurs résultats[1]. Selon les responsables européennes, l'évolution séparée des politiques maritimes sectorielles, telles que le transport maritime, la pêche, l'énergie ou le tourisme, ont entraîné des défaillances, des incohérences et des conflits d'utilisation montrant comment les actions et approches sectorielles ne suffisaient plus.

La Commission européenne, consciente de ces préoccupations, tente, depuis 2007, de mettre en place une politique maritime intégrée (PMI) visant à coordonner, et non à remplacer, les politiques relatives à des secteurs maritimes spécifiques, Cette politique cherche à apporter une réponse intégrée aux grandes questions qui concernent actuellement les mers et océans qui entoure l'Europe.

La PMI s'est mise en place autour de trois domaines conçus comme étant intersectoriels:

- la planification de l'espace maritime et la gestion intégrée des zones côtières,
- la surveillance maritime intégrée,
- la création d'un socle de connaissances du milieu marin.

Sur la base de ces trois domaines, la Commission élabore des actions PMI qui font le lien avec des actions conduites depuis des directions sectorielles diverses (affaire maritimes et pêche, transports, environnement, énergie, etc.). En outre, les autorités européennes pour rendre plus opérative cette politique ont développé une approche par bassins maritimes transnationaux qui permet de prendre également en compte les spécificités géographiques propres à chaque bassin ou macro-région maritime européenne.

La PMI a pour finalité quatre objectifs majeurs:

- Promouvoir l'intégration de structures de gouvernance plus larges et davantage fondées sur la coopération;
- Créer un socle de connaissance et des instruments transversaux afin de mettre en œuvre des politiques intégrées;
- Améliorer la qualité des politiques sectorielles par une recherche active de synergies et davantage de cohérence entre les différents secteurs
- Tenir compte, lors de la mise en œuvre des objectifs ci-dessus, des spécificités des mers régionales entourant l'Europe en adoptant des solutions sur mesures.

La réalisation de ces objectifs précise d'une prise de décision intégrée, coordonnée, cohérente, transparente et durable en ce qui concerne les océans, les mers, les régions côtières, insulaires et ultrapériphériques dans les divers secteurs maritimes. Pour cela, la PMI s'efforce de construire dans ces domaines une coopération intersectorielle et transfrontalière ancrée sur la perspective régionale des bassins maritimes européens, puisque cette dimension parait la plus pertinente en matière de sécurité et de sûreté maritime, d'organisation des transports maritimes, d'écosystèmes, de partenariat avec les Pays voisins de l'Union, de gestion halieutique, et de gestion des zones côtières

Pour mener à bien ce nouveau processus décisionnel a été nécessaire également de glisser certains éléments intersectoriels et d'intégration dans les institutions européennes concernées. Ainsi, la Commission a créé, en 2005, un groupe directeur de commissaires pour les affaires maritimes, ainsi qu'un groupe interservices, par ailleurs la direction générale compétente, a été rebaptisé DG « Affaires maritimes et pêche » (MARE) et a été restructurée afin d'assurer la coordination interne des affaires maritimes sur une

[1] Des initiatives similaires ont été prises par des autres États tiers: « Ocean Act » en 2000 aux Etats-Unis, « Australia's Ocean Policy » en 1999, « Japonese ocean policy în the early 21st century » en 2002, « Stratégie sur les océans du Canada » en 2002. Toutes ces initiatives s'inspirent, d'ailleurs, dans le préambule de la CNUDM 1982 que stipule notamment que «les problèmes des espaces marins sont étroitement liés entre eux et doivent être envisagés dans leur ensemble ».

base permanente. Dans le Conseil, celui des « Affaires générales et affaires extérieures » est chargée de cette politique, compte tenu de sa portée horizontale et générale. Et le Parlement européen a établi un groupe de travail ad hoc: l'intergroupe « Mers et zones côtières » impliquant plusieurs commissions parlementaires.

Les conséquences d'un tel processus a été l'émergence d'une nouvelle politique intitulée Politique maritime intégrée[1]. Mais, à proprement parler, n'est pas une vraie politique, au moins du point de vue juridique formel, mais plutôt une stratégie que, d'une part, vise à favoriser la cohérence et l'intégration des politiques sectorielles plus ou moins couvertes par la législation européenne qui ont un impact sur le milieu marin et, d'autre part, tente d'améliorer la gouvernance maritime renforçant la coordination des différentes autorités européennes, nationales, régionales et locales et autres parties prenantes dans ce domaine.

L'évolution de cette politique se caractérise par la prolifération des textes et des instruments avec une portée très diverse, mais en général, souffrant d'un manque de densité juridique évident (A). Ces textes, par ailleurs montre une claire préférence pour une approche régionale fondée sur les bassins maritimes européennes, C'est là, tout particulièrement, que des mesures intersectorielles et transnationales pourrait atteindre un plus grand développement et une plus grande cohérence (B). Le but de notre rapport est de présenter, tout d'abord, les piliers juridiques de cette nouvelle politique et, ensuite, de montrer l'approche régionale matérialisé dans les diverses stratégies appliquées aux différents mers et océans qui baignent l'Europe.

A) Les fragiles piliers juridiques de la PMI: un droit programmatique et faiblement contraignant

Les antécédents de la PMI on peut les trouver en 2005, lorsque la Commission a placé la définition progressive d'une politique maritime intégrée au rang de ses objectifs stratégiques pour la période 2005-2009, en présentant, le 2 mars 2005, la communication *«Vers une politique maritime de l'Union: une vision européenne des océans et des mers»*, dans laquelle elle expose les objectifs prévus pour un livre vert sur l'avenir de la politique maritime de l'UE[2]. Dans cette communication elle en charge le commissaire pour les Affaire Maritimes et la Pêche de piloter une nouvelle task-force "Politique maritime", pour mettre en place une large consultation sur la politique maritime future de l'Union[3]. Cette démarche s'est concrétisée en 2006, lorsque la Commission a adopté le *« Livre vert »* lançant une consultation pour explorer les enjeux maritimes pour l'UE et dans lequel elle proposait un certain nombre d'axes de travail pour mieux prendre en compte ces enjeux. L'objectif du Livre vert était de parvenir à une politique

---

[1] Pour un aperçu de cette politique, voir, M.C. Núñez Lozano: *Hacia una política marítima integrada de la Unión Europea*, Ed. Iustel, Madrid, 2010. A. del Vecchio: *La Politica marittima comunitaria*, Ed. Aracne, Roma, 2008.

[2] COM (2005) 73final.

[3] Le Comité des régions a joué, également, un rôle déterminant dans le lancement de cette politique en adoptant le 12 octobre 2005 un Avis d'initiative sur «La politique maritime de l'Union européenne: un enjeu de développement durable pour les collectivités locales et régionales» (*JO C* 81, 4.4.2006, p. 20), en soutenant la démarche de la Commission et le processus de consultation sur la PMI, en lui demandant de reconnaître la contribution des collectivités locales et régionales dans ce domaine, et en l'invitant à prendre en compte les approches régionales de grande ampleur, en particulier celles qui existent déjà dans: le Nord-Est Atlantique, la mer Baltique, la Méditerranée et la mer Noire;

maritime européenne intégrée qui agrège les diverses politiques précédemment traitées séparément[1].

Le Livre Vert vise à "établir un équilibre entre les dimensions économique, sociale et environnementale du développement durable". Divisé en sept chapitres, il souligne les "interactions et interdépendances" qui existent entre ces différentes thématiques et la nécessité de réfléchir à un cadre d'action commun pour faciliter la bonne gestion maritime.

Les principaux enjeux signalés dans le Livre vert sont les suivants:

- Le renforcement de la coopération et la coordination de la recherche européenne liée au milieu marin;
- La promotion de technologies innovantes de production d'énergie renouvelable en mer et le développement des "biotechnologies bleues";
- L'amélioration de l'attractivité des métiers de la mer et l'élimination des obstacles législatifs à la reconnaissance mutuelle des formations entre les Etats membres;
- Le développement du concept des groupements régionaux pour stimuler la compétitivité;
- L'amélioration, la simplification et la consolidation de la réglementation dans le secteur maritime et les secteurs connexes;
- Le renforcement de la coopération internationale dans les domaines scientifique et technique pour limiter l'impact des catastrophes naturelles et permettre la mise en œuvre d'un système d'alerte et de réaction collective;
- La mise en œuvre d'une gestion intégrée des zones côtières (GIZC) pour une meilleure coordination de l'interface terre/mer, et le développement à l'échelle de l'Union d'un mécanisme d'analyse comparative et d'échange de bonnes pratiques;
- La création d'un réseau européen d'observation et de données du milieu marin permettant d'établir une cartographie exhaustive des eaux côtières européennes pour assurer un meilleur aménagement de l'espace;
- L'amélioration de l'information sur les mouvements des navires;
- La mise en place d'un système d'aménagement spatial pour les activités maritimes pratiquées dans les eaux sous juridiction des Etats membres ou contrôlées par eux;
- Le soutien financier aux régions côtières;
- L'élaboration d'une gouvernance maritime;
- Le tourisme.

L'année suivante, le 10 octobre 2007, la Commission adoptait un *« Livre bleu »* sur une politique maritime intégrée pour l'Union européenne[2], dans lequel on envisage la coordination des politiques suivantes: planification de l'espace marin, surveillance maritime, transports, pêche, recherche et environnement. Et la création d'une nouvelle politique qui engloberait des domaines aussi variés que la pêche, la navigation et les ports, le milieu marin, la recherche marine, la production d'énergie, les chantiers navals, la sécurité et la sûreté maritime, le tourisme et l'emploi, les développements des régions côtières et les relations extérieures concernant les affaires maritimes. Selon le Livre bleu, l'objectif de cette politique serait de développer et de mettre en œuvre une prise de décision intégrée, coordonnée, cohérente, transparente et durable en ce qui concerne les océans, les mers, les régions côtières, insulaires et ultrapériphériques et dans les secteurs maritimes.

---

[1] COM (2006) 275.
[2] COM (2007) 575.

Le Livre bleu suggère un plan d'action détaillé afin de décliner les principes en un certain nombre d'actions concrètes à mettre en œuvre à court et moyen terme en vue de tirer le meilleur partie de richesses maritimes de l'UE, et, notamment en ce qui concerne le transport maritime, l'emploi, la recherche scientifique, les pêcheries et la protection de l'environnement marin[1].

L'un des premiers résultats concrets dans le développement du Livre bleu et de leur plan d'actions a été, précisément, l'adoption, le 17 juin 2008, de la directive-cadre *"stratégie pour le milieu marin"* (directive n° 2008/56/CE), premier pilier environnemental de la PMI qui prévoit la création d'une zone maritime commune et l'élaboration d'une stratégie sur la période 2008 – 2018[2]. Cette directive établit une approche régionale dans ce domaine soulignant d'une part, la diversité des caractéristiques, des problèmes et des besoins des différentes régions ou sous-régions marines qui composent le milieu marin de l'UE, et, d'autre part, le fait que le caractère transfrontière du milieu marin, rendrait-il souhaitable que les États membres coopèrent afin de garantir une élaboration coordonnée des stratégies pour chaque région ou sous-région marine. Et, en outre, le fait que les régions ou sous-régions marines soient partagées aussi bien avec d'autres États membres qu'avec des pays tiers, montre la nécessité que les États membres devraient tout mettre en œuvre pour assurer une coordination étroite avec tous les États membres et pays tiers concernés, même au travers des structures institutionnelles en place dans les régions ou sous-régions marines, en particulier des conventions sur la mer régionale.

Des autres actions concrètes ont suivi dans la foulé du plan d'action ci-dessus mentionné, parmi lesquelles, les suivantes:

- *La Communication concernant de meilleures pratiques en matière de gouvernance maritime intégrée et de consultation des parties prenantes* [COM(2008)395], dans laquelle on suggère la convenance que les États membres développent leurs propres PMI et créent des structures de coordination internes pour les affaires maritimes dans leurs systèmes administratifs respectifs. Cette Communication souligne, également, les responsabilités et les compétences des régions côtières et recommande leur participation aux processus décisionnels ayant trait aux activités maritimes.
- *Communication concernant la stratégie européenne pour la recherche marine et maritime* [COM(2008)534: cette stratégie propose des mesures et des mécanismes concrets destinés à améliorer l'efficacité et l'excellence de la recherche marine et maritime afin de relever les défis auxquels les mers sont confrontées (le changement, les incidences des activités humaines sur les écosystèmes marins, l'approche écosystémique de la gestion des ressources marines et de l'aménagement de l'espace, la biodiversité et la biotechnologie marines, etc.).
- *Communication concernant l'UE et la région arctique* [COM(2008)763]: elle vise à jeter les bases d'une réflexion plus poussée sur le rôle de l'UE dans l'Arctique.
- *Communication sur l'énergie éolienne en mer* [COM(2008)768]: Ce document signale les défis à relever pour exploiter le potentiel européen en matière d'énergie éolienne en mer ainsi que les actions que l'UE devrait entreprendre à cette fin.
- *Feuille de route pour la planification de l'espace maritime* [COM(2008)791]: sa finalité est celle d'assurer que toute activité liée à la mer repose sur une planification

---

[1] SEC (2007) 1278.

[2] Directive 2008/56/CE du Parlement Européen et du Conseil, du 17 juin 2008, établissant un cadre d'action communautaire dans le domaine de la politique pour le milieu marin (directive-cadre « stratégie pour le milieu marin »), *JO L 164,* 25.6.2008, p. 19.

adéquate, prévoyant la synergie entre les différentes activités maritimes et mettant fin aux conflits causés par des chevauchements de compétences.

- *Communication concernant les objectifs stratégiques et recommandations concernant la politique du transport maritime de l'UE favorisant une navigation intra-européenne et internationale sûre, sécurisée et efficace* [COM(2009)8], ainsi qu'une communication et un programme d'action en vue de créer un espace maritime européen de transport sans barrières [COM(2009)10]. Ces communications ont été complétées par une proposition de directive concernant les formalités déclaratives applicables aux navires à l'entrée ou à la sortie des ports des États membres, qui contribue à la réalisation d'un espace européen de transport maritime sans barrières [COM(2009)11]). Ces documents visent à réduire la bureaucratie et faciliter le transport maritime entre les ports de l'UE sans compromettre la sécurité et la sûreté.
- *Stratégie de l'UE pour la région de la mer Baltique* [COM(2009)248]: En tant que première stratégie globale élaborée au niveau «macro régional», la stratégie pour la mer Baltique constitue un premier pas vers la mise en œuvre régionale de la PMI.
- *Communication concernant une meilleure gouvernance dans la Méditerranée grâce à une PMI* [COM(2009)466]: elle met en évidence les mécanismes et les outils permettant de mettre en place une approche intégrée pour la gestion des activités maritimes dans le bassin méditerranéen.
- *Communication concernant la dimension internationale de la PMI* [COM(2009)536]: Cette communication vise à renforcer le rôle de l'UE au sein des instances internationales et à faciliter la coopération au niveau régional avec les pays voisins de l'UE qui partagent avec elle des bassins maritimes y compris la conclusion de conventions sur les mers régionales.
- *Communication concernant l'intégration de la surveillance maritime* [COM(2009)538]: Ce document expose les principes directeurs qui régissent la création d'un environnement commun de partage de l'information pour le domaine maritime de l'UE. Sa mise en place devrait permettre le rassemblement des systèmes de contrôle et de suivi déjà utilisés pour assurer la sûreté et la sécurité maritimes, la protection de l'environnement marin, le contrôle des pêches, les intérêts commerciaux et économiques, le contrôle des frontières extérieures et d'autres activités de défense et de contrôle.
- *Communication de la Commission «Connaissance du milieu marin 2020»* [COM(2010)461]: La finalité de cette communication est celle d'améliorer l'utilisation des connaissances scientifiques sur les mers et les océans de l'Europe par une approche coordonnée de la collecte et de la compilation des données marines.
- *Communication relative à un projet de feuille de route sur la mise en place de l'environnement commun de partage de l'information aux fins de la surveillance du domaine maritime de l'UE* [COM(2010)584]: La feuille de route fixe des étapes concrètes afin de parvenir à une surveillance efficace des mers européennes.
- *Communication «Planification de l'espace maritime dans l'UE – bilan et perspectives d'évolution» [*COM(2010)771]: Ce document examine l'évolution de la planification de l'espace maritime depuis la feuille de route de 2008, y compris les résultats de la consultation publique qui a suivi la feuille de route.

En octobre 2009, le Commission a produit un *Rapport sur l'état d'avancement de la PMI*[1] dans lequel elle résume les principales réalisations de la PMI jusqu'à cette date et trace la voie pour la prochaine phase de sa mise en œuvre. En particulier, elle souligne qu'une cinquantaine d'initiatives sur les soixante inscrites dans le plan ont été réalisées. La Commission a proposé alors six axes stratégiques dont: la gouvernance maritime intégrées; les instruments pour une politique intersectorielle; la définition des limites de la viabilité; les stratégies par bassin maritimes; la dimension internationale de la PMI; et la croissance économique, l'emploi et l'innovation durables. En 2009, la Commission a lancé un vaste débat public sur la gestion de la pêche dans l'Union européenne[2]. *Son Livre vert sur la réforme de la politique commune de la pêche (PCP)* décrit les enjeux auxquels le secteur doit faire face, analyse les différentes facettes de l'actuelle PCP et leur intégration dans le contexte global de la PMI. Sur la voie de cette réforme, la *Commission a présenté, le 13 juillet 2011, une proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la politique commune de la pêche*. Dans le règlement présenté on souligne qu'il importe que la PCP soit mise en œuvre en prenant en considération les interactions avec les autres questions maritimes telles que celles traitées par la PMI en reconnaissance du fait que toutes les questions liées aux mers et aux océans en Europe sont interconnectées, y compris la planification de l'espace maritime[3].

Le Parlement européen, pour sa part, a adopté plusieurs résolution et rapports concernant la PMI (la résolution du 12 juillet 2007[4] et celle du 20 mai 2008[5], le rapport du 5 octobre 2010[6]…), dans lesquelles il soutient la création dans l'UE d'une politique maritime intégrée, en estimant, néanmoins, dans l'ensemble, que les documents de la Commission contient trop peu de mesures concrètes et encouragent la Commission à utiliser de manière plus ambitieuse les instruments dont elle dispose conformément aux traités. De même, ces résolutions soulignent, d'une part, que la directive-cadre relative á une stratégie maritime doit constituer la pierre angulaire environnementale de la PMI et, d'autre part, la nécessité d'une approche régionale dans sa mise en œuvre.

Une question fondamentale pour la réussite de la PMI était, sans doute, son soutien financier. D'où l'importance du *Règlement (UE) n° 1255/2011 du 30/11/11 établissant un programme de soutien pour le développement d'une politique maritime intégrée*. Le financement proposé est de 50 millions d'euros et il a pour objectif de permettre à la Commission, aux États membres et aux acteurs du secteur maritime de poursuivre dans de bonnes conditions, leurs efforts et l'interaction de toutes les politiques liées à la mer dans l'UE. Ce règlement a doté la PMI de son premier programme opérationnel pour 2012-2013. Un des objectifs généraux de ce programme est précisément celui de soutenir l'élaboration et la mise en œuvre de stratégies relatives aux bassins maritimes (art. 2, d.). Dans cette ligne, le 2 décembre 2011, la Commission a publié la *Communication relative à la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif au Fonds européen pour les affaires maritimes et la pêche* [abrogeant le règlement (CE) n° 1198/2006 du Conseil, le règlement (CE) n° 861/2006 du Conseil et

---

[1] Rapport de la Commission au Conseil, au Parlement Européen, au Comité Économique et Social Européen et au Comité des Régions sur l'état d'avancement de la politique maritime intégrée de l'UE, *COM(2009)540 final*, 15.10.2009.

[2] COM (2009) 163 final, 22.04.2009

[3] COM (2011)425 final, 13.07.2011.

[4] P6_TA(2007)0343.

[5] P6_TA(2008)0213.

[6] P7_TA(2010)0386.

le règlement (CE) n° XXX/2011 du Conseil sur la politique maritime intégrée]. Dans ce nouveau Fonds seront intégrés les aides à l'appui des objectifs de la PCP et de la PMI pour la période 2014-2020[1].

Dans son *deuxième Rapport sur l'état d'avancement de la politique maritime intégrée de l'UE*[2] la Commission décrit les progrès réalisés par la PMI et les politiques maritimes sectorielles dans le domaine maritime entre 2010 et 2012. Elle souligne, également, comme le climat économique a radicalement changé et liée les objectifs de la PMI à la stratégie Europe 2020 avec laquelle, l'UE prétend remettre l'économie en selle, affirmant que le potentiel de croissance de l'économie maritime est une chance que l'Europe se doit de saisir[3].

En 2011, la Commission a adopté un *Livre blanc sur la politique des transports*, dans lequel on présente les orientations de la stratégie en matière de transports maritimes: capacité de fournir des services de transport maritime rentables, compétitivité à long terme, création de chaînes de transport intermodal.

En septembre 2011, la Commission a adopté une communication intitulée *« Définir une stratégie maritime pour la région atlantique »* [COM(2011)782 final, en vue de stimuler la création d'emplois et la croissance dans la région atlantique par le renforcement de son potentiel maritime.

Le 29 août 2012, la Commission a publié le *Livre vert « Connaissance du milieu marin 2020. De la cartographie des fonds marins à la prévision océanographique »*[4], qui souligne le besoin de connaître l'état actuel de la mer, son état antérieur et l'évolution à laquelle on peut s'attendre, afin de garantir l'expansion de l'économie bleue, sa durabilité et la réalisation de l'objectif de bon état écologique des mers européennes, nous avons. L'objectif de la Commission est de collaborer avec les États membres pour regrouper les ressources et les mécanismes disponibles afin de diffuser cette connaissance dans l'intérêt de l'industrie, des autorités publiques, des chercheurs et de la société. Cette nouvelle économie marine doit être durable. Les opérateurs en mer doivent disposer de connaissances sur le milieu marin afin d'évaluer et de limiter l'incidence environnementale de toute activité proposée.

En septembre 2012, la Commission a adopté une communication intitulée *« La croissance bleue: des possibilités de croissance marine et maritime durable »* qui a pour objectif de lancer une initiative conjointe avec les Etats membres, les régions et toutes les parties prenantes de manière à exploiter pleinement le potentiel de l'économie bleue et, en particulier, le tourisme maritime et côtier, l'énergie renouvelable des océans, les ressources minérales marines, l'aquaculture et la biotechnologie bleue.

Finalement, sous la présidence de Chypre et dans le cadre de la Conférence ministérielle informelle sur la politique maritime intégrée, a été adopté la *Déclaration de Limassol* (Limassol, 7 octobre 2012) dans laquelle, les ministres compétents constatent que, depuis 2007, le développement d'une approche intégrée des affaires maritimes, cohérente avec les autres politiques sectorielles, contribue à renforcer la capacité de l'Europe à maximiser une exploitation durable des mers, des océans et des

---

[1] COM (2011)804 final.

[2] COM (2012) 491final.

[3] Ces objectifs sont les suivants: l'emploi, la recherche et l'innovation, le changement climatique et l'énergie, l'éducation et enfin la lutte contre la pauvreté. Communication de la Commission « Europe 2020 – Une stratégie pour une croissance intelligente, durable et inclusive », COM(2010) 2020 final. 03.03.2010

[4] COM (2012) 473final.

côtes tout en assurant la sécurité des personnes et la préservation de mers et d'océans sains. Plus particulièrement, dans le point 10 de la Déclaration ils manifestent leur appuie à l'élaboration et la mise en œuvre appropriées de stratégies intégrées relatives aux bassins maritimes et de stratégies macro-régionales intégrées, qui constitueront des plateformes essentielles pour favoriser une croissance durable dans les zones côtières.

La plupart des textes qui viennent d'être présentés ont une nature purement programmatique et incitative, leurs propre intitulés ne le cachent pas: communications, stratégies, feuille de route, cadre, recommandations, etc. Même, les textes plus contraignants, telles que les directives sont des directives-cadre. Pour trouver de dispositions avec une portée juridique plus solide il faut descendre dans les politiques sectorielles où l'on peut découvrir des règlements, directives et décisions, par exemple dans la politique commune de pêche, dans les politiques européennes de sécurité et de sûreté maritime, dans la politique environnementale concernant le milieu marin etc. Ces textes montrent, aussi, comme l'approche régionale structurée autour des bassins maritimes européens devienne une pierre angulaire de la PMI.

B) Une approche régionale dans la mise en œuvre de la politique maritime intégrée: les bassins maritimes européens:, la mer Baltique, l'Atlantique du Nord-Est, la mer Méditerranée et la mer Noire

Si les grands principes de la PMI sont évidemment les mêmes dans tous les domaines qu'elle couvre, les caractéristiques des différents espaces et zones maritimes ne le sont pas et obligent aux responsables européens à les décliner en stratégies spécifiques. Afin de garantir que la mise en œuvre de la PMI répond aux préoccupations des communautés côtières et de contribuer à l'amélioration de la gouvernance maritime, la Commission élabore des approches individuelles conçues pour chaque bassin maritime, c'est ce qu'on appelle l'approche par bassin. L'art. 4, 1º de la directive-cadre "stratégie pour le milieu marin" (directive n° 2008/56/CE[1]), fixe les régions marines suivantes: a) la mer Baltique; b) l'Atlantique du Nord-Est; c) la mer Méditerranée; et d) la mer Noire[2]

La diversité de ces bassins maritimes a conduit la Commission à mener une politique articulée sur chaque bassin maritime différencié, bassin régional par bassin régional, en traduisant les grands principes de la PMI en stratégies ciblées et en mesures spécifiques adaptées aux spécificités de chaque espace maritime. C'est ici que les priorités et les instruments peuvent être adaptés au contexte spécifique géographique, économique et politique de chaque région maritime. Cette stratégie nécessite, en outre, que dans la gestion des différentes politiques sectorielles (pêche, environnement,

[1] Directive 2008/56/CE du Parlement Européen et du Conseil, du 17 juin 2008, établissant un cadre d'action communautaire dans le domaine de la politique pour le milieu marin (directive-cadre « stratégie pour le milieu marin », JO L 164, 25.6.2008, p. 19.

[2] L'art. 4. 2º, signale que les États membres peuvent tenir compte des subdivisions régionales compatibles avec les sous-régions marines suivantes: a) dans l'océan Atlantique du Nord: i) la mer du Nord au sens large, y compris le Kattegat e la Manche; ii) les mers Celtiques; iii) le golfe de Gascogne et les côtes ibériques; iv) dans l'océan Atlantique, la région biogéographique macaronésienne, définie par les eaux autour des Açores, de Madère et des îles Canaries; b) dans la Méditerranée: i) la Méditerranée occidentale; la mer Adriatique; iii) la mer Ionienne et la mer Méditerranée centrale; la mer Egée-mer Levantine.

transport, énergie, sécurité…) dans les bassins maritimes on veille à la cohérence et à l'intégration[1].

Pour atteindre ces objectifs la PMI va favorisé la création et le développement des liens plus efficaces au niveau des bassins maritimes régionaux afin de permettre l'échange de meilleures pratiques et une coopération plus étroite entre États membres dans des domaines clés, comme ceux liés à la protection du milieu marin, la sûreté, la sécurité et la surveillance des espaces maritimes de l'UE ainsi que la recherche marine et maritime.

La participation renforcée des parties prenantes aux niveaux national et régional, ainsi que des partenaires sociaux fait partie aussi de cette. D'autre part, une approche cohérente et intégrée à l'échelle du bassin maritime exige d'y associer au-delà des États membres les autres pays riverains.

Cette démarche devrait faciliter l'exploitation des synergies entre les niveaux national, régional et européen, le partage d'informations, y compris sur des méthodes et des normes, et l'échange des meilleures pratiques en matière de politique maritime, y compris sa gouvernance et ses politiques sectorielles qui ont une incidence sur les mers régionales et les régions côtières, permettant une meilleure utilisation des fonds publics. Par ailleurs, elle devrait, également, tenir compte des d'expériences qui existe déjà entre différents pays de la région et des structures institutionnelles internationales qui sont déjà en place.

D'autre part, la stratégie maritime régionales se verra épaulée si on suive une approche fonctionnelle puisqu'elle permettrait de rechercher de la cohérence à l'échelle globale tout en maintenant l'échelle d'action la plus appropriée en fonction des problématiques traitées, en s'appuyant notamment sur les initiatives déjà prises, à quelque niveau que ce soit, en matière de politique maritime intégrée. Á cet égard, et sauf, dans certains politiques sectorielles où il existe des compétences exclusives (par exemple, dans la PPC), nous nous trouvons en face d'un domaine ouvert au jeu du principe de subsidiarité et à l'application de la gouvernance à plusieurs niveaux impliquant toutes les parties prenantes.

a) La mer Baltique

La mer Baltique est une mer quasiment fermée et de faible profondeur (55 mètres de moyenne), à l'exception de quelques zones. Sa superficie est de 450 000 km² et ses eaux, peu salées, se renouvellent très lentement et se gèlent, dans les extrémités nord et nord-est, une partie de l'année. Sur les neuf pays riverains de la mer Baltique, un seul d'entre eux n'est pas membre de l'UE (Russie). Cette mer qui connaît de problèmes environnementaux, en particulier celui de l'eutrophisation est redevenue un important espace de navigation et d'échanges commerciaux dans lequel l'intense trafic maritime aggrave chaque fois plus ces problèmes.

C'est précisément cette mer celle que la Commission a choisie pour lancer sa première stratégie régionale dans le cadre de la PMI et elle l'a fait par la publication, le 20 Janvier 2009, d'une *Communication concernant la stratégie de l'Union européenne pour la région de la mer Baltique*[2]et d'un plan d'action accompagné d'une liste de 80 projets phares, dont certains ont déjà été lancés. Cette stratégie crée un cadre pour la

---

[1] Communication de la Commission: « Proposition de règlement du règlement de la politique commune de la pêche », COM (2011) 425 final, 13.07.2011

[2] Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions concernant la stratégie de l'Union européenne pour la région de la mer Baltique, COM(2009) 248 final, 20.01.2009.

coopération régionale autour de la Baltique et ouvre en même temps la voie à l'émergence de macro-régions maritimes au sein de l'Union européenne. Dans l'année 2012, la Commission a lancé une nouvelle *Communication concernant la stratégie de l'Union européenne pour la région de la mer Baltique*[1] faisant le point sur l'avancement de cette stratégie et proposant un cadre révisé.

Cette stratégie est fondée sur le renforcement de la coopération entre les gouvernements nationaux et régionaux, les entreprises et le reste de la société civile. Leur objectif a été, dans le cadre de la première Communication, celui de promouvoir une meilleure coordination des politiques et une législation plus efficace, en recourant à une approche intégrée. Les actions et les projets mis en œuvre dans le cadre de la stratégie vont pouvoir être soutenus par les financements communautaires disponibles dans les programmes et instruments européens comme le 7e programme-cadre, le programme Life+, les réseaux transeuropéens de transport et d'énergie, les fonds structurels européens, etc. À cet égard, plusieurs programmes de coopération territoriale des Fonds structurels ont permis la réalisation d'un grand nombre de projets soutenant cette stratégie.

La communication présente les priorités de la stratégie sous la forme de quatre missions essentielles: - créer un environnement durable (en traitant les eaux usées, par exemple); - accroître la prospérité de la région (notamment en encourageant l'innovation au sein des petites et moyennes entreprises); - améliorer l'accessibilité et l'attractivité (en améliorant les liaisons de transport, par exemple); - garantir la sûreté et la sécurité de la région (entre autres, en assurant une meilleure réponse aux accidents). Cette stratégie comprend des mesures destinées à réduire la pollution des navires, développer le transport maritime à courte distance viable, lutter contre l'eutrophisation, créer de nouvelles grappes de PME innovantes, soutenir la recherche et intégrer les systèmes de surveillance maritime.

En outre, la deuxième communication propose: - une amélioration des priorités stratégiques (autour de axes tels que:sauver la mer Baltique, désenclaver la région et accroître sa prospérité); - une mise en adéquation des politiques avec les financements (les considérations stratégiques doivent être prises en compte dans les discussions budgétaires, en faisant participer davantage les acteurs régionaux et municipaux);- une clarification des responsabilités des différents acteurs (dans le cadre d'une gouvernance ouverte et efficace il faut clarifier le rôle et les responsabilités de principales parties prenantes chargées de la mise en œuvre de cette stratégie); et - une meilleure communication (mieux connaître et partager les expériences, établir un système d'objectifs et d'indicateurs). En connexion avec les objectifs « Europe 2020 » et en tenant compte des autres projets, programmes et actions développés par l'UE dans la région.

La stratégie de l'UE pour la mer Baltique est une stratégie interne à l'UE, mais la coopération avec les pays ne faisant pas partie de l'Union est indispensable pour assurer son succès. Par conséquent cette stratégie doit également avoir une dimension externe qui affecte d'autres pays de la région qui ne sont pas membres de l'UE, comme la Norvège, l'Islande, la Russie ou la Biélorussie, avec lesquels l'UE entretient des rapports plus ou moins intense, dans le cadre des relations bilatérales et dans le cadre de la coopération multilatérale[2], permettant de mieux coordonner l'utilisation des

---

[1] Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions concernant la stratégie de l'Union européenne pour la région de la mer Baltique, COM (2012) 128 final, 23.03.2012.

[2] Telles que la dimension septentrionale, le Conseil des États de la mer Baltique, le Conseil des ministres des pays nordiques, la Commission d'Helsinki, le réseau «Vision et stratégies concernant la

ressources humaines et financières dans le cadre, par exemple, de la surveillance maritime, les mesures de prévention, de préparation et de réaction face aux risques de catastrophes sur mer et sur terre.

b) La mer Méditerranée

La Méditerranée n'est pas seulement une mer semi-fermée, entourée par des terres africaines, asiatiques et européennes appartenant à 21 États côtiers dont les niveaux de développement économique sont très différents[1], mais, également, une mer singulière, à cause, d'une part, des particularismes des différents bassins maritimes que la conforment: la Méditerranée occidentale et la Méditerranée orientale[2], elles-mêmes nettement compartimentées, et, d'autre part, de son écosystème unique puisqu'elle ne couvre que 0,7% de la surface marine mondiale, mais abrite 9% de sa biodiversité[3].

La Méditerranée, berceau de la civilisation européenne, borde le littoral de l'UE sur près de 4 000 km, ses rivages sont très peuplés, industrialisés et fréquentés par des millions de touristes, traversée par un trafic maritime intense et alimentée par des bassins fluviaux urbanisés, industrialisés et intensément cultivés. Elle est, aussi, un axe maritime majeur qui accueille près du tiers du trafic international de marchandises. Le bassin méditerranéen est confronté à la concurrence pour l'utilisation de l'espace, aux risques qui pèsent sur la sécurité maritime, à l'appauvrissement des ressources, à la dégradation de l'environnement et aux effets préjudiciables du changement climatique, en tant que zone qualifiée comme sensible soumise au menaces des inondations, l'érosion côtière et la dégradation des sols.

Ces caractéristiques spécifiques et ces risques ont conduit aux autorités européennes à définir, dans le cadre de la PMI, une stratégie maritime régionale pour la Méditerranée, avec comme texte principal, une communication intitulée « *Pour une meilleure gouvernance de la Méditerranée grâce à une politique maritime intégrée*»[4]. Ce texte, essaie de relever les défis qui existent dans ce bassin maritime en remédiant les lacunes qu'existent en matière de gouvernance (prolifération des administrations très divers, dans le cadre des politiques sectorielles avec un impact sur le milieu marin, multiplication des accords internationales avec ses propres mécanismes d'application…) en améliorant la coopération avec les pays tiers du pourtour méditerranéen (il existe d'importants désaccords politiques, portant notamment sur la délimitation des espaces maritimes, sans oublier qu'à différence des autres mers régionales il existe dans la

---

mer Baltique» (VASAB), la Coopération subrégionale des États de la mer Baltique (CSREMB), l'Union des villes de la Baltique (UBC) et BONUS, le programme commun de recherche et de développement sur la mer Baltique (initiative au titre de l'article 185).

[1] Les États méditerranéens sont les suivants: Espagne, France, Monaco, Italie, Malte, Slovénie, Croatie, Bosnie-Herzégovine, Monténégro, Albanie, Grèce, Turquie, Chypre, Syrie, Liban, Israël, Egypte, Lybie, Tunisie, Algérie et Maroc. Il convient de rappeler aussi que le Royaume Uni est toujours présent en Gibraltar et dans les bases militaires de Akrotiri et Dhekelia en Chypre, ainsi que la situation de Palestine et de la République turque de Chypre du Nord. Parmi ces pays, 7 et bientôt 8 (Croacie), appartient à l'UE, un autre est candidat officiel, et trois sont candidats potentiels. Et la généralité des pays riverains sont membres de l'Union pour la Méditerranée.

[2] La première recouvre une superficie d'environ 0,85 million de kilomètres carrés tandis que la seconde recouvre environ 1,65 million de kilomètres carrés.

[3] Sur les rapports entre la Méditerranée et le droit de la mer, on peut consulter, G. Cataldi (dir.): *La Méditerranée et le droit de la mer à l'aube du 21 Siècle,* Ed. Bruylant, Bruxelles, 2002.

[4] Communication de la Commission au Conseil et au Parlement Européen: « Pour une meilleure gouvernance dans la Méditerranée grâce à une politique maritime intégrée », *COM (2009) 466 final*, 11.09.2009.

Méditerrané des larges zones de haute mer, ces incidences transfrontalières font indispensables une coopération avec les pays côtiers tiers en s'appuyant et améliorant le cadre actuel: l'Union pour la Méditerranée, les accords bilatéraux existants et la coopération régionale dans le contexte de la politique de voisinage européenne), et en prenant en compte davantage les liens qui existent entre les différentes activités maritimes (autant à niveau européen que dans le cadre des politiques maritimes nationales, en encourageant les Etats membres à se doter des politiques maritimes intégrées).

Cette volonté pour améliorer la gouvernance pour le bassin méditerranéen est basée sur une approche régionale, intersectorielle et transnationale qui abandonne les actions sectorielles pour privilégier une conception globale. À cet égard, la Commission estime que les nouvelles actions doivent notamment: - encourager les parties prenantes et les administrations à définir des priorités plus globales des affaires maritimes; - renforcer la coopération entre les parties prenantes et les administrations dans tous les secteurs liés au domaine maritime, dans tout le bassin méditerranéen; - aider les États membres à échanger les meilleures pratiques grâce aux fonds communautaires existants consacrés à la coopération territoriale; - offrir une assistance technique dans le cadre de l'instrument européen de voisinage et de partenariat, aux pays méditerranéens qui ne sont pas membres de l'UE; -encourager la ratification et l'application de la convention des Nations unies sur le droit de la mer; - créer un groupe de travail sur la politique maritime intégrée afin de promouvoir le dialogue et la coopération avec les pays du bassin méditerranéens non-membres de l'UE; - intensifier la coopération multilatérale avec l'ensemble des secteurs par des études spécifiques et une meilleure application des accords internationaux et régionaux qui régissent les activités maritimes.

Pour mener à bien ces actions, la Communication se réfère à la pertinence de l'utilisation des outils transversaux que depuis 2007 ont été définie dans le cadre de la PMI pour favoriser la gouvernance maritime, tels que: - la planification de l'espace maritime (PEM) qui permet de mieux utiliser l'espace marin (ils ont été mis en place de projet pour appliquer la PEM en Méditerranée); - la gestion intégrée des zones côtières (GIZC) qui concerne aussi les îles (il a été dresser un inventaire des meilleures pratiques existant dans les différents bassins maritimes afin d'améliorer les connaissances sur la GIZC en Méditerranée au titre du 7e programme-cadre de l'UE[1]); -l'intégration des efforts de recherche que la Commission entend renforcer conformément à la stratégie européenne pour la recherche marine et maritime (en mettant en place un grand mécanisme de recherche multithématique spécialement adapté au bassin méditerranéen; - la surveillance maritime intégrée dont l'objet est de rendre la Méditerranée plus sûre (il a été lance un projet pilote, dans lequel participe, six États membres côtiers destiné à renforcer la coopération et l'échange d'informations entre autorités nationales chargées du suivi et de la surveillance en mer[2]).

c) L'océan Atlantique

Contrairement aux mers dont les contours sont délimités et constituent par conséquent des entités fonctionnelles presque évidentes, l'Atlantique est un espace ouvert vers le large, dont les contours sont difficiles à définir et peuvent varier selon

---

[1] Ces démarches devraient être cohérentes avec le Protocole GIZC (Gestion Intégrée des Zones Côtières) adopté en Janvier 2008, par les Parties Contractantes de la Convention de Barcelone.

[2] Il s'agit du BLUEMASSMED PROJET (A Pilot Project for the Integration of Maritime Surveillance on the Mediterranean Area and its Atlantic Approaches), dans lequel participent: Espagne, France, Grèce, Italie, Malte et Portugal.

l'objet considéré, il faut rappeler qu'il est le deuxième plus grand océan du globe. Les problèmes de dégradation des eaux y sont moins graves que dans d'autres zones. La principale source de pollution marine et côtière est le trafic maritime qui génère des pollutions accidentelles et des rejets volontaires.

Le bassin maritime de l'Atlantique ne peut par conséquent être strictement délimité. Sa définition, qui peut simplement en fixer les contours, doit se faire en lien avec les autres bassins maritimes européens (la mer du Nord et la mer Méditerranée notamment) et internationaux (Atlantique Nord), ainsi qu'avec les pays riverains et/ou opérateurs de ces espaces, intra ou extra-communautaires. Cette définition doit également intégrer les sous-espaces du bassin maritime de l'Atlantique (par exemple la région du golfe de Gascogne et des côtes ibériques, les mers celtiques). Mais en tout cas, ce bassin maritime présent certains caractéristiques propres: -des secteurs maritimes dynamiques (transport maritime, pêche, énergies marines…); -un espace à l'environnement fragile (érosion des côtes, phénomènes climatiques extrêmes; -une zone périphérique, au sein de la UE, avec des difficultés d'accès et avec un faible nombre de grands centres urbains)[1].

En tenant compte de ces caractéristiques, la Commission a adopté *Une stratégie maritime pour la région atlantique* le 21 novembre 2011 à la demande du Conseil et du Parlement européen, en vue de stimuler la création d'emplois et la croissance dans la région atlantique par le renforcement de son potentiel maritime. Cette stratégie affecte cinq États membres: l'Espagne, la France, l'Irlande, le Portugal et le Royaume-Uni

La proposition regroupe les défis et les perspectives qui attendent la région de l'Atlantique en cinq thèmes: mise en œuvre de l'approche écosystémique; réduction de l'empreinte carbonique de l'Europe; exploitation durable des ressources naturelles des fonds marins de l'Atlantique; répondre aux menaces et aux situations d'urgence; et croissance ouverte à tous.

Dans le cadre du plan d'action pour mettre en œuvre la stratégie, la Commission a proposé la création d'un Forum de l'Atlantique, pour «identifier les actions prioritaires et projets à être proposés pour un financement futur et qui contribueraient à la création d'emplois et d'une croissance durables dans la région atlantique, grâce à la participation des États membres atlantiques, des autorités locales et autres parties intéressées». Un Forum atlantique recense actuellement les actions prioritaires dans le cadre du plan d'action ce qui permettra une utilisation stratégique des Fonds structurels européens en vue de soutenir la croissance maritime au cours de la période 2014-2020.

Les cinq priorités thématiques susmentionnées de la stratégie atlantique sont autant d'objectifs à prendre en compte au sein d'une stratégie plus large de macro-région atlantique, Par conséquent cette stratégie devrait être intégrée à l'objectif de la politique de cohésion portant sur la coopération territoriale. Conscient de cette situation un programme, intitulé, *Programme Espace Atlantique* soutient, dans le cadre de la coopération territoriale européenne, actuellement plus de 40 projets qui portent sur des domaines ou thèmes marins et maritimes considérés prioritaires, et qui relèvent de l'une des priorités du programme[2]. Ce Programme tienne pleinement compte de la dimension

---

[1] Résolution du Parlement Européen du 9 mars 2011 sur la stratégie européenne pour la région atlantique, P7_TA (2011)0089, p. 1.

[2] Priorité 2: Protéger, sécuriser et valoriser durablement l'environnement marin et côtier: Objectif 2.1. – Amélioration de la sécurité maritime. Objectif 2.2. –Protection et gestion durable des ressources des espaces marins. Objectif 2.3. – Exploitation du potentiel des énergies renouvelables de l'environnement marin et côtier. Objectif 2.4. – Protection et promotion des espaces naturels, des ressources en eau et des zones côtières.

territoriale, établissant des liens clairs entre terre et mer et contribuant à la réalisation d'autres objectifs politiques fondamentaux de l'UE.

En outre, dans la coopération régionale dans cette région de l'Atlantique participent depuis des années d'autres acteurs, parmi eux se trouve notamment la Commission Arc Atlantique de la Conférence des Régions Périphériques et Maritimes(CRPM), en effet cette Commission qui occupe aussi une place privilégiée et historique de la construction maritime atlantique, considère que les chapitres prioritaires de cette coopération devraient être: - accessibilité et transports dans l'espace atlantique; - économie et industries maritimes; - climat et environnement; - recherche et innovation; et - attractivité des territoires.

d) La mer Noire

La mer Noire, la plus jeune et la plus dynamique des mers semi-fermées, est très différente des autres mers régionales européennes et, en particulier de la mer Méditerranée avec laquelle elle communique par le Bosphore et les Dardanelles. Cette mer qui fait partiellement partie de l'UE devrait par conséquence avoir toute sa place dans la PIM. Mais ce n'est pas le cas, car jusqu'à présent cette politique n'a presque pas tenu compte des spécificités et besoins de cet espace maritime. La raison, peut être le fait que sur les six pays riverains de ce bassin, deux seulement sont membres de l'UE (la Bulgarie et la Roumanie), et qu'ils sont d'ailleurs des membres récents puisqu'ils n'ont rejoint l'Union qu'en 2007 date précisément à partir de laquelle il a été commencé la mise en oeuvre de la PMI[1].

Et les particularités et besoins de la mer Noire (460 000 km²) sont nombreux. Située au croisement de l'Europe et de l'Asie, elle constitue une importante destination touristique et voie de transport maritime, mais elle est victime d'une intense pollution. Pauvre en oxygène, elle constitue un milieu extrêmement fragile, l'écosystème marin de la mer Noire est gravement affecté par les mutations dynamiques directement liées aux activités de pêche, au changement climatique et à la pollution. Depuis les années soixante, l'eutrophisation a entraîné des changements radicaux pour les écosystèmes de la mer Noire avec un grand impact transfrontière sur la biodiversité et les activités humaines liées à la mer, notamment la pêche et les loisirs[2].

En 2007 la Commission européenne a présenté une Communication proposant une *« synergie de la mer Noire »* en tant que nouvelle initiative de coopération de l'UE dans la région[3], complémentaire des autres politiques déjà menées par la UE dans cette partie

---

[1] La place qui est en train d'occuper la région de la mer Noire dans la construction européenne est objet de nombreuses analyses par la doctrine. On peut consulter, parmi des autres, G.A. Oanta: « La Unión Europea ribereña de un nuevo mar: el Mar Negro », en J. Cardona, J. Pueyo, J.L. Rodríguez et J.M. Sobrino: *Estudios de Derecho internacional y Derecho europeo en homenaje al profesor M. Pérez González,* Vol. I, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 1705-1729; D. Triantaphyllou: « Une nouvelle stratégie européenne pour la région de la mer Noire », en B. Chatré et St. Delory (dirs.): *Conflits et sécurité dans l'espace mer Noire: l'Union européenne, les riverains et les autres*, Ed. Pantheon-Assas, Paris, 2009, p. 489-516.

[2] Les niveaux élevés de nutriments provenant des engrais et des eaux usées favorisent la prolifération d'algues qui, en consommant l'oxygène présent dans la mer, tuent de nombreux organismes marins. Depuis une trentaine d'années, les grands fleuves qui s'y déversent charrient des quantités massives de déchets industriels qui ont considérablement détérioré son écosystème.

[3] Communication de la Commission au Conseil et au Parlement Européen: « La synergie de la mer Noire: une nouvelle initiative de coopération régionale », *COM (2007)160 final,* 11.04.2007. Voir, également, la Communication de la Commission au Conseil et au Parlement Européen: « Rapport sur

du monde (sa politique de préadhésion en faveur de la Turquie, la politique européenne de voisinage et le partenariat stratégique avec la Russie). Elle inclue une série d'initiatives concrètes en matière de transport, énergie, environnement, gestion maritime, pêche, migration et lutte contre le crime organisé et un programme de coopération transfrontalière impliquant les autorités locales des pays du pourtour de la mer Noire, fournissant un soutien aux activités des organisations de la société civile, ont ainsi été mis en place.

Cette initiative s'adresse à la région de la mer Noire, que inclût, selon l'UE, la Grèce, la Bulgarie, la Roumanie, la Moldavie à l'ouest, l'Ukraine, la Russie au nord, la Géorgie, l'Arménie, l'Azerbaïdjan à l'est, la Turquie au sud. L'Arménie, l'Azerbaïdjan, la Moldavie, la Grèce ne sont pas des États du littoral mais historiquement proches, ayant des liens étroits les rendant acteurs régionaux[1]. Et elle tente de stimuler la réforme dans différentes domaines politiques et les secteurs économiques des pays dans la région pour soutenir la stabilité, renforcer la croissance, concrétiser les projets régionaux faisables et par là créer une atmosphère conduisant à la résolution des conflits en cours.

Dans le cadre de cette synergie pour la mer Noire, la PIM trouve un petit espace. Selon la Commission il s'agirait d'établir, non seulement un réseau de coopération maritime transectorielle entre les services, les entreprises et les organismes scientifiques mais encore d'améliorer la coopération et l'intégration en matière de surveillance maritime afin d'assurer la sécurité des transports maritimes et la protection de l'environnement. En ce qui concerne la pêche, étant donné le caractère transfrontalier et le mauvais état de la majorité des ressources halieutiques de la mer Noire, l'objectif de cette initiative serait d'encourager le développement durable par la gestion des ressources halieutiques, la recherche, la collecte de données et l'évaluation des stocks dans la région. Il est proposé également d'étudier de nouveaux moyens d'assurer une utilisation durable et responsable des ressources halieutiques dans la région. En outre, les possibilités offertes par la commission générale des pêches pour la Méditerranée, dont le mandat inclut la mer Noire, devraient être mieux exploitées, ou peut-être il serait encore mieux mettre en place une commission régionale en matière de gestion de la pêche propre pour la mer Noire, dont leur établissement est actuellement en étude[2].

Par ailleurs, une démarche « *pluri-fonds* » cohérente soutenue par les programmes, projets et fonds financés par l'UE et que bénéficient déjà à certain pays de la région, notamment la Bulgarie, la Roumanie et la Turquie, pourrait permettre la mise en œuvre des actions maritimes et côtières toute au long de la côte ouest de la mer Noire. Mais considérant que dans la mer Noire toutes les eaux relèvent de la juridiction d'États dif-

---

la première année de mise en œuvre de la synergie de la mer Noire », *COM(2008)391 final*, 19.06.2008.

[1] La coopération régionale dans la mer Noire, où persistent des conflits non résolus (Transnistrie, Abkhazie, Ossétie du Sud et Naagorno-Karabakh)a connu des hauts et des bas, peut-être, l'organisation qui a atteint un niveau plus élevé d'institutionnalisation est l'Organisation de la coopération économique de la mer Noire (CEMN) crée en 1992. L. Yakacikli: « Initiatives de coopération dans la région de la mer Noire », *Revue Fédéralisme-Régionalisme*, n.2, 2011, p. 2.

[2] Selon le PE, PIM devrait envisager la mise en place d'une organisation régionale de gestion des pêches portant essentiellement sur la pêche artisanale. Devrait soutenir la création d'organisations professionnelles de pêcheurs et d'interprofessions de filières pêche et aquaculture. Devrait prévoir la création de la fonction de garde-côte européenne afin de renforcer la sureté maritime. Et devrait d'encourager la recherche scientifique sur les grandes questions de la mer Noire, afin que les décisions prises puissent tenir compte de leurs conséquences économiques, sociales et environnementales. *Résolution du Parlement européen du 13 septembre 2011 sur la gestion actuelle et future de la pêche dans la mer Noire*, P7_TA (2011)0365.

férents, les Institutions européennes estiment nécessaire mettre en place un mécanisme politique commun pour les six pays riverains, de façon à y garantir, entre autres, la protection de l'environnement et y faciliter le développement économique et social des zones côtières.

Une PMI complémentaire de la politique européenne de cohésion et inspirée dans la stratégie Europe 2020 devrait préserver et améliorer la biodiversité et la prospérité des personnes employées, dans la région, dans les secteurs maritimes, favoriser l'établissement d'un lien non conflictuel et sans heurts entre les secteurs maritimes, et rester attentive au développement durable des régions côtières. Mais pour l'instant cette politique n'a pas encore été définie, et bien qu'il y ait des négociations depuis 2011, n'a toujours pas de stratégie pour la politique maritime intégrée pour la mer Noire. En outre, il faut ajouter que, jusqu'à présent, les résultats concrets de la Synergie de la mer Noire sont assez limités et les solutions aux problèmes maritimes, environnementaux, énergétiques et touristiques se font attendre.

Considérations finales

La définition d'une politique maritime intégrée implique une double approche. Il s'agit d'une part d'assurer la cohérence des politiques mises en œuvre dans chaque secteur d'activité maritime et, d'autre part, d'organiser la coordination des politiques menées par les États membres et par les Régions. Cohérence et coordination sont les éléments clés pour la réussite d'une telle politique. Mais, il faut, également veiller à que cette politique soit mieux articulée avec des autres politiques européennes, en principe, no maritimes et, en particulier, avec la politique de cohésion territoriale, dans le sens que les avancements dans la PMI ils vont être tributaires de la coopération territoriale européen construit autour des macro-régions et soutenue par une politique « *pluri-fonds* ».

Mais la question qui se pose est de savoir si à l'état actuel il existe déjà vraiment une politique avec ces caractéristiques. A mon avis, non et nous sommes loin d'en avoir une. Les milliers de pages qui ont été publiée depuis octobre 2007 en communications, lignes directrices, documents de travail, feuilles de routes, propositions législatives et autres rapports, n'ont pas défini une politique, ils ont surtout « changé les esprits » par rapport à la manière de faire les politiques liées à la mer. Et, peut-être aujourd'hui il existe un consensus autour de l'idée que les problématiques liées à la mer et au littoral doivent être appréhendées de manière globale, systémique et transversale. Ceci, à son tour, a influé aussi sur les politiques nationales des États membres et des certaines régions qui, à un degré plus ou moins développé, ont lancé également des politiques maritimes intégrées nationales ou régionales. Ce qui contribue à l'émergence d'une identité maritime européenne et d'un espace maritime européen où, dans le future, on pourrait peut-être parler d'une réelle politique maritime intégrée.

Pour cela, et étant donné que la plupart de ces textes n'ont pas encore de contenu juridique contraignant, il serait nécessaire qu'il s'ouvre une nouvelle phase qui devrait être maintenant législative. Mais cela ne semble pas évident, puisque, d'une part, les responsable européens ne dispose à l'état actuel de toutes les compétences qui serait nécessaires pour donner une dimension juridique à la PMI, et, d'autre part, depuis 2007, la situation économique en Europe a changé et la crise pourrait entraver sérieusement ce processus toute particulièrement en ce qui concerne la dimension humaine et sociale de la politique maritime européenne.

Competențele Uniunii Europene stabilite pe baza principiului de atribuire prin tratate

Prof. univ. dr. Ion M. ***ANGHEL***

Odată ce au fost stabilite obiectivele UE (raţiunea creării U.E.), trebuia stabilit şi modul de realizare a acestora, cu alte cuvinte, care sunt competenţele Uniunii şi ale instituţiilor sale. De aceea, pentru a i se contura capacitatea juridică a U.E., au fost formulate regulile pe baza cărora va funcţiona aceasta – care îi sunt competenţele pe care le are. Drept urmare, au fost formulate în T.U.E., principiile generale pentru stabilirea competenţelor U.E. şi ale instituţiilor sale; au fost dezvoltate şi explicitate aceste reguli în T.F.U.E. şi apoi, în Protocoalele anexe. Dar problema competenţelor revine ori de câte ori se ajunge la politicile U.E. şi trebuie să se precizeze cine acţionează şi în ce limite, încât putem spune despre competenţe că sunt omniprezente. Date fiind multiplele direcţii din care decurg competenţele, se va aborda problema competenţelor U.E. din trei unghiuri, în funcţie de temeiurile ei: ***actele institutive*** *ale U.E. (tratatele) – calea principală şi forma normală, în mod indiscutabil, de dorit;* ***calitatea de subiect de drept internaţional*** *a U.E. – competenţele fiind consecinţa intrinsecă a personalităţii sale juridice care i s-a conferit; obiectivele U.E. – din care se pretinde a decurge competenţele nenumite; adăugându-se la acestea, şi alte surse.*

Cuvinte cheie*: Uniunea Europeană, subiect de drept internaţional, competenţe, capacitate juridică, principii.*

A. Introducere

1. În mod fundamental, **competenţele** U.E. dau expresie obiectivelor urmărite de aceasta; dacă raţiunea de a exista a U.E. rezidă în atingerea **obiectivelor** sale, competenţele, la rândul lor, asigură mijloacele – garanţia şi justificarea existenţei ei. Dar competenţele U.E. mai decurg şi din **calitatea de subiect de drept internaţional** a U.E., precum şi din alte surse – chiar dacă toate acestea sunt, până la urmă, ideii fondate pe comandamentul realizării obiectivelor.

Aceste segmente de surse (pluralitatea de temeiuri) apar ca repere, care sunt date de modul în care sunt ele stabilite, de fundamentarea şi valoarea lor, fiind inegale; dacă primele dintre ele (cele care sunt formulate în mod expres şi explicit în tratate, precum cele care decurg în mod logic, din calitatea de subiect de drept a U.E.) sunt identificabile în tratat şi determinate fără niciun dubiu - prezentând certitudine, în modul cel mai firesc şi de ideal formulate şi de aceea, se impun ca indiscutabile; celelalte temeiuri ridică în schimb, semne de întrebare asupra cărora ne vom opri mai jos.

Ca element de noutate, semnalat în literatura de specialitate[1], este faptul că prin Tratat, se realizează o clasificare a competenţelor în trei categorii în acest cadru, menţionăm cele care sunt formulate în mod **expres** ca atare; altele rezultă din calitatea U.E. de subiect de drept internaţional (cu specificul acesteia), iar ultimele care rezidă în

[1] T. Savu, *Obiectivele şi competenţele Uniunii Europene consacrate de Tratatul de la Lisabona*, Rev. Rom. de Drept Comunitar, nr. 1/2008, p. 40.

prevederile Tratatului, sunt cele **deduse** din obiectivele U.E.; în sfârşit, trebuie să reţinem şi contribuţia C.J. a U.E., (prin jurisprudenţa sa) şi chiar a doctrinei care au elaborat reguli suplimentare deloc neglijabile; cum simpla enunţare şi formulare a celor de mai sus nu era considerată suficientă, au fost adoptate **Protocolul nr. 2** cu privire la aplicarea **principiilor subsidiarităţii şi proporţionalităţii** şi **Protocolul nr. 1** cu privire la **rolul Parlamentelor naţionale** în U.E., prin care se sporeşte rolul acestora în procesul decizional.

2. Prevederile prin care se reglementează în mod organic şi complet, problema competenţelor U.E., sunt situate în noile articole 3 şi 3 b (care înlocuiesc textul art. 3, abrogat al art. 1 pct. 5 din T.U.E.) şi art. 2 A la art. 2 E (art. 2 din T.U.E.) – devenite în textul compozit al Tratatului: art. 1, 4 şi 5 (T.U.E.) şi art. 1-7 (T.F.U.E.).

În T.U.E. (aşa cum a fost modificat prin Tratatul de la Lisabona), competenţele ocupă, împreună cu obiectivele, locul central al întregii reglementări; ce îi revine de făcut U.E. şi cum anume va proceda. Odată ce au fost stabilite obiectivele (raţiunea creării U.E.), trebuia stabilit şi modul de realizare a acestora, cu alte cuvinte, care sunt competenţele Uniunii şi ale instituţiilor sale.

De aceea, pentru a i se contura capacitatea juridică a U.E., au fost formulate regulile pe baza cărora va funcţiona aceasta – care îi sunt competenţele pe care le are.

Drept urmare, au fost formulate în T.U.E., principiile generale pentru stabilirea competenţelor U.E. şi ale instituţiilor sale; au fost dezvoltate şi explicitate aceste reguli în T.F.U.E. şi apoi, în Protocoalele anexe. Dar problema competenţelor revine ori de câte ori se ajunge la politicile U.E. şi trebuie să se precizeze cine acţionează şi în ce limite, încât putem spune despre competenţe că sunt omniprezente.

3. Date fiind multiplele direcţii din care decurg competenţele, aş aborda problema competenţelor U.E. din trei unghiuri, în funcţie de temeiurile ei: **actele institutive** ale U.E. (tratatele) – calea principală şi forma normală, în mod indiscutabil, de dorit; **calitatea de subiect de drept internaţional** a U.E. – competenţele fiind consecinţa intrinsecă a personalităţii sale juridice care i s-a conferit; obiectivele U.E. – din care se pretinde a decurge competenţele nenumite; aş adăuga la acestea, şi alte surse – în legătură cu care am o abordare critică.

B. Principiul atribuirii de competenţe

1. Dispoziţiile fundamentale ale reglementării problemei competenţelor le regăsim în art. 1 (alin 1.) şi în art. 5 (alin. 2), pentru că acestea apar ca temelie a întregii piramide juridice, completate, dezvoltate şi adaptate apoi în celelalte prevederi; pe ele se construieşte întreaga instituţie a competenţelor.

Când în **actul** de bază – T.U.E., este declarat în termeni lapidari, care este raportul dintre U.E. şi statele membre - "Uniunea... căreia statele membre îi atribuie competenţe pentru realizarea obiectivelor lor comune" (art. 1 alin. 1 T.U.E.), nu subzistă şi nici nu mai poate subzista vreo îndoială despre ce anume este vorba: **obiectivele** transpuse în plan funcţional, prin înscrierea lor ca atare în tratate – **sursă primară**[1] a dreptului U.E., care reprezintă atribuţii ale U.E. şi ale instituţiilor sale.

Consider că, chintesenţa şi conceptul de competenţă ca atare a U.E. rezidă în însăşi formula lapidară din art. 1 alin. 1 din T.U.E. Prin sintagma "îi atribuie competenţe pentru realizarea obiectivelor", înţelegem că s-a dorit a se preciza mai întâi, raţiunea

[1] Despre tratatele constitutive şi cele modificatoare ale U.E., ca cea mai importantă sursă (de drept primar), cu rol de pivot al întregului edificiu regulamentar, vezi Nicoleta Diaconu, *op. cit.*, p. 80-82.

pentru care i se atribuie U.E. competenţele şi anume, pentru realizarea obiectivelor ei şi nu în alte scopuri – ceea ce înseamnă că există o limitare (numai ce impun obiectivele); în al doilea rând, statele "îi atribuie", adică trebuie să aibă loc un **act de atribuire** a competenţelor respective şi aceasta, în mod expres făcută, de statele care cedează din atributele lor de suveranitate - act consemnat printr-un document care emană de la ele şi nu deduse; statele nu semnează în alb desfiinţarea lor. În acest text, regăsim aşadar consacrarea însăşi a **principiului atribuirii de competenţe** şi din acest punct trebuie pornit în orice raţionament.

În ceea priveşte importanţa **principiului de atribuire** a competenţelor, menţionăm faptul că, nu numai că acesta stă la baza **stabilirii** competenţelor (art. 4 şi 5, precum şi **Protocolul** nr. 2 privind aplicarea principiilor subsidiarităţii şi proporţionalităţii), dar chiar şi asigurarea de către U.E. a coerenţei dintre diferitele politici şi toate acţiunile sale, se fac respectând acelaşi principiu (art. 7 din T.F.U.E.); principiul are o bază unică şi îi asigură o aplicaţie generală.

Încetând să mai fie o instituţie – cadru care să reflecte competenţele**,** "U.E. este acum singura titulară a competenţelor şi cuprinde ansamblul reglementărilor privind competenţele".

Drept urmare, în **Tratatul de la Lisabona**, se regăseşte prezentarea aproape completă a ipotezelor posibile: competenţele care **rămân statelor membre** (art. 4 din T.U.E.), competenţele care revin **exclusiv** U.E. (art. 3 din T.F.U.E.), competenţele **partajate** (art. 5 din T.U.E. şi Protocolul referitor la principiile **subsidiarităţii** şi **proporţionalităţii**), domeniile pentru care se stabilesc la nivelul Uniunii, **anumite** politici (politica externă şi de securitate comună etc.[1]).

Tratatul clarifică şi reglementează categoriile de competenţe ale U.E. şi domeniile în care se aplică; le descrie şi le individualizează în elementele lor specifice; reglementarea se face prin introducerea de noi texte: art. 7 alin. 5 – cu noile articole 3 a şi 3 b, art. 2 alin. 12 – cu noile articole 2 A – 2 E ş.a.[2]

Art. 2 din T.F.U.E. porneşte de la ceea ce se prevede în art. 4 şi 5 din T.U.E. şi stabileşte care sunt competenţele într-o ordine descrescândă sub raportul implicării U.E.: competenţele exclusive (art. 3), competenţele partajate (art. 4), coordonarea politicilor (art. 5) şi acţiunile de sprijin (art. 6); le enumeră şi le caracterizează (definind conţinutul fiecăreia); gama lor este largă, începând cu ipoteza competenţei exclusive a statelor şi încheind cu sprijinirea lor; impactul acestor competenţe este gradual mai redus. În afara acestora, există în T.U.E. (art. 21 – 48), o reglementare pe larg a acţiunii externe a Uniunii, cu politica externă şi de securitate comună; există, de asemenea, art. 352 din T.F.U.E., ş.a.

2. Principiile care stau la baza întregului sistem de competenţe ale U.E. şi ale instituţiilor sale, se regăsesc în art. 4 şi 5 din T.U.E.

- În art. 4 alin. 2 din T.U.E. se prevede că: "*Uniunea respectă egalitatea statelor membre în raport cu tratatele, precum şi identitatea lor naţională, inerentă structurilor lor fundamentale politice şi constituţionale, inclusiv în ceea ce priveşte autonomia locală şi regională. Aceasta respectă funcţiile esenţiale ale statului şi în special, pe cele care au ca obiect asigurarea integrităţii sale teritoriale, menţinerea ordinii publice şi apărarea securităţii naţionale. În special, securitatea naţională rămâne responsabilitatea exclusivă a fiecărui stat membru.*"

---

[1] Ion M. Anghel, *op. cit.*, p. 44.

[2] I. Jinga, *Tratatul de la Lisabona: soluţie sau etapă în reforma instituţională a Uniunii Europene*, în Rev. Rom. de Drept Comunitar, nr. 1/2008, p. 24 – 25.

Delimitarea dintre competenţele U.E. şi jurisdicţia statelor membre constituie principalul merit al reglementării; aşa cum se remarcă în studii de specialitate[1], problema reprezintă o preluare şi o adaptare a normelor din **Tratatul privind instituirea unei Constituţii pentru Europa** (art. I, 11). Explicitarea din art. 4 are meritul de a înlătura dintre eventualele confuzii şi aproximări făcute mereu într-o anumită direcţie, în numele unor idealuri.

Găsim pozitiv faptul că prin art. 4, U.E. se angajează să respecte egalitatea statelor membre în raport cu tratatele (de ce restrânge aplicarea acestui principiu, numai cu privire la tratate? În rest, este deasupra statelor care au fondat-o?), identitatea lor naţională - inerentă structurilor lor fundamentale şi funcţiilor esenţiale ale statelor; este scos în evidenţă prin acest text, faptul că statele membre permit U.E. doar acţiunile care ţin de realizarea obiectivelor sale – ceea ce confirmă nevoia de existenţă a statelor membre - ca factor de temelie şi a prezenţei lor în procesul decizional, cu atât mai mult cu cât existenţa şi funcţionarea U.E. se face pe seama suveranităţii lor, ele fiind şi destinatare ale regulilor Uniunii în a căror respectarea joacă un rol esenţial (decizia rămânând la centru, aplicarea regulilor având loc în spaţiul aflat sub jurisdicţia statelor).

Trec peste începutul frazei, unde cuvintele "Uniunea respectă egalitatea statelor membre în raport cu tratatele" nu pare să aibă noimă (mai întâi, pentru că "egalitatea suverană" a statelor este un **principiu fundamental** înscris în Carta ONU - art. 2 alin. 1 şi deoarece U.E. s-a angajat sa respecte aceste prevederi; în al doilea rând, pentru că introducerea pare să creeze confuzie, dând un înţeles specific în acest caz; deliberat?).

Nu este vorba în această prevedere de un act de generozitate din partea U.E.; jurisdicţia – capacitatea de a guverna – aparţine doar statelor care, transferă din atributele lor, U.E. – care nu poate avea – după cum se ştie - în virtutea **principiului specialităţii** şi al **atribuirii de competenţe**, decât ceea ce i se concedează de către state; acestea sunt titularele, iar transferul atributelor nu poate viza decât ceea ce în mod expres şi neechivoc, au stabilit acestea prin tratat (şi nu prin deducţii şi opinii exprimate); nu U.E. stabileşte competenţe; ea este doar beneficiara a ceea ce i se conferă.

Identitatea naţională a statelor membre – inerentă structurilor lor fundamentale politice şi constituţionale constituie un reper vizibil la care angajamentul U.E. se raportează; la fel, şi în privinţa funcţiilor esenţiale ale statului; este bine că se subliniază ideea că securitatea naţională rămâne în responsabilitatea exclusivă a fiecărui stat membru.

Cu toate acestea, termenii sunt încă vagi, insuficient de elaboraţi, iar din coroborarea riguroasă cu alte prevederi, nu prea mai rămâne mare lucru, din ceea ce se recunoaşte că ar aparţine statelor membre; afirmaţia emfatică este contrazisă, flagrant. Astfel, printre funcţiile esenţiale ale statului, figurează controlul asupra vieţii economice – resursele naturale aparţin statelor şi sunt inalienabile, politicile economice ş.a.; cu toate acestea, U.E. urmăreşte instituirea unei pieţe unice în Uniune – cu libera circulaţie a bunurilor, capitalurilor, serviciilor ş.a. şi asigurarea liberă de circulaţie, fără bariere vamale ş.a.; toate aceste domenii sunt reglementate de U.E. (de instituţiile sale), luându-li-se statelor din prerogative. De asemenea, şi în ceea ce priveşte autonomia locală, de vreme ce se insistă pe regionalizare, afectând echilibrul din sistemul de guvernare al unui stat. Tratatul se ocupă în plus de acţiunea externă a U.E., cu politica externă, de securitate şi apărare comună (art. 21 – 41), când asigurarea integrităţii teritoriale şi apărarea securităţii naţionale rămân totuşi, la state. Însăşi faptul că U.E. are personalitate juridică

[1] Ion Gâlea, *Tratatele Uniunii Europene (comentarii şi explicaţii)*, Editura C.H.Beck, Bucureşti, 2012, p. 16.

internaţională şi că în această calitate, ea are politica sa proprie – pe care o impune statelor membre, nu poate să nu împieteze asupra politicii statelor membre care – potrivit T.U.E. – îşi păstrează funcţiile lor esenţiale. Ideea este că aceste prevederi, generoase la prima vedere sunt dezumflate (reduse) la o scrutare mai atentă, iar textul în cauză nu este consistent.

Dar, dacă în continuare parcurgem textul art. 4 alin. 3, vom constata că la ipotezele semnalate sus, se adaugă şi alte situaţii dintre cele care alterează/şterg delimitarea de atribuţii dintre U.E. şi statele ei membre. Astfel, se aplică principiul cooperării şi statele ajută Uniunea pentru îndeplinirea misiunilor sale; statele adoptă orice măsură generală sau specială pentru asigurarea îndeplinirii obligaţiilor care decurg din tratate sau din actele institutive ale U.E. (un funcţionar al U.E. impune, e drept, conform regulilor, obligaţii); facilitează îndeplinirea de către U.E. a misiunilor sale. În alte prevederi, se stabileşte că Uniunea încheie tratate (art. 27), iar statele membre sunt angajate prin aceste acte ale Uniunii. Concluzia noastră este că formulele din art. 4 sunt vagi şi expuse unui proces înşelător de vidare de conţinut şi ce ar mai rămâne din suveranitate statelor, nu se prea ştie.

Dacă în art. 4, este reglementată problema delimitării competenţelor U.E. de jurisdicţia statelor membre, în art. 5 este înscris **principiul fundamental care stă la baza atribuirii de competenţe** – delimitarea competenţelor fiind guvernată de acest principiu; se stabileşte cum se procedează, în cazul în care nu este vorba de o competenţă exclusivă şi se precizează că se ţine seama de principiile **subsidiarităţii** şi cel al **proporţionalităţii**; deşi nu există o referire în *terminis*, tragem concluzia că principiile subsidiarităţii şi proporţionalităţii se aplică, în mod logic, numai în cazul **competenţelor partajate**, deoarece competenţa exclusivă a U.E. este tranşată şi nu mai ridică problema de a fi soluţionată, iar celelalte ipoteze reglementate în art. 5 şi 6 din T.F.U.E. nu sunt propriu-zis competenţe (coordonarea politicilor economice şi sprijinirea statelor membre).

3. Prevederea fundamentală în materia competenţelor U.E. se regăseşte formulată în termenii următori:

"*1. Delimitarea competenţelor Uniunii este guvernată de principiul atribuirii.*

2. În temeiul principiului atribuiri, Uniunea acţionează numai în limitele competenţelor care i-au fost atribuite de statele membre prin ***tratate*** *pentru realizarea obiectivelor stabilite prin aceste tratate*."

Textul este de o claritatea deosebită, fără rezerve şi ambiguităţi, nelăsând niciun fel de portiţă pentru a se abate de la el; este una dintre prevederile cele mai reuşite dar, cu toate acestea, s-au găsit modalităţi de a se abate de la el.

Textul dă expresie de ceea ce ţine de **principiul specialităţii persoanelor juridice** şi cel al **atribuirii de competenţe** – coordonata esenţială în cazul nostru.

În determinarea capacităţii lor juridice (categorii de acte juridice, natura lor juridică ş.a.), **persoanelor morale** li se aplică **principiul specialităţii persoanelor juridice,** adică una sub formă cuantificată şi nu ca o vocaţie (ele neavând o vocaţie generală – aşa cum se întâmplă în cazul persoanelor fizice în dreptul intern sau în cazul statelor membre în dreptul internaţional). În virtutea **principiului atribuirii de competenţe**, nu se poate exercita nicio altă competenţă de ordin material sau funcţional, decât în măsura în care acea competenţă îi este în mod expres şi fără niciun fel de ambiguitate, recunoscută Uniunii şi în limitele acesteia; în caz de tăcere a tratatelor ori dubiu - chiar dacă se pune o problemă de interpretare, se va conchide că nu există acea competenţă în lipsa certitudinii existenţei ei; prezumţia existenţei nu joacă în materie de reducere a

suveranităţii (pentru că suveranitatea este regula, iar transferul atributelor suverane este excepţia şi aceasta este de strictă interpretare)[1]; constituind regula, existenţa suveranităţii se prezumă; nu însă şi restrângerea ei.

În ceea ce priveşte principiul **competenţelor de atribuire**, acesta este fundamentat pe o bază solidă şi nu există alternativă, având cea mai logică şi coerentă explicaţie. Nefiind prestabilită şi originară, ci condiţionată de voinţa statelor membre, **calitatea de subiect** de drept a U.E. spre a figura, prin ea însăşi şi în mod independent – aşa cum este în cazul jurisdicţiei statelor, nici **capacitatea juridică** a U.E. şi nici **competenţele** ei nu pot decurge, decât din **actul de atribuire**; înfiinţând U.E., statele au stabilit şi limitele în care aceasta să acţioneze.

Rolul de paradigmă a competenţei de atribuire este cu atât mai valabil, imperativ chiar în cazul U.E. - care are un caracter de suprastatalitate, când atribuirea de competenţe trebuie să fie riguros determinată, fiind vorba de însăşi existenţa acestora; atribuirea de competenţă nu presupune acte care să desfiinţeze statele care o compun, fiind vorba de o uniune creată în mod liber pentru scopuri comune.

U.E. înlocuieşte statele ei membre, preluând din guvernarea lor, prin competenţele ce i se atribuie, nu numai în domeniile care ţin de organizarea internă a societăţii din aceste state, dar şi cât priveşte participarea acestora la viaţa internaţională, iar procesul de adâncire a integrării se produce, exact în direcţia extinderii competenţelor U.E. şi pe seama jurisdicţiei statelor. Este aşadar, important să se ştie în ce mod are loc şi exact care dintre atributele statelor trec cu titlu de competenţe ale U.E., în mod explicit formulate şi nu deduse din considerente generale; rigoarea şi claritatea sunt cele două considerente şi nu deducţiile indiferent cine le-ar face şi cât de ilustre figuri ar fi acestea; aceste exigenţe care nu cunosc alternative, justifică aplicarea **principiului atribuirii de competenţă**.

Necesitatea delimitării riguroase a competenţelor şi existenţa unor reguli precise şi nu ambigue, pe baza cărora se va produce aceasta, este accentuată, pentru că în primul rând, trebuie să se ştie în ce limite acţionează U.E., spre a nu pune în pericol însăşi existenţa acesteia în cazul depăşirii neacceptate de state, dar şi pentru că statelor membre trebuie să le fie clar în ce direcţie se trasează destinul cetăţenilor lor.

Că **atribuirea de competenţe** constituie un **principiu fundamental** şi că orice competenţă se atribuie prin tratate, rezultă nu numai din modul cum a fost formulat art. 5 alin. 1 şi 2 – competenţă atribuită prin tratate, dar şi din reluarea acesteia în alte prevederi, precum sunt cele care se referă la instituţiile sale – art. 13 din T.U.E. (fiecare instituţie acţionează în limitele atribuţiilor care le sunt conferite prin tratate), întregul art. 2, art. 3, art. 4, art. 7 şi altele din T.F.U.E.

Mai mult chiar, competenţele nu sunt stabilite oricum, ci, în mod obligatoriu, prin **tratate** – care se supun ratificării, potrivit regulilor naţionale privind asumarea de angajamente internaţionale; competenţele trebuie să fie consimţite de către statele membre de la care provin acestea sub formă de cedări ale atributelor lor de suveranitate către U.E., dar – se susţine – şi prin actele instituţiilor acesteia (ca rezultat al acordului dintre state sau ca măsuri care se impun statelor membre de către structurile U.E.); acest lucru

[1] Potrivit jurisprudenţei internaţionale, suveranitatea statelor este întotdeauna prezumată, chiar şi în lipsă de dispoziţie şi orice atingere adusă pe cale convenţională suveranităţii, trebuie să fie intrerpretată în mod restrictiv (v. Decizia C.P.I.J. în *cauza Lotus* şi *cauza Memel*, precum şi în cauza *competenţei Comisiei Dunării*, *cauza Corabia Orientală* şi *cauza Mavromantis*) – Ion M. Anghel, *Subiectele de drept internaţional*, Lumina Lex, Bucureşti, 2002, p. 119 – 120.

apare firesc, în măsura în care acţiunea instituirii se circumscrie la ceea ce este competentă să facă U.E.

Textul alin. 1 din art. 4 – care este prevedere fundamentală "În conformitate cu articolul 5, orice competenţă care nu este atribuită Uniunii prin **tratate** aparţine statelor membre" confirmă, mai întâi, faptul că U.E. are **numai** competenţele prevăzute în tratate şi are în vedere precizarea că, odată atribuită o competenţă U.E., ea nu mai aparţine statelor membre, regula nefăcând distincţie între categoriile de competenţe (exclusivă, partajată etc.) – pur şi simplu, ceea ce i se atribuie U.E. îi aparţine acesteia (nuanţările respective se fac în art. 2 din T.F.U.E.). Dar această prevedere este reluată în mod identic şi în art. 5 din T.U.E. şi pe lângă faptul că ea se repetă – deşi era suficient a fi enunţată o singură dată, induce un alt sens, din cauza contextului în care este plasată şi nu exprimă în mod logic, raportul real dintre U.E. şi statele membre; statele membre nu au nevoie de aceste prevederi spre a deţine jurisdicţia (competenţe); ele o deţin în virtutea suveranităţii şi independenţei pe care o au ca subiecte originare de drept internaţional şi **nu** au nevoie să le fie recunoscute aceste prerogative prin Tratat, pentru că chiar în art. 1 se înscrie lapidar ideea clară că statele atribuie U.E. competenţe şi nu invers. Pe ansamblu, se pune problema în termenii enunţaţi (inversând faptul că statele acordă competenţe U.E.).

În ecuaţia **suveranitate** şi **jurisdicţie** a statelor – **competenţe** ale Uniunii Europene, punctul de plecare crucial, la care ne raportăm în mod constant şi imperativ, îl constituie suveranitatea statelor; competenţele U.E. decurg din atributele de suveranitate ale statelor, provenienţa acestora o constituie suveranitatea; regula, starea originară şi normală în comunitatea şi ordinea juridică internaţională, o constituie calitatea de suverane a statelor şi în virtutea acesteia, statele, prin tratate, acceptă să creeze structurile instituţionale care sunt opera lor; tot ele sunt titulare în admiterea şi cuantumul competenţelor acordate. Suveranitatea fiind o aptitudine, o vocaţie a statelor, transferul către U.E. priveşte în atribute ale acestora şi nu suveranitatea ca atare se transferă (U.E. nefiind entitate suverană, ea primeşte doar competenţe) este un transfer *ut singuli* şi nu global; suveranitatea este un element rezidual şi rămâne la state – singurele care o pot avea.

Statele (iar aceasta este valabil chiar şi pentru statele membre care s-au angajat să atribuie U.E. competenţe pentru realizarea obiectivelor lor comune) – categoria cea mai importantă dintre toate subiectele de drept internaţional, sunt singurele subiecte directe şi nemijlocite, originare şi normale, înzestrate cu suveranitate (atribut exclusiv, indivizibil şi inalienabil) şi de aceea, doar ele deţin ca pe un atribut – corolar, suveranitatea şi nu este necesar să li se confere, ele având-o ca vocaţie generală, deplină şi nelimitată, o jurisdicţie discreţionară (în limitele, desigur, ale ordinii juridice internaţionale), în vreme ce organizaţiile internaţionale constituie o categorie a subiectelor de drept internaţional care au doar un caracter derivat – cărora statele le-au atribuit această calitate şi stabilindu-le obiectivele şi funcţiile, le-au determinat, totodată, şi capacitatea lor juridică, inclusiv competenţele, care nu pot fi decât funcţionale; dacă competenţele pe care le-a dobândit, i s-au conferit de către state având o natură atributivă, orice competenţă pe care o are o organizaţie internaţională, este dată de funcţia şi de scopul pe care îl are de atins[1]; regretăm că trebuie să spunem că gândirea exprimată în art. 4 alin. 1 care, culmea, a mai fost şi repetată în art. 5 alin. 2, nu dă expresie acestui raport dintre state şi organizaţiile internaţionale[2].

---

[1] P. Reuter, *Droit international public*, Presses universitaires de France, 1963, p. 128.

[2] Ion M. Anghel, *Scurte consideraţiuni asupra modului de stabilire a competenţelor Uniunii Europene în regimul Tratatului de la Lisabona*, Rev. Rom. de Drept European, nr. 1/2009, p. 29.

Binomul, normal exprimat în *principalis* (jurisdicţia statelor - regula) – *specialis* (competenţele dobândite de U.E.) ajunge, din cauza diferenţei dimensiunilor lor şi a mobilităţii instituţiilor comunitare, ca prin inversare, să fie redat în ecuaţia de primordial – *primaris* (competenţele U.E. devenind regula) şi de subsidiar – *subsidiarus* (jurisdicţia statelor – reziduală, ce mai rămâne în urma tratatului) – această inadvertenţă fiind exprimată în art. 4 din T.U.E..

Caracterul suprastatal îi imprimă U.E. trăsături specifice în ceea ce priveşte competenţele sale, care sunt comparabile cu cele ale statelor – jurisdicţia **prescriptivă** şi jurisdicţia **aplicativă**, ea având puterea de a edicta, prin instituţiile sale reguli (*iuris dicere*) şi de a asigura respectarea acestora, în vreme ce statelor membre le revine mai mult, aplicarea acestor reguli edictate de U.E..

4. Cel de al doilea **set al reglementării** competenţei U.E. stabilită prin tratate, îl găsim în completarea şi dezvoltarea care se face a principiilor enunţate în art. 1, 4 şi 5 din T.U.E., existând, în acest fel, un contur mai bine definit al acestora, în art. 1– 6 din T.F.U.E.

Potrivit sensului reglementării din art. 1-6 din T.F.U.E., interferenţa dintre jurisdicţia statelor membre şi competenţele U.E. (în actul de guvernare) se proiectează într-un grad diferit, pornind de la competenţa exclusivă în descreştere, până la formulele de sprijin al statelor de către U.E.

Modul în care sunt structurate art. 2 – 6 sugerează recunoaşterea faptului că T.F.U.E. acoperă zone eterogene – cu prevederi care se raportează la domenii care au un grad variabil ca intensitate, sub raportul integrării şi al acţiunilor exercitate de U.E.; există segmentul comunitarizării (unde se aplică competenţele exclusive), cel care face puntea între zona comunitarizată şi cea bazată pe coordonare (funcţionând competenţa partajată) şi zona coordonării. Cu toate acestea, şi ultimul segment tinde spre comunitarizare, chiar dacă nu ţine de piaţa unică ("Consiliul European defineşte orientările strategice ale planificării legislative şi operaţionale în cadrul spaţiului de libertate, securitate şi justiţie") sau cu privire la politica externă şi de securitate comună etc.

Ca atare, U.E. este – potrivit enumerării domeniilor cuprinse în art. 3 – 6 din T.F.U.E., omniprezentă, dată fiind amploarea acţiunilor în care este angajată; se prevede că ea asigură coerenţa între diferitele sale politici şi acţiuni, ţinând seama de ansamblul obiectivelor sale şi respectând principiul de atribuire a competenţelor (art. 7).

- Partea I – **Principiile** din T.F.U.E., începe prin a preciza în art. 1, că "organizează funcţionarea Uniunii" şi "stabileşte domeniile, limitele şi condiţiile exercitării competenţelor sale". În art. 2, după ce se face caracterizarea fiecărei forme de competenţă a U.E., se precizează – întărind ideea de atribut de competenţă – enunţată în art. 5 din T.U.E. – că "Întinderea şi condiţiile exercitării competenţelor Uniunii sunt stabilite prin dispoziţiile tratatelor referitoare la fiecare domeniu" (art. 2 alin. 6).
- Astfel, abia identificabilă în T.U.E., **competenţa exclusivă** este definită în art. 2 alin. 1 şi apoi, sunt enumerate, în art. 3, domeniile în care se aplică. "În cazul în care tratatele atribuie Uniunii competenţa exclusivă într-un domeniu determinat, numai Uniunea poate legifera şi adopta acte cu forţă juridică obligatorie, statele putând să facă acest lucru numai în cazul în care sunt abilitate de Uniune sau pentru punerea în aplicare a actelor Uniunii".

Aşadar, de această dată, statele îşi recapătă atributul pe care l-au transferat la U.E., numai dacă au abilitarea acesteia.

Domeniile în care U.E. îşi exercită **competenţa exclusivă** sunt enumerate în art. 3: domeniul vamal, normele privind concurenţa necesare funcţionării pieţei interne,

politica monetară, conservarea resurselor biologice, politica comercială; de asemenea, în ceea ce priveşte încheierea unui acord internaţional în cazul în care această încheiere, a fost prevăzută de un act legislativ al U.E. ori este necesară pentru a permite Uniunii să îşi exercite competenţa internă sau dacă aceasta ar putea aduce atingere normelor comune ori ar modifica domeniul de aplicare. Nu este greu de observat că domeniile enumerate – cu destulă largheţe, vizează ceea ce ţine de piaţa internă unică; viaţa economică este acoperită de acest regim de competenţă exclusivă.

Deşi alin. 2 al art. 3 pare, după redactarea făcută, a fi un fel de adaos la reglementarea din alin. 1, el este cu mult mai larg decât celelalte domenii; iar ceea ce devine neortodox, este că această competenţa partajată internă poate genera competenţă externă exclusivă; aceste competenţe rezultă însă, din calitatea U.E de subiect de drept internaţional şi este normal ca ea să fie titulară a acestor competenţe.

- În cazul **competenţei partajate**, Uniunea şi statele membre pot legifera şi adopta acte obligatorii din punct de vedere juridic în acest domeniu. Statele membre îşi exercită competenţa în măsura în care Uniunea nu şi-a exercitat competenţa (alin. 2). Dacă prin formularea din art. 5 din T.U.E., se înţelege că în asemenea cazuri de competenţe partajate atât U.E. cât şi statele membre au o chemare în acelaşi sens, urmând ca prin aplicarea **principiilor subsidiarităţii şi proporţionalităţii,** să se adjudece apartenenţa; în acest text, are loc o îndepărtare de la regulile din art. 5 T.U.E.; ambele au chemare la această competenţă, dar statele pot legifera şi adopta acte obligatorii, numai în măsura în care Uniunea nu şi-a exercitat competenţa; cu alte cuvinte, Uniunea are o **preempţiune**. Dacă ţinem seama că principiul subsidiarităţii în mod normal joacă în favoarea competenţei U.E. şi întrucât şansa statului membru poate intra în discuţie (pentru că ea acţionează mai întâi), doar dacă Uniunea nu exercită competenţa şi pentru că în această situaţie, numai dacă Uniunea se dezinteresează şi cineva trebuie să facă ceva în locul ei, atunci statele membre devin competente.

Domeniile care cad în sfera competenţelor partajate sunt enumerate în art. 4 şi sunt numeroase (piaţa internă, politica socială, coeziunea economică, socială şi teritorială, agricultura şi mediul, transporturile, energia, spaţiul de libertate ş.a.); competenţa Uniunii partajată cu statele membre reprezintă zona de competenţă în domeniile care nu ţin de art. 3 (competenţele exclusive) şi art. 6 (acţiuni de sprijinire, coordonare sau completare de acţiuni).

Cea mai mare parte a competenţei externe a U.E. are o natură comună sau partajată. Sunt citate următoarele **cinci** situaţii: ipoteza în care competenţa rezultă dintr-o prevedere care atribuie competenţe (acorduri de cooperare pentru care statele membre şi-au păstrat competenţele de cooperare de a negocia în cadrul organizaţiilor internaţionale – cauzele C-316/91, ***Parlamentul European c. Consiliu***); în cazul în care Comunitatea are competenţa de a adopta norme interne comune, pentru competenţa care nu a fost încă exercitată; când un acord vizează atât domeniile aflate în competenţa Comunităţii, cât şi ale statelor (dec. în ***Avizul 1/78 – Acordul privind cauciucul natural***); când competenţa derivă din existenţa "normelor minime" interne prin care statele membre sunt în drept să menţină norme mai ridicate care nu afectează întinderea normelor interne ale C.E. (***Avizul 2/91 privind Convenţia OIM nr. 170***) şi ipoteza în care competenţa Comunităţii poate coexista cu cea a statelor membre, fără a se exclude reciproc (cazul proprietăţii intelectuale).

În ciuda aparenţelor care ar indica faptul că principala cale de îngustare a suveranităţii statelor părţi s-ar produce ca urmare **competenţelor exclusive** atribuite U.E., considerăm că în realitate, **competenţele partajate** sunt cele care, în perspectivă,

prin jocul **principiului subsidiarităţii**, vor constitui adevărata cale; în fapt, toate domeniile (inclusiv dintre cele enunţate ca aparţinând statelor), sunt susceptibile să devină **competenţe exclusive** ale U.E.

Există opinia potrivit căreia **competenţele partajate** ar reprezenta categoria "reziduală" (dreptul comun); acest lucru ar putea fi considerat ca atare, numai dacă ne limităm la art. 4 (eventual şi 5) din T.U.E., deoarece aceasta este în zona în care se reglementează materia competenţelor U.E. care pot să îi aparţină în exclusivitate sau în comun cu statele (până la aplicarea principiului subsidiarităţii şi al proporţionalităţii) – având în vedere sensul restrâns al termenului de competenţă. art. 4 din T.F.U.E. trebuie să aibă înţelesul stabilit prin art. 5 din T.U.E. – care determină domeniul competenţelor. În sensul mai larg, putem vorbi de competenţe şi atunci când este vorba de situaţiile reglementate în art. 5 şi 6 din T.F.U.E.; raportarea la art. 3 (**competenţele exclusive**) şi 5 nu este, în opinia noastră, altceva decât o delimitare şi nu constituie temei spre a conferi competenţelor partajate, regim de "dreptul comun"; când este vorba de atribute conferite de U.E., nu poate fi vorba de regim rezidual, ci de excepţie.

Din cauza caracterului central al poziţiei U.E. de reper, atunci când se face delimitarea (în loc de raport între state care au jurisdicţia din care se transferă unele atribute sub formă de competenţe către U.E.), în alin. 2 din art. 2 din T.F.U.E. se acreditează ideea de **preempţiune**; or, aceasta este exclusă, nu numai pentru că s-ar adăuga la ceea ce se prevede în art. 5 din T.U.E. şi nu-l poate modifica pe acesta, dar în art. 2 alin. 2 însăşi din T.F.U.E. (prima fază) este, în mod esenţial, acelaşi lucru. Ca atare, împărtăşim preocuparea că, într-un asemenea caz, problema cui aparţine competenţa (statelor sau U.E.) este deja tranşată, fără să mai fie nevoie de referire la principiul subsidiarităţii; totuşi, din capul locului, competenţa aparţine ambelor şi nu numai U.E. – se stabileşte ulterior şi nu dinainte; ar fi şi ridicol ca statele să aibă un asemenea tratament – care ne duce cu gândul că, de fapt, competenţa partajată este şi ea tot una exclusivă a U.E., aparţinând în ambele ipoteze U.E., cu diferenţa că în primul caz, Uniunea **abilitează** statele, iar în al doilea, Uniunea **nu-şi exercită** o competenţă care îi aparţine. Cu o asemenea aplicare a prevederii, nu putem fi de acord. Pe o asemenea abordare, putem ajunge la concluzia absurdă că ceea ce nu este acceptabil pentru U.E., dispare din jurisdicţia statelor şi mai rămâne ca aceasta să o atribuie statelor – logică de neadmis; în fapt, domeniile care ţin de competenţa partajată sunt aşa de numeroase, încât în practică, statelor să nu le mai rămână decât să execute ceea se dispune de funcţionarii U.E.

Cel de al doilea aspect – care se referă la modul de exercitare a competenţelor este de asemenea formulat în termenii adecvaţi: "Exercitarea acestor competenţe este reglementată de principiile subsidiarităţii şi proporţionalităţii" (alin. 1). După aceea, sunt definite principiile menţionate.

"În temeiul principiului subsidiarităţii, în domeniile care nu sunt de competenţa ei exclusivă, Uniunea intervine numai dacă şi în măsura în care obiectivele acţiunii preconizate nu pot fi realizate în mod satisfăcător de statele membre nici la nivel central, nici la nivel regional sau local, dar datorită dimensiunilor şi efectelor acţiunii preconizate, pot fi mai bine de nivelul Uniunii" (alin. 3). Se fac în privinţa modului în care acţionează instituţiile U.E., referiri în completare la **Protocolul privind aplicarea principiilor subsidiarităţii şi proporţionalităţii şi la rolul Parlamentelor naţionale**.

"În temeiul principiului proporţionalităţii, acţiunea Uniunii, în conţinut şi formă, nu depăşeşte ceea ce este necesar pentru realizarea obiectivelor tratatelor" (alin. 4); se face şi aici trimitere la **Protocolul** respectiv (deşi nu era necesar să se facă repetarea după acea definiţie).

Recursul la aceasta este absolut necesar, spre a se putea face departajarea între U.E. şi statele membre, în cazul competenţelor partajate, trebuind să existe aceste criterii.

Din cauza modului în care au fost constituite procedurile (conceptul care stă la baza lor – mai întâi îşi determină U.E. competenţele şi apoi, ceea ce rămâne le aparţine şi lor – statelor); excepţia (competenţele se acordă U.E. de către state) devine regulă, iar regula (titularii sunt statele care îi acordă U.E. competenţe) devine excepţie; această răsturnare a raportului dintre statele membre – fondatoare ale U.E. şi U.E. – creaţie a statelor membre, schimbă raţionamentul, sugerându-se ideea unei preemţiuni pe care o are U.E. – lucru pe care îl vom constata în art. 2 din T.F.U.E..

Pe de altă parte, principiul subsidiarităţii, deşi este necesar, criteriul cine este într-o mai mare măsură, apt să realizeze obiectivul acţiunii preconizate, joacă în mod normal şi deci în toate cazurile în favoarea extinderii competenţei de către U.E. Prin urmare, date fiind categoriile de situaţii în care competenţa este partajată (potrivit art. 4 din T.F.U.E.), aceste criterii conduc la atribuirea competenţei U.E., adică este vorba despre o continuă extindere a competenţei U.E. pe seama statelor (care nu sunt în măsură să câştige în competiţie cu U.E.). Această construcţie, rezonabilă în sine, duce la erodarea sferei de atribute pe care le are un stat suveran.

Referitor la **principiul subsidiarităţii**, există opinia că acesta este aplicabil şi domeniilor în care Uniunea are competenţa de **sprijinire, coordonare şi completare** a acţiunilor statelor membre, deoarece ar fi vorba despre competenţe ale statelor, când Uniunea dispune de competenţe suprapuse deasupra celor ale statelor (o suprapunere compatibilă)[1]. Nu subscriu la acest punct de vedere, prin care reguli înscrise pentru o anumită situaţie să fie translatate la altele, pe motiv că ar exista o asemănare între ele (prin analogie). art. 5 are în vedere ipoteza în care vocaţia o au, în egală măsură, atât statele membre, cât şi U.E. şi de aceea se recurge la criteriul subsidiarităţii; în cazul art. 6, este vorba de o situaţie fundamental diferită: competenţa nu mai este partajată, ci aparţine statelor, iar U.E. desfăşoară doar acţiuni de sprijinire, cooperare şi completare; actul U.E. este adiacent, venind să ajute (deci titularul nu este U.E.), coordonând (are iniţiativă, dar rolul statelor nu scade) şi să vină cu completări la ceea ce fac statele; nici vorbă de o suprapunere, pentru că rolurile lor sunt absolut diferite şi chiar adiacente; ipotezele avute în vedere de art. 6 nu sunt dintre cele care urmează a fi comunitarizate; de aceea, şi rolul U.E. este unul secundar. De altfel, ar fi fost o eroare să se recurgă la un criteriu într-o situaţie care nu este disjunctivă, necomportând o alegere.

- Urmează categoria de competenţe în care statele membre îşi **coordonează politicile** economice în cadrul U.E. – politica de ocupare a forţei de muncă, iniţiative pentru a asigura coordonarea politicilor sociale (art. 5); Uniunea este competentă să desfăşoare acţiuni de sprijinire ş.a. în domeniile industriei, culturii, turismului, educaţiei ş.a. (art. 6).

Continuă să aparţină statelor membre competenţa în cazul **coordonării** politicilor economice şi ocupării forţei de muncă (art. 5 din T.F.U.E.) şi cel al **sprijinirii**, coordonării sau completării acţiunilor statelor membre (art. 6); acestea nu sunt cazuri în care competenţele să vină în concurs şi de aceea, art. 4 din T.U.E. nici nu le-a menţionat ca atare; ceea ce face U.E. este să adauge şi nu să se substituie acţiunilor; fiind adiacente, le potenţează. Cu toate acestea, nu se poate nega faptul că ele împietează asupra suveranităţii statelor membre, dar o asemenea abordare rezultă din filosofia generală după care se conduce U.E.

---

[1] Ion Gâlea, *op. cit.*, p. 118.

Regimul juridic aplicabil spațiului cosmic
- principii consacrate şi evoluții înregistrate în domeniu -

Felicia ***MAXIM****

Preocupări asupra modului în care poate fi explorat şi utilizat spaţiul cosmic, Luna şi celelalte corpuri cereşti s-au manifestat încă din anii 1950, concretizându-se în adoptarea unui număr considerabil de norme cu valoare juridică obligatorie şi de recomandare. Totuşi, cercetările desfăşurate au demonstrat că spaţiul cosmic constituie o arie cu perspective necunoscute încă, ceea ce îl poate califica ca fiind un domeniu relativ nou pentru societatea internaţională.

Prin urmare, regimul juridic aplicabil trebuie studiat şi interpretat avându-se în vedere noile aspecte identificate în cadrul lucrărilor desfăşurate sub egida entităţilor constituite la nivel internaţional cu atribuţii în dreptul spaţial. Demne de remarcat sunt eforturile Comitetului pentru Utilizarea în Scopuri Paşnice a Spaţiului Cosmic, care de-a lungul activităţii desfăşurate a urmărit ca explorarea şi utilizarea tehnologiei spaţiale să se realizeze în beneficiul omenirii, în mod special cu privire la schimbările climatice, evitarea dezastrelor naturale, asigurarea siguranţei alimentare şi sănătăţii populaţiei de pe pământ. De aceea, în Programul O.N.U. privind Aplicaţiile Spaţiale s-a subliniat că domeniile prioritare ale programului sunt:monitorizarea mediului, managementul resurselor naturale, sănătatea globală, managementul dezastrelor, sistemul de navigaţie globală prin sateliţi, schimbările climatice, dreptul spaţial, susţinerea dezvoltării ştiinţei şi tehnologiei spaţiale. Succesul implementării măsurilor preconizate nu se poate obţine decât pe baza unei cooperări internaţionale şi regionale între state, organizaţii internaţionale guvernamentale, dar şi neguvernamentale.

În concluzie, principiile generale şi cele speciale care constituie baza dreptului spaţial trebuie interpretate şi aplicate în funcţie de evoluţiile înregistrate în domeniul evocat. Libertatea de utilizare a spaţiului cosmic dă dreptul statelor, cu posibilităţi tehnologice, să desfăşoare activităţi în spaţiul extraatmosferic, dar nu în mod nelimitat, această libertate presupunând şi o serie de obligaţii, cum ar fi evitarea apariţiei deşeurilor cosmice, problemă de actualitate în societatea internaţională. În altă ordine de idei, utilizarea informaţiilor specifice ştiinţei spaţiale, dar şi tehnologiei spaţiale pentru evitarea dezastrelor la nivelul Pământului trebuie să se realizeze în interesul tuturor statelor indiferent de gradul de dezvoltare al fiecăruia în baza principiului conform căruia spaţiul cosmic constituie patrimoniu comun al întregii umanităţi.

Cuvinte cheie: *spaţiul cosmic, libertate de utilizare, patrimoniu comun, cooperare, răspundere.*

1. Consideraţii introductive

În mod constant, prezentarea apariţiei şi evoluţiei dreptului spaţial începe cu lansarea în spaţiul extraatmosferic a primului obiect spaţial Sputnik 1, pe 4 octombrie

* Conf.univ.dr., Universitatea Titu Maiorescu - Facultatea de Drept.

1957, de către fosta U.R.S.S.[1] Totuşi, în literatura de specialitate se identifică o serie de lucrări anterioare, care au promovat teorii şi concepte utilizate mai târziu în afirmarea dreptului spaţial, dar şi instrumente juridice internaţionale ce conţin dispoziţii relevante în domeniul dreptului spaţial.

Astfel, secolul al XIX lea aduce în discuţie pe scena internaţională, odată cu apariţia şi dezvoltarea navigaţiei aeriene, şi aspectele legate de regimul spaţiului aerian al statelor.[2] În vederea delimitării spaţiului aerian al statelor au fost promovate două teorii, şi anume:teoria care susţinea libertatea aerului şi teoria care afirma suveranitatea deplină a statelor asupra spaţiului aerian de deasupra teritoriului statului.[3] Disputa dintre susţinătorii celor două teorii a fost finalizată odată cu adoptarea Convenţiei de la Paris din 1919 prin care se consacra suveranitatea completă şi exclusivă a statelor asupra spaţiului atmosferic de deasupra teritoriului acestora, principiu reafirmat şi ulterior prin Convenţia de la Chicago din 1944. Consacrarea suveranităţii statelor asupra spaţiului aerian de deasupra teritoriului acestora a dat naştere unei alte întrebări privind limita exercitării suveranităţii pe verticală. Prin urmare, încă din perioada anterioară celui de-al doilea război mondial, teoreticienii în domeniu au constatat că există două zone şi anume spaţiul aerian supus suveranităţii statelor şi spaţiul situat deasupra acestuia, care nu este supus controlului statelor, aspectul rămas neclarificat fiind cel referitor la limita dintre cele două zone.[4] În acest sens, pot fi evocate lucrările lui Emile Laude sau ale oficialului rus V.A. Zarzar în care aceştia recunoşteau diferenţele existente între spaţiul aerian supus suveranităţii statelor şi spaţiul extraatmosferic, declarând necesitatea consacrării a două regimuri juridice diferite.[5] Au urmat teoriile lui Vladimir Mandl promovate prin intermediul monografiei privind problemele legate de activităţile spaţiale. Deşi cei trei au susţinut existenţa a două spaţii în care activităţile desfăşurate sunt diferite în funcţie de viteză şi altitudine, totuşi au existat şi teoreticieni care afirmau că altitudinea şi viteza caracteristice zborurilor nu pot schimba un statut juridic. Dezbaterile teoretice au continuat de-a lungul timpului, fiind necesar a menţiona şi contribuţia juristului roman Nicolae Mateesco Matte, care a elaborate o serie de lucrări având drept teme problemele apărute în domeniul aviaţiei civile internaţionale, dar şi aspecte legate de dreptul spaţial. Anul Geofizic Internaţional (1957-1958) a stimulat cooperarea dintre state şi lansarea de vehicule, determinând omenirea să intensifice cercetările în domeniu şi să descopere avantajele pe care le-ar putea avea utilizarea corespunzătoare a spaţiului cosmic.[6]

Creată în anul 1951, Federaţia Internaţională de Aeronautică constituie un forum de dezbateri pentru oamenii de ştiinţă din toată lumea şi un suport al cooperării internaţionale în sfera dreptului spaţial. Deşi, primele congrese s-au axat mai mult pe partea tehnică vizând aspecte de inginerie aeronautică, ulterior dezbaterile au avansat

---

[1] Dumitra Popescu, Felicia Maxim, *Drept internaţional public-Curs universitar*, vol.II, Editura Lumina Lex, Bucureşti, 2012, p. 13.

[2] Francis Lyall, Paul B. Larsen, *Space law A Treatise*, Ashgate Publishing, Ltd., 2009, p. 4.

[3] Dumitra Popescu, Felicia Maxim*, Drept internaţional public,* vol.I, Editura Renaissance, Bucureşti, 2011, p. 121.

[4] Francis Lyall, Paul B. Larsen, *op. cit.*, 2009,p.5.

[5] Stephen E.Doyle, *A Concise History of Space Law 1910-2009* în New Perspectives on Space Law, Edited by Mark J.Sundahl, V.Gopalakrishnan, publicat de Institutul Internaţional de Drept Spaţial, 2011, p. 3.

[6] The International Geophysical Year, Initiating international scientific space co-operation, International Aeronautic Federation, Paris, 2012,p.5.

concentrându-se şi pe problemele legale determinate de zborurile ce s-ar putea efectua în spaţiul cosmic.

În concluzie, din cele prezentate se poate observa existenţa unei perioade anterioare momentului Sputnik 1, durată de timp în care, deşi nu sunt prezente reglementări majore, se discută la nivelul doctrinei, se analizează şi se dezbat teorii care ulterior vor influenţat poziţiile adoptate de state.

Derularea Programului Sputnik de către fosta Uniune Sovietică a început prin lansarea primului satelit artificial Sputnik 1 în anul 1957, având ca scop desfăşurarea mai mult multor misiuni spaţiale fără oameni la bord cu scopul de a demonstra viabilitatea sateliţilor artificiali. În aceste condiţii, s-a considerat necesară elaborarea unui set de reguli după care statele să-şi coordoneze activităţile desfăşurate în spaţiul extraatmosferic. Astfel, în anul 1958, Adunarea Generală O.N.U. a decis înfiinţarea unui Comitet ad-hoc cu privire la utilizarea paşnică a spaţiului cosmic pentru a lua în considerare activităţile şi resursele Organizaţiei Naţiunilor Unite, agenţiile specializate şi alte organisme internaţionale cu atribuţii privind utilizarea paşnică a spaţiului atmosferic, cooperarea şi programele în domeniu, precum şi problemele juridice care ar putea apărea în explorarea spaţiului cosmic.[1] În anul 1959, Comitetul a fost transformat într-un organism permanent,[2] iar în anul 1962 au fost înfiinţate două subcomitete: juridic şi tehnico-ştiinţific.

Avându-se ca punct de plecare activitatea Comitetului, dar şi dezbaterile desfăşurate de o serie de entităţi internaţionale, au fost stabilite o serie de norme prin tratatele internaţionale elaborate sub egida O.N.U. şi s-au elaborat o serie de reguli prin rezoluţii adoptate de Adunarea Generală O.N.U. Din multitudinea de instituţii internaţionale implicate în activităţile spaţiale, două categorii se pot distinge, şi anume: organizaţii interguvernamentale şi organizaţii non-guvernamentale. Din categoria organizaţiilor interguvernamentale, pe lângă activitatea O.N.U., se mai pot invoca în domeniul spaţial şi activităţile desfăşurate de Organizaţia Aviaţiei Civile Internaţionale (O.A.C.I.), Uniunea Internaţională a Telecomunicaţiilor (U.I.T.), Organizaţia Internaţională pentru Sateliţi de Telecomunicaţii (INTELSAT), precum şi activitatea desfăşurată de Organizaţia Internaţională pentru Sateliţi Maritimi (INMARSAT) şi altele. La acestea se adaugă contribuţiile următoarelor organizaţii non-guvernamentale: Institutul Internaţional de Drept Spaţial (I.I.S.L.), Academia Internaţională de Aeronautică, precum şi, mai sus menţionata, Federaţie Internaţională de Aeronautică (I.F.A.).[3]

2. Regimul juridic aplicabil spaţiului cosmic

Preocupări asupra modului în care poate fi explorat şi utilizat spaţiul cosmic, Luna şi celelalte corpuri cereşti s-au manifestat încă de la jumătatea secolului al XIX-lea, concretizându-se în adoptarea unui număr considerabil de norme cu valoare juridică obligatorie şi de recomandare. Prin urmare, în vedere prezentării principiilor aplicabile spaţiului cosmic se va avea în vedere conţinutul rezoluţiile adoptate de Adunarea Generală O.N.U., prevederile tratatelor adoptate în domeniu şi alte documente relevante.

---

[1] Resolution adopted by General Assembly-1348(XIII) -13 december 1958.

[2] Resolution adopted by General Assembly-1472(XIV)- 12 december 1959.

[3] Isabella Henrietta Philepina Diederiks-Verschoor, *An Introduction to Space Law*, Kluwer Law International, 2008, p. 13.

2.1. Principii promovate prin rezoluţii adoptate de Adunarea Generală O.N.U.

Cele două rezoluţii care cuprind prevederi referitoare la înfiinţarea Comitetului pentru utilizarea paşnică a spaţiului cosmic au fost urmate de altele care au avut ca obiectiv principal fixarea principiilor aplicabile statelor în spaţiul cosmic.

În anul 1961 a fost adoptată rezoluţia privind cooperarea internaţională în vederea utilizării paşnice a spaţiului extraatmosferic prin care se recunoaşte statelor libertatea de utilizare a spaţiului cosmic cu respectarea următoarelor principii: statele trebuie să respecte normele dreptului internaţional, inclusiv dispoziţiile Cartei O.N.U., şi să exercite libertatea de utilizare în condiţii de egalitate ţinând cont de faptul că spaţiul extraatmosferic şi celelalte corpuri cereşti nu pot constitui obiect al aproprierii naţionale.[1]

Una dintre cele mai importante rezoluţii a fost cea adoptată în anul 1963 privind „Declaraţia asupra principiilor care guvernează activităţile statelor în explorarea şi utilizarea spaţiului extraatmosferic", rezoluţie care a constituit nucleul tratatului spaţial. Regulile stabilite prin rezoluţia Adunării Generale se referă la faptul că:explorarea şi utilizarea spaţiului cosmic se efectuează în interesul întregii omeniri; statele au libertatea de a explora şi utiliza spaţiul cosmic şi corpurile cereşti în condiţii de egalitate şi conform dreptului internaţional;spaţiul extraatmosferic este guvernat de principiul libertăţii şi nu poate constitui obiect al suveranităţii sau aproprierii naţionale a niciunui stat; Carta O.N.U. şi principiile fundamentale ale dreptului internaţional se aplică acestui spaţiu în interesul menţinerii păcii şi securităţii, precum şi în vederea promovării cooperării şi înţelegerii internaţionale; statele poartă răspunderea pentru activităţile naţionale desfăşurate în spaţiul cosmic de către agenţii guvernamentale sau neguvernamentale; în explorarea şi utilizarea spaţiului cosmic, statele trebuie să respecte principiul cooperării şi asistenţei reciproce, respectând interesele corespunzătoare ale altor state; statul în al cărui registru a fost înregistrat obiectul lansat în spaţiu păstrează jurisdicţia şi controlul asupra obiectului, precum şi asupra personalului; statele care lansează obiectele în spaţiu vor răspunde pentru daunele cauzate de obiect sau de părţile componente ale acestuia la, sol în spaţiul aerian sau în spaţiul cosmic; astronauţii sunt consideraţi trimişi ai omenirii în spaţiul cosmic şi trebuie să li se acorde asistenţă în caz de accident, primejdie sau amerizare ori aterizare de urgenţă.[2]

Posibilitatea de a desfăşura activităţi comerciale în spaţiul cosmic a adus în discuţie necesitatea elaborării regulilor după care statele să-şi coordoneze activităţiile. Referitor la principalele activităţi comerciale, şi anume telecomunicaţiile directe prin sateliţi şi teledetecţia prin sateliţi, statele membre O.N.U. au adoptat două rezoluţii în cadrul Adunării Generale O.N.U.. Astfel, în 10 decembrie 1982 prin Rezoluţia 37/92, Adunarea Generală O.N.U. a stabilit un număr de principii care guvernează utilizarea de către state a sateliţilor artificiali ai Pământului în scopul televiziunii directe internaţionale.[3] În prima parte a rezoluţiei se are în vedere prezentarea scopurilor şi obiectivelor urmărite, arătându-se că activităţile din domeniul difuzării programelor de televiziune directă internaţională prin sateliţi ar trebui efectuate în concordanţă cu drepturile suverane ale statelor, inclusiv principiul non-intervenţiei, precum şi cu dreptul fiecăruia de a primi şi

---

[1] Res 1721(XVI) adopted by General Assembly, 20 december 1961.

[2] United Nations Treaties and Principles on outer Space, Declaration of Legal Principles Governing the Activities of States în the Exploration and Use of Outer Space, Rezolution adopted by General Assembly 1962 (XVIII) United Nations, New York, 2002, p. 39.

[3] United Nations Treaties and Principles on outer Space, Principles Governing the Use by States of Artificial Earth Satellites for International Direct Televizion Broadcasting adopted by General Assembly în its resolution 37/92 of 10 December 1982,United Nations, New York, 2002, p. 35.

răspândi informaţii şi idei cu respectarea dispoziţiilor consacrate în instrumentele adoptate în cadrul O.N.U. Astfel de activităţi trebuie să aibă drept rezultat schimbul reciproc de informaţii în toate domeniile de activitate în scopul dezvoltării sociale, economice, sporirii calităţii vieţii cu respectarea integrităţii politice şi culturale a statelor. Toate statele au drepturi egale privind desfăşurarea de activităţi în domeniul televiziunii directe prin sateliţi, precum şi posibilitatea de a se bucura de beneficiile acestor activităţi. Totodată, se stabilesc aspecte privind răspunderea, statele asumându-şi răspunderea pentru activităţile desfăşurate sub jurisdicţia lor. Statele poartă răspunderea asupra activităţilor desfăşurate şi în cazul în care difuzarea internaţională de televiziune directă prin sateliţi se efectuează de către o organizaţie internaţională. În acest caz, răspunderea se asumă de organizaţie, dar şi de statele participante. Statele trebuie să coopereze pentru protecţia drepturilor de autor şi drepturilor conexe prin intermediul unor acorduri corespunzătoare.[1] Principiilor stabilite la nivelul O.N.U., li se alătură reglementări în domenii tehnice, de specialitate adoptate în cadrul altor organizaţii cu vocaţie de universalitate.[2] Astfel, menţionăm Uniunea Internaţională a Telecomunicaţiilor (U.I.T.), Organizaţia Aviaţiei Civile Internaţionale (O.A.C.I.), Organizaţia Internaţională pentru Sateliţi de telecomunicaţii (INTELSAT), Organizaţia Internaţională pentru Sateliţi Maritimi (INMARSAT), Organizaţia Mondială A Proprietăţii Intelectuale (O.M.P.I.)[3] etc. Acestora li se adaugă contribuţiile organizaţiilor constituite la nivel regional, şi anume:Organizaţia Europeană pentru Telecomunicaţii prin Satelit (EUTELSAT), Acordul privind Societăţile Arabe pentru Comunicaţiile prin Satelit (ARABSAT), Agenţia Spaţială Europeană (ESA) ş.a.

Dezvoltarea continuă a tehnicii şi tehnologiilor în domeniul spaţial a făcut posibilă activitatea de teledetecţie prin sateliţi, cunoscută sub denumirea de„remote sensing”. Teledetecţia este activitatea comercială spaţială prin intermediul căreia se realizează culegerea, procesarea şi stocarea de informaţii de la suprafaţa Pământului în vederea cunoaşterii şi îmbunătăţării stării mediului, fenomenelor geofizice sau climatice.[4] Desfăşurarea activităţii prezentate implică deţinerea de către state a unor sisteme tehnice avansate utilizate în acest scop, situaţie care nu ar putea fi identificată în cazul tuturor statelor, care deşi egale au un nivel de dezvoltare diferit. Necesitatea elaborării unor reguli, precum şi interesul de a se realiza un acord între statele care desfăşoară activităţi de teledetecţie şi statele supuse teledetecţiei au determinat includerea pe lista de priorităţi a Adunării Generale O.N.U. a temei teledetecţiei. Deşi statele au urmărit reglementarea teledetecţiei prin convenţie, activitatea derulată s-a finalizat prin adoptarea unei rezoluţii. La 3 decembrie 1986, Adunarea Generală O.N.U. a adoptat rezoluţia 41//65 prin care s-au stabilit„principii referitoare la teledetecţia Pământului din spaţiul cosmic”.Cum era normal, s-a avut în vedere definirea termenului de teledetecţie prin prezentarea procesului desfăşurat şi a scopului urmărit. Conform rezoluţiei, teledetecţia înseamnă detectarea suprafeţei Pământului din spaţiu prin emiterea de unde electromagnetice în vederea culegerii de informaţii despre starea mediului, resurse

---

[1] Otilia Calmuschi, Violeta Slavu, *Dreptul proprietăţii intelectuale*, ediţia a-III-a, Curs universitar pentru învăţământul la distanţă, Editura Renaissance, Bucureşti, 2010,p.153;Violeta Slavu, *Protecţia dreptului de autor*, Editura Renaissance, Bucureşti, 2011, p. 117-119.

[2] Ion Diaconu, *Tratat de drept internaţional public*, vol.II, Editura Lumina Lex, Bucureşti, 2003, p. 354.

[3] Referitor la O.M.P.I. a se vedea Otilia Calmuschi, Violeta Slavu, *op. cit.*, p. 11; Violeta Slavu, *op. cit.*, p. 5.

[4] Dumitra Popescu, Felicia Maxim, *op. cit.*, 2012,p.23.

naturale sau fenomene meteorologice şi de alt tip. În ceea ce priveşte datele culese, acestea sunt datele brute achiziţionate şi transmise pe Pământ sub diferite forme. Datele primare sunt prelucrate, transformându-se în date procesate pentru a fi mai uşor de utilizat. Întreg procesul prezentat este cunoscut sub denumirea de„remote sensing", aşa cum am arătat anterior.

Statele au dreptul să desfăşoare activitatea de teledetecţie cu respectarea următoarelor principii:activităţile de teledetecţie se desfăşoară în interesul tuturor statelor, indiferent de gradul lor de dezvoltare; derularea activităţii se va face cu respectarea standardelor internaţionale, inclusiv Carta O.N.U., Tratatul Spaţial, Acordul privind Luna şi celelalte corpuri cereşti, precum şi instrumentele juridice internaţionale adoptate la nivelul organizaţiilor internaţionale implicate în acest domeniu; se instituie obligaţia respectării suveranităţii permanente a statelor asupra resurselor naturale şi cea de promovare a cooperării prin oferirea de oportunităţi de participare la activităţile de teledetecţie în condiţii echitabile şi reciproc avantajoase; în scopul de a maximiza beneficiile teledetecţiei, statele care desfăşoară o astfel de activitate trebuie să aibă în vedere înfiinţarea de staţii de colectare, depozitare şi prelucrare a datelor, precum şi oferirea de facilităţi de interpretare a informaţiilor pe baza acordurilor încheiate; statele care participă la activităţile de teledetecţie pot pune la dispoziţia statelor interesate asistenţă tehnică, în condiţii convenite de comun acord; statele sunt obligate să înregistreze programul de teledetecţie derulat la Secretarul General O.N.U.; scopul principal, şi anume promovarea protecţiei mediului, obligă statele care deţin informaţii privind producerea unui dezastru natural să anunţe statele care ar putea fi victime;datele culese şi procesate sunt la dispoziţia tuturor statelor în condiţii de egalitate şi în baza unui cost rezonabil: statele vor desfăşura activităţile conform normelor de drept internaţional, asumându-şi răspunderea pentru derularea necorespunzătoare a programelor de teledetecţie.[1]

La ora actuală, principiile evocate constituie punctele de reper în activitatea de teledetecţie a statelor. Însă, consacrarea lor nu a rezolvat toate problemele determinate de„remote sensing", în literatura de specialitate precizându-se că sunt principii specifice anilor 90, fără a mai putea fi considerate actuale în contextul evoluţiei societăţii internaţionale.[2]

În anul 1992 s-a făcut un pas important în sfera dreptului spaţial prin stabilirea principiilor privind asigurarea utilizării în condiţii de siguranţă a energiei nucleare, arătându-se că activităţile care implică utilizarea de surse nucleare în spaţiul cosmic vor fi efectuate în conformitate cu normele dreptului internaţional, inclusiv conform dispoziţiilor Cartei O.N.U., Tratatului spaţial din 1967 şi a celorlalte instrumente juridice internaţionale existente în domeniu. În acest sens, prin rezoluţia Adunării Generale O.N.U., s-a stabilit că în scopul de a reduce la minimum cantitatea de materiale radioactive în spaţiu şi riscurile determinate de utilizarea surselor de energie nucleară se vor limita misiunile speciale de acest tip, într-un mod rezonabil. Statele de lansare au obligaţia de a depune toate eforturile în vederea protejării populaţiei şi biosferei prin proiectarea şi utilizarea de obiecte spaţiale cu surse nucleare cu un grad ridicat de încredere, care să poată evita sau reduce riscurile în caz de accident şi să prevină o contaminare semnificativă a spaţiului cosmic. De asemenea, statele de lansare au obligaţia de a evalua siguranţa obiectului spaţial înainte de lansare împreună cu toate

[1] Resolution adopted by the General Assembly 41/65 of 3 December 1986

[2] Atsuyo Ito, *Legal Aspects of Satellite Remote Sensing,* Martinus Nijhoff Publishers, 2011, p. 56.

entităţile participante la realizarea acelui obiect spaţial. Înainte de data lansării, statele vor aduce la cunoştinţa publicului şi Secretarului General O.N.U. rezultatele evaluării. Statele de lansare trebuie să anunţe statele implicare în eveniment referitor la eventualele riscuri posibile comunicând datele recomandate prin rezoluţia Adunării Generale O.N.U. din 1992.În momentul reîntoarcerii unui obiect spaţial cu surse de energie nucleare la bord în atmosfera Pământului, care ar putea prezenta un risc de accident, statul de lansare, precum şi celelalte state cu posibilităţi tehnice de supraveghere, vor face un schimb continuu de informaţii pentru a putea înlătura pericolul posibil. Conform regulilor stabilite prin instrumentele juridice internaţionale în dreptul spaţial, statele şi toate celelalte entităţi implicate în activităţi de acest gen vor răspunde pentru daunele provocate.[1]

În raportul din 2012, Subcomitetul juridic al Comitetului O.N.U. pentru utilizarea paşnică a spaţiului extraatmosferic subliniază necesitatea revizuirii principiilor relevante în utilizarea obiectelor spaţiale cu surse de energie nucleară.[2] Propunerea formulată a fost determinată de adoptarea în 2009 a „Cadrului juridic de utilizare a surselor cu putere nucleară în spaţiul cosmic" elaborat de Comitetul pentru utilizarea paşnică a spaţiului cosmic în colaborare cu Agenţia Internaţională pentru Energie Atomică (A.I.E.A.). Cadrul juridic elaborat constituie rezultatul consensului celor două organisme şi urmăreşte dezvoltarea standardelor de siguranţă referitoare la securitatea nucleară, fiind considerat un ghid al activităţilor naţionale.[3]

Luând în considerare raportul Comitetului pentru utilizarea paşnică a spaţiului cosmic din cea de-a treizeci şi noua sesiune, Adunarea Generală O.N.U. a adoptat rezoluţia 51/122 la 13 decembrie 1996. Prin rezoluţia arătată se consacră textul„Declaraţiei privind cooperarea internaţională în explorarea şi utilizarea spaţiului cosmic în beneficiul şi interesul tuturor statelor, ţinând seama, în mod special, de nevoile ţărilor în curs de dezvoltare". Cooperarea internaţională în explorarea şi utilizarea spaţiului cosmic se desfăşoară în conformitate cu dreptul internaţional, inclusiv Carta O.N.U., Tratatul spaţial din 1967 şi celelalte dispoziţii care se aplică activităţilor desfăşurate în spaţiul extraatmosferic. Statele sunt libere să determine toate aspectele cooperării, urmărind respectarea drepturilor legitime şi intereselor părţilor implicate. Cooperarea internaţională trebuie să se desfăşoare în modurile considerate cele mai eficiente şi adecvate de către ţările interesate, precum şi de către celelalte entităţi implicate în activităţile internaţionale spaţiale. Dintre obiectivele urmărite enumerăm:promovarea dezvoltării ştiinţei şi tehnologiei spaţiale şi a modalităţilor de aplicare ale acestora;încurajarea dezvoltării capacităţilor spaţiale în statele interesate;facilitarea schimbului de experienţă şi tehnologiei între state pe o bază reciproc acceptabilă ş.a.

Referitor la cooperarea internaţională în vederea utilizării paşnice a spaţiului extraatmosferic, mai putem menţiona prevederile paragraful 4 din rezoluţia 55/122 din 8 decembrie 2000, care conţine acordul realizat de Subcomitetul juridic privind caracterul şi modul de utilizare a orbitei geostaţionare.[4]Având în vedere prevederile actului de

---

[1] Resolution adopted by the General Assembly 47/68 din 14 december 1998.

[2] United Nations, General Assembly, A/AC.105/1003, 10 April 2012.

[3] *Safety Framework For Nuclear Power Source Appications în Outer Space*, Jointly published by The United Nations Committe on the Peaceful Uses of Outer Space Scientific and Tehnical Subcommitte and the International Atomic Energy Agency, Vienna, 2009, Preface.

[4] Statele ecuatoriale au revendicat, în anul 1976, suveranitatea asupra orbitei geostaţionare; a se vedea în acest sens Dumitra Popescu, Felicia Maxim, *op. cit.*, p. 19; Ion Diaconu, *Manual de drept internaţional public,* Editura Lumina Lex, Bucureşti, 2007, p. 265.

constituire a Uniunii Internaţionale a Telecomunicaţiilor (U.I.T.), în mod special art. 44, orbita geostaţionară este considerată o„resursă naturală limitată", care trebuie să fie utilizată raţional, eficient, economic şi echitabil.

2.2. Principii consacrate pe cale convenţională

Adoptate prin rezoluţii ale Adunării Generale O.N.U., unele dintre principiile prezentate mai sus au constituit baza reglementărilor internaţionale ulterioare. Astfel„Declaraţia asupra principiilor juridice care guvernează activităţile statelor în explorarea şi utilizarea spaţiului extraatmosferic" a constituit nucleul de bază al„ Tratatului privind principiile care guvernează activitatea statelor în explorarea şi folosirea spaţiului extraatmosferic, inclusiv Luna şi celelalte corpuri cereşti", denumit în continuare„ Tratatul spaţial". Adoptat de Adunarea Generală O.N.U la 19 decembrie 1996 prin rezoluţia 2222(XXI), tratatul a intrat în vigoare la 10 octombrie 1967.[1] Tratatul spaţial conferă caracter obligatoriu principiilor promovate anterior prin rezoluţii ale Adunării Generale O.N.U., consacrându-le după cum urmează.[2] Explorarea şi utilizarea spaţiului cosmic, inclusiv a Lunii şi a celorlalte corpuri cereşti, trebuie exercitate în beneficiul şi în interesul întregii omeniri, explorarea şi utilizarea de către toate statele se va face fără discriminare şi în conformitatea cu dreptul internaţional, asigurându-se libertatea cercetării ştiinţifice şi cooperarea internaţională în această sferă. Spaţiul cosmic, inclusiv Luna şi celelalte corpuri cereşti nu pot constitui obiect de apropriere naţională prin proclamarea suveranităţii asupra acestora, prin folosire sau ocupaţie sau prin alte mijloace. Explorarea şi utilizarea spaţiului extraatmosferic, a Lunii şi celorlalte corpuri cereşti se va realiza în acord cu dreptul internaţional, inclusiv Carta O.N.U., în interesul menţinerii păcii şi securităţii internaţionale şi în vederea promovării cooperării la nivel internaţional, interzicându-se plasarea pe orbita circumterestră a oricărui obiect purtător de arme nucleare sau orice tip de arme de distrugere în masă, instalarea unor astfel de arme sau plasarea unor astfel de arme în orice alt mod. Luna şi celelalte corpuri cereşti vor fi utilizate de către state exclusiv în scopuri paşnice, fiind interzise amenajarea de baze şi instalaţii militare pe corpurile cereşti, dar şi executarea de manevre militare şi experimentarea oricărui tip de arme. Se admite utilizarea personalului militar pentru cercetare ştiinţifică şi folosirea echipamentelor sau instalaţiilor necesare explorării paşnice a Lunii şi celorlalte corpuri cereşti. Astronauţii sunt consideraţi trimişii omenirii în spaţiul cosmic, statele având obligaţia de a le acorda asistenţă în caz de accident, pericol, aterizare forţată pe teritoriul unui stat sau amerizare în marea liberă. În îndeplinirea activităţilor desfăşurate în spaţiul cosmic astronauţii unui stat parte la tratat au obligaţia de a acorda asistenţă astronauţilor altui stat parte aflaţi în pericol. De asemenea, statele părţi au obligaţia de a se informa reciproc asupra fenomenelor produse în spaţiul cosmic, inclusiv pe Lună şi celelalte corpuri cereşti care ar putea constitui un pericol pentru viaţa şi sănătatea astronauţilor. Statele care desfăşoară activităţi în spaţiul cosmic vor răspunde pentru daunele cauzate, indiferent dacă aceste daune se produc pe pământ, în aer, în spaţiul cosmic, inclusiv Luna şi celelalte corpuri cereşti. Răspunderea poate fi angajată şi în cazul în care autoritatea de lansare este o organizaţie internaţională, reglementându-se astfel răspunderea solidară a statelor membre şi organizaţiilor internaţionale care întreprind activităţi spaţiale. Statul

---

[1] România a ratificat Tratatul spaţial prin Decretul nr. 74 din 2 februarie 1968.

[2] I.H. Ph. Diederiks-Verschoor, *An Introduction to Space Law*, Second Revised Edition, Kluwer Law International, 1999, p. 26.

în registrul căruia se înregistrează obiectul spaţial îşi păstrează jurisdicţia şi controlul asupra acelui obiect şi asupra personalului, atât timp cât se află în spaţiu, pe corpurile cereşti, precum şi când revine pe pământ. În explorarea şi utilizarea spaţiului cosmic, activitatea statelor se va desfăşura conform principiului cooperării şi asistenţei reciproce pe baze multilaterale, bilaterale ori prin intermediul organizaţiilor internaţionale. În scopul promovării cooperării internaţionale, statele vor informa Secretarul General O.N.U., precum şi comunitatea internaţională, în măsura în care este posibil, asupra activităţilor desfăşurate şi rezultatelor obţinute.[1] Pe scurt, prin prevederile evocate se consacră o serie de principii împărţite în literatura de specialitate în principii generale şi principii şi norme speciale de drept spaţial.[2] Referindu-se la principiile generale, autorii de drept internaţional prezintă principiul folosirii în scopuri paşnice a spaţiului cosmic, principiul utilizării în interesul întregii omeniri a spaţiului extraatmosferic, principiul libertăţii de explorare şi utilizare de către toate statele, principiul neaproprierii naţionale şi cel al cooperării internaţionale şi asistenţei reciproce. În categoria principiilor şi normelor speciale, se prezintă aspecte legate de jurisdicţia şi controlul asupra personalului şi obiectelor spaţiale, răspunderea pentru daunele cauzate de obiectele lansate în spaţiu, înmatricularea obiectelor lansate în spaţiu, salvarea şi reîntoarcerea astronauţilor, precum şi principiile privind activităţile spaţiale comerciale, şi anume teledetecţia prin sateliţi şi telecomunicaţiile directe prin sateliţi, activităţi derulate ulterior adoptării Tratatului spaţial. Principiile consacrate au fost reluate şi dezvoltate într-o serie de instrumente juridice internaţionale, prevederile respective îmbogăţind şi completând regimul juridic aplicabil activităţilor desfăşurate în spaţiul cosmic.

Prevederile generale din Tratatul spaţial privind astronauţii au fost completate cu cele consacrate prin,,Acordul cu privire la salvarea astronauţilor, reîntoarcerea astronauţilor şi restituirea obiectelor lansate în spaţiul extraatmosferic"[3] din 1968, care în cele zece articole subliniază obligaţia statelor de a salva astronauţii ajunşi pe teritorii aflate sub jurisdicţia statelor sau astronauţii ajunşi pe teritorii nesupuse suveranităţii statelor şi de a informa statul de lansare şi Secretarul General O.N.U. asupra incidentelor sau dacă au cunoştinţă de echipaje aflate în pericol De asemenea, statele au obligaţia de a asigura reîntoarcere astronauţilor în condiţii de securitate pe teritoriul autorităţii de lansare, dar şi obligaţia de a recupera şi restitui obiectele spaţiale sau elemente ale acestora ajunse pe teritorii aflate sub jurisdicţia lor.[4]

,,Convenţia asupra răspunderii internaţionale pentru daune cauzate de obiectele lansate în spaţiul extraatmosferic", din 1972, consacră atât răspunderea absolută, cât şi răspunderea bazată pe culpă delimitând sfera de aplicare în fiecare caz.[5]

Dispoziţiile, mai sus prezentate, se completează cu regulile stabilite prin,,Convenţia privind înmatricularea obiectelor lansate în spaţiul extraatmosferic", din 1975. Prin Convenţie se stabileşte obligaţia autorităţii de lansare de a ţine un registru în care să fie înregistrate obiectele lansate în spaţiu şi toate caracteristicile acestora, precum şi

---

[1] United Nations Treaties and Principles on outer Space, Declaration of Legal Principles Governing the Activities of States în the Exploration and Use of Outer Space, Rezolution adopted by General Assembly 1962 (XVIII) United Nations, New York, 2002, p. 3.

[2] Grigore Geamănu, *Drept internaţional public*, vol.I, Editura Didactică şi Pedagogică, Bucureşti, 1981, p. 484 şi urm.; Dumitra Popescu, Felicia Maxim, *op. cit.*, p. 13 şi urm.

[3] Ratificat de România prin Decretul nr. 19 din 1971.

[4] Stelian Scăunaş, *Drept internaţional public*, Ediţia 2, Editura C.H.BECK, Bucureşti, 2007, p. 274.

[5] Ratificată de România prin Decretul 468/1980.

obligaţia de a transmite informaţii legate de obiectele lansate în spaţiu Secretarului General O.N.U., informaţii înregistrate în registrul ţinut de acesta, conform art. III.

În anul 1979 a fost adoptat,,Acordul care guvernează activitatea statelor pe lună şi celelalte corpuri cereşti", în care se prevede că dispoziţiile sale se vor aplica numai corpurilor cereşti din sistemul solar, inclusiv Lunii, cu excepţia Pământului. Conform prevederilor Acordului, statele au obligaţia de a desfăşura activităţi în interesul păcii şi securităţii internaţionale, fiind interzisă forţa sau ameninţarea cu folosirea forţei, stabilindu-se în acest sens un statut de denuclearizare, demilitarizare şi neutralizare a Lunii şi celorlalte corpuri cereşti. Se instituie statutul de patrimoniu comun al întregii omeniri pentru Lună şi celelalte corpuri cereşti, recunoscându-se libertatea statelor de a desfăşura activitate de cercetare ştiinţifică, libertatea de deplasare a obiectelor spaţiale, posibilitatea de a stabilii staţii spaţiale cu luarea în considerare a intereselor generaţiilor actuale, dar şi ale generaţiilor viitoare.

Instrumentele juridice internaţionale, al căror conţinut a fost prezentat, sunt considerate fundamentul regimului juridic aplicabil spaţiului cosmic. Cooperarea la nivel internaţional şi regional determină completarea principiilor de bază prin intermediul lucrărilor desfăşurate sub egida organizaţiilor interguvernamentale cu rol în promovarea şi dezvoltarea reglementărilor de drept spaţial.

3. Provocări actuale şi viitoare

Deşi veche, delimitarea dintre spaţiul aerian supus suveranităţii statelor şi spaţiul cosmic este considerată o provocare actuală sau, cum este prezentată uneori în literatura de specialitate, o dispută fără sfârşit.[1] Constatarea susţinută este determinată de poziţiile diferite ale statelor manifestate la nivel internaţional, precum şi de teoriile promovate în literatura de specialitate. Se susţine, că delimitarea clară dintre cele două zone cu regimuri juridice diferite nu este nici posibilă, nici necesară, abordarea funcţională axată pe natura activităţilor desfăşurate şi abordarea spaţială care se bazează pe adoptarea unor criterii ştiinţifice şi tehnice răspunzând necesităţilor actuale.

Consacrare unei delimitări clare între cele două zone cu regimuri juridice speciale ar putea conduce la revendicări de suveranitate, la stabilirea unor limite exagerate, prea mici sau prea mari, ceea ce ar determina neînţelegeri frecvente între state. De asemenea, se arată, că răspunsul în cazul delimitării este unul care ţine de sfera politicului, codificarea fiind doar modalitatea de a formula soluţia politică.[2] Deşi contestată, afirmaţia formulată nu poate fi considerată nefondată. Astfel, statele care anterior susţineau delimitarea, odată cu creşterea capacităţii lor de explorare şi utilizare a spaţiului cosmic şi-au schimbat poziţia, considerând că un spaţiu fără limite este un spaţiu propice desfăşurării activităţilor spaţiale. Prin urmare, în perioada contemporană, ca şi în perioadele anterioare, avem state care susţin delimitare şi state care nu o consideră o problemă crucială, deosebirea dintre etapele evoluţiei societăţii internaţionale constă în faptul că unele din state îşi schimbă poziţia în funcţie de interesele manifestate în activităţile derulate în spaţiul cosmic.

---

[1] Dr. Gbenga Oduntan, Lecturer, University of Kent, *The never ending dispute: Legal Theories on the Spaţial Demarcation Boundary Plane between Airspace and Outer Space,* Hertfordshire Law Journal, 1(2), p. 64 şi urm.

[2],, *A new look on the Delimitation of Airspace and Outer Space*", 50th Sessions of the UNCOPUOS Legal Subcommitte IISL/ECSL Space Law Symposium, Vienna, 28 March 2011; Dr.Gbenga Oduntan, op.cit, p. 64 şi urm.

Extinderea categoriilor de activităţi de natură comercială, dar şi de explorare desfăşurate în spaţiul cosmic aduce în discuţie regimul juridic aplicabil acestora. Un exemplu, în acest sens, îl constituie excursiile în spaţiul cosmic sau aşa numitul fenomen al turiştilor spaţiali. După cum se cunoaşte, în anul 2001, un cetăţean american a plătit suma de 20 milioane de dolari în vederea efectuării unei excursii în Staţia Spaţială Internaţională. Recunoaşterea posibilităţii efectuării de excursii de acest tip necesită clarificarea regimului juridic aplicabil, deoarece situaţia diferă de activităţile de acest gen desfăşurate în spaţiul aerian al statelor. În altă ordine de idei, trebuie menţionat faptul că la ora actuală tehnica şi tehnologia existentă a creat posibilitatea construirii unui aparat de zbor capabil să zboare la altitudini mai mari de 100 km deasupra nivelului mării, care nu intră în categoria navelor spaţiale, dar care poate fi utilizat cu succes în zboruri comerciale suborbitale.[1]

În concluzie, putem susţine că discuţiile privind delimitarea dintre spaţiul aerian şi spaţiul extraatmosferic vor continua în funcţie de evoluţiile înregistrate în domeniu, iar susţinerea stabilirii unei delimitări va fi tot mai justificată, având în vedere extinderea activităţilor spaţiale şi apropierea pe care tehnica o realizează între cele două spaţii.[2]

După cum am văzut, una dintre activităţile promovate are ca obiectiv principal călătoriile în spaţiul cosmic, călătorii care oferă posibilitatea persoanelor private de a avea acces la un spaţiu necunoscut, în totalitate, încă. Prin urmare, zborurile suborbitale turistice s-au deschis publicului larg. Promovarea turismului spaţial pune sub semnul întrebării actualitatea instrumentelor juridice internaţionale, în mod special, a principiilor aplicabile activităţilor în spaţiul cosmic. Aspectele legale care pot fi avute în vedere privesc: stabilirea entităţilor care vor avea dreptul să desfăşoare astfel de activităţi, caracteristicile pe care trebuie să le prezinte vehiculul spaţial destinat călătoriilor, condiţii de deplasare şi de asigurare a securităţii şi siguranţei deplasării. Deja, literatura de specialitate acordă atenţie acestor aspecte, analizând contractele destinate desfăşurării turismului spaţial şi şi conţinutul clauzelor acestora.[3] Deşi la început, turismul spaţial este privit ca o activitate viitoare eficientă prezentând avantaje atât pentru turistul spaţial, cât şi pentru entităţile prestatoare de servicii spaţiale.[4]

Asigurarea siguranţei şi securităţii activităţilor spaţiale aduce în discuţie problema deşeurilor spaţiale. Încă din anul 1999, Comitetul pentru utilizarea paşnică a spaţiului cosmic a prezentat un raport tehnic arătând că prezenţa deşeurilor în spaţiu determină un risc major care trebuie eliminat, mai ales în contextul intensificării activităţilor spaţiale. Dispoziţiile privind răspunderea pentru daunele cauzate de obiectele lansate în spaţiu, prezente atât în Tratatul spaţial, cât şi în Convenţia privind răspunderea îşi pot dovedi eficienţa şi în cazul deşeurilor spaţiale.

Teledetecţia şi telecomunicaţiile prin sateliţi sunt activităţi care, deşi beneficiază de un număr de principii promovate prin rezoluţii ale Adunării Generale O.N.U., totuşi determină aspecte neclarificate încă. De exemplu, în cazul teledetecţiei, culegerea,

---

[1] Isabella Henrietta Philepina Diederiks- Verschoor, Vladimir Kopal, *An Introduction to Space Law*, Kluwer Law International BV, The Netherlands, 2008, p. 19, Dumitra Popescu, Felicia Maxim, op.cit, 2012, p. 16.

[2] Ion Diaconu, *Manual de drept internaţional public*, Editura Lumina Lex, Bucureşti, 2007, p. 264. Dumitra Popescu, Felicia Maxim, *op. cit.*, 2012, p. 16.

[3] Michael Chatzipanagiotis, *Forum-Selection Clauses în Suborbital Space Tourism în* „ New Perspectives on Space Law", *op. cit.*, p. 160.

[4] Steven Freeland, „*Fly me to the Moon:How Will International Law Cope with Commercial Space Tourism*?", Melbourne Journal of Internaţional Law.

stocarea, procesarea şi interpretarea datelor sunt procese care implică cadrul legal internaţional, dar şi cadrul legal naţional. Important de reţinut este faptul că legislaţia internă trebuie să ia în considerare prevederile tratatelor internaţionale şi să asigure siguranţa datelor stocate, astfel încât acestea să nu fie utilizate în detrimentul statelor supuse teledetecţiei.

Prin urmare, regimul juridic aplicabil trebuie studiat şi interpretat avându-se în vedere noile aspecte identificate în cadrul lucrărilor desfăşurate sub egida entităţilor constituite la nivel internaţional cu atribuţii în dreptul spaţial. În Programul O.N.U. privind Aplicaţiile Spaţiale s-a subliniat că domeniile prioritare ale programului sunt: monitorizarea mediului, managementul resurselor naturale, sănătatea globală, managementul dezastrelor, sistemul de navigaţie globală prin sateliţi, schimbările climatice, dreptul spaţial, susţinerea dezvoltării ştiinţei şi tehnologiei spaţiale. Succesul implementării măsurilor preconizate nu se poate obţine decât pe baza unei cooperări internaţionale şi regionale între state, organizaţii internaţionale guvernamentale, dar şi neguvernamentale

Concluzii

Deşi preocupări asupra modului în care poate fi explorat şi utilizat spaţiul cosmic, Luna şi celelalte corpuri cereşti s-au manifestat încă din anii 1950, concretizându-se în adoptarea unui număr considerabil de norme cu valoare juridică obligatorie şi de recomandare, cercetările desfăşurate au demonstrat că spaţiul cosmic constituie o arie cu perspective necunoscute încă, ceea ce îl poate califica ca fiind un domeniu relativ nou pentru societatea internaţională. Prin urmare, dezbaterile în ceea ce priveşte delimitarea spaţiului aerian supus suveranităţii statului de spaţiul cosmic, studiul aspectelor determinate de desfăşurarea activităţilor comerciale spaţiale vor continua să existe, atâta timp cât vor exista necunoscute şi dorinţa omenirii de explorarea şi exploatare a unor zone care să ofere noi resurse.

Bibliografie

1. **Atsuyo Ito**, *Legal Aspects of Satellite Remote Sensing,* Martinus Nijhoff Publishers, 2011;
2. **Diaconu Ion**, *Tratat de drept internaţional public*, vol.II, Editura Lumina Lex, Bucureşti, 2003;
3. **Diaconu Ion**, *Manual de drept internaţional public,* Editura Lumina Lex, Bucureşti, 2007;
4. **Diederiks-Verschoor I.H.Ph.**, *An Introduction to Space Law*, Second Revised Edition, Kluwer Law International, 1999;
5. **Diederiks-Verschoor I.H.Ph.**, *An Introduction to Space Law*, Kluwer Law International, 2008;
6. **Doyle E.Stephen**, *A Concise History of Space Law 1910-2009* în New Perspectives on Space Law, Edited by Mark J.Sundahl, V.Gopalakrishnan, publicat de Institutul Internaţional de Drept Spaţial, 2011;
7. **Geamănu Grigore**, *Drept internaţional public*, vol.I, Editura Didactică şi Pedagogică, Bucureşti, 1981;
8. **Lyall Francis, Larsen B.Paul**, *Space law A Treatise*, Ashgate Publishing, Ltd., 2009;

9. **Popescu Dumitra, Maxim Felicia**, *Drept internaţional public,* vol.I, Editura Renaissance, Bucureşti, 2011;

10. **Popescu Dumitra, Maxim Felicia**, *Drept internaţional public-Curs universitar*, vol.II, Editura Lumina Lex, Bucureşti, 2012;

11. **Stelian Scăunaş**, *Drept internaţional public*, Ediţia 2, Editura C.H. BECK, Bucureşti, 2007;

12. United Nations Treaties and Principles on outer Space, Declaration of Legal Principles Governing the Activities of States în the Exploration and Use of Outer Space, Rezolution adopted by General Assembly 1962 (XVIII) United Nations, New York, 2002.

Politici europene de formare profesională a personalului didactic

Andreea ***RÎPEANU***[*]

Abstract: *Formarea profesională este considerată un drept, dar în acelaşi timp, ea reprezintă şi o îndatorire a salariaţilor. Ea prezintă o importanţă deosebită, fiind tratată cu foarte multă seriozitate nu numai în documentele interne specifice personalului didactic, dar şi în cele internaţionale. Toate politicile europene care determină accesul la pregătirea pentru activitatea profesională se bazează pe necesitatea de a asigura societatea cu cadre didactice care posedă calităţi necesare etice şi intelectuale şi dispun de cunoştinţele şi aptitudinile profesionale necesare.*

Cuvinte cheie: Politici europene, personal didactic, formare profesională

1. Politici europene de formare a personalului didactic

Pornind de la principiul exprimat la art. 15 din *Carta drepturilor fundamentale*, conform căruia, *orice persoană are dreptul la educaţie şi la accesul la formare profesională şi formare continuă*[1], educaţia şi formarea profesională fac obiectul unei analize riguroase din partea Consiliului şi a Comisiei Europene.

În acest context, toate politicile europene[2] care determină accesul la pregătirea pentru activitatea profesională[3] se bazează pe necesitatea de a asigura societatea cu cadre didactice care posedă calităţi necesare etice şi intelectuale şi dispun de cunoştinţele şi aptitudinile profesionale necesare.

Formarea cadrelor didactice constituie o componentă fundamentală a procesului de redefinire culturală a Europei contemporane.

În consecinţă, Consiliul şi Comisia au adoptat un program de lucru pe 10 ani, intitulat *Educaţie şi formare 2010* (2002/C 142/01). Obiectivele acestuia sunt, printre altele, îmbunătăţirea calităţii sistemelor de educaţie şi accesul la educaţie pentru toţi,

---

[*] Conf.univ.dr., Universitatea Ecologică din Bucureşti, Facultatea de Drept şi Ştiinţe Administrative.

[1] http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2012:326:0391:0407:RO:PDF, Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, *Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene* (2012/C 326/02).

[2] Spre exemplu, politica de cercetare pune accent pe îmbunătăţirea predării ştiinţelor la toate nivelurile de învăţământ din Uniune. Un grup la nivel înalt prezidat de Michel Rocard, deputat european, a examinat actualele iniţiative comunitare şi naţionale, de ordin inovator în domeniul învăţământului ştiinţific (raportul lor poate fi consultat la adresa http://ec.europa.eu/research/science-society/index.cmf?fuseaction=public.topic&id=1100&lang=, şi preconizează adoptarea unor noi metode de formare ştiinţifică, diferită radical de metodele pedagogice tradiţionale).

[3] Uniunea Europeană şi-a propus să stabilească un cadru comun privind educarea şi formarea profesorilor, pornind de la premisele că: profesorii joacă un rol important în ajutorarea oamenilor de a-şi dezvolta talentele şi de a-şi pune în valoare potenţialul de creşteri şi bunăstare personală, şi în a-i sprijini să dobândească o gamă largă de cunoştinţe şi competenţe de care vor avea nevoie ca cetăţeni şi ca muncitori.

precum şi deschiderea sistemelor de educaţie pentru oamenii din întreaga lume. Programul constituie un cadru strategic nou şi coerent, care integrează toate acţiunile din domeniul educaţiei şi formării profesionale de pe plan european. El va fi aplicat în practică prin metoda deschisă de coordonare, prin intermediul căreia se stabilesc obiective comune care vor fi transpuse în politicile naţionale.

Îmbunătăţirile viitoare ale nivelului general de pregătire şi ritmul progreselor în îndeplinirea obiectivelor comune ale programului de lucru *Educaţie şi formare 2010*[1] au fost facilitate de experienţa unor sisteme eficiente de pregătire a cadrelor didactice.[2]

În *Raportul privind îmbunătăţirea calităţii formării profesorilor* din anul 2007, Consiliul şi Comisia au prezentat un program de lucru detaliat privind obiectivele sistemelor de educaţie şi formare profesională, şi anume: *creşterea calităţii şi eficienţei sistemelor educaţionale şi de formare profesională în Uniunea Europeană; îmbunătăţirea educaţiei şi formării cadrelor didactice şi formatorilor.*

De asemenea, Comisia crede că toţi profesorii vor avea de câştigat dacă: sunt încurajaţi şi sprijiniţi de-a lungul carierei să îşi extindă şi să îşi aprofundeze competenţele prin mijloace formale, informale şi nonformale şi li se recunosc oficial studiile relevante; au acces la perfecţionarea profesională continuă prin schimburi şi stagii; au posibilitatea şi timpul să studieze pentru a obţine calificări suplimentare, şi participă la studii şi cercetări la nivel de învăţământ superior; se încurajează promovarea instaurării unor parteneriate creative între instituţiile în care lucrează profesorii, instituţiile de învăţământ şi cercetare de nivel superior şi alte agenţii, în vederea sprijinirii activităţilor de formare şi a stagiilor practice de înaltă calitate şi să dezvolte reţele de inovaţii la nivel local şi regional.

Reformele sistemelor de învăţământ (superior) în Europa şi la nivel global privind instruirea învăţătorilor, sunt o necesitate stabilită de lumea rapid schimbătoare dar şi un parteneriat şi privesc: lărgirea accesului la studii (terţiare); progresul "societăţii bazate pe cunoştinţă"; internaţionalizarea studiilor (superioare); mobilitatea, cooperarea, concurenţa, interdependenţa.[3]

Ţările Uniunii Europene, în cadrul agendei *Obiectivele 2010*, acordă atenţie dezvoltării pregătirii profesionale şi instruirii învăţătorilor: nu doar pregătirii profesionale iniţiale a învăţătorilor la universităţi şi colegii, dar şi instruirii la locul de muncă şi dezvoltării parteneriatului cu şcolile. Investiţiile în formarea cadrelor didactice şi a formatorilor şi consolidarea conducerii instituţiilor de învăţământ şi formare sunt de o importanţă capitală pentru îmbunătăţirea eficienţei sistemelor de educaţie şi formare.[4]

---

[1] A se vedea *Educaţie şi formare – 2010 - Îmbunătăţirea pregătirii şi formării cadrelor didactice şi a formatorilor*, Consiliul Europei, 2006 şi *Comunicarea Comisiei către Consiliu şi către Parlamentul European privind îmbunătăţirea calităţii formării profesorilor*, Bruxelles, 2007, (http://ec.europa.eu/education/policies/2010/doc/jir_council_final.pdf).

[2] Concluziile Consiliului Europei şi ale reprezentanţilor guvernelor statelor membre, privind îmbunătăţirea calităţii pregătirii cadrelor didactice, reunirea Consiliului, 15 noiembrie 2007.

[3] În 2005 a fost organizată o conferinţă a Uniunii Europene la Bruxelles pentru a verifica agenda de lucru, înaintea adoptării formale a **Competenţelor şi Calificărilor Învăţătorilor** în cadrul structurilor politice ale Uniunii Europene (2006). Concluzia adoptată în cadrul acestei conferinţe a fost că schimbul de practici bune şi cooperarea dintre ţări este necesară în ziua de astăzi.

[4] *Raportul intermediar comun al Consiliului şi al Comisiei*, Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, 79, 2006, p. 1.

Deoarece în Europa există o varietate incredibilă de tradiţii şi sisteme pentru pregătirea profesională şi instruirea învăţătorilor[1], accentul urmează să fie pus pe modernizarea metodelor şi abordărilor studierii, predării şi evaluării, inclusiv pe măsurile ce asigură calitatea internă[2].

În baza cercetărilor care au demonstrat că, pregătirea profesorilor este corelată semnificativ şi pozitiv cu rezultatele elevilor[3] şi că acest lucru este determinantul intraşcolar cel mai important al acestor rezultate[4], *Comunicarea Comisiei către Consiliu şi către Parlamentul European, privind îmbunătăţirea calităţii formării profesorilor*, adoptată la Bruxelles, în 2007[5], propune statelor membre anumite orientări generale pentru dezvoltarea de politici şi practici: asigurarea accesului tuturor cadrelor didactice la cunoştinţele, comportamentele şi competenţele pedagogice pe care aceştia le solicită pentru a fi eficienţi; asigurarea coordonării, coerenţei şi resurselor adecvate pentru formarea şi dezvoltarea profesională a cadrelor didactice; promovarea unei culturi a

---

[1] A se vedea declaraţia lui Ján Figel', comisarul european pentru educaţie, formare, tineret şi cultură, care a declarat că: *un nivel mai bun de predare şi de învăţare este deosebit de important pentru competitivitatea Uniunii Europene pe termen lung, întrucât o forţă de muncă cu o înaltă pregătire este o forţă de muncă mai eficientă. Consider că este necesar să asigurăm faptul că Uniunea Europeană dispune de cadre didactice de o înaltă calitate dacă vrem ca reformele în domeniul educaţiei din statele membre să fie o reuşită,* Întrunirea Comisiei Europene, Bruxelles, 6 august 2007.

[2] Încă din anul 2004, Comisia Europeană a început să elaboreze un document special cu privire la competenţele şi calificările pentru pedagogi şi formatori. Proiectul documentului accentuează rolul şi importanţa calităţii pregătirii profesionale a învăţătorilor şi formatorilor în contextul strategiei Uniunii Europene de la Lisabona. Pregătirea profesională şi instruirea învăţătorilor şi formatorilor – de asemenea în cooperare cu facultăţile şi şcolile – a fost confirmată în calitate de factori cheie pentru intrare în societatea bazată pe cunoştinţe. Cu această ocazie, Comisia Europeană propune îmbunătăţirea calităţii formării cadrelor didactice în Uniunea Europeană. Premisa a constituit-o faptul că, un nivel ridicat de predare constituie o condiţie preliminară pentru a asigura un sistem de educaţie şi de formare de înaltă calitate, care reprezintă, la rândul său, un factor hotărâtor puternic pentru competitivitatea Europei pe termen lung, precum şi pentru capacitatea acesteia de a crea mai multe locuri de muncă şi de a genera creştere. În cazul în care sunt adoptate de statele membre, propunerile asupra cărora s-a convenit, vor garanta că Uniunea Europeană deţine o forţă de muncă cu un nivel ridicat de pregătire necesară pentru a face faţă presiunii secolului XXI. În vederea pregătirii elevilor pentru societatea Uniunii Europeană din ce în ce mai mult bazată pe cunoaştere, cadrelor didactice li se solicită să dezvolte elevilor o nouă serie de abilităţi, ceea ce necesită adesea noi metode de predare. În plus, există o cerere crescândă pentru profesori de a preda în clase care au elevi de culturi şi limbi materne diverse, cu niveluri diferite de competenţe şi de nevoi speciale. Totuşi, numeroase cadre didactice afirmă că nu sunt obişnuite cu folosirea noilor tehnologii în sălile de clasă. Pe lângă acestea, analiza realizată de Comisia Europeană arată că adesea sistemele actuale de instruire şi formare pentru cadrele didactice din statele membre nu reuşesc să ofere cadrelor didactice formarea necesară. De fapt, în unele state membre, există un nivel scăzut de coordonare sistematică între diversele elemente ale procesului de formare a profesorilor. Acest lucru duce la lipsa de coerenţă şi de continuitate, în special între formarea profesională iniţială a cadrelor didactice şi perioada ulterioară de integrare la serviciu, precum şi între instruirea la locul de muncă şi dezvoltarea profesională.

[3] A se vedea de exemplu, Darling Hammond et al 2005, Does teacher preparation matter? Evidence about teacher certification, Teach for America, and teacher effectiveness. Education Policy Analysis Archives, 13(42)16-17,20.

[4] Rivkin, Hanushek and Kain, 2000; Hanushek, Kain and Rivkin, 2005, „Teachers, Schools and Academic Achievement".

[5] Defineşte un *cadru comun pentru politicile destinate să îmbunătăţească calitatea formării cadrelor didactice.* Acest document răspunde la o solicitare formulată în anul 2004 în *Raportul* comun al Consiliului şi al Comisiei privind progresul înregistrat în îndeplinirea obiectivelor de la Lisabona în domeniile educaţiei şi instruirii, şi anume *dezvoltarea unei serii de principii comune la nivel European pentru îmbunătăţirea competenţelor şi calificărilor cadrelor didactice şi instructorilor*.

practicii reflexive şi a cercetării în rândul cadrelor didactice; promovarea statutului şi recunoaşterii profesiei de cadru didactic; sprijinirea profesionalizării învăţământului.

Alte studii[1] au pus în evidenţă existenţa unor relaţii pozitive între formarea continuă a profesorilor şi rezultatele elevilor şi „sugerează că un program de formare la locul de muncă... îmbunătăţeşte performanţele copiilor... şi că formarea profesorilor poate fi un mijloc mai ieftin de obţinere a unor note mai bune la examene decât reducerea dimensiunii claselor sau adăugarea unor ore suplimentare".

Este important să se facă din învăţământ o profesie atractivă în vederea recrutării celor mai buni candidaţi şi să fie încurajate schimbările de carieră în favoarea învăţământului. Contrar cu ceea ce s-a putut observa în numeroase state membre, va fi din ce în ce mai necesar de a convinge profesorii experimentaţi să rămână în cadrul profesiei decât să se pensioneze devreme, ceea ce poate duce la creşterea nevoilor de perfecţionare şi de sprijin profesional.

Consiliul European (2007) a hotărât în unanimitate că *scopul formării profesionale a personalului didactic ar trebui să fie dezvoltarea cunoştinţelor sale generale şi cultura personală; aptitudinea de a învăţa şi de a educa elevii; înţelegerea principiilor care guvernează stabilirea unor mai bune relaţii umane în interiorul frontierelor naţionale; conştiinţa datoriei care îi incumbă pentru a contribui prin învăţământ la progresul social, cultural şi economic*[2].

Însă, o pregătire profesională corespunzătoare nu este posibilă în condiţiile unui nivel redus al investiţiilor[3]. De aceea, investiţiile în formarea cadrelor didactice şi a formatorilor şi consolidarea conducerii instituţiilor de învăţământ şi formare sunt de o importanţă capitală pentru îmbunătăţirea eficienţei sistemelor de educaţie şi formare.[4]

În *Raportul comun 2012 al Consiliului şi al Comisiei privind punerea în aplicare a cadrului strategic pentru cooperarea europeană în domeniul educaţiei şi formării profesionale* (ET 2020), *Educaţia şi formarea într-o Europă inteligentă, durabilă şi favorabilă incluziunii* (2012/C70/05)[5], în cadrul căruia educaţia şi formarea profesională joacă un rol crucial, mai ales în privinţa orientărilor integrate, al programelor naţionale de reformă ale statelor membre şi al recomandărilor specifice fiecărei ţări. *Strategia Europa 2020* trebuie să pună accentul atât pe măsurile de reformă cu efecte pe termen scurt asupra creşterii, cât şi pe stabilirea unui bun model pe termen mediu. De

---

[1] Angrist and Lavy, 2001, Does Teacher Training Affect Pupil Learning? Evidence from Matched Comparisons în Jerusalem Public Schools http://www.journals.uchigo.edu/JOLE/journal/issues/v19n2/010404/ - fn 1 Journal of Labor Economics, 19, 2, 343-69.

[2] În atingerea acestui scop "toată programa de formare a personalului didactic ar trebui să conţină: studii generale; studiul elementelor fundamentale ale filosofiei, psihologiei, sociologiei aplicate la educaţie, studiul teoriei şi istoriei educaţiei, al educaţiei comparate, al pedagogiei experimentale, al administraţiei şcolare şi al metodelor de învăţare în diverse discipline; studii referitoare la domeniul în care cel interesat are intenţia de a-şi exercita meseria; practică în învăţământ şi în activităţi extraşcolare sub îndrumarea profesorilor calificaţi".

[3] Spre exemplu: instruirea la locul de muncă este obligatorie în numai 11 state membre (Austria, Belgia, Germania, Estonia, Finlanda, Ungaria, Lituania, Letonia, România, Malta, Regatul Unit); în cazul în care există instruire la locul de muncă, în general aceasta însumează mai puţin de 20 de ore pe an şi nu reprezintă niciodată mai mult de cinci zile anual; numai o jumătate din ţările din Europa oferă cadrelor didactice noi o formă sistematică de asistenţă (şi anume cursuri de integrare la locul de muncă, instruire, consiliere) în primii ani de activitate profesorală.

[4] *Raportul intermediar comun al Consiliului şi al Comisiei privind punerea în aplicare a programului de lucru „Educaţie şi formare-2010"*, Bruxelles, 23 februarie 2006.

[5] A se vedea http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2012:070:0009:0018:RO:PDF, Jurnalul Oficial al Uniunii Europene.

aceea, sistemele de educaţie şi formare profesională vor trebui modernizate în vederea consolidării eficienţei şi calităţii lor, dar şi pentru a dota persoanele cu calificările şi competenţele de care au nevoie pentru a se adapta noilor realităţi.

Câteva exemple ilustrative privitoare la sistemele de formare continuă europene pot fi oferite de sistemul francez şi german.

În Franţa[1], cadrul didactic este văzut ca funcţionar al statului, iar statul are o politică ce impune dezvoltarea profesională a funcţionarului său.

Pentru a putea promova în plan social, cadrul didactic este dator să-şi lărgească permanent cultura, în disciplina pe care o predă şi în pedagogie.

În conformitate cu această politică, participarea la programele de formare este cel mai adesea bazată pe voluntariat, chiar există criterii de selecţie pentru cei ce vor să urmeze aceste programe.

Parcurgerea programelor de formare continuă asigură posibilitatea dobândirii unor posturi de răspundere mai mare.

Există şi stagii de formare obligatorie, dar acestea au mai mult, un scop administrativ.

Autorităţile organizatoare ale programele de formare se împart în două categorii: *autorităţi centrale*, reprentate de Ministerul Educaţiei Naţionale, prin Direcţia Şcolii şi Direcţia Liceelor şi Colegiilor, care elaborează anual Planul Naţional de Formare; *autorităţi regionale,* reprezentate de academii şi rectorate, iar pentru învăţământul primar de inspectorate academice regionale.

Ca modalităţi de formare, se disting: acţiuni din proprie iniţiativă ale administraţiei în vederea formării profesionale a administratorilor, realizate prin universităţi de vară, stagii în cadrul Programului Naţional de Formare, sejururi lingvistice de formare prin burse în cadrul Programului European *Lingua*; acţiuni agreate de administraţie în vederea pregătirii examenelor sau concursurilor administrative; acţiuni alese de către formaţi şi formatori în vederea dezvoltării personale, în cadrul cărora se acorda concedii de formare sau concedii speciale.

Toate aceste acţiuni de formare au ca scopuri dezvoltarea legăturii între cercetare şi formare, dezvoltarea de schimburi în interiorul sistemului educaţional.

Evaluarea cadrelor didactice se face diferit în funcţie de caracteristicile programului de formare şi are consecinţe diferite asupra celor interesaţi.

Spre exemplu, stagiile oferite de *universităţile de vară* nu se termină printr-un examen de verificare a cunoştinţelor acumulate şi, prin urmare, aceste stagii nu au repercusiuni directe asupra carierei.

Chiar dacă formarea continuă are un caracter de voluntariat, cadrele didactice sunt motivate să participe deoarece acest lucru are consecinţe asupra evoluţiei lor în carieră.

Susţinerea inovaţiilor pedagogice se realizează în cadrul şcolilor care au o autonomie şi pot implementa uşor diverse programe alternative.

În Germania[2], formarea continuă este atât un drept cât şi o obligaţie.

În acest sens, educatorii particulari au obligaţia să participe la programe de formare continuă.

---

[1] A se vedea Studiul *Mobilitatea profesorilor şi formatorilor,* efectuat la cererea Directoratului General pentru Educaţie şi Cultură, Bruxelles, 2006 (http://ec.europa.eu/education/doc/reports/doc/mobility.pdf).

[2] A se vedea Studiul *Mobilitatea profesorilor şi formatorilor,* efectuat la cererea Directoratului General pentru Educaţie şi Cultură, Bruxelles, 2006 (http://ec.europa.eu/education/doc/reports/doc/mobility.pdf).

Toţi cei care îndeplinesc criteriile de acces, pot participa la programe de formare dacă se consideră că ele sunt utile şi dacă nu împiedică îndeplinirea sarcinilor de serviciu.

În cazul în care programul de formare se suprapune activităţii cadrului didactic, acesta va face o cerere de punere în disponibilitate sau de restrângere a unor atribuţii, fără a-i fi afectate drepturilor salariale.

Cadrul didactic se poate înscrie la programele de formare continuă fie direct, fie indirect, prin directorul şcolii în care îşi desfăşoară activitatea.

O situaţie specială întâlnim în cadrul sistemului preşcolar.

Aceasta, deoarece educaţia preşcolară nu face parte din sistemul educaţional. Această categorie de personal didactic, are un statut de educator recunoscut de stat.

Formarea profesională are două componente: *formarea continuă*, prin care se perfecţionează aptitudinile achiziţionate pe parcursului studiilor, transmiterea de noi competenţe didactice şi lărgirea studiilor psihopedagogice; *formarea complementară*, care constă în aprofundarea materiei predate, adăugarea de noi domenii ariei de cunoaştere a cadrului didactic, posibilitatea de a se califica pentru o sarcină complementară. De aceea, formarea complementară presupune o activitate organizată în module cu mai multe ore săptămânal, completate cu sesiuni grupate[1].

Pentru că Germania este un stat federal, exista trei niveluri de autorităţi responsabile cu programele de formare la nivel central, regional şi local.

Toate componentele formării profesionale, formarea iniţială, formarea continuă şi formarea complementară, intră în atribuţiile ministerului educaţiei al fiecărui land. Fiecare are legi speciale care privesc formarea educatorilor.

Ministerul Educaţiei are obligaţia de a furniza permanent o ofertă de formare continuă.

Fondurile Phare, împrumuturile acordate de Banca Mondială sau sprijinul acordat de agenţi economici, cum ar fi Microsoft, joacă un rol important.

În mod particular, se pare că în ultimii ani, o parte considerabilă a fondurilor Phare a fost pusă la dispoziţia reformelor care vizează învăţarea permanentă.

În privinţa dezvoltării educaţiei şi formării, au fost înfiinţate în ţările europene, *comitete* sau *consilii tripartite*, ca organisme consultative pentru guvern şi/sau ministere[2]. Ele constituie principalul fundament al parteneriatului social în ceea ce priveşte învăţarea permanentă[3].

2. Formarea profesională a personalului didactic din România

Formarea profesională este considerată un drept[4]. Participarea la formarea profesională poate avea loc atât la iniţiativa angajatorului, cât şi la cea a salariatului.[5] Ea pre-

---

[1] Cursurile se desfăşoară în instituţii de învăţământ superior, precum şi, în instituţii abilitate de Ministerul Educaţiei.

[2] Astfel, partenerii sociali sunt formal implicaţi în elaborarea documentelor politice, cum ar fi *Planurile naţionale de acţiune pentru ocuparea forţei de muncă*, documentele de planificare pentru fondurile structurale, programe sau strategii de educaţie.

[3] În plus, unele ţări au înfiinţat recent organisme specializate pentru stimularea investiţiei în învăţarea permanentă, cum ar fi: în Lituania Forumul Naţional pentru Educaţie (2001), în Ungaria: Consiliul Naţional pentru Educaţia Adulţilor (2001); în Cehia: Consiliul Guvernamental pentru Dezvoltarea Resurselor Umane (2002).

[4] Art. 39 lit.g din *Codul muncii,* republicat în *Monitorul Oficial al României*, Partea I, nr. 345 din 18 mai 2011, instituie dreptul la acces la formarea profesională a salariaţilor.

[5] Art. 196 lit.1 din *Codul muncii*.

zintă o importanţă deosebită, fiind tratată cu foarte multă seriozitate nu numai în documentele interne specifice personalului didactic dar şi în cele europene şi internaţionale.

Într-un înţeles strict, *formarea profesională*[1] reprezintă activitatea desfăşurată de o persoană înainte de încadrarea în muncă, în scopul de a dobândi cunoştinţele de cultură generală şi de specialitate, necesare pentru exercitarea unei profesii sau meserii. Într-o asemenea accepţiune, formarea profesională este echivalentă calificării profesionale[2].

Într-un înţeles mai larg, prin *formarea profesională* se înţelege şi perfecţionarea acestei pregătiri, adică dobândirea de cunoştinţe noi.

Într-o interpretare proprie, ea este cheia succesului unui adevărat cadru didactic.

Legea educaţiei naţionale nr. 1/2011[3] a introdus conceptul *învăţarea pe tot parcursul vieţii*, care include totalitatea activităţilor de învăţare realizate de fiecare persoană, începând cu educaţia timpurie, în scopul dobândirii de cunoştinţe, formării de deprinderi/abilităţi şi dezvoltării de aptitudini semnificative din perspectivă personală, civică, socială şi/sau ocupaţională (art. 13 alin. 2), învăţământul preuniversitar, învăţământul superior, educaţia şi formarea profesională continuă[4] a adulţilor (art. 328 alin. 3).

Formarea profesională este un proces, care are două faze: prima se derulează în timpul şcolarizării, în cadrul sistemului naţional de învăţământ, conform prevederilor *Legii educaţiei naţionale nr. 1/2011*, iar cea de-a doua are loc în timpul activităţii profesionale. Această din urmă fază, reglementată de legislaţia muncii prezintă o importanţă deosebită în condiţiile actuale, când procesele tehnologice şi ştiinţifice cunosc o dezvoltare accentuată, ceea ce are ca efect si necesitatea perfecţionării, recalificării, adaptării salariaţilor la noile condiţii de muncă.[5]

Pornind de la principiul conform căruia, finalitatea esenţială a învăţământului este pregătirea pentru muncă şi viaţă, cadrul formării profesionale generale este reglementat de *Legea educaţiei naţionale nr. 1/2011*. Cadrul special, însă al formării profesionale este stabilit de *Codul muncii* (art. 192-210) şi de *Ordonanţa Guvernului nr. 129/2000* privind formarea profesională a adulţilor[6]. În aplicarea prevederilor acestei ordonanţe au fost emise Normele metodologice aprobate prin *Hotărârea Guvernului nr. 522/2003*[7].

---

[1] De precizat este că termenul de *formare* tinde, în vorbirea curentă, să înlocuiască, treptat, pe cel de învăţământ sau educaţie. Folosirea lui este consecinţa evoluţiei politicilor şi practicilor în materie de inserţie şcolară (prelungirea perioadei de învăţare dincolo de adolescenţă). Noţiunea de *formare* face referire la ansamblul cunoştinţelor generale, tehnice şi practice, legate de exercitarea unei meserii, dar şi la comportamente şi atitudini care permit integrarea într-o profesie, şi în general, în ansamblul activităţilor sociale, Alexandru Ţiclea, *Tratat de dreptul muncii*, Editura Universul Juridic, Bucureşti, 2007, p. 253.

[2] A se vedea Sanda Ghimpu, Ion Traian Ştefănescu, Şerban Beligrădeanu, Gheorghe Mohanu, *Dreptul muncii, Tratat*, vol. III, Editura Ştiinţifică şi Enciclopedică, Bucureşti, 1982, p. 389.

[3] Publicată în *Monitorul Oficial al României*, Partea I, nr. 18, din 10 ianuarie 2011.

[4] În acest sens, art. 275 alin.3 din *Legea educaţiei naţionale nr. 1/2011* prevede că personalul didactic de conducere, de îndrumare şi de control, precum şi personalul auxiliar are obligaţia de a participa la activităţi de formare continuă, în condiţiile legii.

[5] A se vedea Ovidiu Ţinca, *Formarea profesională*, în Alexandru Ţiclea, Andrei Popescu, Marioara Ţichindelean, Constantin Tufan, Ovidiu Ţinca, Dreptul muncii, Editura Rosetti, Bucureşti, 2004, p. 291 şi următ.

[6] Republicată în *Monitorul Oficial al României*, Partea I, nr. 711, din 30 septembrie 2002, modificată ulterior.

[7] Publicată în *Monitorul Oficial al României*, Partea I, nr. 346, din 21 mai 2003, modificată prin Hotărârea Guvernului nr. 1829/2004, publicată în *Monitorul Oficial al României*, Partea I, nr. 1054, din 15 noiembrie 2004.

Astfel, potrivit art. 245 alin.1 şi 3 din *Legea educaţiei naţionale nr. 1/2011*, pentru personalul didactic, de conducere îndrumare şi control, formarea continuă este un drept, dar în acelaşi timp şi o obligaţie[1], realizându-se în funcţie de evoluţiile din domeniul educaţiei şi formării profesionale, inclusiv în ceea ce priveşte curriculumul naţional, precum şi în funcţie de interesele şi nevoile personale de dezvoltare. Ea cuprinde dezvoltarea profesională şi evoluţia în carieră.[2] Dezvoltarea profesională a personalului didactic, de îndrumare şi control şi recalificarea profesională sunt fundamentate pe standardele profesionale pentru profesia didactică, standarde de calitate şi competenţe profesionale.[3] Evoluţia în carieră se realizează prin gradul didactic II şi gradul didactic I, examene de certificare a diferitelor niveluri de competenţă.[4]

În ceea ce priveşte formarea continuă în România a fost elaborat documentul cadru privind *sistemul creditelor transferabile*[5] în scopul dinamizării activităţii profesionale, precum şi al utilizării unor criterii profesionale autentice de evoluţie în carieră. De asemenea, au fost completate programele de perfecţionare în sensul implementării unor activităţi specifice (de exemplu, tehnologii educaţionale asistate de calculator) şi au fost reconsiderate programele de specialitate pentru obţinerea gradelor didactice şi a examen elor de definitivat.

3. Concluzii

A fi astăzi cadru didactic într-un spaţiu european al învăţământului, educaţiei şi formării este o adevărată provocare. În acest context, formarea profesională este un proces continuu determinat de progresul societăţii, de dezvoltarea ştiinţei şi tehnicii. Ea constituie o premisă importantă către profesionalizarea carierei didactice.

În opinia noastră, pentru continuarea demersurilor (proces început în 2001) ce conduc spre profesionalizarea carierei didactice în România trebuie îndeplinite o serie de condiţii fundamentale, cum ar fi: valorificarea experienţei, a acumulărilor normative, organizatorice şi curriculare şi nu în ultimul rând a resursei umane care asigură o formare profesionala optimă.

De aceea, considerăm că în România sistemul formării profesionale a personalului didactic se află într-un moment de corelare cu obiectivele Uniunii Europene, în ceea ce priveşte investiţia în resurse umane şi valorificarea acestora în vederea creşterii calităţii.

Exigenţele educaţionale actuale impun configurarea unui model al profesiei didactice, unitar, standardizat, recunoscut în spaţiul european şi internaţional.

Din punctul nostru de vedere, o reformă eficientă în domeniul formării profesionale a personalului didactic din România, care să asigure progresul în carieră, ar trebui să asigure o mai strânsă legătură (corelare) între formarea iniţială şi formarea continuă; cadrul didactic ar trebui să beneficieze de stagii de formare profesională, care să acopere cele şapte domenii de competenţă: *comunicare*, *relaţia şcoală/familie*,

---

[1] În sensul participării periodice la programe de formare continuă, astfel încât să acumuleze la fiecare interval consecutiv de 5 ani, considerat de la data promovării examenului de definitivare în învăţământ, minimum 90 de credite profesionale transferabile (art. 245 alin.6 din *Legea educaţiei naţionale nr. 1/2011*).

[2] Art. 242 alin.1 din *Legea educaţiei naţionale nr. 1/2011.*

[3] Art. 244 alin.5 din *Legea educaţiei naţionale nr. 1/2011.* Art. 242 alin.1 din *Legea educaţiei naţionale nr. 1/2011.*

[4] Art. 242 alin.2 din *Legea educaţiei naţionale nr. 1/2011.*

[5] A se vedea *Ordinul ministrului educaţiei, cercetării şi tineretului nr. 3617* din 16 martie 2005 privind aplicarea generalizată a Sistemului European de Credite Transferabile.

cooperare şi contribuţie în colectivitate, *curriculum*, *formarea copiilor*, *evaluare* şi *dezvoltare profesională*; profesia să fie orientată către standardele de calitate în domeniul formării iniţiale, prin instituţiile de învăţământ superior; profesia să fie plasată în contextul european al dezvoltării profesionale continue/învăţării şi formării pe parcursul întregii vieţi (*lifelong learning*); profesia să fie orientată către mobilitate, atât la nivelul formării iniţiale, cât şi la nivelul formării continue în plan local, regional şi european.

4. Bibliografie

I. ACTE NORMATIVE

1. Legea nr. 53/2003, Codul muncii, republicat şi actualizat.
2. Legea educaţiei naţionale nr. 1/2011.

II. DOCUMENTE INTERNAŢIONALE

1. Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene, 2012
2. Comunicare a Comisiei Europene către Consiliu şi către Parlamentul European privind îmbunătăţirea calităţii formării profesorilor, Bruxelles, 3 august 2007.
3. Concluziile Consiliului Europei şi ale reprezentanţilor guvernelor statelor membre, privind îmbunătăţirea calităţii pregătirii cadrelor didactice, Reunirea Consiliului, 15 noiembrie 2007.
4. Decizia nr. 1999/51 din 21 decembrie 1998 a Consiliului Uniunii Europene privind promovarea unor parcursuri europene de formare profesională.
5. Declaraţia Miniştrilor Europeni ai Educaţiei şi Formării Profesionale şi a Comisiei Europene privind întărirea cooperării europene în domeniul formării profesionale, adoptată în anul 2002 la Copenhaga.
6. Raport privind obligaţiile şi obiectivele strategice pentru sistemele educaţionale şi de formare profesională al Comisiei Europene, în cadrul Consiliului European, Barcelona, 2002.
7. Raportul investigaţiei Centrului pentru Dezvoltare şi Inovare în Educaţie. „Impactul formativ al utilizării A.E.L. în Educaţie”. Bucureşti, 2004.
8. Raportul intermediar comun al Consiliului şi al comisiei privind punerea în aplicare a programului de lucru Educaţie şi formare 2010, 23 februarie 2006.
9. Raportul comun al Consiliului şi al Comisiei privind punerea în aplicare a cadrului strategic pentru cooperarea europeană în domeniul educaţiei şi formării profesionale (ET 2020), Educaţia şi formarea într-o Europă inteligentă, durabilă şi favorabilă incluziunii (2012/C70/05).
10. Studiul Mobilitatea profesorilor şi formatorilor, efectuat la cererea Direcţiei Generale Educaţie şi Cultură, 2006.

III. TRATATE, CURSURI, MONOGRAFII

1. Dicţionarul Explicativ al Limbii Române, Academia Română, Institutul de Lingvistică „Iorgu Iordan”, Editura Univers Enciclopedic, Bucureşti, 1998.
2. **Georoceanu Bogdan**, Formarea continuă a cadrelor didactice prin învăţământ deschis la distanţă, Universitatea din Bucureşti, 2002.
3. **Iucu Romaniţa**, Formarea cadrelor didactice-sisteme, politici, strategii, Editura Humanitas, Bucureşti, 2004.

4. **Iucu Romaniţa**, **Panişoara Ion-Ovidiu**, Formarea personalului didactic, Editura UMC, Bucureşti, 2000.

5. **Ştefănescu Ion Traian**, Tratat de dreptul muncii, Editura Wolters Kluwer, Bucureşti, 2007.

6. **Ţiclea Alexandru**, Tratat de dreptul muncii, Editura Universul juridic, Bucureşti, 2007, 2010, 2011, 2012.

IV. STUDII. ARTICOLE. COMENTARII

1. **Beligrădeanu Şerban**, Evaluarea profesională efectuată de către angajator pe durata executării contractului individual de muncă, în „Dreptul”, nr. 6/2006.

2. **Alexandru**, Formarea profesională, în „Revista română de dreptul muncii” nr. 2/2005.

The European Union and its eastern neighbourhood: building a crucial relationship

Belén Sánchez ***RAMOS****

Abstract: *The European Neighbourhood Policy (ENP) is a fundamental instrument for the relations with the Southern Mediterranean and Eastern Europe. Since its inception în 2004, the ENP has promoted a variety of important initiatives, particularly on the trade and economic front, which have allowed the EU and its neighbours to develop stronger relationships în virtually all policy fields, from energy to education, from transport to research. The ENP is guided by the principles of differentiation and conditionality and universal values as human rights, democracy and the rule of law. This paper will focus on the implementation of the ENP, paying a special attention to the changes of the new European Neighbourhood Policy as a consequence of several factors such as the entry into force of the Lisbon Treaty or the changes în the Southern Mediterranean. în this sense, our main interest will be the strengthening of the bilateral and multilateral cooperation with the Eastern Neighbourhood through the ENP and the Eastern Partnership Summit în Warsaw (29-30 September 2011) that calls for closer political association and deeper economic integration with the EU.*

Key words: *European Neighbourhood Policy, Eastern Partnership, Lisbon Treaty, differentiation, 'more for more'*

I. Introduction

The enlargement of the EU în 2004 and the incorporation of Bulgaria and Romania to the European Club în 2007 placed the UE în a new scenario where old neighbours became members, and the neighbours of its neighbours became direct neighbours, sharing land or sea border. For this new scenario, the UE designed the European Neighbourhood Policy (ENP), considered as a key scope of its external action, with the goal of creating a "circle of friends" and getting closer relations, given that *"cooperation with our neighbours is the only means to take on the challenges and threats that do not respect borders — such as terrorism, irregular migration, pollution of our common seas and rivers. It allows us to tackle sources of instability and conflict în the region"*[1].

Although ENP is a policy designed for sixteen Southern and Eastern European Neighbours countries, we will focus our attention on the Eastern Neighbourhood because, as the European Commission and the High Representative of the European Union for Foreign Affairs and Security Policy have recently stated, *"cooperation between the EU and its Eastern European partners – the Republic of Armenia, the Republic of Azerbaijan, the Republic of Belarus, Georgia, the Republic of Moldova an*

---

* Ph.D. Lecturer, International Public Law, University of Vigo (Spain).

[1] European Commission and High Representative of the Union for Foreign Affairs and Security Policy, Joint Communication to the European Council, the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of Regions *"A Partnership for Democracy and Shared Prosperity with the Southern Mediterranean",* COM (2011) 200 final, Brussels, 8.3.2011, p. 25

Ukraine- is a crucial part of the Union´s external relations. The closer partner countries move towards the EU the greater the opportunity for increasing political, economic and cultural links both with the Union and among the countries themselves"[1]

After the launch of the ENP, three events determine the evolution of the relations with our Eastern Neighbourhood: i) the adoption of the Eastern Partnership, configured as the "eastern window" of the ENP[2]; ii) the enter into force of the Lisbon Treaty, because of its potentials for the development of the ENP; and iii) the Arab Spring impact not only on the South Mediterranean neighbourhood, but also on the neighbourhood în general by means of the strengthening or renewed approach to the basic principles governing the ENP.

In order to study the evolution of the ENP and the development of the Eastern Partnership, the paper is structured as follows. Section II focuses on the implementation of the European Neighbourhood Policy, section III studies the impact of the Arab Spring on the review of European Neighbourhood Policy and the Eastern Partnership and finally, section IV summarizes the main conclusions of the paper.

II. The Implementation of the European Neighbourhood Policy

1. The early Stages

The ENP was created în 2004 as a result of the enlargement of the EU and în order to articulate its relations with its new neighbours[3] – leaving aside the question of adhesion[4] - specifically, Russia, NIS countries and the Southern Mediterranean countries. Eventually, they formed three major groups of countries: 1) the Western NIS countries, namely Belarus, Ukraine and Moldova; 2) the Southern Mediterranean: Algeria, Egypt, Israel, Jordan, Lebanon, Libya, Morocco, the Palestine Authority, Syria

---

[1] European Commission and High Representative of the European Union for Foreign Affairs and Security Policy, Joint Communication to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions *"Eastern Partnership: A Roadmap to the autumn 2013 Summit"*, JOIN (2012) 13final, Brussels, 15.5.2012, p. 1.

[2] *"The participans agree that the Eastern Partnership must be significantly strengthened and commit to stepping up its implementation, with the objective of building a common area of democracy, prosperity, stability and increased interactions and exchanges. They also agree that the achievements and progress of the Eastern Partnership must bring direct and clearly benefits to the citizens of partner countries, and they commit to enhancing their efforts to make the Eastern Partnership visible to all"*, Joint Declaration of the Eastern Partnership Summit, Warsaw, 29-30 September 2011, p. 2.

[3] For a comprehensive perspective on the subject see, MAHNCKE, D; GOSTÖHL, S (eds*): Europe´s Near Abroad. Promises and Prospects of the EU`s Neighbourhood Policy*, College of Europe Studies. Edit. Peter Lang, Germany, 2008; ZAPATER DUQUE, E: "La Unión Europea y la gestión de su entorno próximo: Comentario a la nueva política de vecindad y sus instrumentos", *RGDE*, nº 2, octubre 2003, http:// www.iustel.com;

[4] *"The ENP remains distinct from the question of EU membership and does not prejudge any possible future developments of partner countries´ relationship with the EU"*. Council of the European Union. Conclusions on *Strengthening the European Neighbourhood Policy*, Document 11016/07, Brussels, 19 June 2007.About membership VAN ELSUWEGE points out that *"even though the EU has always carefully asserted that the ENP and the issue of enlargement are disconnected, the option of membership, at least theoretical, for the Eastern neighbours is a key point of differentiation în comparison to the Southern neighbours, which do not have any accession prospect at all"*, VAN ELSUWEGE: "Variable Geometry în the European Neighbourhood Policy. The Principle of Differentation and its consequences", în LANNON, E (ed.): *The European Neighbourhood Policy`s Challenges*, College of Europe Studies, Brussels, 2012, p. 61

and Tunisia and; 3) the Southern Caucasus: Armenia, Azerbaijan and Georgia; although this latter group of countries was not initially destined for inclusion în the ENP, it would later be included as a result of the Rose Revolution. A simple glance at these sixteen countries, potential beneficiaries of the ENP, brings to the fore a highly complex situation consisting of a group of extremely heterogeneous partners with vastly differing degrees of political and economic development, although it is equally true that they all share a number of outstanding issues, including democracy, respect for human rights and rule of law[1]. However, this heterogeneity can easily be assimilated within the development of this policy thanks to one of its key cohesion factors: differentiation.

The ultimate aim of the ENP is to create a "*circle of friends"* [2] or a *"ring of countries"* [3] with which it can maintain close and peaceful relations based on cooperation, providing them with the opportunity of taking part în the EU's domestic markets and enhancing the opportunities for integration and liberalisation aimed at boosting the free circulation of persons, goods, services and capital[4] în order to strengthen the stability, security and wellbeing for all those parties involved. Given that the EU has already established relations with these countries – albeit to widely differing degrees, as we shall see later –, the ENP is not presented as a single policy but is instead based on a series of shared values: the right of law, good governance, respect for human rights – including the rights of minority groups –, the promotion of good neighbourhood relations, as well as the principles of the market economy and sustainable development[5], whereby the particular characteristics of each partner shall be taken into consideration[6]. Initially, this policy will hinge on two basic principles: differentiation and progressivity. Indeed, as the European Commission has highlighted *"there are as many possible answers as partner countries, and these vary în accordance with the political situation of each partner, their degree of ambition with regard to the European Union, their programmes for reform and their achievements, as well as their level of socio-economic development"*[7]. It could therefore be claimed that the ENP is articulated as an association for reform that offers "*more for more*"[8]. These principles of

---

[1] Communication from the Commission to the Council and the European Parliament *"Wider Europe-Neighbourhood: A new framework for relations with our Eastern and Southern Neighbours"*, COM (2003) 104 final, Brussels, 11.3.2003, p. 7.

[2] COM (2003) 104 final.

[3] *"(...) ring of countries, sharing the EU`s fundamental values and objectives, drawn into an increasingly close relationship, going beyond co-operation to involve a significant measure of economic and political integration" Communication from the Commission"European Neighbourhood Policy. Strategy Paper",* COM (2004) 373final, p. 5.

[4] COM (2003) 104 final.

[5] COM (2004) 373 final, p. 3.

[6] The European Commission pointed out that *"the point of departure e for the Action Plans is a common set of issues, which correspond with the ENP's objectives. However the drawing up of an Action Plan and the priorities agreed with each partner will depend on its particular circumstances. These differ with respect to geographic location, the political and economic situation, relations with the European Union and with neighbouring countries, reform programmes, where applicable, needs and capacities, as well as perceived interests în the context of the ENP. Thus the Action Plans with each partner will be differentiated."* COM (2004) 373final, p. 9.

[7]Communication from the Commission to the European Parliament and the Council *"A Strong European Neighbourhood Policy"* COM (2007) 774 final, Brussels, 5.12.2007.

[8] *"The ENP is a partnership for reform that offers "more for more": the more deeply a partner engages with the Union, the more fully the Union can respond, politically, economically and through financial and technical cooperation. As the partnerships develop, within the common ENP framework,*

differentiation and progressivity have essentially taken the form of relations with the various ENP beneficiary countries, the most outstanding of which is undoubtedly Morocco, which în October 2008 was the first country to enjoy "*Advanced status"*. It was followed by Jordan, who was awarded the same status în 2010[1]. This shift towards greater involvement can also be seen în a number of Eastern Neighbourhood countries such as Georgia, Moldova or Armenia. We are therefore witnessing a bilateral and differentiated approach based on political will and each country's specific capacity[2].

As for the ENP's specific objectives, as mentioned earlier, these are based on the creation of a prosperous and stable region în order to secure greater economic development, stability and good governance, and ultimately, an open and integrated pan-European market[3]. These general objectives[4] can be broken down into eleven specific actions: 1) the expansion of the domestic market and regulatory structures; 2) the creation of preferential trade relations and opening up of the market; 3) actions relating to legal migration and the circulation of people; 4) heightened cooperation în the prevention and joint efforts to tackle security threats; 5) greater political intervention by the EU în terms of conflict prevention and crisis management; 6) greater support to boost respect for human rights, cultural cooperation and mutual understanding; 7) integration into transport, energy and telecommunication networks and into the European research space; 8) the design of new instruments to boost and protect investments; 9) support for their inclusion în the world trade system; 10) greater aid, more closely tailored to their needs; 11) the creation of new sources of financing.

These general objectives are developed through a key instrument: the Action Plans[5], whose most outstanding feature lies în the shared influence between the EU and the beneficiary states during the negotiation process and their individualised and flexible nature, given that they are tailored to the requirements of each partner[6]. As a result, these Action Plans lay the foundations for the start of the ENP with our neighbours.

---

the policy's operation is becoming increasingly differentiated" COM (2007) 774 final, p. 1. See also, Communication from the Commission to the European Parliament and the Council "*Taking stock of the European Neighbourhood Policy"* COM (2010) 207final, Brussels, 15.2.2010 and COM (2011) 200 final.

[1] See European Commission*, Proposal for a Council Decision of on the position to be adopted by the European Union and its Member States within the Association Council established by the Euro-Mediterranean Agreement establishing an association between the European Communities and their Member States, of the one part, and the Hashemite Kingdom of Jordan, of the other part, with regard to the adoption of a Recommendation on the implementation of the EU-Jordan ENP Action Plan*, COM (2011) 153final, Brussels, 19.4.2011, p. 7.

[2] *"Toute la difficulté est de couvrir á travers une politique unique un ensemble de pays et de régions très variés. En 2003, et moins clairement en 2006, la Commission a reconnu le principe de "différenciation » dans le traitement des pays voisins. Mais il n´est pas aisé de concilier ce principe avec la consolidation d´un cadre unique et stable pour le voisinage »*, LEFEBVRE, M : « La Politique de Voisinage : nouveau départ pour une ambition géopolitique », *Revue de Marché Commun et de l´Union Européenne*, nº 504, janvier, 2007, p. 24.

[3] COM (2003) 104 final, p. 10.

[4] COM (2003) 104 final, p. 9.

[5] Nowadays, four countries still don´t have Action Plans: Algeria, Libya, Syria and Belarus.

[6] *"Action Plans reflect the specific needs, capacities and reform commitments of each of the partner countries, allowing for nuanced, tailor-made, relations between the EU and each of the partner countries"*, European Commission and High Representative of the Union for Foreign Affairs and Security Policy, Joint Communication to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of Regions *"European Neighbourhood Policy: Working towards a Stronger Partnership"*, JOIN (2013) 4 final, Brussels, 20.3.2013, p. 6.

Consequently, în our Eastern Neighbourhood, the Plans of Action with Ukraine and Moldova were adopted în 2005 whilst în the case of the Southern Caucasus they got underway în 2006. These Plans of Action are currently being replaced by the Association Agendas as a result of the negotiation of new Association Agreements (AA). The Association Agenda with Ukraine was adopted în 2009[1] and is currently being updated[2], whilst negotiations are underway with Moldova, Armenia and Georgia[3].

However, we must not lose sight of the fact that the essential prerequisite for the adoption of an Action Plan, and therefore for the development of the ENP, is the prior existence of bilateral relations, reflected în association or cooperation agreements which, as we shall see, are occasionally complemented with a regional approach. Yet despite this, and as a result of what could be termed a series of concentric circles, the ENP, as the European Commission has hastened to remind us, is not a substitute for conventional relations, but instead a means of deepening and furthering these relations[4]. în this sense, and seen from a bilateral perspective, it should be pointed out that the EU had already established relations with the majority of the ENP countries, which took the form either of association agreements entered into with the Mediterranean States[5] – with the exception of Libya, with whom negotiations for the creation of a framework agreement got underway în 2008 but were halted as a result of the Arab Spring[6] –, or cooperation and collaboration agreements with the countries of the Southern Caucasus[7] and Western NIS[8] – with the exception of Belarus[9]-. These agreements are therefore essential for the foundations of the ENP and ultimately represent the key that will unlock access to it. As we will see în section III of this paper, the EU has now concluded negotiations or is negotiating a new generation of Association Agreements with all the countries în our Eastern Neighbourhood, with the exception of Belarus.

Within this set of concentric circles, the EU has also highlighted the importance of the ENP not only for bilateral relations, but also for regional integration[10]. Of particular importance în this sense is the Barcelona Process or the Euro-Mediterranean Partner-

---

[1] The Association Agenda was adopted by the EU- Ukraine Cooperation Council on 23 November, 2009 and entered into effect on 24 November, 2009, http://ec.europa.eu/external_relations/ukraine/index_en.htm.

[2] JOIN (2013) 4 final, p. 6.

[3] JOIN (2013) 4 final, p. 6.

[4] COM (2004) 373 final, p. 9 y 10.

[5] Accord euro-méditerranéen établissant une association entre les Communautés Européennes et leurs états membres et le Royaume du Maroc (OJ L70, 18. 3.2000); Tunisia (OJ L97, 30.3.2000); Egypt (OJ L304, 30.9.2004); Algeria (OJ L 65, 10.10.2005); Israel (OJ L147, 21.6.2000); Lebanon (OJ L143, 30.5.2006); Jordan (OJ L129, 15.5.2002); Euro-Mediterranean Interim Association Agreement on trade and cooperation between Acuerdo Euromediterráneo interino de asociación en materia de comercio y cooperación entre la Comunidad the European Community, of the one part, and the Palestine Liberation Organization (PLO) for the benefit of the Palestinian Authority of the West Bank and the Gaza Strip, of the other part (OJ L187, 16.7.1997).

[6] See IP/08/1687, 12 November 2008.

[7] Partnership and Cooperation Agreement between the European Communities and their Member States, of the one part, and the Republic of Armenia (OJ L239, 9.9.1999); Azerbaijan (OJ L46, 17.9.1999); Georgia (OJ L 205, 4.8 1999).

[8] Partnership and Cooperation Agreement between the European Communities and their Member States, of the one part, and the Republic of Moldova, of the other part (OJ L81, 24.6.1998); with Ukraine (OJ L49, 19.2.1998).

[9] See Declaration on the situation în Belerus adopted on the occasion of the Eastern Partnership Summit, Varsaw on 30 September 2011 and SWD(2013) 85 final.

[10] European Parlament, doc. P6_TA(2006)0028.

ship, which the EU has termed a *cornerstone* due to its interaction with its southern neighbours, and which targets non-EU Mediterranean states. This process got underway în 1995 and has been reinforced on two occasions: the first în November 2005 with the adoption of a five year work plan[1]; and the second, în July 2008, with the setting up of the '*Barcelona Process: Union for the Mediterranean*'[2] designed to deepen and consolidate relations between the EU and Euro-Mediterranean countries, based on the principles that inspired the Barcelona Declaration for the creation of a space based on peace, safety and prosperity. Furthermore, and as included în the Paris Declaration, it must be stressed that this new move forward în relations with Euro-Mediterranean nations does not replace the bilateral agreements entered into with these countries or the ENP Action Plans but should instead be considered a complement to existing actions[3].

2. The Eastern Partnership

Five years after the creation of the ENP, the Prague Summit în May 2009 launched the Eastern Partnership (EaP) which convened our six Eastern European neighbours, the Western NIS and Southern Caucasus countries and all EU member states. What should be considered here is the reasoning behind the setting up of the EaP if the EU had already established relations with practically all these countries – with the exception of Belarus, as we saw earlier, – articulated through association and cooperation agreements and the implementation of the ENP. The answer lies în the importance of the regional dimension of the ENP, whereby the formula developed with our Southern Mediterranean neighbours was 'copied' for our eastern neighbours. Through this regional approach, which was effectively 'accelerated' as a result of the military conflict that broke out between Russia and Georgia în 2008, the EU ultimately aims to draw attention to its interest în the region, and "*aims to foster regional cooperation and to develop regional synergies and responses to the specific geographic, economic and social problems of this region"*[4].

The *Joint Declaration of the Prague Eastern Partnership Summit*[5] states the principles on which this initiative is articulated, stating that *"the EaP is launched as a common endeavour of the Member States of the European Union and their Eastern European Partners (hereinafter the partner countries), founded on mutual interests and commitments as well as on shared ownership and responsibility. It will be developed jointly, în a fully transparent manner. The participants of the Prague Summit agree that the Eastern Partnership will be based on commitments to the principles of international*

---

[1] Communication de la Commission au Conseil et au Parlament Européen. *Dixième anniversaire du partenariat euro-mediteraaréen: un programme de travail pour relever les defis des cinq prochaines anness, Bruselas*, 14 de abril de 2005.

[2] Declaration commune du sommet de Paris pour la Méditerranée, Paris, 13 juillet 2008, *"consiste á refoncer les relations multilatérales, á accroître la partage de la responsabilité du processus, á fonder la gouvernance sur l´égalité de toutes les parties et á traduire le processus en projets concrets qui soient davantage visibles pour les citoyens"*.

[3] Paris Declaration, p. 11.

[4] JOIN (2013) 4 final, p. 14.

[5] *"This so-called "Prague Joint Declaration" is a Political declaration and is, therefore, not legally binding. Nevertheless, it is, just as the Barcelona Declaration for the EMP, the founding act of a partnership as it elucidates its main objectives, principles and framework for action"*, LANNON, E; VAN ELSUWEGE, P: "The Eastern Partnership. Prospects of a New Regional Dimension within the European Neighbourhood Policy" în LANNON, E (ed.): *The European Neighbourhood…., op. cit.*, p. 286. See also, See, Joint Declaration of the Prague Eastern Partnership Summit, Prague 7 May 2009. Council of the Euroepan Union. Document 8435/09, Brussels.

law and to fundamental values, including democracy, the rule of law and the respect for human rights and fundamental freedoms, as well as to, market economy, sustainable development and good governance". The principles that inspired the EaP clearly remind us of the ENP and în this sense, it should be made clear that the EaP is not designed as an 'isolated' action, but is instead conceived as a "*Specific Eastern Dimension of the ENP"*[1]. *în* other words, we are faced with a "*reinforcement"* of the principles that inspired the ENP[2]. în fact, the EaP will be governed by the principles of differentiation and conditionality[3] and its main goal is to create the necessary conditions to accelerate political association and further economic integration between the European Union and interested partner countries[4], without forgetting other key points which are also present în the ENP, such as the resolution of conflict between or în the countries of the region[5]. în line with the Commission, we believe that *"these aims support the shared commitment to stability, security and prosperity of both the EU and the partner countries*" [6].

In order to reach these objectives, the EaP articulates a "*bilateral roadmap"* – **în** which all states participate with the exception of Belarus – designed *"to deepen and to intensify bilateral relations between the EU and the partner countries, taking into account the specific situation and ambition of each partner country and respecting existing bilateral relations between the EU and the respective partner country"*[7]. This roadmap has three key objectives: 1) political association and economic integration; 2) enhanced mobility of citizens în a secure and well-managed environment; 3) strengthened sector cooperation[8], as well as a *"multilateral roadmap"*, destined to address "shared challenges", and which is based on four platforms[9]: 1) democracy, good governance and stability, which also incorporate the need for consolidated sovereignty and territorial integrity; 2) economic integration and convergence with EU policies, aimed at the possibility of the creation în the long term of a Neighbourhood Economic Com-

---

[1] "*The ENP has already been successful în forging closer relations between the EU and its neighbours. The EaP should go further. The guiding principle should be to offer the máximum possible, taking into account political and economic realities and the state of reforms of the partner concerned, bringing visible benefits for the citizens of each country. An essential component of the EaP will be a commitment from the EU to accompany more intensively partners' individual reform efforts",*Communication from the Commission to the European Parliament and the Council "*Eastern Partnership"*, COM (2008) 823 final, Brussels, 3.12.2008 p. 3.

[2] *"The Eastern and Southern dimensions of the ENP seek to complement that single policy by fostering regional cooperation and developing regional synergies and responses to the specific geographic, economic and social challenges of each region"*, European Commission and High Representative of the European Union for Foreign Affairs and Security Policy, Joint Communication to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions *"A new response to a changing Neighbourhood"*, COM (2011) 303 final, Brussels, 25.5.2011, p. 15.

[3] Doc. 8453/09, p. 5.

[4] Doc. 8453, p. 6 and JOIN (2012) 13final, p. 4.

[5] "(…) *the participants of the Prague summit emphasize the need for their earliest peaceful settlement on the basis of principles and norms of international law and the decisions and documents approved în this framework"*, see doc. 8453, p. 6.

[6] European Commission and High Representative of the European Union for Foreign Affairs and Security Policy, Joint Communication to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions *"Eastern Partnership: A Roadmap to the autumn 2013 Summit"*, JOIN (2012) 13final, Brussels, 15.5.2012, p. 4.

[7] Prague Joint Declaration, point 4.

[8] JOIN (2012) 13 final, Brussels, 15.5.2012, p. 5

[9] See Prague Joint Declaration and Eastern Partnership Multilateral Platforms General Guidelines and Rules of Procedure, http://eeas.europe.eu/eastern/platforms/rules_procedure_en.pdf.

munity, similar to the European Economic Area; 3) energy security, due to the challenges posed for both parties regarding supply and security issues; 4) contacts between people, focusing on cultural cooperation and education, particularly through student mobility programmes. These objectives were reaffirmed at the latest summit held în Warsaw în 2011[1], which were later adapted în 2012 for a roadmap to the autumn 2013 Summit which will be held în Vilnius. At all events, a key issue for consideration here is the fact that these objectives will be developed în accordance with the principles that inspired the renewed ENP[2] – which will be examined în section III –, namely differentiation, mutual responsibility and 'more for more'. Nor must we overlook the fact that the EaP is its 'window on the East', hence the consideration that progress în consolidating democracy should ultimately be seen as the key to deepening relations[3] or 'freezing' them – as în the case of Belarus[4].

Although it oversteps the scope of our study, consideration must also be given to the Black Sea Synergy[5] which includes both EU member and non-member states[6], formed as a complementary initiative to the policies deployed în this region[7], and în which ENP countries – Ukraine, Moldova, Georgia, Armenia and Azerbaijan – converge with the Strategic Association with Russia and the adhesion policy with Turkey. The fact that it complements policies that are already underway can be seen în the principal areas of cooperation under the auspices of the Synergy, namely democracy, respect for human rights and good governance; movement management and increased security, deep-rooted conflicts, energy, transport and the environment[8], etc.

3. The Treaty of Lisbon: a forced pause

Following the launch of the EaP în May 2009, the end of the year also saw the entry into force of the Treaty of Lisbon, which brought with it major innovations în terms of external actions, some of which had a direct impact on the ENP and by extension on the Eastern Neighbourhood[9]. These included: 1) the introduction of Title V of the Treaty on the European Union, dedicated to the guiding principles for the EU's foreign policy. în this sense, article 21.1 of the EUT states that *"the Union´s action on the international*

---

[1] *Joint Declaration of the Eastern Partnership Summit*, Warsaw, 29-30 September 2011. Council of the European Union, doc. 14983/11, Presse 341.

[2] COM (2011) 303final.

[3] European Commission and High Representative of the European Union for Foreign Affairs and Security Policy, Joint Communication to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions *"Delivering on a new European Neighbourhood Policy"* JOIN (2012) 14 final, Brussels, 15.5.2012, p. 3.

[4] Due to domestic political circumstances, Belarus did not participate în the bilateral track of the Eastern Partnership.

[5] Commission of the European Communities, Communication from the Commission to the Council and the European Parliament *"Black Sea Synergy - a New Regional Cooperation Initiative"*, COM (2007) 160final, Brussels, 11.04.2007.

[6] The Black Sea region includes Greece, Bulgaria, Romania and Moldova în the west, Ukraine and Russia în the north, Georgia, Armenia and Azerbaijan în the east and Turkey în the south. Though Armenia, Azerbaijan, Moldova and Greece are not littoral states, history, proximity and close ties make them natural regional actors.

[7] *"What is needed is an initiative complementary to these policies that would focus political attention at the regional level and invigorate ongoing cooperation processes. The primary task of Black Sea Synergy would therefore be the development of cooperation within the Black Sea region and also between the region as a whole and the European Union"*, COM (2007) 160 final, p. 3.

[8] COM (2007) 160 final, p. 3-9.

[9] COM (2010) 207, Brussels, 12.05.2010, p. 2.

scene shall be guided by the principles which have inspired its own creation, development and enlargement, and which it seeks to advance în the wider world: democracy, the rule of law, the universality and indivisibility of human rights and fundamental freedoms, respect of human dignity, the principles of equality and solidarity, and respect for the principles of the United Nations Charter and International Law"[1]. These principles would also have an effect on the implementation of the ENP which, although they represent fundamental elements thereof, we are also of the opinion that their inclusion în primary law further consolidates their fundamental and essential nature în relations with third States; 2) the inclusion for the first time ever of a ruling, article 8 of the EUT, concerning relations with our neighbours, which states that *"the Union shall develop a special relationship with neighbouring countries, aiming to establish an area of prosperity and good neighbourliness, founded on the values of the Union and characterised by close and peaceful relations based on cooperation. 2. For the purposes of paragraph 1, the Union may conclude specific agreements with the countries concerned. These agreements may contain reciprocal rights and obligations as well as the possibility of undertaking activities jointly. Their implementation shall be the subject of periodic consultation".* The introduction of this regulation în primary law points to the need for the EU to articulate the special and differentiated relationship that it maintains with the other States[2], even though we consider the wording of this regulation to be highly ambiguous, given that: a) it fails to provide a precise definition for the term neighbouring countries; b) references are made to preferential, close and pacific relations based on cooperation, without specifying their contents; c) reference is made to the possibility of entering into "specific agreements", although once again no specific details regarding the type of agreement, characteristics or contents thereof are provided; and finally d), another notable feature is the fact that this regulation is included în the EUT but outside the Title regarding External and is not developed în the Functional Treaty; 3) the appointment of an ENP Commissioner and; 4) the High Representative for the European Union for Foreign Affairs and Security Policy (HR) în the sense that such an accumulation of responsibilities – she is also în charge of the CFSP/CSDP, is Vice-President of the Commission, chairs the Foreign Affairs Council- and the EEAS, the organisation responsible for managing the European Neighbourhood Instrument[3] and which includes the EU Delegations[4], present în practically all ENP countries, can contribute greater coherence to its implementation[5]. Indeed, during the latest appraisal of the ENP în March 2013, both the European Commission and the HR, reminded us that "*the ENP is a prime example of a comprehensive approach to external policy. Cooperation with our neighbours uses all instruments and policies at the EU, s disposal. It combines long-term political association, trade policy, sector policies and*

---

[1] See also article 21.2 of the Treaty of the European Union and article 205 on the Treaty of Functioning of the European Union.

[2] See, Hanf, D: "The ENP în the light of the "neighbourhood clause" (article 8 TUE)" *Research papers în law 2/2011, European Legal Studies. College of Europe,* http://www.coleurope.eu.

[3] Article 9, Council Decision of 26 July 2010 establishing the organisation and functioning of the European External Action Service**,** OJ L201, 3.8.2010.

[4] See, SÁNCHEZ RAMOS, B: "From the External Delegations of the European Commission to the Union Delegations. What´s new after the Lisbon Treaty?", *Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense 2011*, Ourense, 2012, p. 317-361.

[5] See, SÁNCHEZ RAMOS, B: "La representación exterior de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa: en busca de la unidad, eficacia y coherencia", SOBRINO HEREDIA, J.M (dir), ALCAIDE FERNÁNDEZ, J; PUREZA, J.M (coords): *Innovación y conocimiento. IV Jornadas Iberoamericanas de Estudios Internacionales*, Marcial Pons, 2010, p. 481-490.

financial cooperation with shorter-term policies and measures of CFSP/CSDP instruments. It shows how a comprehensive approach can be used to generate coherent action involving all relevant EU actors" [1].

III. The Impact of the Arab Spring on the Review of European Neighbourhood Policy and the Eastern Partnership

Since its creation în 2004 the ENP has been subjected to 5 appraisals: "Strengthening the European Neighbourhood Policy"[2], "A Strong European Neighbourhood Policy"[3], "A New Response to the Changing Neighbourhood"[4], "Delivering on a New European Neighbourhood Policy"[5] and "European Neighbourhood Policy: working towards a stronger partnership"[6]. Particular mention should be made of the paper presented jointly by the European Commission and the HR entitled *"New Response to the Changing Neighbourhood"* [7] since rather than a mere appraisal, it represented an extensive review of the ENP. We believe that two factors played a key role în the drawing up and adoption of this review: on the one hand, the entry into force of the Treaty of Lisbon, given that, as stated earlier, the redesign of its external action enabled the EU to adopt a more integrated approach to all those policies with an external dimension; and on the other hand, the political events that unfolded în the Southern Mediterranean and for which the EU came up with a specific response, namely *A Partnership for Democracy and shared prosperity with the Southern Mediterranean*[8]. However, we must not lose sight of the fact that these events spread beyond the borders of those countries that were directly affected, impacting on the neighbourhood în general by means of the strengthening or renewed approach to the basic principles governing the ENP, namely the right of law, democracy and human rights, the Achilles heel of most, if not all beneficiary countries of the ENP, given that they not only continue to represent the foundations of the EU's association with its neighbours but also, and I believe more importantly, emerge as the "*principal indicators with which the EU should assess progress and adapt its support levels". în* other words, respect for this principles is essentially the key to the developing relations[9], which, as stated earlier,

---

[1] European Commission, High Representative of the European Union for Foreign Affairs and Security Policy. Joint Communication to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions European *"Neighbourhood Policy: working towards a stronger Partnership"* JOIN (2013) 4 final, Brussels, 20.3.2013, p. 19.

[2] European Commission, Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on "Strengthening the European Neighbourhood Policy", COM (2006) 726final, 4 Decembre 2006.

[3] European Commission, Communication from the Commission "A strong European Neighourhood Policy", COM (2007) 774final, Brussels, 5 Decembre 2007.

[4] COM(2011) 303 final.

[5] JOIN (2012) 14 final.

[6] JOIN (2013) 4 final.

[7] COM (2011) 303 final.

[8] COM (2011) 200 final.

[9] *"The partnership will develop with each neighbour on the basis of its needs, capacities and reform objectives. Some partners may want to move further în their integration effort, which will entail a greater degree of alignment with EU policies and rules leading progressively to economic integration în the EU Internal Market. The EU does not seek to impose a model or a ready-made recipe for political reform, but it will insist that each partner country's reform process reflect a clear*

implies the strengthening of the principle of differentiation[1] or *'more for more'* and, as we shall see, whose impact will also be felt în our Eastern Neighbourhood.

1. The renewed ENP

Essentially, the renewed ENP presents *"a new approach to strengthening the partnership between the EU and the countries and societies of the neighbourhood"*[2] which are positioned on three basic and inextricably interrelated levels whose presence could already be felt în the ENP during its initial review în 2007 and which can be summed up as follows: 1) the construction and consolidation of healthy democracies; 2) sustainable economic growth and; 3) regional cooperation. Moreover, the adoption of this new approach hinges on a key objective: *"the new approach must be based on mutual accountability and a shared commitment to the universal values of human rights, democracy and the rule of law"*[3]. This is based on two principles which now lie at the centre of the issue, namely differentiation – indeed, there are now references to *"a much higher level of differentiation"*[4] – and the conditionality of aid, given that this *"will depend on progress în building and consolidating democracy and respect for the rule of law"* [5]. Under the auspices of these two principles, the strengthening of this policy can be defined on three levels, as mentioned above:

i) the construction and consolidation of healthy democracies: this is the main objective of this new approach, given that despite its ongoing presence în the ENP, the Arab Spring forced the EU into giving it a clearer definition, both from a national, ad intra perspective[6] – and în international terms[7], together with stricter compliance of these objectives which are crucial în order to secure progress în the ENP. Indeed, emphasis is placed on that fact that *"a functioning democracy, respect for human rights and the rule of law are fundamental pillars of the EU partnership with its neighbours"*[8]. *în* addition, and în order to progress towards this objective, there is a call for the greater involvement of civil society and an intensification of the CFSP, as it must be remembered that there are several active border and internal conflicts affecting our Eastern Neighbourhood that are quite literally on the doorstep of the EU, as we shall see în the following section, în addition to long-standing conflicts such as the Middle East and Western Sahara[9].

---

commitment to universal values that form the basis of our renewed approach. The initiative lies with the partner and EU support will be tailored accordingly", COM (2011) 303 final, p. 2- 3.

[1] COM (2011) 200 final, p. 3.

[2] COM (2011) 303 final, p. 1.

[3] COM (2011) 303 final, p. 2.

[4] COM (2011) 303 final, p. 2.

[5] COM (2011) 303 final, p. 3.

[6] "*A functioning democracy, respect for human rights and the rule of law are fundamental pillars of the EU partnership with its neighbours. There is no set model or a ready-made recipe for political reform. While reforms take place differently from one country to another, several elements are common to building deep and sustainable democracy and require a strong and lasting commitment on the part of governments. They include: – free and fair elections; – freedom of association, expression and assembly and a free press and media; – the rule of law administered by an independent judiciary and right to a fair trial; – fighting against corruption; – security and law enforcement sector reform (including the police) and the establishment of democratic control over armed and security forces"*, COM (2011) 303 final, p. 4.

[7] COM (2011) 303 final, p. 6.

[8] COM (2011) 303 final, p. 4.

[9] COM (2006) 726 final, p. 4.

ii) sustainable economic growth: this is another of the key objectives în order to strengthen neighbourliness. It can be reached by means of a series of actions, two of which will be highlighted here: the creation of deep and comprehensive free trade zones (DCFTAs) that seek the gradual economic integration of our neighbours on the EU's internal market, though two requirements must be met prior to the commencement of negotiations: a) to be a member of the World Trade Organization (WTO) and b) to have progressed sufficiently towards the shared values and principles în terms of respect for human rights, democracy and the right of law. Whilst the former is relatively easy to observe, we believe that the latter grants the EU considerable interpretative leeway. Such ambiguous concepts as "making sufficient progress" could once again lead the EU into the unfortunate situation of prioritising economic interests over "progress" în the defence of human rights.

iii) as for the movement of people, the EU must balance necessary movements *"for legitimate reasons"*[1] by citizens of ENP beneficiary countries, with the management of migratory flows and by extension, security. Indeed, one of the greatest problems facing ENP citizens when travelling to the EU is simply obtaining a visa. în order to reconcile these interests, the EU proposes to continue with its strategy of making the visa process more flexible, and creating mobility associations[2], provided that said measure receives the backing of the beneficiary state, together with its clear commitment to cooperating with the EU în matters of illegal immigration, the fight against human trafficking, border management and readmission agreements.

iv) regional cooperation is also emerging as a priority issue în this new response to the changing neighbourhood, emphasising the need to strengthen both the EaP, set up în 2009, and the Mediterranean Union.

2. The EaP: From Prague to Vilnius

Since its launch în 2009, the implementation of the EaP has gone hand în hand with the 2011[3] review of the ENP and the 2013 Roadmap[4] adopted following the Warsaw Summit[5], which establishes the ground rules for its development with a view to the forthcoming Summit which will be held în Vilnius în autumn 2013. There are several major challenges ahead:

---

[1] COM (2007) 744 final, p. 5-6.

[2] COM (2011) 303 final, p. 14.

[3] *"A Join Communication of the High Representative and the European Commission "A new Response to a Changing Neighbourhood" of 25 May 2011 gave additional momentum to development of the EaP. Key elements of the revised Neighbourdhood policy were implemented by the Second Summit în Varsaw. The Varsaw Summit reiterated that the main goal of the EaP is to support Eastern European countries´ reform processes with a view to accelerating their political association and economic integration with the European Union"* European Commission, High Representative of the European Union for Foreing Affairs and Security Policy. Join Staff Working Document *"Implementation of the European Neighbourhood Policy în 2011. Regional Report: Eastern Partnership"*, SWD(2012) 112final, Brussels, 15.5.2012, p. 2.

[4]*"The Roadmap illustrates the concepts of mutual accountability and joint ownership that are essential for moving towards political association and economic integration"* JOIN(2013) 4 final, p. 5

[5] The European Commission and the HR pointed out that it was an *"important step for the EaP"*, European Commission and High Representative of the European Union for Foreign Affairs and Security Policy. Join Staff working Document *"Implementation of the European Neighbourhood Policy în 2012 Regional Report: Eastern Partnership"* SWD(2013) 85 final, Brussels 23.3.2013, p. 2.

i) To move forward în terms of democratic reform, respect for human rights and the right of law, which, as we have seen, are crucial în furthering relations and give rise to the application of the 'more for more' principle. At all events, the road towards the construction of 'healthy democracies' places us before a 'diverse and complex' EaP scenario, which în some cases, is shaped by a history of progress and setbacks, due to the fact that although Moldova, Georgia and Armenia could be considered 'model pupils' în the light of their progress în this area, Azerbaijan is immersed în a somewhat timid process of reforms, whilst the Ukraine appears to have fallen into a state of "stalemate or recession"[1], and Belarus remains absent[2]. în this sense, the HR has recently stated that *"the European Union will continue to do all it can to help the development of deep democracy în our partner countries. The ENP has a vital role to play în supporting this process. Delays în some partner countries are obviously a matter of concern, but must not be used as an excuse for disengagement. For the EU, building sustainable democracies remains a top priority"*[3]. Progress towards healthy democracies has given rise to the application of the 'more for more' principle to the three 'model pupils': Georgia, Moldova and Armenia, taking advantage of additional aid within the framework of the new Eastern Partnership Integration and Cooperation Programme (EaPIC)[4].

ii) Economic integration. The principal appeal of this lies în the possibility of entering into new Association Agreements (AA) that would replace those that laid the foundations for the ENP. These could include Deep and Comprehensive Free Trade Areas (DCFTAs), termed "*the cornerstones"* of the EaP[5] and which ultimately are one of the principal attractions for our neighbours. Yet here the scenario could also be classified as 'diverse', as whilst all the countries are involved în this process – with the exception of Belarus – the degrees of development differ radically. în the case of Ukraine, negotiations have already been completed for an AA that includes DCFTAs, turning it into the first new generation AA with the countries of our Eastern Neighbourhood. This agreement was signed în March 2012, although în order secure its ratification, progress must be made în terms of democracy building, which has suffered a number of serious setbacks. The AA could be signed at the EaP Summit în Vilnius if determined action is taken and tangible progress made by Ukraine în 3 areas: 1) the compliance of 2012 Parliamentary elections with international standards and follow-up actions; 2) progress în addressing the issue of selective justice and preventing its recurrence; 3) implementation of reforms defined în the jointly agreed Association Agenda[6]. This is an example of how setbacks în a key area of the renewed ENP and EaP such as the construction of healthy democracies can bring the process to a

---

[1] *"Several leading opposition figures, including former Prime Minister Tymoshenko were victims of selective justice and the subject of flawed and un-transparent judicial processes"*, See Council for the European Union, Annual Report from the High Representative of the European Union for Foreign Affairs and Security Policy to the European Parliament, doc. 14605/1/12, Brussels, 9 October 2012, p. 24.

[2] JOIN (2013) 4 final, p. 4-8.

[3] European Union. Press Release *"European Neighbourhodd Policy în 2012: continuing engagement for a stronger cooperation with neighbours despite turbulent political and economic conditions"*, IP/13/245, Brussels, 20 March 2013.

[4] EaPIC contributes to new or existing projects targeting democratic transformation and institution building, sustainable and inclusive growth and economic development. A first round of country allocations was announced to benefit Moldova (EUR28 millon), Georgia (EUR22 millon) and Armenia (EUR15 millon), SWD(2013) 85 final.

[5] Varsaw Summit, p. 3.

[6] European Union. EU-Ukraine Summit, Brussels, 25 February, 2013 and SWD(2013) 85final, p. 2

standstill[1]. AAs that include DCFTAs are currently being negotiated with Moldova, Georgia and Armenia, processes which should be practically completed by the Vilnius Summit. în fact, during the latest European Council meeting, held on 7th and 8th February 2013, calls were made for progress în the negotiation of these agreements în order to secure their completion by the time the Summit gets underway. în turn, negotiations are also currently taking place for an AA with Azerbaijan, although the fact that it does not include a DCFTA means that it will not receive WTO member status.

iii) Enhanced mobility of citizens în a secure and well managed environment. As we have seen, human mobility is a key area for the renewed ENP, and by extension the EaP[2]. The aim is to facilitate access to EU territory for our eastern neighbours without forgetting the need to protect our borders from illegal immigrations. This objective is based on three actions: 1) the signing of agreements to facilitate the granting of visas; 2) readmission agreements and 3) Visa Liberation Action Plans. Moldova, Georgia and Ukraine have made greatest progress în these areas, as they have completed readmission agreements and set up mechanisms to facilitate the granting of visas[3]. Armenia has also recently signed a readmission agreement (April 2013). EU Commissioner, Cecilia Malmström, stressed that "*the Visa facilitation and readmission agreements are very tangible results of the Eastern Partnership and will promote interaction between citizens of the EU and Armenia and strengthen our cooperation în the fight against irregular migration"* [4]. *în* January 2013, Armenia also liberalised entry visas for EU citizens. Likewise, în Azerbaijan, negotiations continue for the signing of readmission and visa facilitations agreements, and dialogues are also underway with Georgia and Moldova to establish plans of action for the liberalisation of visas. în the case of Ukraine, an initial report has already been presented.

iv) Enhanced sector cooperation: this falls within three main areas: 1) the participation of our Eastern Neighbours în EU programmes and agencies; 2) energy security, seen as a key strategic area în EU relations with our neighbours, especially if we consider the problems generated by the supply crisis with Russia. Mention should probably be made here of two major challenges: participation as partners în the Energy Community Treaty and the fact that the energy networks of common interest (natural gas, oil, electricity) should have been further developed, în terms of planning and actual construction, including concrete steps towards the realisation of the Southern Gas Corridor, a strategically important infrastructure to ensure the diversification of energy supply routes from the Caspian Sea to the European market; and 3) freedom, justice and

---

[1] See, SHAPOVALOVA, N; JARABIK, B: "The EU and Ukraine: hapeless but no hopeless", *Policy Brief*, nº 141, November, 2012, http://www.fride.org.

[2] See Joint Declaration of the Eastern Partnership Summit, Varsaw 2011, p. 4 and JOIN (2013) 4 final, p. 21.

[3] Agreement between the European Community and Ukraine on readmission of persons, OJ L 332, 18.12.2007; Agreement between the European Community and Ukraine on the facilitation of the issuance of visa, OJ L332, 18.12.2007; Agreement between the European Community and Moldova on readmission of persons, OJ L334, 19.12.2007; Agreement between the European Community and Moldova on the facilitation of the issuance OJ 334L, 19.12.2007; Council Decision of 18 January 2011 on the conclusion of the Agreement between the European Union and Georgia on the facilitation of the issuance of visas and Council Decision of 18 January 2011 on the conclusion of the Agreement between the European Union and Georgia on the readmission of persons residing without authorization**,** OJ 52L, 25.2011.

[4]European Commission "EU Commissioner Cecilia Malmström welcomes the signing of the EU-Armenia Readmission Agreement", MEMO13/349, Brussels, 19 April 2013.

security: în this case the challenges lie în both the mobility associations referred to above, and regional cooperation în border management with actions already în place such as the EU Border Assistance Mission of the Republic of Moldova and Ukraine (EUBAM)[1] and the Southern Caucasus Integrated Border Management (SCIBM).

v) A peaceful solution to the conflicts currently active în our Eastern Neighbourhood and which are therefore located on the doorstep of the EU is another of the major challenges facing the EaP[2]: the dispute between Armenia and Azerbaijan over the Nagorno-Karabakh enclave; Georgia's internal conflicts, namely the split from the republics of Abkhazia and South Ossetia; or the Transnistria conflict în Moldova and the HR's recent assertion that "*the conflicts în Transnistria, Georgia and Nagorno-Karabakh will remain high on the EU's agenda*" [3]. The EU is attempting to make an active contribution to their resolution by means of a series of actions within the scope of the CFSP/CSDP, such as sending Special Representatives[4] and playing an active role în various political dialogues. în addition, the EU's Special Representative for the South Caucasus and the Crisis în Georgia is participating on both the Minsk Group, and în the forum for dialogue, with both the UN and the OSCE, to resolve the conflict between Georgia and the breakaway territories of Abkhazia and South Ossetia, and în the 5+2 Transnistria settlement process which was restarted în 2011 and that în 2012 saw the adoption of an agenda for negotiation that covers socio-economic, humanitarian, legal, political and security issues and which has already produced its first results with the resumption of goods transport across the Transnistria region.

Along with these challenges of the bilateral roadmap, we must not forget the necessary implementation of the multilateral roadmap of the EaP aimed to *"provide for cooperation activities and open and free dialogue serving the objectives of the Partnership"*[5]. în our opinion, the multilateral dimension is fundamental because of three reasons: 1) EU member states and the states of the EaP participate în the process, Belarus included –as we mentioned before, this country does not participate în the bilateral roadmap-, promoting, therefore –and I consider this to be the most important point- the dialog between EaP countries, which is frequently hindered by the border conflicts or political tensions; 2) it promotes the approach between the legislation of these countries to the UE; 3) it is articulated as a forum, that complements and supports the decisions adopted în the bilateral roadmap.

In the multilateral roadmap, the goals are focused, therefore, în the implementation of the four Platforms: i) Democracy, good governance and stability: where, with the support of the Council of Europe (*Council of Europe Facility East*), various initiatives have been launched covering activities on electoral standards, judicial reform, good

---

[1] Council Joint Action 2005/776/CFSP of 7 November 2005 amending the mandate of the European Union Special Representative for Moldova, OJ L292, 8.11.2005.

[2] See, MKRTICHYAN, A: "La iniciativa de la Asociación Oriental y los conflictos del Sur del Cáucaso" în SÁNCHEZ RAMOS, B: *La Unión Europea como actor global. Algunas cuestiones analizadas desde el Tratado de Lisboa*, Tirant lo Blanch, 2013, p. 111-125.

[3] Council of the European Union, doc. 14605/1/12, p. 108.

[4] Council Joint Action 2006/121/CFSP/ of 20 February 2006 appointing the European Union Special Representative for the South Caucasus, OJ L49, 21.2.2006, p. 14; Council Joint Action 2008/736/CFSP of 15 September 2008 on the European Union Monitoring Mission în Georgia, EUMM Georgia OJ L248, 17.9.2008, p. 26 and Political and Security Committee Decision EUMM Georgia/1/2012 of 14 September 2012 extending the mandate of the Head of Mission of the European Union Monitoring Mission în Georgia (EUMM Georgia), OJ L257, 25.9.12.

[5] *Prague Joint Declaration*, p. 8.

governance, the fight against corruption and cooperation against cybercrime[1], with important challenges în the field of the reform of the public administration or the reinforcement of the Migration and Asylum Panel. ii) contact between people is a very important platform,if we take into account the active role that the civil society should play în the reform process. This Platform supports the interaction between EU and partner countries´ citizens, focusing în particular on students, academic staff, researchers, young people and cultural actors. This Platform has been implemented by means of the participation of our neighbours în UE international cooperation programmes, such as Erasmus Munds, Tempus or the Eap Culture Programme, being the goals a higher movility or the convergence of higher education systems; iii) economic integration and convergence with the EU sector policies, where the efforts are focused on trade and trade-related regulatory approximation, investment climate and SME development and iv) energy security: these platform is working on its four core objetives: enhancement of framework conditions and solidarity; support for infrastructure development, interconnection and diversification of supply; promotion of increased energy efficiency and use of renewable resources, regulatory framework and approximation of energy policies[2].

IV. Conclusions

The ENP was created în 2004 as a result of the enlargement of the EU în order to articulate its relations with its new neighbours. As we pointed out before, the ENP is not presented as a single policy but is instead based on a series of shared values: the right of law, good governance, respect for human rights – including the rights of minority groups –, the promotion of good neighbourhood relations, as well as the principles of the market economy and sustainable development, whereby the particular characteristics of each partner shall be taken into consideration.

Both the creation of ENP and the EaP have changed the relations of the EU with its neighbours. Taking Association Agreements as a point of departure, a crucial and mutually profitable approach has been developed, based on the principles of differentiation, progressivity and “more for more”, by the articulation of a bilateral and multilateral roadmap

Despite of the achievements –the progress of the democratic reform, the conclusion of new Association Agreements with some countries, the progress în the mobility of people - the challenges ahead are still important and this will required the willingness of the involved parties.

Bibliographic References

1. BLOCKMANS, S: “Friend or foe? Reviewing EU relations with its neighbours post-Lisbon” în KOUTRAKOS, P (ed.): The European Union´s external relations a year after Lisbon, CLEER Working Papers 2011/3, p. 113-125, http: //www.cleer.eu

2. HANF, D: “The ENP în the light of the “neighbourhood clause” (article 8 TUE)” *Research papers în law 2/2011, European Legal Studies. College of Europe*, http://www.coleurope.eu

[1] SWD (2013) 85final, p. 12-13

[2] JOIN (2012) 13 final, p. 11-16; SWD (2012) 112 final, p. 11-16.

3. LANNON, E; VAN ELSUWEGE, P: "The Eastern Partnership. Prospects of a New Regional Dimension within the European Neighbourhood Policy" în LANNON, E (ed.): *The European Neighbourhood Policy`s Challenges*, College of Europe Studies, Brussels, 2012.

4. LEFEBVRE, M: « La Politique de Voisinage: nouveau départ pour une ambition géopolitique », en *Revue de Marché Commun et de l´Union Européenne*, nº 504, janvier, 2007, p. 24

5. MAHNCKE, D; GOSTÖHL, S (eds*): Europe´s Near Abroad. Promises and Prospects of the EU`s Neighbourhood Policy*, College of Europe Studies. Edit. Peter Lang, Germany, 2008

6.MKRTICHYAN, A: "La iniciativa de la Asociación Oriental y los conflictos del Sur del Cáucaso" în SÁNCHEZ RAMOS, B: *La Unión Europea como actor global. Algunas cuestiones analizadas desde el Tratado de Lisboa*, Tirant lo Blanch, 2013, p. 111-125

7. NAJSLOVA, L; RIHACKOVA, V: «The EU în the East: too ambitious în rethoric, too unfocused în action », Notre Europe. Jacques Delors Institute, Policy Paper, nº 71, february 2013 în http: //www.notre-europe.eu

8. SÁNCHEZ RAMOS, B: "From the External Delegations of the European Commission to the Union Delegations. What´s new after the Lisbon Treaty", *Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense 2011*, Ourense, 2012, p. 317-361

9. SÁNCHEZ RAMOS, B: "La representación exterior de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa: en busca de la unidad, eficacia y coherencia", SOBRINO HEREDIA, J.M (dir), ALCAIDE FERNÁNDEZ, J; PUREZA, J.M (coords): *Innovación y conocimiento. IV Jornadas Iberoamericanas de Estudios Internacionales*, Marcial Pons, 2010, p. 481-490

10. SHAPOVALOVA, N; JARABIK, B: "The EU and Ukraine: hapeless but no hopeless", *Policy Brief*, nº 141, November, 2012. Accesible în http://www.fride.org

11. VAN ELSUWEGE, P: "Variable Geometry în the European Neighbourhood Policy. The Principle of Differentation and its consequences" en LANNON, E (ed.): *The European Neighbourhood Policy`s Challenges*, College of Europe Studies, Brussels, 2012, p. 59-85

12. VAN VOOREN, B: *EU External Relations Law and the European Neighbourhood Policy. A Paradigm for coherence*, edit. Routledge, London, 2012

13. ZAPATER DUQUE, E: "La Unión Europea y la gestión de su entorno próximo: Comentario a la nueva política de vecindad y sus instrumentos", *RGDE*, nº 2, octubre 2003, http:// www.iustel.com

Les lois de compétence universelle et la répression des crimes internationaux: Vers une compétence extraterritoriale sélective ?

Jacobo ***RÍOS RODRÍGUEZ****

Résumé: *La compétence universelle est définie par l'Institut du droit international comme « la compétence d'un État de poursuivre tout suspect et de le punir s'il est reconnu coupable, indépendamment du lieu de la commission des crimes et sans avoir égard à un lien de nationalité active ou passive, ou à d'autres fondements de compétence reconnus par le droit international ». Elle est reconnue par le droit international conventionnel et coutumier à propos de nombreuses infractions, étant soit un choix soit une obligation à la charge des États: cependant, son effectivité dépend de son introduction en droit interne, rendant possible l'action du juge dans la poursuite de ces délits de nature particulièrement grave. Certains Etats sont particulièrement avancés dans l'introduction de cette compétence dans leur ordre juridique interne, mais il semblerait que, suite à la modification restrictive et récente des lois belge et espagnole de compétence universelle ces dernières années, il soit possible de parler plutôt de la généralisation d'une « compétence extraterritoriale sélective » et non pas d'une compétence universelle absolue, telle qu'elle était conçue dans certaines conventions internationales. L'analyse de plusieurs lois nationales, notamment dans le cadre européen, montre les obstacles qui ont été volontairement introduits par les États, ne souhaitant pas répéter l'expérience belge ou espagnole ni devenir une source d'attractivité de plaintes n'ayant aucun point de rattachement avec eux. Cette régression implique sans doute un certain recul dans la lutte contre l'impunité.*

Mot-clés: *Droit pénal compétence universelle juridiction universelle France Belgique Espagne Roumanie Sénégal crimes internationaux procès CIJ Cour internationale de Justice în absentia compétence extraterritoriale sélective mandat d'arrêt extradition aut dedere aut judicare*

La poursuite des crimes les plus graves relève-t-elle d'un choix ou d'une obligation pour les États ? La question se pose différemment selon le type de compétence qu'ils exercent et leur rattachement plus ou moins important aux critères de nationalité et de territorialité. Ainsi, la compétence universelle[1] est, selon la résolution de l'Institut de droit international du 26 août 2005, « la compétence d'un État de poursuivre tout suspect et de le punir s'il est reconnu coupable, indépendamment du lieu de la commission des crimes et sans avoir égard à un lien de nationalité active ou passive, ou à

* Maître de Conférences en droit public, Université de Perpignan Via Domitia.

[1] Sur cette compétence, v. mon précédent travail, dont un extrait relatif au droit comparé en matière de compétence universelle a été ici reproduit, complété – en ce qui concerne la Roumanie –, et actualisé – en ce qui concerne la jurisprudence de la CIJ –: RÍOS RODRÍGUEZ, J., « La restriction de la compétence universelle des juridictions nationales: les exemples belge et espagnol », *Revue générale de droit international public*, t. 114, 2010-3, p. 563-595.

d'autres fondements de compétence reconnus par le droit international »[1]. Elle est prévue en droit international à propos de nombreux délits, tels que notamment la répression du faux monnayage, la prise d'otages, le droit international humanitaire, la piraterie maritime, la capture illicite d'aéronefs, les disparitions forcées ou la répression du crime d'apartheid, mais son articulation concrète relève du droit interne. Quel est donc le rôle du droit international vis-à-vis des dispositions internes des États concernant la compétence de leurs tribunaux dans la répression des crimes les plus graves ? Il s'agit d'un rôle d'autorisation, d'une position permissive[2]: si le droit international n'oblige pas toujours les États à adopter le principe de la compétence universelle dans ses manifestations les plus importantes, il leur laisse cependant une certaine latitude. Cette faculté discrétionnaire est saisie de manière différente par les États. Par exemple, la Belgique et l'Espagne se sont situées, à un moment donné, dans l'utilisation la plus ample d'une telle possibilité.

Une affaire récente concernant la Belgique portait sur l'obligation des États de lutter contre l'impunité et sa solution vient apporter quelques éclairages supplémentaires, en confirmant indirectement la portée de la compétence universelle dans le cadre de la convention contre la torture. Le 19 février 2009, la Belgique avait déposé une requête auprès de la CIJ[3], fondée sur la convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du 10 décembre 1984 et sur le droit international coutumier, allégeant un manquement à l'obligation de poursuivre ou d'extrader, *aut dedere aut judicare*, pour des faits qualifiés notamment de crimes de torture et de crimes contre l'humanité, à propos desquels la compétence universelle était prévue notamment dans l'article 5 § 2 de la Convention précitée[4], selon lequel: « Tout

---

[1] V. INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, « La compétence universelle en matière pénale à l'égard du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre », dix-septième commission, résolution adoptée le 26 août 2005 à la session de Cracovie.

[2] Ce qui est visé comme « autorisation » est le fait qu'il aurait une exception, pour les crimes les plus graves, aux limitations apportées par le droit international à la compétence de principe des Etats. En amont des conventions internationales qui seront citées ci-après, il est également possible d'ajouter des textes non contraignants tels que la résolution 3074 (XXVIII), adoptée le 3 décembre 1973 par l'Assemblée générale des Nations Unies, qui dispose que « les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité, où qu'ils aient été commis et quel que soit le moment où ils ont été commis doivent faire l'objet d'une enquête et les individus contre lesquels il existe des preuves établissant qu'ils ont commis de tels crimes doivent être recherchés; arrêtés, traduits en justice et s'ils sont reconnus coupables, châtiés ».

[3] Par un arrêt du 4 juillet 2000, la Cour d'appel de Dakar avait annulé, pour incompétence, les poursuites contre Hissène Habré, en expliquant qu'en visant des crimes commis hors du territoire du Sénégal par un ressortissant étranger contre des ressortissants étrangers, il fallait mettre en œuvre la compétence universelle, alors qu'elle n'était pas prévue par le code de procédure pénale sénégalais qui était en vigueur à l'époque. La Cour de cassation sénégalaise, par arrêt du 20 mars 2001, avait confirmé cette incompétence.

[4] Le Sénégal a fini par se conformer à cette disposition en 2007, lors de l'adoption de la loi n° 2007-05 portant modification de l'article 669 de son code de procédure pénale. La CIJ affirme à ce propos que « bien que la Cour n'ait pas compétence, pour les raisons indiquées plus haut, aux fins de connaître en l'espèce de la violation alléguée du paragraphe 2 de l'article 5 de la convention, elle relève que la mise en œuvre par l'Etat de son obligation d'établir la compétence universelle de ses juridictions pour connaître du crime de torture est une condition nécessaire pour pouvoir procéder à une enquête préliminaire (article 6, paragraphe 2) et soumettre l'affaire à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale (article 7, paragraphe 1). L'ensemble de ces obligations vise à permettre l'engagement de poursuites contre le suspect, à défaut d'extradition, et la réalisation de l'objet et du but de la convention, qui est d'accroître l'efficacité de la lutte contre la torture, en évitant l'impunité des auteurs de tels actes ». V. CIJ, *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, arrêt du 20 juillet 2012, § 74.

Etat partie prend également les mesures nécessaires pour établir sa compétence aux fins de connaître desdites infractions dans le cas où l'auteur présumé de celles-ci se trouve sur tout territoire sous sa juridiction et où ledit Etat ne l'extrade pas conformément à l'article 8 vers l'un des Etats visés au paragraphe 1 du présent article »[1]. Ce type de disposition est prévu dans de nombreuses conventions internationales luttant contre les crimes internationaux les plus graves, mais pas toujours dans des termes similaires énonçant clairement une obligation: dans d'autres délits, une certaine latitude est laissée aux États. En l'espèce, « la convention contre la torture réunit 150 États qui se sont engagés à poursuivre les suspects notamment sur la base de la compétence universelle »[2], selon la Cour.

La CIJ, dans son arrêt du 20 juillet 2012, affirme qu'elle « n'a pas compétence pour connaître des demandes du Royaume de Belgique relatives à des manquements allégués, par la République du Sénégal, à des obligations relevant du droit international coutumier »[3], mais elle dit aussi « que la République du Sénégal doit, sans autre délai, soumettre le cas de M. Hissène Habré à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale, si elle ne l'extrade pas »[4]. Elle reconnaît ainsi la responsabilité internationale du Sénégal, faisant partiellement droit aux demandes de la Belgique, car le Sénégal n'a pas respecté ses obligations découlant de la convention contre la torture, devant alors prendre les mesures nécessaires. La CIJ rappelle ainsi l'obligation de lutter contre l'impunité dans le cadre de la Convention contre la torture, sans pour autant se prononcer directement sur la compétence universelle qui est l'un de ses mécanismes essentiels, mais qui se trouve confirmé implicitement.

Dans ce contexte de lutte contre l'impunité, à partir des dispositions introduisant dans les lois internes la possibilité de réprimer les crimes internationaux les plus graves en l'absence des critères classiques de rattachement, il conviendra donc de vérifier quel est le degré de compétence universelle qu'ont adopté les législations nationales vis-à-vis des règles internationales en vigueur, et de constater que le recul de certaines lois nationales particulièrement avancées en la matière (I) n'est qu'un élément de la généralisation d'une compétence universelle restreinte (II).

I. Recul des lois de compétence universelle les plus avancées.

Deux États se sont démarqués (A) puis rétractés (B) en droit international contemporain, presque en même temps, avec des dispositions nationales véritablement universelles dans le sens évoqué de la résolution de l'Institut du droit international: l'Espagne et la Belgique.

A. Progression

Il est possible de déceler une progression récente, contemporaine et dans une période bien délimitée dans l'introduction des dispositions relatives à la compétence universelle en droit interne.

En ce qui concerne l'Espagne, c'est l'article 23.4 de la Loi organique du pouvoir judiciaire, du 1er juillet 1985, qui, en se basant sur le principe de la compétence

---

[1] V. la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, adoptée par l'Assemblée générale dans sa résolution 39/46 du 10 décembre 1984.

[2] V. CIJ, *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, *op. cit.*, § 75.

[3] *Ibid.*, § 122.

[4] *Idem*.

universelle, prévoyait la possibilité d'effectuer les poursuites nécessaires en vue de la répression des faits constitutifs de crimes graves. Cet article disposait que « *será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos: a) Genocidio b) Terrorismo c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves d) Falsificación de moneda extranjera e) Los delitos relativos a la prostitución y los de corrupción de menores o incapaces f) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes g) Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores h) Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España* »[1]. Mais surtout, la clause finale donnait un caractère très large aux dispositions espagnoles en constituant un réel apport: « *i) Y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España* »[2]. La finalité de l'article n'était donc pas d'établir une liste exhaustive ou *numerus clausus*, mais de montrer le rapport entre la nature des faits poursuivis et la compétence ainsi prévue pour les tribunaux espagnols. La compétence de ces derniers existe indépendamment que les faits soient commis par des espagnols ou des étrangers – c'est-à-dire, indépendamment du critère de personnalité – et même si les faits étaient commis en dehors du territoire national – c'est-à-dire, indépendamment du critère de territoire. Elle était évolutive et non limitative, pouvant varier selon les nouveaux traités conclus postérieurement.

Pour sa part, la loi belge du 16 juin 1993[3] prévoyait dans son article 7 que « [l]es juridictions belges sont compétentes pour connaître des infractions prévues à la présente loi, indépendamment du lieu ou celles-ci auront été commises »[4]. Il s'agissait donc d'un écart du critère territorial, sans mention explicite du critère de la personnalité. Les finalités étaient similaires: permettre la poursuite des « crimes de droit international »[5], prévus par des instruments spécifiques. Cependant si la loi espagnole n'énumérait que huit délits graves, et se dotait d'une clause générale d'ouverture, la loi belge est beaucoup plus explicite dans la précision des faits pouvant déclencher la compétence de ses tribunaux en dehors des critères habituels, en donnant une liste de vingt crimes[6], sans ajouter la clause d'ouverture.

---

[1] « La juridiction espagnole sera compétente pour connaître des faits commis par des espagnols ou des étrangers en dehors du territoire national susceptibles d'être classés, selon la loi pénale espagnole, comme l'un des délits suivants: a) génocide b) terrorisme c) piraterie et détournement illicite d'aéronefs d) falsification de monnaie étrangère e) les délits relatifs à la prostitution et ceux de corruption de mineurs ou incapables f) trafic illégal de drogues psychotropiques, toxiques et stupéfiants g) trafic illégal ou immigration clandestine de personnes, qu'il s'agisse ou non de travailleurs h) ceux relatifs à la mutilation génitale féminine, si les responsables se trouvent en Espagne » (traduit par nos soins). V. la *Ley Orgánica del Poder Judicial* du 1er juillet 1985, modifiée par la Loi organique 11/1999 du 30 avril et 3/2005 du 8 juillet.

[2] « i) Et n'importe quel autre fait qui, selon les traités et conventions internationales, doit être poursuivi en Espagne » (traduit par nos soins). V. la *Ley Orgánica del Poder Judicial*, *ibid.*

[3] Sur l'historique de cette loi, v. notamment WALLEYN, L., « Universal jurisdiction: lessons from the belgian experience », *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 5, 2002, p. 396.

[4] V. la *Loi relative à la répression des infractions graves aux Conventions internationales de Genève du 12 août 1949 et aux Protocoles I et II du 8 juin 1977*, adoptée le 16 juin 1993, *Moniteur belge*, 25.08.1993, p. 17751.

[5] *Idem*.

[6] Parmi lesquels l'homicide intentionnel, la torture, des contraventions au droit international humanitaire et aux Conventions de Genève du 12 août 1949 et du 8 juin 1977, la déportation illicite, la

La loi belge jouissait de caractéristiques particulières: elle permettait que l'action publique soit déclenchée par la constitution de partie civile devant un juge d'instruction, même si les auteurs ne se trouvaient pas sur le territoire belge, et elle excluait l'immunité éventuelle de ces personnes, ce qui lui valu des problèmes internationaux importants. Cela avait permis un notable développement du nombre de plaintes, et une extension des personnes contre lesquelles elles étaient adressées: une quarantaine de plaintes furent déposés contre des dirigeants étrangers, par exemple Saddam Hussein, Fidel Castro, Ariel Sharon ou Georges W. Bush Sr. Il convient de signaler un seul cas totalement abouti d'exercice de la compétence universelle: une plainte a permis la condamnation par la cour d'assises de Bruxelles, le 8 juin 2001, de quatre Rwandais qui avaient été accusés de crimes de guerre commis en 1994 sur le territoire rwandais[1], après six semaines de procès[2].

Ces deux États qui avaient ainsi fait un pas en avant dans la prise en compte interne de la compétence universelle l'ont suivi ensuite d'un pas en arrière: la progression n'était que l'antichambre de la régression.

B. Régression

Des difficultés sont surgies par l'évolution postérieure avant la dernière modification de la loi. Ainsi, dans l'arrêt du 26 juin 2002, la Cour d'appel de Bruxelles reconnaissait la compétence de la juridiction belge pour connaître des poursuites contre Ariel Sharon, tout en les déclarant irrecevables en raison de l'absence de ces personnes sur le territoire belge. Selon Eric David, « [a]u regard du droit international, l'exercice de la compétence universelle în *absentia* n'était pourtant pas illicite, mais politiquement, elle pouvait prêter le flanc à la critique »[3]. En effet, les crimes allégués, génocide, crime contre l'humanité et crime de guerre, n'étaient pas prévus par l'article 12 du code de procédure pénale comme exception à la règle selon laquelle, pour poursuivre des infractions, il était nécessaire que l'inculpé se trouve en Belgique. Mais cet arrêt fut cependant cassé le 12 février 2003 par la Cour de cassation, ce qui a permis de donner plein effet à la volonté du législateur concernant la compétence universelle. Cependant, l'arrêt de la CIJ de 2002 dans l'affaire du mandat d'arrêt[4] ainsi que les pressions politiques de certains États vinrent en détriment de la portée de ces dispositions et les restrictions sont intervenues.

Premièrement, cela se fit au moyen de la loi du 23 avril 2003[5], ayant une très courte existence, apportant des mécanismes correcteurs tels que, ce qui concerne la

---

prise d'otages, l'apartheid. Cette liste a été élargie par la loi du 10 février 1999 notamment aux crimes contre l'humanité et le génocide.

[1] L'arrêt est disponible en ligne: [http://www.ulb.ac.be/droit/cdi/Site/Developpements_judiciaires_files/arret%208%20juin%202001.pdf].

[2] V. également sur cette affaire REYDAMS, L., « Belgium's First Application of Universal Jurisdiction: the *Butare Four Case* », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 1, 2003, pp. 428-436, et VANDERMEERSCH, D., « Prosecuting International Crimes în Belgium », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 3, 2005, pp. 403-406.

[3] V. DAVID, E., « La compétence universelle en droit belge », *Revue de droit de l'ULB*, vol. 30, et *Annales de droit de Louvain*, vol. 64, 2004, p. 146.

[4] *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique), arrêt, C. I. J. Recueil 2002,* p. 3.

[5] V. la *Loi modifiant la loi du 16 juin 1993 relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire et l'article 144ter du Code judiciaire*, adoptée le 23 avril 2003, *Moniteur belge*, 07.05.2003, p. 24846.

recevabilité, d'exiger qu'il y ait au moins l'une de ces conditions: infraction commise en Belgique, auteur belge, auteur présent sur le territoire national, victime belge ou résidant en Belgique depuis au moins trois ans. Autre possibilité alternative, l'action publique peut être engagée sur réquisition du procureur fédéral en fonction des circonstances concrètes de l'affaire. Parallèlement, le dessaisissement au profit de la CPI ou des États étrangers était prévu. Mais cette loi, faite dans l'urgence, fut bientôt remplacée par celle du 5 août 2003[1]. De cette manière, la loi de 1993 est finalement abrogée, et la compétence belge limitée, intégrant les mêmes infractions qu'avant, avec de critères hérités de la loi du 23 avril: il faut que, soit il y ait l'un des liens de rattachement, c'est-à-dire auteur belge ou résidant en Belgique, victime belge ou résidant en Belgique depuis trois ans, soit une règle de droit international qui lie la Belgique, qu'elle soit conventionnelle ou coutumière, en lui imposant de poursuivre les infractions en question. La compétence în *absentia* disparait ainsi finalement, l'immunité est pour sa part exclue explicitement en ce qui concerne les gouvernants en exercice et autres personnes en disposant, et le filtrage des plaintes par le parquet fédéral peut également être opéré.

En Espagne, suite à des difficultés jurisprudentielles internes similaires quoique sans l'intervention de la CIJ, pour l'essentiel, il s'est agi d'ajouter des conditions nouvelles: que l'auteur se trouve sur le territoire espagnol, qu'il existe des victimes espagnoles ou un lien de connexion important avec l'Espagne, et qu'un procès n'ait pas commencé dans un autre État compétent. Ainsi, le texte final approuvé par la loi du 3 novembre 2009 est le suivant: « *Sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España, para que puedan conocer los Tribunales españoles de los anteriores delitos deberá quedar acreditado que sus presuntos responsables se encuentran en España o que existen víctimas de nacionalidad española, o constatarse algún vínculo de conexión relevante con España y, en todo caso, que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se ha iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles. El proceso penal iniciado ante la jurisdicción española se sobreseerá provisionalmente cuando quede constancia del comienzo de otro proceso sobre los hechos denunciados en el país o por el Tribunal a los que se refiere el párrafo anterior* »[2].

Si les exemples de ces deux États illustrent parfaitement l'essor et la chute de cette compétence, il serait également possible d'en citer d'autres avec plus ou moins d'extension de la compétence universelle, tels que par exemple l'*Alien Tort Claims Act*,

---

[1] V. la *Loi relative à la répression des infractions graves au droit international humanitaire*, adoptée le 5 août 2003, *Moniteur belge*, 07.08.2003, p. 40506.

[2] « Nonobstant les dispositions des traités et les conventions internationales auxquels l'Espagne a souscrit, pour que les tribunaux espagnols puissent connaître des délits précités il faudra que ce soit prouvé que leurs responsables présumés se trouvent en Espagne, ou qu'il existe des victimes de nationalité espagnole, ou que ce soit constaté qu'il y a un lien de connexion substantiel avec l'Espagne. Il faudra, en tout cas, qu'il n'y ait pas un autre pays compétent ou un tribunal international qui ait initié une procédure impliquant leur recherche et leur poursuite effective en rapport avec les faits incriminables. Le procès pénal initié devant la juridiction espagnole sera suspendu provisoirement lorsqu'il sera constaté qu'un autre procès est réalisé à propos des faits dénoncés dans le pays ou le Tribunal mentionnés dans le paragraphe précédent » (traduit par nos soins). V. la *Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*, *Boletín Oficial del Estado*, *op. cit.*

des États-Unis, dispose que « [*t*]*he district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed în violation of the law of nations or a treaty of the United States* »[1], à formulation universelle mais d'application restreinte: comme l'affirme Ana Peyró Llopis, en l'absence de développement par des normes internes, « la loi américaine reconnaît la compétence universelle pour crimes contre l'humanité, mais est difficilement applicable dans la pratique »[2].

Face au recul des lois belge et espagnole en ce qui concerne l'universalité des critères de compétence de leurs tribunaux dans la lutte contre l'impunité en ce qui concerne les crimes les plus graves, l'on constate également en droit comparé une généralisation d'une compétence universelle à portée réduite.

II. Généralisation d'une compétence universelle limitée

La perspective absolue était-elle de mise dans les États voisins ? La perspective comparée adoptée exige de s'interroger sur le degré dans lequel les autres États ont décidé d'incorporer l'autorisation d'une possible compétence universelle interne donnée par le droit international. Si la compétence universelle a bien été introduite dans d'autres États, les conditions restrictives de son application l'écartent du caractère « absolu » qu'elle présentait en Belgique et en Espagne, que la limitation soit due à des conditions procédurales restrictives (A) ou à des considérations d'opportunité (B).

A. Limitation par des conditions procédurales

Quelques exemples permettent d'illustrer cette première catégorie de limitations. En ce qui concerne la Roumanie, le nouveau Code pénal prévoit ces questions dans ses articles 8 à 11: l'article 8 traite le principe de territorialité; l'article 9 aborde la compétence fondée sur un critère de nationalité; l'article 10 prévoit une compétence élargie justifiée par la sureté de l'Etat roumain et de ses ressortissants; et surtout, l'article 11 traite des compétences élargies soumises à certaines conditions tout comme l'article 12 prévoit que des dispositions nationales seront subsidiaires par rapport aux dispositions des conventions internationales.

Dans cet ensemble, c'est donc essentiellement l'article 11 qui doit être analysé, prévoyant l'universalité du droit pénal dans les termes suivants: « *1. Legea penală română se aplică şi altor infracţiuni decât celor prevăzute în art. 10, săvârşite în afara teritoriului ţării de un cetăţean străin sau o persoană fără cetăţenie, care se află de bunăvoie pe teritoriul României, în următoarele cazuri: a) s-a săvârşit o infracţiune pe care statul român şi-a asumat obligaţia să o reprime în temeiul unui tratat internaţional, indiferent dacă este prevăzută sau nu de legea penală a statului pe al cărui teritoriu a fost comisă; b) s-a cerut extrădarea sau predarea infractorului şi aceasta a fost refuzată. 2. Dispoziţiile alin. (1) lit. b) nu se aplică atunci când, potrivit legii statului în care s-a săvârşit infracţiunea, există o cauză care împiedică punerea în mişcare a acţiunii penale sau continuarea procesului penal ori executarea pedepsei sau când pedeapsa a fost executată ori este considerată ca executată. 3. Când pedeapsa nu a fost*

[1] V. *Alien Tort Claims Act*, în *United States Code*, titre 28, § 1350, 1982.

[2] V. PEYRÓ LLOPIS, A., *La compétence universelle en matière de crimes contre l'humanité*, Bruxelles, Bruylant, Collection du CREDHO, n° 3, p. 97.

executată sau a fost executată numai în parte, se procedează potrivit dispoziţiilor legale privitoare la recunoaşterea hotărârilor străine »[1].

C'est donc une voie d'application de la compétence universelle conventionnelle – c'est-à-dire, celle qui est majoritaire si l'on excepte le cas de la piraterie –, soumise à une condition particulière: il faut que la personne poursuivie soit de son plein gré sur le territoire roumain. Ceci peut sembler une condition difficile à remplir, étant une condition procédurale destinée à éviter des procès în *absentia*. Appliquée de cette manière, elle peut tout simplement rendre inenvisageables la plupart des poursuites. La difficulté due à cette exigence est certaine mais pas impossible de vaincre, si l'on pense à l'exemple espagnol. Une illustration a été le procès d'Adolfo Scilingo, arrêté après s'être déplacé volontairement en Espagne. En 2004, le Tribunal Suprême confirma la compétence espagnole pour juger Adolfo Scilingo pour terrorisme, torture et génocide, même s'il s'agissait d'un citoyen argentin et si les faits avaient été commis en Argentine[2]. Deux bases fondèrent notamment cette décision de justice: certaines des victimes étaient des citoyens espagnols, autrement dit, le lien de personnalité passive, et Scilingo était présent sur le territoire espagnol. En d'autres termes, le Tribunal Suprême n'a pas voulu se fonder sur une compétence absolue, mais conditionnelle: faire autrement, d'après cet arrêt, aurait impliqué une violation du principe de non intervention et excédé les limites raisonnables de la compétence nationale, en dehors de tout lien avec des intérêts nationaux espagnols, ce qui ne serait autorisé par aucun traité[3]. Il va sans dire que ce raisonnement fondé sur le droit international est contestable et a été contesté. Mais son importance doit être soulignée: jusqu'à présent, c'est le seul procès ayant débouché sur un jugement et condamnation en Espagne sur la base de la compétence universelle, mais d'une compétence universelle *limitée*, en application des critères de territorialité et de personnalité passive. Adolfo Scilingo a été considéré responsable de la mort de 30 personnes entre 1976 et 1977, pendant la dictature argentine, et de délits de détention illégale, entre autres[4].

En revenant au texte roumain, il remplace un autre précédent de 1968[5], moins exigeant en ce qui concerne le caractère volontaire de la présence de l'auteur des crimes

---

[1] « 1. Le droit pénal roumain est également applicable à des infractions autres que celles prévues à l'article 10, commises à l'étranger par un ressortissant étranger ou un apatride qui se trouve de son plein gré en Roumanie, dans les cas suivants: a) lorsque que l'Etat roumain a entrepris d'abolir cette infraction en vertu d'une convention internationale, que cette infraction soit prévue ou non par le droit pénal de l'Etat sur le territoire duquel elle a été commise; b) lorsque l'Etat roumain a demandé l'extradition ou la remise de l'auteur de l'infraction et que celle-ci lui a été refusée. 2. Les dispositions de l'alinéa (1) b) ne sont pas applicables lorsque, en vertu du droit interne de l'Etat ou l'infraction a été commise, il existe une raison qui empêche l'engagement de poursuites pénales, la poursuite de la procédure pénale ou l'exécution de la peine, ou lorsque la peine a été purgée ou est considérée comme purgée. 3. Lorsque la peine n'a pas été purgée ou a été partiellement purgée, la procédure appliquée par la suite est celle prévue par les dispositions légales relatives au respect des jugements ». V. *Moniteur Officiel de la Roumanie*, Ière Partie, n° 510 du 24 juillet 2009.

[2] V. TRIBUNAL SUPREMO, *Sentencia n° 1362/2004, de 15 de noviembre de 2004, por la que se confirma la competencia de la jurisdicción española para enjuiciar delitos de genocidio, terrorismo y torturas cometidos en Argentina*.

[3] *Ibid*., § II.6.

[4] Il a finalement été condamné par le Tribunal suprême espagnol, le 4 juillet 2007, à 1084 ans de prison, dont seulement 25 seront accomplis selon le droit pénal espagnol.

[5] L'Article 6 de l'ancien Code pénal prévoyait que: « 1. Le droit pénal est également applicable aux infractions autres que celles prévues a l'article 5, alinéa 1, c'est-a-dire aux infractions commises en territoire étranger par un ressortissant étranger ou un apatride dont la résidence n'est pas sur le

sur le territoire de la Roumanie, mais ayant eu peu ou pas d'application pratique. Il semble cependant qu'à partir du moment où l'accusé serait informé de l'ouverture d'un procès, il pourrait quitter le territoire roumain, ce qui empêcherait l'application universelle du droit pénal; si néanmoins la Roumanie décide qu'il doit rester sur le territoire, sa présence n'est plus volontaire, ce qui pourrait également empêcher l'universalité de la compétence dans les termes où elle a été rédigée ! Il s'agit donc d'un beau paradoxe de résolution difficile, permettant à certains de parler d'une compétence universelle « théorique et illusoire »[1], mais dont la qualification finale doit attendre la pratique devant fournir des réponses appliquées.

La France fournit une autre illustration, avec une limitation due à la fois à des conditions procédurales et à des considérations d'opportunité, l'article 689 du Code de procédure pénale dispose que « [l]es auteurs ou complices d'infractions commises hors du territoire de la République peuvent être poursuivis et jugés par les juridictions françaises […] lorsqu'une convention internationale donne compétence aux juridictions françaises pour connaître l'infraction »[2], et l'article 689-1 prévoit que: « En application des conventions internationales visées aux articles suivants, peut être poursuivie et jugée par les juridictions françaises, si elle se trouve en France, toute personne qui s'est rendue coupable hors du territoire de la République de l'une des infractions énumérées par ces articles »[3]. C'est une double limite imposée à la compétence universelle exercée en France. Premièrement, elle est facultative, comme l'indique la formule « peut être poursuivie », en application du principe de droit pénal français concernant l'opportunité des poursuites pénales, d'un autre côté il est nécessaire que le présumé coupable se trouve sur le territoire français pour exercer cette faculté[4]. Il s'agit donc du refus d'une compétence universelle obligatoire, indépendamment des termes dans laquelle celle-ci aurait pu être prévue par la convention internationale respective. Comme l'affirme Brigitte Stern mettant en garde contre les dangers éventuels d'une conception trop timide de cette compétence, « si l'on peut admettre […] qu'en règle générale un État ne soit tenu de juger un présumé coupable de crimes soumis à compétence universelle, que s'il est trouvé sur son territoire, il est tout aussi impératif d'interpréter cette obligation comme englobant en règle générale l'*autorisation*, et dans certains cas particuliers […]

---

territoire roumain lorsque: a) l'acte en question est également incrimine par le droit pénal du pays ou il a été commis; b) l'auteur de l'infraction se trouve sur le territoire roumain. 2. Les auteurs d'infractions commises contre les intérêts de l'Etat roumain ou contre un ressortissant roumain peuvent être juges en Roumanie sous réserve que leur extradition ait été obtenue. 3. Les dispositions des alinéas précédents ne sont pas applicables lorsque, en vertu du droit interne du pays dans lequel l'infraction a été commise, il existe une raison qui empêche l'engagement de poursuites pénales ou la poursuite du procès au pénal ou de l'exécution de la peine, ou lorsque la peine a été purgée ou est considérée comme purgée. Lorsque la peine n'a pas été purgée ou a été partiellement purgée, la procédure appliquée par la suite est celle prévue par les dispositions légales relatives au respect des peines infligées a l'étranger ».

[1] V. POPESCU, C.-L., « Le Droit international criminel dans le nouveau Code pénal roumain », Projet Atlas, Université de Bucarest, Centre des droits de l'homme Rapport National Roumanie, Addendum, [En ligne] https://www.google.fr/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web.

[2] V. l'article 689 du *Code de procédure pénale*, modifié par la *Loi n°99-515 du 23 juin 1999 renforçant l'efficacité de la procédure pénale*, art. 30, *JORF* 24 juin 1999.

[3] V. l'article 689-1 du *Code de procédure pénale*, modifié par la *Loi n°99-515 du 23 juin 1999 renforçant l'efficacité de la procédure pénale*, art. 30, *JORF* 24 juin 1999.

[4] V. STERN, B., « La compétence universelle en France: le cas des crimes commis en ex-Yougoslavie et au Rwanda », *op. cit.*, p. 288.

l'*obligation* de faire tout ce qui est possible pour assurer cette présence sur le territoire »[1].

Néanmoins, l'application de ces dispositions par la jurisprudence a été effective, malgré les limites qui leur sont inhérentes. Ainsi, un exemple récent d'application de cette compétence française[2], sur la base à la fois de l'article 689 du Code de procédure pénale et de l'article 113-7 du Code pénal français[3], en appliquant la Convention contre la torture et le principe de la compétence personnelle passive, est constitué par l'affaire Ely Ould Dah. Cet officier mauritanien a été condamné le 1er juillet 2005 par la Cour d'assises du Gard, par contumace, à dix ans de réclusion criminelle[4].

Il est cependant intéressant de constater que si certains États utilisent des conditions procédurales pour limiter l'exercice de la compétence universelle, d'autres parviennent au même résultat en faisant directement appel à des considérations d'opportunité.

B. Limitation par des considérations d'opportunité

Dans ce sens, le Code allemand de droit pénal international (*Völkerstrafgesetzbuch – VStGB*)[5] donne compétence, depuis 2002, aux juridictions allemandes pour poursuivre les responsables des violations du droit international même si le crime en question n'a pas été commis sur le territoire de cet État, et en absence de tout lien de nationalité ou de territorialité. Les limites inhérentes au texte impliquant cependant la possibilité d'abandonner les poursuites dans certains cas, comme lorsqu'il n'y a pas de lien de nationalité active ni passive, ou en absence de l'accusé sur le territoire allemand si les probabilités de sa venue sont faibles. Il s'agit donc d'une compétence universelle large mais soumise à des considérations d'opportunité politique, dépendant de la décision finale du Parquet allemand. Ainsi, par exemple, après une plainte pour torture déposée contre Donald Rumsfeld, secrétaire américain à la Défense, et d'autres personnes exerçant des postes de responsabilité dans l'administration américaine, le Parquet s'est déclaré incompétent le 10 février 2005, en se fondant sur le principe de subsidiarité: la compétence correspondrait aux États-Unis, État de nationalité des accusés[6].

Il est donc possible de constater que, si les conditions procédurales ne laissent pas entièrement de côté les considérations d'opportunité comme le montre l'exemple français, les considérations d'opportunité peuvent s'assortir de limitations formelles pour venir à l'appui de la restriction de la compétence en l'espèce, comme dans le cas

---

[1] *Ibid*., p. 299.

[2] Un intéressant résumé accompagnant la jurisprudence relative à un certain nombre de cas de compétence universelle en France, notamment les affaires Javor et autres, Wenceslas Munyeshyaka, Laurent Bucyibaruta, et Ely Ould Dah peut être trouvé sur le site du Centre de droit international de l'Université libre de Bruxelles. V. ULB, CENTRE DE DROIT INTERNATIONAL, « La compétence universelle sous d'autres latitudes, France, développements judiciaires », [En ligne] http://www.ulb.ac.be/droit/cdi/Site/15E27649-5603-4363-B3C6-F79199F54C76.html.

[3] « La loi pénale française est applicable à tout crime, ainsi qu'à tout délit puni d'emprisonnement, commis par un Français ou par un étranger hors du territoire de la République lorsque la victime est de nationalité française au moment de l'infraction ». V. l'art. 113-7 du *Code pénal*, version consolidée au 26 novembre 2009.

[4] Plus de 4 ans après, cet arrêt n'a toujours pas été exécute.

[5] Il s'agit d'une loi adoptée afin d'adapter le droit pénal allemand au Statut de la Cour pénale internationale. V. *Völkerstrafgesetzbuch* (VStGB) du 26 juin 2002 (BGBl. I, 2254).

[6] V. SAMPO, A., « Rejet de la plainte dépose contre Donald Rumsfeld pour torture: l'Allemagne affirme la subsidiarité de la compétence universelle », *Sentinelle*, 20 février 2005, [En ligne] http://www.sfdi.org/actualites/Sentinelle7.html#allemagne.

allemand. Ainsi, si, sur le plan des textes, la compétence universelle allemande est quasi-absolue, son application ne l'est pas. C'est le critère d'opportunité qui doit être apprécié par l'autorité publique pour donner une suite favorable ou non à chaque plainte. Des réactions non favorables et non souhaitées des autres États et d'autres écueils constatés dans les expériences belge ou espagnole peuvent être évités, sans pour autant renoncer par principe à une telle faculté. C'est le procureur qui a la responsabilité de trier les plaintes auxquelles une suite est donnée, par l'application du principe du caractère discrétionnaire de l'action publique.

Une telle limite n'est pas envisageable en tant que telle dans les États dans lesquels le déclenchement de l'action publique peut être effectué par le dépôt de la plainte avec constitution civile auprès du juge d'instruction, comme en France[1]. Cependant, il convient de signaler à titre d'exemple qu'une plainte pour torture a été également déposée contre Donald Rumsfeld postérieurement, le 25 octobre 2007, à l'occasion de son passage à Paris[2]: le critère de la présence sur le sol français était rempli, mais, comme il l'a été dit, la poursuite reste facultative pour les juridictions françaises. La procédure a été classée sans suite, et le Procureur de la République a expliqué[3] que « [l]es services du Ministère des Affaires Etrangères ont […] indiqué qu'en application des règles du droit international coutumier, consacrées par la Cour internationale de Justice, l'immunité de juridiction pénale des chefs d'État, de gouvernement et des ministres des affaires étrangères subsistait, après la cessation de leurs fonctions, pour les actes accomplis à titre officiel, et qu'en tant qu'ancien secrétaire à la Défense, Monsieur Rumsfeld devrait bénéficier, par extension de la même immunité, pour les actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions »[4]. Malgré le fait d'avoir rempli le critère de présence sur le sol, le résultat est le même qu'en Allemagne. Il semble donc que la compétence est large, mais pas véritablement universelle.

Conclusion: le développement d'une compétence extraterritoriale sélective

Les critères actuels de conditionnalité de la plupart des lois de compétence universelle laissent planer des doutes sur leur véritable universalité. Les contradictions sont nombreuses; par exemple, comme l'affirme Serge Sur en tant que juge *ad hoc* dans son opinion dissidente à l'arrêt de la CIJ du 20 juillet 2012, « [l]a Belgique elle-même a renoncé à la compétence pénale universelle, précisément sous la pression des Etats-

---

[1] Un appel a été introduit et refusé par le plaignant contre cette décision du Parquet allemand. V. SAMPO, A., « Allemagne-Compétence universelle, Center for Constitutional Rights c. Rumsfeld et al.: rejet de l'appel contre la décision du Procureur », *Sentinelle*, 6 novembre 2005, [En ligne] http://www.sfdi.org/actualites/Sentinelle%2040.htm#allemagne#allemagne.

[2] V. WECKEL, P., « Dépôt à Paris d'une plainte pour torture contre M. Donald Rumsfeld, Ancien Secrétaire d'État américain à la défense », *Sentinelle*, 28 octobre 2007, [En ligne] http://www.sfdi.org/actualites/a2007/Sentinelle%20124.htm#plainte#plainte.

[3] V. WECKEL, P., « France, rejet de la plainte contre Donald Rumsfeld », *Sentinelle*, 25 novembre 2007. Paradoxalement, le juriste qui représentait l'État français dans l'affaire *Certaines procédures pénales engagées en France (République du Congo c. France)* soumise à la CIJ avait fait valoir qu'un ministre de l'intérieur en exercice ne pouvait bénéficier d'une immunité internationale à raison de ses fonctions.

[4] V. MINISTÈRE DE LA JUSTICE, PROCUREUR DE LA RÉPUBLIQUE, *Lettre du 16 novembre 2007*, réf. AS/2007/3350/A4/JCM/FC/ALM, [En ligne] http://www.fidh.org/IMG/pdf/reponseproc23nov07.pdf.

Unis. Il est permis de supposer qu'elle a ici tenté de la ressaisir à l'encontre du Sénégal, ce qui est sans doute plus facile »[1].

À la lumière tout ce qui précède, de la portée du principe *aut dedere aut judicare* auquel est consacré cet arrêt, tout comme des normes analysées relatives à la compétence universelle, il est possible de conclure que le caractère absolu de cette compétence, dépassant la compétence extraterritoriale sélective, survient dans deux circonstances.

La première serait celle dans laquelle la compétence universelle est une possibilité permise par le droit international, et notamment le droit international conventionnel, mais ne constituant aucunement une obligation: les États en disposent alors comme d'une faculté dont on peut faire usage ou non dans le droit interne, comme l'avaient fait la Belgique ou l'Espagne. Ainsi, la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs dispose que « [l]a présente convention n'écarte aucune compétence pénale exercée conformément aux lois nationales »[2], tout comme la Convention internationale contre la prise d'otages dans son article 3[3]. Il en va de même pour la Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé[4], et pour la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, qui « n'écarte aucune compétence pénale supplémentaire exercée conformément aux lois nationales »[5].

La deuxième hypothèse est celle dans laquelle, à l'instar de la convention contre la torture ou des conventions de Genève de 1949, la compétence universelle est absolue car elle est formulée conventionnellement comme une obligation à la charge des États parties, une obligation à laquelle on ne peut se soustraire sans engager la responsabilité internationale de l'État. Par exemple, les quatre Conventions de Genève de 1949 ont un article commun, 49, 50, 129 et 246, prévoyant notamment que « [c]haque Partie contractante aura l'obligation de rechercher les personnes prévenues d'avoir commis, ou d'avoir ordonné de commettre, l'une ou l'autre de ces infractions graves, et elle devra les déférer à ses propres tribunaux, quelle que soit leur nationalité »[6]. Ce deuxième cas est par nature plus restreint et moins abondant, car cette compétence n'est dans la plupart des cas qu'un choix, le droit international le rendant licite mais non obligatoire. Il reste que la délimitation du degré du caractère obligatoire peut être variable en fonction des termes utilisés, oscillant entre l'une ou l'autre possibilité.

Les possibilités offertes par le droit international rendant possible, mais non obligatoire, cette compétence, n'ont pas été utilisées dans le cadre des droits internes,

---

[1] V. *Opinion dissidente de M. le juge* ad hoc *Sur*, CIJ, *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, *op. cit.*

[2] V. la *Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs*, conclue le 16 décembre 1970.

[3] V. la *Convention internationale contre la prise d'otages*, conclue le 17 décembre 1979.

[4] V. l'article 10 de la *Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé*, adoptée par la résolution 49/59 de l'Assemblée générale des Nations Unies le 9 décembre 1994.

[5] V. l'article 9 de la *Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées*, adoptée par la résolution 61/177 de l'Assemblée générale des Nations Unies le 20 décembre 2006.

[6] V. la *Convention (I) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, la *Convention (II) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer*, la *Convention (III) de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*, et la *Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, conclues le 12 août 1949.

qui se limitent plutôt à établir des critères d'extraterritorialité. Dans un certain nombre de cas, cependant, cette extraterritorialité va au-delà des points de rattachements tels que la nationalité active ou passive ou le territoire, et se rapproche ainsi de la compétence universelle. L'analyse montre néanmoins que lorsque cela arrive, les États se réservent souvent un droit de choisir ou de sélectionner les affaires auxquelles ils donneront une suite, selon des critères relativement indéterminés, tels que le « lien substantiel » que les affaires puissent avoir avec l'État. Ces critères se caractérisent par leur indéfinition, cette dernière n'étant pas le produit du hasard mais de la volonté étatique de les laisser dans le flou de manière abstraite, pour procéder ainsi à une détermination unilatérale en l'espèce selon leurs intérêts.

Autrement dit, l'indétermination et le caractère variable des critères de la compétence universelle en droit interne la rapprochent, en dehors des cas obligatoires prévus dans certaines conventions, d'une compétence extraterritoriale sélective, dont l'application oscille entre la sphère juridique et politique: est-il de l'intérêt d'un État de poursuivre un crime ayant peu ou pas de connexion avec lui ? Cela dépend finalement de l'État, du crime et de la nationalité du criminel ou de la victime.

Bibliographie

Conventions internationales

Convention internationale pour la répression du faux monnayage, conclue à Genève le 20 avril 1929.

Convention internationale contre la prise d'otages, conclue le 17 décembre 1979.

Convention (I) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, la *Convention (II) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer*, la *Convention (III) de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*, et la *Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, conclues le 12 août 1949.

Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs, conclue le 16 décembre 1970.

Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé., adoptée par la résolution 49/59 de l'Assemblée générale des Nations Unies le 9 décembre 1994.

Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, adoptée par la résolution 61/177 de l'Assemblée générale des Nations Unies le 20 décembre 2006.

Convention sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid, adoptée par la résolution 3068 (XXVIII) de l'Assemblée générale le 30 novembre 1973.

Textes nationaux

Ley Orgánica del Poder Judicial du 1er juillet 1985, modifiée par la Loi organique 11/1999 du 30 avril et 3/2005 du 8 juillet.

Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, *Boletín Oficial del Estado*

Loi relative à la répression des infractions graves aux Conventions internationales de Genève du 12 août 1949 et aux Protocoles I et II du 8 juin 1977, adoptée le 16 juin 1993, *Moniteur belge*, 25.08.1993, p. 17751.

Loi relative à la répression des violations graves de droit international humanitaire, adoptée le 10 février 1999, *Moniteur belge*, 23.03.1999, p. 9286.

Loi relative à la répression des infractions graves au droit international humanitaire, adoptée le 5 août 2003, *Moniteur belge*, 07.08.2003, p. 40506.

Code de procédure pénale, modifié par la *Loi n°99-515 du 23 juin 1999 renforçant l'efficacité de la procédure pénale*, art. 30, *JORF* 24 juin 1999.

Völkerstrafgesetzbuch (VStGB) du 26 juin 2002 (BGBl. I, 2254).

Jurisprudence

CIJ, *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, arrêt du 20 juillet 2012.

Mandat d'arrêt du Il avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique), arrêt, C. I. J. Recueil 2002, p. 3.

COUR D'APPEL DE BRUXELLES, CHAMBRE DES MISES EN ACCUSATION, *Sharon & Yaron*, 26 juin 2002.

COUR DE CASSATION (BELGIQUE), *Arrêt n° P.03.1217.F*, 24 septembre 2003.

TRIBUNAL SUPREMO (ESPAGNE), *Sentencia n° 1362/2004, de 15 de noviembre de 2004, por la que se confirma la competencia de la jurisdicción española para enjuiciar delitos de genocidio, terrorismo y torturas cometidos en Argentina*.

Doctrine

BAILLEUX, A., La compétence universelle au carrefour de la pyramide et du réseau: de l'expérience belge à l'exigence d'une justice pénale transnationale, Bruxelles, Bruylant, 2005, VIII-225 p., CORTEN, O., « De quel droit?: place et fonction du droit comme registre de légitimité dans le discours sur la 'compétence universelle' », Revue de droit de l'ULB, vol. 30, et Annales de droit de Louvain, vol. 64, 2004, pp. 51-82.

DAVID, E., « La compétence universelle en droit belge », *Revue de droit de l'ULB*, vol. 30, et *Annales de droit de Louvain*, vol. 64, 2004, p. 83.

HENZELIN, M., *Le principe de l'universalité en droit pénal international*, Bruxelles, Bruylant, coll. Genevoise, 2000, XXVII-527 p.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, « La compétence universelle en matière pénale à l'égard du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre », dix-septième commission, résolution adoptée le 26 août 2005 à la session de Cracovie.

MOULIER, I., *La compétence pénale universelle en droit international*, thèse de doctorat soutenue à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne sous la direction de Brigitte Stern, XII-1050 p.

PEYRÓ LLOPIS, A., *La compétence universelle en matière de crimes contre l'humanité*, Bruxelles, Bruylant, Collection du CREDHO, n° 3, p. 2.

PIGRAU SOLÉ, A., « Desvirtuando la jurisdicción universal en España: del caso Guatemala a la Ley orgánica 18/2003 de cooperación con la Corte penal internacional », în *Soberanía del Estado y Derecho Internacional: homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Sevilla, Servicio de Publicaciones Universidad

de Córdoba, Secretariado de Publicaciones Universidad de Sevilla, Servicio de Publicaciones Universidad de Málaga, 2005, p. 1082

RÍOS RODRÍGUEZ, J., « La restriction de la compétence universelle des juridictions nationales: les exemples belge et espagnol », *Revue générale de droit international public*, t. 114, 2010-3, pp. 563-595.

STERN, B., « La compétence universelle en France: le cas des crimes commis en ex-Yougoslavie et au Rwanda », *German Yearbook of International Law*, vol. 40, 1997, p. 285.

STERN, B., « A propos de la compétence universelle… », în YAKPO, E., BOUMEDRA, T. et BEDJAOUI, M. (dir.), *Liber amicorum judge Mohammed Bedjaoui*, The Hague, Kluwer Law International, 1999, pp. 735-753.

TAVERNIER, P., « Compétence universelle et terrorisme », în SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL, *Les nouvelles menaces contre la paix et la sécurité internationales: journée franco-allemande*, Paris, Pedone, 2004, pp. 237-256.

TOMUSCHAT, C., « La compétence universelle en matière pénale à l'égard du crimes de génocide, des crimes contre l' humanité et des crimes de guerre. Universal Criminal Jurisdiction with Respect to the Crime of Genocide, Crimes against Humanity and War Crimes », *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 71-II, issue 2, pp. 199-284, et VERHAEGHE, M., « The Political Funeral procession for the Belgian UJ Statute », în KALECK, W. (dir.), *International Prosecution of Human Rights Crimes*, Springer, 2007, pp. 139-147.

WALLEYN, L., « Universal jurisdiction: lessons from the belgian experience », *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 5, 2002.

The Twentieth Anniversary of the European Union's Internal Market: Strengths and Weaknesses of the Freedom to Provide Services

Gabriela A. ***OANȚĂ****

Abstract: *On January 1st, 2013, twenty years have been met since the creation of the European Union's internal market. The freedom to provide services is one of the most relevant manifestations of this internal market, which, în the last two decades, has deeply marked the process of the European integration. în this paper we analyze this fundamental freedom of the internal market as an invaluable tool of the European Union for a greater integration among its Members States and also to improve the options that the ordinary European citizen has available within his grasp. Undoubtedly, during this period of time the services have had a significant impact on the economy of the European Union's Member States, generating nearly three quarters of the Gross Domestic Product of these States. Taking into account all these considerations, this paper will be divided into two parts. în the first part, it will be studied from a legal point of view the evolution of the freedom to provide services în the European Union framework. And în the second part, especially all the strengths and weaknesses of the freedom to provide services în the framework of the European Union will be presented.*

Key words: *European Union; internal market; freedom to provide services; legislation; jurisprudence.*

I. Introduction

The European Union (thereinafter, EU) is an international organization of integration. The creation of a common market, unique for the three European Communities – the forerunners of the current Union – has been one of the hallmarks that have characterized it from the first moment. The common market has been designed as a space without borders, characterized by having suppressed în the territory of the EU's Member States restrictions on the four fundamental freedoms, namely: the free movement of goods, the free movement of persons, the free movement of capital and the free movement of services.

As the process of European integration progressed, this new legal construction for the phenomenon of international organizations has been developing and also consolidating. A real turning point în its existence represented the ambitious project presented by Mr. Jacques Delors, then President of the European Commission, în 1985. Back then the common market did not respond anymore to the intention of the European Communities to be a benchmark în the international market. It needed that the

* PhD Lecturer în Public International Law and International Relations, Academic Coordinator of the "University Master în Law:, European Union Studies", University of A Coruña (Spain), gabriela.oanta@udc.es.

common market was accompanied, too, by a harmonization în the Member States în order to ensure a more appropriate functioning of the common market.[1]

The first step forward în achieving the objective of creating a single internal market for all EU Member States has been represented by the adoption în 1986 of the Single European Act (hereinafter, SEA), which came into force on 1 July 1987.[2] One of the major contributions of this legal text for the topic of this article has been the institutionalization of the concept of "internal market". It is a concept that had been set previously by the European Court of Justice (hereinafter, ECJ), which had likened it to the model of an internal market of a Member State. The Court from Luxembourg called it "internal market". But we believe that it would have been more correct to refer to it as the "common market", which is the expression used în the EU primary law then în force. Thus, în its judgment of 5 May 1982 în the case *Schul*, the ECJ stated that the common market represented "the elimination of all obstacles to intra-Community trade with a view to merging of national markets into a single market work în conditions as similar as possible to those of a true internal market".[3]

Undoubtedly, the international society has undergone profound changes în the last decades; the EU is no longer the same as it was twenty-five years ago. Since then, the Union has experienced successive enlargements[4], a significant development and diversification of its activity, which în the early nineties of the twentieth century only a few could have imagined it. This situation is added the fact that the Union has for years a single currency - the euro - which was the result of the changes introduced by the Treaty on European Union (hereinafter, TEU) signed at Maastricht în 1992 that created the Economic and Monetary Union. And from then begins to speak very strongly of the slogan "one market, one money"[5] which, to our knowledge, highlighted a sense în the EU regarding the relationship between the internal market and the single currency.

The benefits provided to the Union by the internal market are undisputed. Suffice it to say now that the European Commission estimates that before 2009 it had generated în the whole EU about 3 million additional jobs, a growth of 1.85%, and had contributed solidly for trade which nowadays represents 17%, and 28% of the world trade în goods and services. Consumers, meanwhile, have benefited very positively by the market, it is found, to cite one example, a 70% of decrease în the price of mobile phone calls or 40% of ticket prices.[6] Undoubtedly, the market is an intrinsic element of the whole framework of the EU itself, the services are ubiquitous în today's economy of

---

[1] Regarding a presentation and evolution of the common market creation, see: CRAIG, P., "The Evolution of the Single Market", în BARNARD, C.; SCOTT, J. (eds.), *The Law of the Single European Market. Unpacking the Premises*, Ed. Hart Publishing, 2002, p. 1-3.

[2] *European Single Act*, *OJ* L 169, 29.06.1987, p. 1.

[3] ECJ Judgement of 5 May 1982, *Schul*, 15/81, *ECR* 1982, p. 1409, point 33. For a short commentary on it, see: LÓPEZ ESCUDERO, M., "El mercado interior: cuestiones generales", în LÓPEZ ESCUDERO, M.; MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (coords.), *Derecho comunitario material*, Ed. McGraw Hill, 2000, p. 28-29.

[4] în 1992 the three European Communities was formed by 12 Member States. Nowadays, the EU has 27 Member States, and starting 1 July 2013 28 Member States will form this international organization.

[5] Expression used by: CRAIG, P., *op. cit.*, p. 27-30.

[6] For more details, see: COM(2010) 608 final: *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, The Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – Towards a Single Market Act. For a highly competitive social market economy. 50 proposals for improving our work, business and exchanges with one another*, Brussels, 27.10.2010, p. 2-6.

the Union, and these remain the core and the main economic engine of the Union, generating 70% of the GDP and employment în the vast majority of Member States.[1] Finally, the market is synonymous with a potential of real growth and job creation.

The EU primary law has succeeded în removing the physical barriers among its Member States. But, we believe that this situation doesn't exit în the case of technical barriers, which, to our knowledge, have been replaced by real "legal barriers" that have hampered, as we shall see, over time, the realization of a real economic integration în the EU. The services sector has been severely affected by this situation. The European Commission itself has made public the variety of obstacles that have traditionally hampered the distribution of services beyond the domestic market of a particular Member State. Perhaps the most common obstacle was, for years, the requirement for the service provider to be established în the Member State where he was to provide the service, or even really a requirement to reside în another State other than the origin of provider, etc.[2] At present, a wide range of barriers to the free movement of services în the EU continues to exist, which hinder the full realization of the internal market of services.[3]

Taking into account all these considerations, the present paper will be divided into two main parts. Thus, în the *First Part* we will address the legal framework of the freedom to provide services as one of the two basic components of the free movement of services, which characterizes the current EU's internal market. And în the *second part* we will focus on analyzing what were both the strengths and the biggest weaknesses to whom the freedom to provide services has faced specially în the last two decades.

II. The Legal Framework of the Freedom to Provide Services în the European Union

It is interesting to note that nowadays the legal framework referred to the free movement of services[4] is formed by the Articles 45-66 TFEU (ex Articles 39-59 TEC) that belongs to the Chapter 3 of Title IV of the TFEU entitled "Free movement of persons, services and capital". The free movement of services consists of the right of establishment and the freedom to provide services. This last aspect of the free movement of services (Articles 56-62 TFEU, ex Articles 49-55 TEC) will be analyzed în detail by us through this paper.

In relation to this, it should be mentioned that there are major differences between these two facets of the free movement of services. The right of establishment represents the access to economic activities both for an individual or for a company to be carried out în a stable and continuous way în one or more Member States, under the same

---

[1] Data available in: COM (2002) 441 final: *Report from the Commission to the Council and the European Parliament on the state of the internal market for services presented under the first stage of the Internal Market Strategy for Services*, Brussels, 30.07.2002, p. 6-11.

[2] *Ibidem*, p. 6-7.

[3] For an overview, see: "Guide de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'UE relative aux Articles 56* s. du Traité FUE: la libre prestation des services", Commission Européenne, 8.03.2011, p. 76-125.

[4] Regarding a study on the evolution of the importance of general interest services în the field of common values existing în the EU, see: BUONOMENNA, F., *Servizi pubblici internazionali ed europei. Regimi regolatori*, Sezione di Diritto Internazionale Comunitario Comparato, Quaderni n. 3, Università degli Studi di Salerno, 2010, p. 138-142.

"conditions laid down for its own nationals",[1] while the freedom to provide services enables nationals of the Member States to provide services în the territory of another Member State *"other than that of the person for whom the services are intended"*.[2]

In line with the reading of these provisions we understand that the conditions imposed to the right of establishment are more strict or severe than în the case of the freedom to provide services.[3] Besides, the first one is a static concept, since the cross-border element is present only at the time of the establishment, while the service delivery is above all a dynamic concept that can exist only if the activity is carried out beyond the borders.[4] Also, the right of establishment means it is cleared permanently în a Member State and to exercise self-employed economic activity, while the freedom to provide services involves only occasional or discontinuous presence of the service provider to exercise self-employed economic activity, that is, that the service provider is established în a Member State other than the State of the service recipient.[5]

On the other hand, it should be noted that the provisions referred to the freedom to provide services are subordinate to those concerning the right of establishment. There are several provisions of the TFEU regarding the freedom to provide services that are based on the idea that, previously, the service provider was established în a Member State different from that of the service recipient.[6] And also, the articles on freedom to provide services may be applied only to the extent that they were relevant specific items of property law.

It should be pointed out în this regard that Article 56(1) TFEU prohibits the *"restrictions on freedom to provide services within the Union shall be prohibited în respect of nationals of Member States who are established în a Member State other than that of the person for whom the services are intended"*. It follows that the freedom to provide services contains three different possible aspects: firstly, when the professional provider, who is a national of a Member State, moves to another Member State to provide a service; secondly, when the displacement is to another Member State, that is of the recipient of the service; and thirdly, when there is no any physical displacement of the provider or the recipient, but the service itself crosses the border.[7]

But what is meant by *"service"* în the EU? în accordance with Article 57 TFEU (ex Article 50 TEC), the service is that provision that is *"normally provided for remuneration"*, and does not have a specific legal regime applicable to the other three fundamental freedoms of the internal market. That is, a service provided în the internal

---

[1] Article 49 TFEU (ex Article 43 TEC). See : ECJ Judgement of 30 November 1995, *Gebhard*, C-55/94, *ECR.* 1995, p. I-4165, point 23.

[2] Article 56(1) TFEU (ex Article 49(1) TEC).

[3] în this regard, see: ADRIÁN ARNÁIZ, A. J.; FONSECA MORILLO, F. J., "El mercado interior: aspectos jurídicos", în VEGA MOCOROA, I. (coord.), *La integración económica europea: curso básico*, Ed. Lex Nova, 1998, p. 188 ss.

[4] See: CONDINANZI, M.; LAND, A.; NASCIMBENE, B., *Citizenship of the Union and Free Movement of Persons*, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, p. 150; NASCIMBENE, B., *Il trattamento dello straniero nel diritto internazionale ed europeo*, Ed. Giuffré, 1984, p. 385.

[5] ADRIÁN ARNÁIZ, A. J.; FONSECA MORILLO, F. J., *op. cit.*, p. 188.

[6] Article 59(1) TFEU.

[7] în this regard, see: PÉREZ DE LAS HERAS, B., *Las libertades económicas comunitarias: mercancías, personas, servicios y capitales*, 3ª ed. revised, Ed. Universidad de Deusto, 2000, p. 125-128; SCHWARTZ, I. E., "La libéralisation des systèmes nationaux de radio-diffusion et de télévision sur la base du droit communautaire", *Revue du Marché Commun*, nº 326, 1989, p. 389-394.

market is characterized by: being an economic activity, having a cross-border nature; and having a temporary nature.

Thus, în the first place, regarding the economic nature of the service, the ECJ has pronounced în this line while. It has done so, for the first time în 1988, în the case *Humbel and Edel*, where, în addition to emphasizing the characteristics of the service provided by the current Article 57 TFEU, said, too, that such compensation represents the economic counterpart for the provision considered to be determined between the service provider and the recipient of it.[1]

Secondly, în relation to the transboundary nature of the service în the internal market, it should be pointed out that Article 56 TFEU oppose the application of any national rules which "have the effect of making the provision of services between Member States more difficult than the provision of services purely within a Member State".[2] That is, the relationship between the service provider, the performance of the service and the service receiver should not be made exclusively on the territory of a single Member State, în which case it would be an internal situation of a State to which apply the law of the State concerned, without any relevance to EU law.[3]

And thirdly, referring to the temporary nature of the service, as it was stated by the ECJ, it must be analyzed from the point of view of the duration, frequency, regularity and continuity; and this situation doesn't preclude that the service provider may have some infrastructure that was necessary to perform such provision.

At this point we believe it is worth pointing out the relevance of the principle of non-discrimination by nationality among nationals of the Member States.[4] It is no doubt that it is one of the specific principles of the EU law which is adapted to this field, too. Thus, Article 56(1) TFEU provides that the provisions on the freedom to provide services refer to *"nationals of Member States who are established în a Member State other than that of the person for whom the service are intended"*. But this provision doesn't exclude the temporary possibility for a service provider to be engaged in, by virtue of Article 57 TFEU, an activity *"in the Member State where the service is provided, under the same conditions as are imposed by that State on its own nationals"*.[5]

It is worth pointing out în this regard that the freedom to provide services is not an absolute one, but there are different restrictions permitted by the EU legal order. We consider that these restrictions must be interpreted restrictively, în the sense of the ECJ jurisprudence and only în order to safeguard the interests whose protection is allowed to

---

[1] ECJ Judgment of 27 Septmber 1988, *Humbel y Edel*, 263/86, *ECR* 1988, p. 5365, point 17. Regarding an analysis of the ECJ jurisprudence on the scope of "service", see, amongst others: SNELL, J., "Freedom to Provide Services în the Case Law ad în the Services Directive: Problems, Solutions, and Institutions", în NEERGAARD, U.; NIELSEN, R.; ROSEBERRY, L. (eds.), *The Services Directive: Consequences for the Welfare State and the European Social Model*, DJOF, 2008, p. 173-183.

[2] See: ECJ Judgment of 19 April 2007, *Stamatelaki*, C-444/05, *ECR*. 2007, p. I-3185, point 25; ECJ Judgment of 15 June 2010, *Commission/Spain*, C-211/08, *ECR* 2010, p. I-5267, point 55.

[3] în this regard: CONDINANZI, M.; LAND, A.; NASCIMBENE, B., *op. cit.*, p. 154-155.

[4] On an analysis of this principle, see, amongst others: DAVIES, G., *Nationality discrimination în the European internal market*¸ Kluwer Law International, 2003; WHITE, R. C. A., "Free movement, equal treatment, and citizenship of the Union", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 54, nº 4, 2005, p. 885-905.

[5] As it is well-known, each Member State has the power to establish its own regime applicable to the concession of its nationality to a person, while the European citizenship is complementary of the nationality granted by the EU's Member States.

the Member States by the provisions of the Treaties.[1] Thus, for purposes of this field, by restrictions are understood measures taken by a Member State, whether that applies în the same way, affect the access to the market of the firms from other Member States and disturb, therefore, the trade between these States.[2]

Finally, it should be pointed out that, în accordance with Article 62 TFEU (ex Article 54 TEC), Articles 51-54 TFEU (ex Articles 45-48 TEC) will also be applied to the freedom to provide services. Hence, în this area there are two possible exceptions: on the one hand, the one provided by Article 51 TFEU, concerning the exercise of the public authority în a Member State; and on the other hand, under Article 52(1) TFEU, when it is justified on grounds of public order, security and public health. These two exceptions should add a third, of a jurisprudence character that has been developed by the ECJ on the specific activity of the civil service.[3]

III. The Freedom to Provide Services în the Twentieth Anniversary of the European Union's Internal Market: Strengths and Weaknesses

We consider that, în order to assess what strengths and what weaknesses the freedom to provide services has after twenty years of the internal market existence, it should be pointed out that the EU has undergone significant changes since its creation. în this regard, we believe that the negative side of the internal market – for example, the prohibition for the Member States of any form of discrimination of the assets of the other Member States – has been accompanied also by a positive integration of the same – that is, the harmonization of the national laws of the Member States în this field.[4]

In addition to the valuable contribution of the ECJ jurisprudence to understanding the scope and content of the freedom to provide services within the Union, it is worth referring to important legislative work done în this area, too.[5] în this regard, special attention will be paid to the first documents promoted by the European Commission specifically to the internal market as a whole.[6] But step by step, the freedom to provide services was beginning to have a greater role within the framework based on the

---

[1] ECJ Judgment of 15 March 1988, *Commission/Greek*, 147/86, *ECR* 1988, p. 1637, point 7; ECJ Judgment of 30 March 2006, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, C-451/03, *ECR* 2006, p. I-2941, point 45.

[2] Above all, see: ECJ Judgment of 25 June 2009, *Comission/Austria*, C-356/08, *ECR* 2009, p. I-108, point 39.

[3] Regarding an analysis of this doctrine, see: ADRIÁN ARNÁIZ, A. J.; FONSECA MORILLO, F. J., *op. cit.*, p. 189-190.

[4] CRAIG, P., *op. cit.*, p. 1-3.

[5] See: ADRIÁN ARNAIZ, A. J.; FONSECA MORILLO, F. J., *op. cit.*, p. 193; CRAIG, P., *op. cit.*, p. 20-22 and 25-27.

[6] COM (93) 632 final: *Communication from the Commission to the Council "Making the Most of the Internal Market": Strategic Programme*, Brussels, 22.12.1993. There were intensive debates once, a few months later, the European Commission published the Communication *"Reinforcing the efficiency of the internal market"* (Brussels, 2.06.1993), and also COM (93) 256 final: *"Working paper of the Commission for a Strategic Programme of the Internal Market"* (Brussels, 2.06.1993); *Communication from the Commission to the European Council: Plan of Action for the Internal Market*, CSE (97) 1 final, 4.06.1997; COM (1999) 464: *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council - The strategy for Europe's internal market*, *Brussels*, 5.10.1999. The European Commission had been published before a positive assessment regarding the fulfilling of the Single Market Plan of Action (COM (1999) 74 final, 18.02.1999); COM (1999) 624 final: *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council - The strategy for Europe's Internal Market*, Brussels, 24.11.1999.

internal market. So, at the end of 2000 the European Commission gave strides în this area by publishing a specific strategy for services în the internal market.[1] Thus, echoed the request of the European Council held în Lisbon was proposing "a comprehensive strategy of the internal market for the removal of barriers to services".[2] The EU started to understand that without it would not be possible for itself to get a based on knowledge economy more competitive and dynamic în the world, able of a sustainable economic growth with more and better jobs and an increased social cohesion.

We estimate that numerous occasions have been în this period în which they highlighted the need to create an internal market for services that worked really.[3] The problems identified by the European Commission în connection with the provision of services contained în the first phase of its strategy published în 2000 have been compiled and systematized în the report submitted by 30 July 2002 regarding the state of the internal market for services.[4] Basically, there were two broad categories of problems: firstly, those that are directly or indirectly derived from legal constraints that were characterized by the effect of the ban, the obstruction or make less attractive the service activities between Member States; and, secondly, those which are derived from non-legal factors. Regarding specifically to the freedom to provide services, various legal difficulties have been identified. These difficulties are related to the use of inputs to provide services, to promote services, with the distribution of services, selling and also with the post-sales services. And among non-legal borders were either difficulties related to the lack of information (on the market regulator, or on the guiding principles of the internal market) or cultural and linguistic difficulties.[5]

As far as we are concerned, these are major aspects for the provision of services. în short, the services are to be more affected than the goods, among others, by the internal market borders. We believe that the SMEs and especially consumers suffer more the impact of obstacles to the realization of a truly internal market în the EU. Nevertheless, already begun the twenty-first century, it was clear that the Union had still to implement the freedom to provide services. Until then, it had been "more a legal concept than a real practice",[6] basically due to the considerable differences among the different legal orders of the Member States. With the desire to avoid this situation, în the Internal Market Strategy, published on 7 May 2003, the European Commission identified ten different priorities. în our view, priority No 2 regarding the integration of the services markets is the most related to the freedom to provide services. Thus, the European Commission identifies eight specific measures and stresses the need for the Council and the European Parliament to adopt, among others, the Directive on recognition of

[1] COM (2000) 888 final: *Communication from the Commission to the Council and the European Parliament - An Internal Market Strategy for Services*, Brussels, 29.12.2000.

[2] *Ibidem*, p. 2.

[3] în this regard, în addition to the Lisbon the European Council (March 2000), see, also, the European Councils held în Stockholm (2001) and Barcelona (2002) and the different EU's Council summits.

[4] COM (2002) 441 final: *doc. cit*.

[5] For more details, see: COM (2002) 441 final: *doc. cit.*

[6] As the European Commission itself has affirmed în its Communication "Internal Market Strategy - Priorities 2003-2006" (COM (2003) 238 final, Brussels, 7.05.2003).

professional qualifications,[1] and also mentions the forthcoming submission of a proposal for a directive on services în the internal market before the end of 2003.[2]

Indeed, on 12 December 2006 the Directive on services în the internal market was published – Directive 2006/123/EC -.[3] Known as the "Bolkestein Directive", this Directive is, without doubt, one of the secondary legislation act most media, popular, controversial, praised, and, at the same time, also feared.[4] în this regard, it is important to underline that final version of this Directive has been much more restricted than the first draft, which had been published în January 2004, mainly because no reference was made anymore to the origin country.[5] This is evident în a row reading of the first two articles of this act where the legislator tries to define the purpose and scope of this Directive. We believe that calls our attention the large number of constraints în the implementation of the Directive 2006/123/EC provisions. Perhaps this was done to avoid future potential conflicts between existing provisions în the EU law în this field.[6]

But undoubtedly, the adoption of this Directive responded to the need that the broad and diverse jurisprudence developed by the ECJ till that moment saw encoded.[7]

In this regard, it is worth pointing out that în a notice published on 27 January 2011 the European Commission has published a very positive report of the mutual evaluation process provided for în the Bolkestein Directive.[8] And, at the same time, it is estimated that the functioning of the internal market for services improved significantly as it contributed to about 60,000 million euros of profit, which would mean a potential of growth between 0.6 and 1.5% of GDP.[9]

Undoubtedly, the services are the driving force of the EU economy: nine of each ten new jobs are created în this sector and about 75% of trade în services consists în the

---

[1] We are referring to the *Directive 2005/36/EC of the European Parliament and of the Council*, of 7 September 2005, on the recognition of professional qualifications, *OJ* L 255, 30.09.2005, p. 22.

[2] For more details, see: COM (2003) 238 final: *doc. cit.*, p. 11-12.

[3] *Directive 2006/123/EC of the European Parliament and of the Council*, on 12 December 2006, on services în the internal market, *OJ* L 376, 27.12.2006, p. 36. Regarding a vaste study on this Directive, see, amongst others: BERARDIS, G., "La direttiva generale în materia di servizi", în BESTAGNO, F.; RADICATI DI BROZOLO, L. G. (a cura di), *Il mercato único dei servizi*, Ed. Giuffrè, 2007, p. 27-40; DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T. (dir.), *El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 123/2006/CE relativa a los servicios en el mercado interior*, Ed. Marcial Pons, 2009; PEGLOW, K., "La libre prestation de services dans la directive no. 2006/123/CE", *Revue trimestrielle de droit européen*, vol. 44, nº 1, 2008, p. 67-118.

[4] VILLAREJO GALENDE, H., "Nota preliminar. Reflexionando sobre el impacto de la Directiva de Servicios en el comercio europeo", în VILLAREJO GALENDE, J. (dir.), *La Directiva de Servicios y su impacto sobre el comercio europeo*, Ed. Comares, 2009, p. XIII.

[5] în this regard, see: MOLINIER, J.; DE GROVE-VALDEYRON, N., *Droit du marché intérieur européen*, 3e éd, L.G.D.J., 2011, p. 159; SNELL, J., *op. cit.*, p. 172.

[6] SNELL, J., *op. cit.*, p. 183.

[7] See: SALVADOR ARMENDÁRIZ, M. A., "Eficacia y proceso de transposición de la Directiva de Servicios en España", în VILLAREJO GALENDE, J. (dir.), *La Directiva de Servicios y su impacto sobre el comercio europeo*, Ed. Comares, 2009, p. 3-19.

[8] We are referring to: COM (2011) 20 final: *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: Towards A Better Functioning Single Market For Services – Building on the Results of the Mutual Evaluation Process of the Services Directive*, Brussels, 27.01.2011.

[9] în this regard, see: "A New Strategy for the Single Market at the Service of Europe's Economy and Society. Report to the President of the European Commission José Manuel Barroso by Mario Monti", 9.05.2010, p. 53.

provision of services to other companies în almost any sector of the European economy, particularly în the industrial sector. Therefore, service markets more integrated and with a better performance would enhance the competitiveness of the whole EU's economy.[1] Hence it is not surprising that the Communication from the European Commission "Europe 2020: A strategy for smart, sustainable and inclusive", announced on 3 March 2010, would emphasize that "[a]n open single market for services must be created on the basis of the Services Directive".[2] Meanwhile, the Communication from the Commission "Towards a Single Market Act", published on 27 October 2010,[3] stresses the need to further develop the internal market for services and to base on the results of the process of "mutual evaluation" provided în the Services Directive.[4]

In one of the most recent documents published by the European Commission în relation with these items – "Towards a better functioning Single Market for services – building on the results of the mutual evaluation process of the Services Directive"[5] – presents the main results of the process of "mutual evaluation "and relies on them to enter a new phase of creating a single market for services, în which the benefits of the Services Directive are consolidated and complemented by a series of additional measures.

With the eyes already put on the twentieth anniversary of the creation of the internal market, the European Commission President, Mr. José Manuel Barroso, has publicly stated the need for this new integration project known political impulses both to meet its objectives as to deal with the economic and financial crisis în which the Union has been involved în recent years. în this regard, Mr. Mario Monti was entrusted to prepare a report containing options and recommendations to relaunch the internal market as a strategic objective of the current European Commission [6] While noting that the services sector is, as we have already explained, about 70% of GDP, în this report it is argued that it remains deeply fragmented and that only 20% of services în the EU have a cross-border dimension. We consider interesting the fact that 30% lies în the difference în this field between the United States and the euro zone, respectively.[7]

Once already pointed out the deficiencies în the market,[8] the European Commission has published on 13 April 2011 the Single Market Act. It is a document that contains twelve levers to stimulate growth and strengthen confidence, through which the EU will seek to put "an end to market fragmentation and eliminating barriers and obstacles to the movement of services, innovation and creativity. It means strengthening citizens'

---

[1] Data available in: COM (2011) 20 final: *doc. cit.*, p. 2-3.

[2] COM(2010) 2020 final: *Communication from the Commission: Europe 2020. A strategy for smart, sustainable and inclusive growth*, Brussels, 3.03.2010, p. 20.

[3] COM (2010) 608 final, *doc. cit*.

[4] Data available in: COM (2011) 20 final: *doc. cit.*, p. 2.

[5] *Ibidem*.

[6] "A New Strategy for …", *doc. cit.*. Regarding it, see: KOWALSKY, W., "Past and future of the EU single market – the Monti Report", *Transfer: European Review of Labour and Research*, vol. 16, nº 3, 2010, p. 437-441.

[7] For more details on it, see: "A New Strategy for …", *doc. cit.*, p. 53-55. în Monti Report there are two key recommendations regarding services: (1) examine which initiatives are required regarding the services sectors that are not or not fully covered by the services directive and make any necessary proposals; (2) adopt the proposed cross-border health care directive and take supporting actions, în particular launch a benchmarking of the healthcare systems în the Member States.

[8] Basically, it would be the existence of physical borders and border tax market liberalization. More of these aspects have been mentioned again în Louis Grech's Report, member of the European Parliament, "Delivering a single market to consumers and citizens", 3 May 2010, A7-0132/2010.

confidence în their market and ensuring that its benefits are passed on to consumers".[1] One of the twelve levers to boost growth and strengthen confidence refers specifically to the services sector. în addition, the Commission will set-up a High-Level Group whose main function would be to try market failures.[2]

But with the economic and financial crisis that exists în the Member States as a backdrop, the EU is aware that now, more than ever, should do everything possible to get out of this situation. We consider that în this regard falls the Communication presented by the European Commission on 3 October 2012 "Single Market Act II".[3] It is a package of measures that accompany the submitted Communication which had been published a year and a half before – Single Market Act" -. These measures "will make a contribution to growth, employment and confidence în the Single Market".[4] Specifically, there are four vectors around which the twelve key measures that were published în April 2011 are focused, namely: (1) developing fully integrated networks în the Single Market, (2) fostering mobility of citizens and businesses across borders; (3) supporting the digital economy across Europe, and (4) strengthening social entrepreneurship, cohesion and consumer confidence.

Regarding the freedom to provide services, it should be pointed out the first and the third vectors listed în the Single Market Act II. Thus, în relation to fully integrated networks în the Single Market, four key measures are identified, two of which are directly relevant to this freedom. Specifically, with regard to rail transport, the Commission suggests to open domestic rail passenger services to operators from another Member State to improve the quality and cost efficiency of rail passenger services. And în the field of air transport, the European Commission aims to accelerate the implementation of the Single European Sky to improve safety, capacity, efficiency and the environment impact of aviation. And, în relation to the support of digital economy în Europe, special attention is paid to a specific key measure for services. în this regard, the European Commission considers that it would be relevant to support online services by making payment services în the EU more efficient. în fact, online services offer particular opportunities that should not be wasted. But according to data handled by the Union, nowadays, 35% of Internet users do not buy online as they do not have enough confidence în payment methods, and also due to remaining barriers for the entry into market. Therefore, the European Commission should take appropriate actions as soon as

---

[1] COM (2011) 206 final: *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: Single Market Act. Twelve Levers To Boost Growth And Strengthen Confidence "Working Together To Create New Growth"*, Brussels, 13.04.2011, p. 2. The same day a Commission staff working paper was also published, accompanying this Communication, which contains the answers to the public survey on the proposal made regarding the Single Market Act. în this regard, see: SEC (2011) 467 final: *Commission Staff Working Paper Overview of responses to the public consultation on the Communication "Towards a Single Market Act". Accompanying document to the Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions "A Single Market Act. Twelve levers to boost growth and strengthen confidence "Working together to create new growth"*, Brussels, 13.04.2011.

[2] For more details regarding these ítems, see: COM (2011) 206 final: *doc. cit.*, p. 11-12.

[3] COM(2012) 573 final: *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: Single Market Act II "Together For New Growth"*, Brussels, 3.10.2012.

[4] *Ibidem*, p. 6.

possible so that the freedom to provide services will adapt to the latest challenges of the EU internal market.

IV. Final remarcks:

We consider that the EU's internal market, with twenty years of existence and with about 500 million consumers, nowadays is still a project under construction. We believe that the desired integration by the "parents" of this market în the early years of its existence is not yet complete. And this situation is even more visible în the field of services, which traditionally have been opened more slowly and have been harmonized with greatest difficulty. în fact, only at the beginning of the twenty-first century a specific legislative act for the field of services în the internal market was adopted. We are referring to the well-known Directive 2006/123/CE. Its provisions are highlighted and, undoubtedly, they have revolutionized many facets of service delivery at the EU level. But, as we have seen throughout this paper, finally its provisions are less ambitious than those originally proposed by the European Commission.

In the first part of this paper it has been shown that the "physical boundaries" among EU's Member States în the field of freedom to provide services have gone without this the "legal boundaries" no longer hinder the realization of a real integration în this field at the Union's level. And în the second part, it has presented that this situation has gone hand în hand with the increasingly important presence of services among the EU concerns în all the documents issued în connection with the internal market and the four fundamental freedoms that characterize it (the free movement of goods, the free movement of persons, the free movement of capital and the free movement of services).

In is worth pointing out în this regard that services have been gaining an increasing prominence on the EU's agenda regarding the internal market generally speaking. It happened that the achievement of the freedom to provide services mentioned within the broader goal of the full realization of the internal market at Union level was followed by the publication of programmatic documents and specific strategies for this field, seeking the disappearance of obstacles to cross-border trade and to entry into the internal market.

In our view, during all this time many of the barriers to the integration of services have been eliminated în the whole EU, but there are still big differences among different Member States. Suffice is to mention the case of the principle of no discrimination the provided services from other Member States or of the application of the existing EU secondary law în this field. Moreover, în the last twenty years considerable progress în achieving the elimination of restrictions on the freedom to provide services has been made, although we consider that there are still many things to be done în this direction.

So, although achieving the freedom to provide services has not been as fast and relevant as the "parents" of the internal market would have liked to, there is no doubt that this has been constituted one of the strongest bets of the Union. Do not forget that services continue to represent "the driving force of the EU economy ", and that the development of this area is a continuous exercise for all the Union.

References

Books, chapters or other parts of a book, and journal articles:

1. ADRIÁN ARNÁIZ, A. J.; FONSECA MORILLO, F. J., "El mercado interior: aspectos jurídicos", în VEGA MOCOROA, I. (coord.), *La integración económica europea: curso básico*, Ed. Lex Nova, 1998.
2. BERARDIS, G., "La direttiva generale în materia di servizi", în BESTAGNO, F.; RADICATI DI BROZOLO, L. G. (a cura di), *Il mercato único dei servizi*, Ed. Giuffrè, 2007.
3. BUONOMENNA, F., *Servizi pubblici internazionali ed europei. Regimi regolatori*, Sezione di Diritto Internazionale Comunitario Comparato, Quaderni n. 3, Università degli Studi di Salerno, 2010.
4. CONDINANZI, M.; LAND, A.; NASCIMBENE, B., *Citizenship of the Union and Free Movement of Persons*, Martinus Nijhoff Publishers, 2008.
5. CRAIG, P., "The Evolution of the Single Market", în BARNARD, C.; SCOTT, J. (eds.), *The Law of the Single European Market. Unpacking the Premises*, Ed. Hart Publishing, 2002.
6. DAVIES, G., *Nationality discrimination în the European internal market*¸ Kluwer Law International, 2003.
7. DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T. (dir.), *El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 123/2006/CE relativa a los servicios en el mercado interior*, Ed. Marcial Pons, 2009.
8. KOWALSKY, W., "Past and future of the EU single market – the Monti Report", *Transfer: European Review of Labour and Research*, vol. 16, nº 3, 2010.
9. LÓPEZ ESCUDERO, M., "El mercado interior: cuestiones generales", în LÓPEZ ESCUDERO, M.; MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (coords.), *Derecho comunitario material*, Ed. McGraw Hill, 2000.
10. MOLINIER, J.; DE GROVE-VALDEYRON, N., *Droit du marché intérieur européen*, 3e éd, L.G.D.J., 2011.
11. NASCIMBENE, B., *Il trattamento dello straniero nel diritto internazionale ed europeo*, Ed. Giuffré, 1984.
12. PEGLOW, K., "La libre prestation de services dans la directive no. 2006/123/CE", *Revue trimestrielle de droit européen*, vol. 44, nº 1, 2008.
13. PÉREZ DE LAS HERAS, B., *Las libertades económicas comunitarias: mercancías, personas, servicios y capitales*, 3ª ed. revisada, Ed. Universidad de Deusto, 2000.
14. SALVADOR ARMENDÁRIZ, M. A., "Eficacia y proceso de transposición de la Directiva de Servicios en España", în VILLAREJO GALENDE, J. (dir.), *La Directiva de Servicios y su impacto sobre el comercio europeo*, Ed. Comares, 2009.
15. SCHWARTZ, I. E., "La libéralisation des systèmes nationaux de radio-diffusion et de télévision sur la base du droit communautaire", *Revue du Marché Commun*, nº 326, 1989.
16. SNELL, J., "Freedom to Provide Services în the Case Law ad în the Services Directive: Problems, Solutions, and Institutions", în NEERGAARD, U.; NIELSEN, R.; ROSEBERRY, L. (eds.), *The Services Directive: Consequences for the Welfare State and the European Social Model*, DJOF, 2008.
17. VILLAREJO GALENDE, H., "Nota preliminar. Reflexionando sobre el impacto de la Directiva de Servicios en el comercio europeo", în VILLAREJO

GALENDE, J. (dir.), *La Directiva de Servicios y su impacto sobre el comercio europeo*, Ed. Comares, 2009.

18. WHITE, R. C. A., "Free movement, equal treatment, and citizenship of the Union", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 54, nº 4, 2005.

European Union Binding Acts:

19. *Single European Act*, *OJ* L 169, 29.06.1987, p. 1.

20. *Directive 2005/36/EC of the European Parliament and of the Council*, of 7 September 2005, on the recognition of professional qualifications, *OJ* L 255, 30.09.2005, p. 22.

21. *Directive 2006/123/EC of the European Parliament and of the Council*, on 12 December 2006, on services în the internal market, *OJ* L 376, 27.12.2006, p. 36.

European Union Non Binding Acts:

22. COM (93) 256 final: *Working paper of the Commission for a Strategic Programme of the Internal Market",* Brussels, 2.06.1993.

23. COM (93) 632 final: *Communication from the Commission to the Council "Making the Most of the Internal Market": Strategic Programme*, Brussels, 22.12.1993.

24. *Communication from the Commission to the European Council: Plan of Action for the Internal Market*, CSE (97) 1 final, 4.06.1997.

25. COM(1999) 74 final: *Communication from the Commission to the Council and the European Parliament – Assessment of the Single Market Action Plan, June 1997 – December 1998*, Brussels, 18.02.1999.

26. COM (1999) 464: *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council - The strategy for Europe's internal market*, *Brussels*, 5.10.1999.

27. COM (1999) 624 final: *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council - The strategy for Europe's Internal Market*, Brussels, 24.11.1999.

28. COM (2000) 888 final: *Communication from the Commission to the Council and the European Parliament - An Internal Market Strategy for Services*, Brussels, 29.12.2000.

29. COM (2002) 441 final: *Report from the Commission to the Council and the European Parliament on the state of the internal market for services presented under the first stage of the Internal Market Strategy for Services*, Brussels, 30.07.2002.

30. "Delivering a single market to consumers and citizens", European Parliament, Louis Grech's Report, 3.05.2010, A7-0132/2010.

31. COM(2003) 238 final: *Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions - Internal Market Strategy – Priorities 2003-2006*, Brussels, 7.05.2003.

32. COM (2010) 2020 final: *Communication from the Commission: Europe 2020. A strategy for smart, sustainable and inclusive growth*, Brussels, 3.03.2010.

33. COM(2010) 608 final: *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, The Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – Towards a Single Market Act. For a highly competitive social market economy. 50 proposals for improving our work, business and exchanges with one another*, Brussels, 27.10.2010.

34. COM (2011) 20 final: *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: Towards A Better Functioning Single Market For Services – Building on the Results of the Mutual Evaluation Process of the Services Directive*, Brussels, 27.01.2011.

35. COM (2011) 206 final: *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: Single Market Act. Twelve Levers To Boost Growth And Strengthen Confidence "Working Together To Create New Growth"*, Brussels, 13.04.2011.

36. SEC (2011) 467 final: *Commission Staff Working Paper Overview of responses to the public consultation on the Communication "Towards a Single Market Act". Accompanying document to the Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions "A Single Market Act. Twelve levers to boost growth and strengthen confidence "Working together to create new growth"*, Brussels, 13.04.2011.

37. COM(2012) 573 final: *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: Single Market Act II "Together For New Growth"*, Brussels, 3.10.2012.

Sentences of the European Court of Justice:

38. ECJ Judgement of 5 May 1982, *Schul*, 15/81, *ECR* 1982, p. 1409.

39. ECJ Judgement of 30 November 1995, *Gebhard*, C-55/94, *ECR.* 1995, p. I-4165.

40. ECJ Judgment of 15 March 1988, *Commission/Greek*, 147/86, *ECR* 1988, p. 1637.

41. ECJ Judgment of 27 September 1988, *Humbel y Edel*, 263/86, *ECR* 1988, p. 5365.

42. ECJ Judgment of 30 March 2006, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, C-451/03, *ECR* 2006, p. I-2941.

43. ECJ Judgment of 19 April 2007, *Stamatelaki*, C-444/05, *ECR.* 2007, p. I-3185.

44. ECJ Judgment of 25 June 2009, *Comission/Austria*, C-356/08, *ECR* 2009, p. I-108.

45. ECJ Judgment of 15 June 2010, *Commission/Spain*, C-211/08, *ECR* 2010, p. I-5267.

Other Documents:

46. "A New Strategy for the Single Market at the Service of Europe's Economy and Society. Report to the President of the European Commission José Manuel Barroso by Mario Monti", 9.05.2010.

47. "Guide de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'UE relative aux Articles 56* s. du Traité FUE: la libre prestation des services", Commission Européenne, 8.03.2011.

Acordurile (convenţiile) încheiate de Comunităţile Europene[1] - preluate prin succesiune de Uniunea Europeană[2]

*Lector dr. Ioana Nely **MILITARU**[*],*
*Lector dr. Ileana **VOICA**[**]*

Abstract: *Lucrarea cuprinde Precizări prealabile, două capitole şi concluzii. Precizările prealabile fac referire la faptul că acordurile încheiate de Comunităţile Europene (CE) au fost preluate de Uniunea Europeană odată cu Tratatul de la Lisabona. Capitolul I prezintă convenţiile internaţionale încheiate de CE/UE ca sursă de drept primar, iar capitolul II, se analizează convenţiile încheiate de CE/UE care rezultă din relaţiile externe ale acesteia - denumite şi drept convenţional. Concluziile pun în lumină locul acordurilor în ordinea juridică a UE, adică sunt izvoare de drept, având valoare normativă inferioară dreptului primar şi principiilor generale ale dreptului şi superioară dreptului derivat*

Cuvinte cheie: *Comunităţile Europene, Uniunea Europeană, convenţie, acord, drept primar, drept convenţional.*

Precizări prealabile

Anterior Tratatului de la Lisabona, Tratatul CE nu conţinea nicio dispoziţie de fond prin care să atribuie Comunităţii competenţa de a încheia acorduri internaţionale nici măcar în vederea realizării obiectivelor pe care le fixa. Doar un singur articol, 300 (art. 218 TFUE) reglementa o procedură de încheiere de astfel de acorduri[3]. Cu toate acestea, Curtea de Justiţie a considerat că o asemenea competenţă rezultă din „sistemul

---

[1] Am folosit în text „Comunităţile Europene" deoarece Acordurile menţionate au fost încheiate de acestea, anterior Tratatului de la Lisabona. Ioana Nely Militaru, Dreptul Uniunii Europene, Editura Universul juridic, Ediţia a - II-a, Bucureşti, 2011.

[2] Deoarece potrivit art. 1 alin. 3 TUE „Uniunea se substituie Comunităţii Europene şi îi succede acesteia".

[*] Academia de Studii Economice Bucureşti, Departamentul Drept.

[**] Ibidem.

[3] Potrivit art. 300 TCE (art. 218 TFUE, Tratatul de la Lisabona) Acordurile sunt încheiate de Consiliu, după cum urmează:

1. Comisia prezintă recomandări Consiliului, care o autorizează să înceapă negocierile necesare (par. 1);
2. înainte de încheierea acordurilor, Consiliul (par. 3) va consulta Parlamentul European, cu excepţia acordurilor privind politica comercială comună (art. 133 par. 3 CE). Parlamentul emite avizul său într-un termen pe care Consiliul îl fixează în funcţie de urgenţă;
3. Parlamentul European, Consiliul, Comisia sau un stat membru poate să ceară avizul Curţii de Justiţie privind compatibilitatea cu dispoziţiile Tratatului;
4. sub rezerva competenţelor recunoscute Comisiei în acest domeniu, semnarea şi încheierea acordurilor sunt decise de Consiliu, care hotărăşte cu majoritate calificată la propunerea Comisiei.

Acordurile încheiate în conformitate cu art. 300 TCE obligă instituţiile Comunităţilor şi statele membre.

tratatului", ceea ce i-a dat Comunităţii posibilitatea să intervină pe scena internaţională fără a se limita la atribuţiile exprese de competenţă externă[1].

Toate aceste acorduri au fost preluate prin succesiune de Uniunea Europeană[2], potrivit art. 1 alin. 3 TUE „Uniunea se substituie Comunităţii Europene şi îi succede acesteia", potrivit Tratatului de la Lisabona.

Capitolul I. Convenţiile încheiate de Comunităţile Europene / Uniunea Europeană sursă de drept primar al Uniunii Europene

1. Actele de aderare ale statelor membre

Actele de aderare[3] ale statelor care au devenit membre ale Comunităţilor constituie surse de drept comunitar primar[4], respectiv ale dreptului primar al Uniunii. Curtea de Justiţie a precizat în acest sens că „aderarea noilor state membre se realizează prin acte care au valoare de drept primar şi care pot modifica în oricare domeniu dreptul comunitar – al uniunii (n. a)"[5]. Folosim termenul „comunităţi" deoarece aderarea s-a realizat anterior Tratatului de la Lisabona. Actele de aderare fac parte din dreptul primar al Uniunii deşi s-au încheiat anterior Tratatului de la Lisabona, deoarece art. 351 TFUE precizează că „**dispoziţiile tratatelor nu aduc atingere drepturilor şi obligaţiilor care rezultă din convenţiile încheiate între statele membre aderante, înaintea aderării acestora, sau între unul sau mai multe state membre pe de o parte şi unul sau mai multe state terţe pe de altă parte".**

2. Convenţiile între statele membre încheiate în aplicarea tratatelor comunitare[6]

În principiu, în prezent, **tratatele - TFUE şi TUE- reprezintă singura sursă primară a dreptului Uniunii, dar în baza tratatelor comunitare** – anterior Tratatului de la Lisabona-**statelor membre le-a fost conservat dreptul de a încheia între ele acorduri şi convenţii.** „Aceste acorduri constituie neîndoielnic un izvor de drept comunitar, în măsura în care, negociate în executarea tratatelor, au fost destinate să le completeze"[7]**.** Ele sunt izvoare ale dreptului Uniunii în măsura în care nu contravin cu

---

[1] A se vedea, Popescu-Cruceru, Anca Sorina**,** „*Economia concurenţială în Uniunea europeană*", Ed. Artifex, 2008.

[2] A se vedea, Dragoş Marian Rădulescu, *Uniunea Europeană. De la tradiţii la drepturi fundamentale*, Editura Pro Universitaria, 2012, Bucureşti, p. 31 - 39; **Camelia Stoica şi Silvia Cristea *„The directives have been constituting the main instrument of the community policy",* susţinută cu ocazia conferinţei internaţionale EAM-PEEC, 2009, organizată de EAM-ASE, Bucureşti,12-14 noiembrie, 2009, indexată în bazele Scopus şi Ebsco, Volumul II.**

[3] Acestea conţin dispoziţii instituţionale care au fost deja integrate în tratatele comunitare, de exemplu, modificarea ponderii voturilor în cadrul Consiliului, modificarea compunerii instituţiilor şi a organelor comunitare; a se vedea în acest sens, Paul Mircea Cosmovici, Roxana Munteanu, *Dreptul European al concurenţei. Înţelegerile între întreprinderi. Reguli generale, Editura Academiei Române, Bucureşti, 2001,* p. 57.

[4] Asupra condiţiilor şi limitelor în care actele de aderare conferă valoare de drept comunitar primar anumitor dispoziţii de drept derivat, a se vedea, C.J.C.E., 28.04.1988, S.A. Laissa, aff. Jtes. 31 et 35/86, Rec. 2285, A se vedea şi Guy Isaac, Marc Blanquet, *Droit communautaire general,* 8 ed. Dalloz, Paris, 2001, p. 133.

[5] A se vedea, O. Ţinca, *Drept comunitar general*, Editura Didactică şi Pedagogică, R.A., Bucureşti, 1999, p. 51 şi urm.

[6] A se vedea, Hauschild, *L'importance des conventions communautaires pour la création d'un droit communautaires*, RTDE, 1975.

[7] A se vedea, J. Boulouis, M. Chevalier, *Grands arrets de la Cour de Justice des Communautés européennes*, tome 1, 5 éd., Paris, Dalloz, 1991.

dispoziţiile tratatelor (TFUE şi TUE), iar în situaţia constatării unor incompatibilităţi între tratate şi convenţii se impune eliminarea acestor incompatibilităţi prin modificarea dispoziţiilor din convenţiile respective. Prin urmare, sunt aplicabile, prin analogie, dispoziţiile art. **351 TFUE,** potrivit cărora, **dispoziţiile tratatelor nu aduc atingere drepturilor şi obligaţiilor care rezultă din convenţiile încheiate între statele membre aderante, înaintea aderării acestora, sau între unul sau mai multe state membre pe de o parte, şi unul sau mai multe state terţe pe de altă parte. În măsura în care aceste convenţii nu sunt compatibile cu tratatele, statul sau statele membre în cauză recurg la toate mijloacele corespunzătoare pentru a elimina incompatibilităţile constatate.**

De asemenea, potrivit art. 293 TCE, în prezent abrogat prin TFUE, **statele membre aveau dreptul să înceapă negocieri între ele, iar dacă era cazul, în vederea încheierii de acorduri, în diverse domenii, pentru a garanta cetăţenilor lor**[1]:

- protecţia persoanelor, exercitarea şi protecţia drepturilor în condiţiile acordate de fiecare stat propriilor cetăţeni;
- eliminarea dublei impuneri în interiorul Comunităţilor;
- recunoaşterea reciprocă a societăţilor în sensul alin. 2 din art. 48 TCE, menţinerea personalităţii juridice în cazul transferării sediului dintr-o ţară în alta şi posibilitatea fuziunii unor societăţi supuse unor legislaţii naţionale diferite;
- simplificarea formalităţilor privitoare la recunoaşterea şi executarea reciprocă a hotărârilor judecătoreşti, precum şi a sentinţelor arbitrale. Chiar dacă art. 293 TCE a fost abrogat, trebuie menţionat deoarece în baza lui au fost încheiate convenţii care sunt în vigoare.

În acelaşi context de idei, deşi Tratatul de la Lisabona nu mai prevede posibilitatea încheierii unor astfel de acorduri, prin abrogarea articolului menţionat, acesta prevede, însă, **posibilitatea negocierii şi încheierii de către statele membre a unor acorduri internaţionale în cadrul organismelor internaţionale,** şi anume:

- în domeniul **„cooperării pentru dezvoltare" „**Uniunea poate încheia cu ţările terţe şi cu organizaţiile internaţionale competente orice acord util" (art. 209 alin. 2 TFUE). Această dispoziţie însă „nu aduce atingere competenţei statelor membre de a negocia şi de a încheia acorduri în cadrul organismelor internaţionale" (art. 209 alin. 3 TFUE);
- **în domeniul „cooperării economice, financiare şi tehnice cu ţările terţe",** Uniunea desfăşoară acţiuni care se completează cu acţiunile statelor membre[2]. Cu toate acestea în domeniul menţionat, şi separat de acţiunile statelor membre şi ale Uniunii, statele membre pot negocia în cadrul organismelor internaţionale şi încheia acorduri internaţionale (art. 212 alin. 3 ultima teză TFUE);
- în domeniul **„ajutorului umanitar"** în care Uniunea poate încheia cu ţările terţe şi cu organizaţiile internaţionale competente orice acord util". Această dispoziţie însă „nu aduce atingere competenţei statelor membre de a negocia şi de a încheia acorduri în cadrul organismelor internaţionale" (art. 214 alin. ultima teză TFUE);

---

[1] A se vedea, *Documente de bază ale Comunităţii şi Uniunii Europene*, Editura Polirom, ed. a II-a, Iaşi, 2002, p. 110.

[2] A se vedea, **Popescu-Cruceru Anca,** Leuciuc Eugenia Gabriela, Bănulescu Viorel**, „***Economic operators' security through harmonization between national and european law - the First directive*", **Anale. Seria Ştiinţe Economice. Timişoara,** CNCSIS **B+, vol. VIII/2012.**

- în domeniul uniunii economice şi monetare, fără a aduce atingere competenţelor şi acordurilor Uniunii, statele membre pot negocia în cadrul organismelor internaţionale şi pot încheia acorduri internaţionale (art. 219 alin. 4 TFUE).

✓ De asemenea, **au fost încheiate convenţii între statele membre care, deşi nu aveau în mod direct fundamentul juridic în art. 239 din TCE (art. 273 TFUE) sau într-o altă dispoziţie specifică a unuia din tratatele institutive, obiectul lor era în strânsă legătură cu executarea tratatelor** [1]:

- Convenţia din 29.02.1968. cu privire la recunoaşterea reciprocă a societăţilor;
- Convenţia de la Bruxelles din 27.09.1968 cu privire la competenţa judiciară şi executarea hotărârilor în materie civilă şi comercială;
- Convenţia de la Roma din 19 iunie 1980 cu privire la legea aplicabilă obligaţiilor contractuale[2];
- Convenţii referitoare la brevetele europene (Műnchen 05.10.1973) şi comunitare (Luxemburg 15.12.1989)[3];
- Convenţia din 23. 07. 1990 referitoare la eliminarea dublei impuneri în cazul corectării beneficiilor întreprinderilor asociate[4] etc.

3. Acordurile încheiate de reprezentanţii statelor membre în cadrul Consiliului

Statele membre pot încheia acorduri în formă simplificată, nesupuse ratificării. Aceste acorduri care îmbracă forma acordurilor reprezentanţilor statelor membre reuniţi în cadrul Consiliului Comunităţilor Europene (U.E.)[5], au fost preluate de la Comunităţi de către Uniune, prin efect de succesiune.

4. Alte acorduri între statele membre încheiate într-un domeniu de competenţă comunitară, respectiv o materie care a fost omisă de Tratat - TCE

- de exemplu, politica energetică; în prezent însă această lacună a fost acoperită de Tratatul de la Lisabona prin reglementarea domeniului energiei în art. 195 TFUE. Cu privire la această problemă s-a pus întrebarea dacă, instituţiile comunitare trebuiau să se abţină, sau se impunea o revizuire a Tratatului (TCE).

Statele membre au suplinit reglementările necesare „**prin încheierea sau pregătirea unor convenţii sau acorduri, creând astfel reguli de drept originale”**[6] în domenii precum: politica energetică, proprietatea industrială, falimentul (proiectul de Convenţie privind falimentul, lichidarea, aranjamentele, concordatul şi alte proceduri similare, stabilit de Consiliu în 1995, care n-a fost semnat totuşi de statele membre; un Regulament – 1346/2000 – adoptat de Consiliu la 29. 05. 2000 privind procedurile de insolvabilitate reţine elementele esenţiale ale acestui proiect)[7]. **Prin asemenea convenţii statele membre au creat reguli de drept, noi, ce au ţinut locul funcţiei legislative pe care tratatul n-a exercitat-o.**

După anul 1970, cel mai frecvent s-a recurs la dispoziţiile art. 308 TCE (în prezent art. 352 TFUE) „dacă realizarea – în cadrul funcţionării pieţei comune – a unui obiectiv

---

[1] A se vedea, R. Munteanu, Drept European, Editura Oscar Print, Bucureşti, 1996, p. 305.

[2] JOCE, nr. L. 266 din 09. 10. 1980.

[3] JOCE, din 17.10.1977; L. 401 din 30.12.1989.

[4] JOCE nr. L. 225 din 20.08.1990.

[5] Nu există o regulă referitoare lapublicarea acestor acorduri. Acestea depind de decizia statelor membre. A se vedea, chestiunea scrisă din 12.05.1971. JOCE, n. C. 110 din 30. 10. 1971. A se vedea, Louis Cartou, L Union Europeenne, Traites de Paris - Rome _ Maastricht, Paris, Dalloz, 2006, p. 132.

[6] *Idem*.

[7] A se vedea, O. Manolache, *Tratat de Drept comunitar, Ediţia a V-a, Editura C. H. Beck, Bucureşti, 2006,* p. 22, şi opera citată acolo.

al Comunităţii impune o acţiune a Comunităţii, fără ca prezentul Tratat să fi prevăzut puterile de acţiune cerute în acest scop, Consiliul ia măsurile adecvate hotărând în unanimitate, la propunerea Comisiei şi după consultarea Parlamentului European".

Fără să aducă modificări de fond articolului 308 TCE, actualul art. 352 TFUE, prevede în acelaşi sens că **„în cazul în care o acţiunea Uniunii se dovedeşte necesară în cadrul politicilor definite de tratate, pentru a atinge unul dintre obiectivele menţionate în tratate, fără ca acestea să fi prevăzut atribuţiile necesare în acest sens, Consiliul, hotărând în unanimitate la propunerea Comisiei şi după aprobarea Parlamentului European, adoptă măsurile corespunzătoare**".

Prin urmare, Tratatul de la Lisabona, menţine în continuare posibilitatea de a se încheia **acorduri între statele membre într-un domeniu de competenţă a Uniunii, respectiv o materie care a fost omisă de tratate.**

Domenii diverse au fost vizate, prin folosirea ca temei juridic a acestei dispoziţii, fără a fi necesară revizuirea Tratatului[1]: uniunea economică şi monetară, politica regională, politica mediului, mecanismele financiare corectoare, relaţiile cu ţările din Europa de Est[2]. **art. 352 TFUE (fost art. 308 TCE) pune în lumină, cu posibilitatea de a fi utilizat ca temei juridic - alături de competenţele de atribuţie şi implicite ale Uniunii - şi o competenţă subsidiară a acesteia**[3].

Capitolul II. Regulile de drept ce rezultă din relaţiile exterioare ale Uniunii / Comunităţilor - dreptul convenţional

1. Acordurile încheiate de Comunităţi cu state terţe sau organizaţii internaţionale[4]

Acordurile încheiate de către Comunităţi în cadrul competenţelor externe, nu numai că le obliga pe plan internaţional, **dar acestea s-au integrat în ordinea juridică comunitară, au fost preluate de Uniune şi au devenit izvor de drept.**

Dispoziţia din TCE a fost preluată în mod identic de TFUE, cu privire la faptul că „acordurile încheiate de Uniune sunt obligatorii pentru instituţiile Uniunii şi pentru statele membre". Prin urmare Comunitatea, respectiv Uniunea, nu are competenţă absolută în privinţa încheierii acestor acorduri, ci o împarte cu statele membre.

Curtea de Justiţie a interpretat dispoziţiile art. 300 TCE (art. 218 TFUE), care prevede procedura de încheiere a acestor acorduri, şi ale art. 310 (art. 217 TFUE), în temeiul căruia încheie acorduri de asociere, la care sunt părţi, pe lângă Comunitate/Uniune, şi statele membre şi a precizat **că astfel de acorduri „leagă instituţiile comunitare şi statele membre",** iar în continuare, referindu-se la Acordul de asociere a Greciei cu TCEE, a arătat că „**dispoziţiile acordului fac parte integrantă, începând**

---

[1] Cu referire la TCE.

[2] A se vedea, O. Manolache, *op. cit.*, p. 22.

[3] *Idem*, cu operele citate acolo; exemplificăm în acest sens, adoptarea de către Consiliu a Regulamentului nr. 1435/2003 din 22.07.2003. privind statutul pentru o societate cooperativă europeană şi a Directivei nr. 2003/72 din 22.07.2003. privind suplimentarea statutului pentru o societate cooperativă europeană, ambele în J. Of. L.207/1, 25, din 18.08.203. Propunerea pe care o face Comisia în cazul de faţă trebuie să fie rezultatul voinţei tuturor statelor membre, cu excluderea vreunei abţineri, deoarece Consiliul trebuie să acţioneze unanim.

[4] A se vedea, Analise synthetique des accords qui lient les Communautés a des pays tiers. Commission Européenne, juin 2001, citat de Guy Isaac, Marc Blanquet, *op. cit.*, p. 161 şi 162; O. Jacot-Guillarmond, *Droit communautaire et droit international public*, Librairie de l'Université de Genevé, 1979; R. Kovar, *Les accords liant les Communautés européennes et l'ordre juridiqué communautaire*, RMC, 1973, p. 345; J. Rideau, *Les accords internationaux dans la jurisprdence de la CJCE*, RGDIP, 1990, p. 289; SFEDI, *Droit international et droit communautaire*, Perspectives actualles, Pedone, 2000.

cu intrarea în vigoare a acestuia, din ordinea juridică a Uniunii (comunitară)"[1]. Pentru încheierea acestor acorduri Consiliul a utilizat în practică „decizii" sau „regulamente", în anexa cărora acestea sunt reproduse. Actele utilizate sub astfel de denumiri nu corespund reglementării cuprinse în art. 249 TCE, prin urmare nu au fost analizate din perspectiva „receptării", „transpunerii" sau „implementării" acordului[2].

De asemenea, TCE nu a prevăzut nicio dispoziţie referitoare la **publicarea acordurilor externe**, motiv pentru care au corespuns următorului regim juridic:

☞ dacă autorizaţia de încheiere este dată prin intermediul **regulamentului** (în anexa căruia sunt reproduse acordurile), **publicarea acordului se realizează întotdeauna înaintea încheierii acordului;**

☞ dacă autorizaţia de încheiere se acordă pe calea **deciziei, încheierea acordului nu are loc înainte ca instituţia Consiliului să fi decis publicarea.**

Regulamentul intern al Consiliului a prevăzut publicarea „acordurilor internaţionale încheiate de Comunitate"[3].

În orice caz, acordul nu-şi producea efectele, nefiind deci opozabil, decât din momentul publicării[4].

Acordul – fiind un act al unei instituţii comunitare, respectiv, Consiliu, **în măsura în care priveşte Comunitatea, devenea parte integrantă a ordinii juridice comunitare de la data intrării sale în vigoare**; regulamentul sau decizia de încheiere a Consiliului conţinând şi o menţiune în acest sens, respectiv „la data intrării în vigoare a acordului acesta va fi publicat în Jurnalul Oficial".

2. Actele unilaterale adoptate de organele instituite de către anumite acorduri externe ale Comunităţilor

Comunitatea/Uniunea a încheiat numeroase acorduri sau convenţii externe cu state terţe care instituie organe (de exemplu, de gestiune) şi cărora le-a fost conferită puterea de a adopta **acte obligatorii unilaterale,** fără să se fi prevăzut posibilitatea ratificării sau aprobării pentru a fi obligatorii pentru părţi. Dintre acestea amintim: consiliul acordurilor de asociere sau cooperare cu ţări mediteraneene, consiliul de miniştri al Convenţiei de la Lomé, consiliul internaţional cu privire la cacao: art. 12 din Acordul internaţional cu privire la cacao din 1975, consiliul internaţional referitor la cafea, art. 15 din Acordul cu privire la cafea din 1976 etc.

Actele adoptate de organele instituite prin aceste acorduri au fost reproduse în anexele regulamentelor comunitare, urmând să fie publicate în JOCE[5]/JOUE.

Curtea de Justiţie n-a avut nicio obiecţie în a considera, în principiu, că astfel de acte normative fac parte integrantă din ordinea juridică comunitară, **fiind prin urmare**

---

[1] CJCE, 131/73, Haegeman, 30.02.1974, Rec. 459.

[2] CJCE, avis 1/1991, 14.12.1991, Rec. I – 6079.

[3] A se vedea, Regulamentul Consiliului în versiunea din 31 mai 1999 (JOCE, n. L. 147/13 din 1206.1999).

[4] CJCE, , 98/78, Racke, 25.01.1979. Rec. 69.

[5] Dintre acestea enumerăm: - Regulamentul comunitar din 19.10.1976, referitor la aplicarea regulamentului economic şi a regulilor de control adoptate la 26.07.1976 de către consiliul internaţional referitor la cacao publicat în JOCE, n. L. 321 din 10. 11. 1976; - Regulamentul din 18.10.1976 cu privire la aplicarea sistemului de certificate de origine adoptat la 30.09.1976, de către consiliul internaţional al cafelei, publicat în JOCE, n. L. 309 din 10.11.1976; - Regulamentul din 19.01.1982, referitor la aplicarea deciziei nr. 1/82 a consiliului de asociere CEE/Malta, publicat în JOCE, n. L. din 23.01.1982; - Regulamentul nr. 485/85 referitor la aplicarea deciziei nr. 2/85 a Consiliului de miniştri ACP - CEE, publicat în JOCE, n. L. 61/1 din 1.03.1985. A se vedea Guy Isaac, Marc Blanquet, *op. cit.*, p. 162.

considerate izvoare de drept comunitar[1]. **Prin urmare, ea şi-a extins competenţa şi la măsurile adoptate de către organele instituite prin aceste convenţii, fie că au fie că nu au caracter obligatoriu**[2].

De exemplu, unele din măsurile cu caracter obligatoriu adoptate de către organele instituite prin aceste acorduri sunt deciziile luate de către Consiliul de asociere, instituit prin acordul de asociere între CE şi Turcia[3].

Celelalte măsuri la care s-a făcut referire nu au caracter obligatoriu, au valoarea unor recomandări şi sunt numite aranjamente; ele provin, de exemplu, de la o Comisie mixtă instituită prin Convenţia între CE şi ţările AELS[4] referitoare la un tranzit comun.[5]

Astfel de organe – comisie mixtă, consiliu de asociere etc. – nu constituie cu siguranţă instituţii ale Comunităţilor, dar **Curtea a arătat, referindu-se la deciziile Consiliului de asociere CE – Turcia, că, ţinând cont de legătura directă pe care actele acestuia le prezintă cu un acord** (respectiv, convenţie), **care face parte din ordinea juridică comunitară, şi ele fac parte integrantă din această ordine, din momentul intrării lor în vigoare**[6].

De asemenea, **deciziile organelor instituite prin acordurile externe sau prin organizaţiile internaţionale la care Comunităţile Europene au aderat fac parte din ordinea juridică comunitară, constituind prin urmare, izvoare de drept.**

3. Acordurile încheiate de către statele membre cu state terţe

Curtea de Justiţie n-a exclus posibilitatea ca structurile comunitare (Comunităţile) şi ulterior Uniunea **să fie legate prin acordurile la care ele nu sunt părţi, dar care au fost încheiate de statele lor membre.**

✓ În legătură cu acordurile internaţionale încheiate de statele membre înainte de 1 ianuarie 1958, art. 307 alin. 1 TCE, articol preluat integral prin art. 351 TFUE, prevede **că drepturile şi obligaţiile izvorâte din asemenea acorduri încheiate între unul sau mai multe state membre, pe de o parte, şi unul sau mai multe state terţe, pe de altă parte, nu vor fi afectate de dispoziţiile Tratatului/tratatelor.**

Prin urmare, aplicarea Tratatului/tratatelor nu afectează angajamentul statelor membre, respective, de a respecta drepturile ţărilor terţe şi de a îndeplini obligaţiile ce rezultă dintr-un acord anterior.

Pentru anumite acorduri Comunităţile/Uniunea s-au substituit statelor membre în privinţa angajamentelor născute. **Argumentul determinant fiind transferul de la statele membre către Uniune a competenţelor precedent exercitate de către ele în domenii acoperite prin tratat**[7] **(tratate n.a.).**

---

[1] CJCE, 87/75, Bresciani, 5. 02. 1976., Rec. 129.

[2] CJCE, 192/89, Sevince, 20.09. 1990, Rec. I – 3461.

[3] CJCE, 192/89, Sevince, 20.09. 1990, Rec. I – 3461; CJCE, 355/93, Eroglu, 5.10.1994. Rec. 2311.

[4] Este vorba despre acordul multilateral de asociere încheiat la 2 mai 1992, la Porto, între Comunitatea Europeană şi statele sale membre, pe de o parte, şi ţările membre ale Asociaţiei Europene a Liberului Schimb (AELS), pe de o parte (Austria, Finlanda, Islanda, Norvegia, Suedia, Lihtenstein şi Elveţia), privind crearea unui Spaţiu Economic European (SEE). Acordul a intrat în vigoare la 3 ianuarie 1994 (nu a fost ratificat de Liechtenstein şi Elveţia).

[5] CJCE, 188/91, Rec. I- 363. Curtea de Justiţie şi-a declarat competenţa şi în privinţa interpretării acestor măsuri; a se vedea, Ioana-Nely Militaru, *Trimiterea prejudiciară în faţa Curţii Europene de Justiţie*, Editura Lumina Lex, Bucureşti, 2005, p. 85 şi urm.

[6] CJCE, 192/89, Sevince, 20.09. 1990, Rec. I – 3461.

[7] CJCE, 21 a 24/72,International Fruit Company, 12.12.1972, Rec. 1210.

Este cazul GATT[1]-ului. La data încheierii Tratatului CEE, statele membre erau efectiv legate prin angajamente ce decurgeau din acest acord. Acordul respectiv nu intră în ordinea juridică comunitară, nu este considerat izvor de drept al Uniunii, **dar poate afecta acest drept**. De aceea în măsura în care aceste acorduri sunt incompatibile cu Tratatul statele membre, respective, (atât ale Uniunii, cât şi părţi ale Acordului) vor trebui să ia măsuri corespunzătoare pentru a înlătura incompatibilităţile stabilite[2].

Cu toate acestea, **Curtea de Justiţie a acceptat să interpreteze angajamentele care decurg din acordurile multilaterale încheiate între statele membre la care Comunitatea nu este parte, dar care o leagă prin efect de succesiune (ca în ipoteza GATT-ului)[3].** Curtea şi-a întemeiat această poziţie – cu scopul de a conchide asupra caracterului obligatoriu al acestui acord – pe art. 307 TCE, respectiv, 351 TFUE (în baza interpretării făcută potrivit, art. 234 TCE, respectiv art. 277 TFUE) şi pe transferul gradual al competenţelor intervenit în domeniul politicii comerciale, ca şi pe exercitarea efectivă a acestor competenţe de către instituţiile Comunităţii în cadrul GATT[4].

Cu toate acestea, Curtea, în grija de a proteja ordinea juridică a Comunităţii/Uniunii, n-a generalizat raţionamentul referitor la GATT, bazat pe succesiunea Comunităţilor Europene la obligaţiile statelor membre. Ea a analizat articolul 307 TCE (art. 351 TFUE) într-o manieră restrictivă, arătând că dispoziţiile lui „au drept obiect, conform principiilor de drept internaţional, să precizeze că aplicarea tratatului nu afectează angajamentul statului membru avut în vedere, de a respecta drepturile statelor terţe decurgând dintr-un acord anterior şi de a respecta obligaţiile corespunzătoare[5]. Astfel, Comunitatea nu este legată de o convenţie internaţională încheiată de statele membre anterior intrării în vigoare a Tratatului CE decât dacă sunt reunite patru criterii[6]: atribuirea de competenţă, exercitarea efectivă a acesteia, participarea instituţiilor şi acceptarea de către statele terţe a substituirii Comunităţii statelor terţe.

---

[1] GATT este prescurtarea de la „General Agreement on Tarrifs and Trade”- Acordul general pentru Tarife vamale şi Comerţ . Parte la acest acord sunt în prezent 123 state însumând peste 90% din comerţul mondial. Din 1995, GATT face parte din Organizaţia Momdială a Comerţului (OMC). OMC este însărcinat să trateze toate problemele comerciale, „noua denumire sugerând permanentizarea dialogului pe acestă temă, justificată de globalizarea şi mondializarea economiei”. A se vedea Ion Jinga, Andrei Popescu, Integrarea Europeană. Dicţionari de termeni comunitari, Editura Lumina Lex, 2000, p. 110.

[2] Alin. 2 al art. 307 TCE (în prezent art. 351 alin. 2 TFUE) prevede obligaţia statelor membre de a elimina incompatibilităţile existente între tratatele anterioare şi dreptul comunitar. În măsura în care convenţiile anterioare nu sunt compatibile cu Tratatul, statele trebuie să folosească mijloacele adecvate pentru a elimina aceste incompatibilităţi. A se vedea Joel Rideau, *Le droit des Communautés européennes*, Ed. Presses Universitaires de France, Paris, 1995, p. 60. A se vedea şi CJCE, 131/73, Haegeman, 30.02.1974, Rec. 459; CJCE, 163/90, Leopold Legros, 16.07.1992, punct 23, în privinţa acordului de liber schimb CE - Suedia.

[3] A se vedea, Dragoş Marian Rădulescu, *op. cit.* p. 117 şi urm.

[4] Curtea a precizat că, în măsura în care, în baza TCE, Comunitatea şi-a asumat competenţe anterior exercitate de statele membre în domeniul aplicării Acordului general, dispoziţiile acestui acord au drept efect să lege (să oblige) Comunitatea.

[5] Soluţia reţinută de art. 307 TCE (în prezent art. 351 TFUE) are meritul de a nu lega un stat membru –prin aderarea sa la Comunitate – de obligaţii pe care nu şi le-a asumat, iar din jurisprudenţa ulterioară a Curţii se desprinde ideea că soluţia consacrată în hotărârea GATT nu se aplică şi altor acorduri (convenţii) internaţioanle (aşa cum este, de exemplu, Convenţia Europeeană de apărare a drepturilor omului). A se vedea R. Kovar, *Communautés européennes, Cour de Justice, Procedure. Juris - Classeurs, Droit international*, 1988, Fasc. 161, p. 51.

[6] A se vedea, R. Munteanu, *op. cit.*, p. 302.

✓ Iar în privinţa GATT-ului, după 1 ianuarie 1958, Comunitatea/Uniunea în calitate de succesoare a statelor membre părţi la acest acord, a fost considerat partener la aceasta, în privinţa drepturilor şi obligaţiilor născute anterior, care au fost transferate către Comunitate/Uniune.

Din jurisprudenţa ulterioară a Curţii se desprinde ideea că soluţia consacrată în hotărârea GATT nu se aplică şi altor acorduri (convenţii) internaţionale.

Prin urmare, Curtea a evitat să se pronunţe că Comunitatea/Uniunea este legată printr-un Acord, chiar ratificat de către toate statele membre, de exemplu, în cazul Convenţiei Europene de apărare a drepturilor omului şi a libertăţilor fundamentale. *A fortiori,* rămâne deschisă problema de a şti dacă Comunitatea/Uniunea va fi legată prin acordurile încheiate de către statele sale membre, posterior intrării în vigoare a Tratatului CEE, în domenii care relevă competenţa lor internaţională, de exemplu, acordurile încheiate în cadrul Consiliului Europei[1].

Concluzii

Acordurile internaţionale încheiate de Comunitate/Uniune, în numele ei, se integrează, ca orice act al acesteia, în ordinea juridică comunitară/a uniunii, **reprezentând, prin urmare izvoare de drept.**

Se consideră că aceste acorduri internaţionale **au o valoare normativă inferioară dreptului primar, şi principiilor generale ale dreptului şi superioară dreptului derivat**[2], sau că ele prevalează asupra actelor de drept derivat (potrivit jurisprudenţei uniunii), ca şi asupra acordurilor dintre statele membre şi acordurilor între aceste state şi statele terţe care obligă Uniunea (în speţă Comunitatea)[3].

De menţionat că, în măsura în care acordurile externe „leagă instituţiile", Curtea a dedus că trebuie respectate, ca atare, ceea ce antrenează prioritatea lor asupra dreptului derivat şi în special asupra regulamentelor.

Prin urmare, aceste acorduri fac parte „din blocul legalităţii comunitare"[4], a cărui respectare este asigurată de Curte în cadrul competenţei sale atât contencioase cât şi necontencioase (prejudiciare)[5]. Această prioritate priveşte atât actele comunitare anterioare cât şi posterioare, intrării în vigoarea a Tratatului CE, respectiv a tratatelor, potrivit Tratatului de la Lisabona, nefiind afectată de forma (decizie sau regulament) în care s-a încheiat acordul.[6]

Bibliografie

1. Paul Mircea Cosmovici, Roxana Munteanu, Dreptul European al concurenţei. Înţelegerile între întreprinderi. Reguli generale, Editura Academiei Române, Bucureşti, 2001.

2. Guy Isaac, Marc Blanquet, Droit communautaire general, 8 ed. Dalloz, Paris, 2001, p. 133.

3. O. Ţinca, Drept comunitar general, Editura Didactică şi Pedagogică, R.A., Bucureşti, 1999, p. 51 şi urm.

---

[1] A se vedea, Guy Isaac, Marc Blanquet, *op. cit.*, p. 163.
[2] A se vedea, J. Gautron, Droit europeen, 10 ed, Dalloz, Paris, 1997, p. 212.
[3] A se vedea, J.-M. Favret, Droit et praticque de LUnion Europeenne, Ed. Galiano, Paris, 1996, p. 244.
[4] A se vedea, Guy Isaac, Marc Blanquet, *op. cit.*, p. 164.
[5] CJCE, 21 a 24/72, International Fruit Company, 12.12.1972, Rec. 1210.
[6] A se vedea, Guy Isaac, Marc Blanquet, *op. cit.*, p. 164.

4. Hauschild, L'importance des conventions communautaires pour la création d'un droit communautaires, RTDE, 1975.

5. J. Boulouis, M. Chevalier, Grands arrets de la Cour de Justice des Communautés européennes, tome 1, 5 éd., Paris, Dalloz, 1991.

6. Documente de bază ale Comunităţii şi Uniunii Europene, Editura Polirom, ed. a II-a, Iaşi, 2002, p. 110.

7. R. Munteanu, Drept European, Editura Oscar Print, Bucureşti, 1996, p. 305.

8. Louis Cartou, L Union Europeenne, Traites de Paris - Rome _ Maastricht, Paris, Dalloz, 2006, p. 132.

9. O. Manolache, Tratat de Drept comunitar, Ediţia a V-a, Editura C. H. Beck, Bucureşti, 2006.

10. O. Jacot - Guillarmond, Droit communautaire et droit international public, Librairie de l'Université de Genevé, 1979;

11. R. Kovar, Les accords liant les Communautés européennes et l'ordre juridiqué communautaire, RMC, 1973;

12. J. Rideau, Les accords internationaux dans la jurisprdence de la CJCE, RGDIP, 1990, p. 289; SFEDI, Droit international et droit communautaire, Perspectives actualles, Pedone, 2000.

13. Ioana-Nely Militaru, Trimiterea prejudiciară în faţa Curţii Europene de Justiţie, Editura Lumina Lex, Bucureşti, 2000.

14. Ion Jinga, Andrei Popescu, Integrarea Europeană. Dicţionari de termeni comunitari, Editura Lumina Lex, 2000.

15. Kovar, Communautés européennes, Cour de Justice, Procedure. Juris - Classeurs, Droit international, 1988, Fasc. 161, p. 51.

16. J. – Gautron, Droit europeen, 10 ed, Dalloz, Paris, 1997, p. 212.

17. J.–M. Favret, Droit et praticque de LUnion Europeenne, Ed. Galiano, Paris, 1996, p. 244.

18. Dragoş Marian Rădulescu, Uniunea Europeană. De la tradiţii la drepturi fundamentale, Editura Pro Universitaria, 2012, Bucureşti,

19. Camelia Stoica şi Silvia Cristea,,The directives have been constituting the main instrument of the community policy", susţinută cu ocazia conferinţei internaţionale EAM-PEEC, 2009, organizată de EAM-ASE, Bucureşti, 12-14 noiembrie, 2009, indexată în bazele Scopus şi Ebsco, Volumul II.

20. Ioana Nely Militaru, Dreptul Uniunii Europene, Editura Universul juridic, Ediţia a - II-a, Bucureşti, 2011.

21. Popescu-Cruceru, Anca Sorina, „*Economia concurenţială în Uniunea europeană*", Ed. Artifex, 2008.

Ministerul public european.
Mize, realizări şi perspective

Dr. Pavel ***PALCU****

Abstract*: Ideea unui procuror european nu este cu siguranţa noua, ci ea s-a născut încă de la jumătatea anului 1970 ca o necesitate a protejării cât mai eficace a intereselor financiare ale Comunităţii Europene, care îşi atribuia, încă de atunci resurse proprii. După adoptarea Tratatului de la Lisabona s-a creat baza juridică necesară înfiinţării unui minister public european. Menţionarea inedită a unui parchet european pare destul de îndrăzneaţă, cu atât mai mult cu cât potrivit art. 86 al tratatului (TFUE) nu se preconizează să-şi restrângă activitatea doar la infracţiuni care atentează la interesele financiare ale Uniunii, ci prevede că şi Consiliul poate decide „simultan sau ulterior" extinderea competenţei pentru cercetarea penală a unor infracţiuni grave cu o dimensiune transfrontalieră.*

Cum drumul care, se pare, duce spre o Europă a acţiunii publice, vom analiza care sunt mizele, realizările şi nu în ultimul rând, perspectivele.

Cuvinte cheie: *criminalitate transfrontalieră, interese financiare, procuror european, cooperare judiciară, drept naţional*

1. Geneza proiectului procurorului european

Comunitatea Europeană s-a născut din cooperări economice sectoriale, mai întâi în domeniul cărbunelui şi oţelului iar apoi într-un număr crescător de sectoare economice şi financiare. Tot în acest context, multiplicarea relaţiilor juridice transnaţionale a impus necesitatea unor ample aspecte de cooperare în materie judiciară şi a poliţiei.

Noul cadru al spaţiului de libertate, securitate şi justiţie dorit încă din octombrie 1997 la tratatul de la Amsterdam şi reafirmat cu ocazia reuniunii Consiliului de la Tampere, în octombrie 1999 este comunitarizat în al treilea pilon al Uniunii Europene (U.E.).[1]

Daca intrarea în vigoare, la 1 decembrie 2009 a tratatului de la Lisabona a pus capăt multor incertitudini, un mare număr de întrebări nu şi-au găsit răspuns, ci dimpotrivă, rămâne de văzut dacă s-au consolidat eficacitatea şi legitimitatea acţiunilor Uniunii în materie penală.[2]

Bineînţeles că nu se poate pune problema unei armonizări totale a procedurilor şi politicilor penale, sau de o eventuală centralizare a acestora, avându-se în vedere diversitatea sistemelor judiciare a statelor membre U.E.

---

* Magistrat procuror la Parchetul de pe lângă Tribunalul Arad, Lector universitar Universitatea de Vest Vasile Goldiş Arad.

[1] H. Labayle "Spaţiu de libertate, securitate şi justiţie, Cadru general", J-Cl. Europe 2009, fasc. 2620.

[2] G. De Kerchove, „Cooperarea poliţistă şi judiciară penală", în „O constituţie pentru Europa", Bruxelles, Larcier, 2004, p. 197; H. Laboyle, „Tratatul de la Lisabona şi întrajutorarea represivă în Uniunea europeană", RAE 2008, 209.

Chiar dacă acest proces de apropiere a legislaţiilor este început de mulţi ani, el trebuie să continue.

În acest sens, pe de o parte se pune problema ca în domeniile în care se aplică dreptul comun, judecătorul naţional să devină judecător comunitar de drept comun, iar procurorul fiecărui stat membru să dobândească acel „reflex european" aşa încât să devină garantul intereselor Uniunii Europene.

Pe de altă parte, este vorba de a pune bazele, puţin câte puţin, a ceea ce ar trebui să devină o politică penală europeana, cu tot respectul pentru regulile naţionale care guvernează procesele.[1]

Pentru a vorbi de geneza proiectului procurorului european, trebuie să facem referire la anul1989, an în care a fost redactată de către Curtea de Justiţie a Comunităţilor Europene (CJCE) inedită decizie numită „porumb grecesc"[2], care instituia obligaţia pentru Statele membre să asimileze protecţia intereselor financiare ale Comunităţii cu cele ale propriilor interese financiare (principiul asimilării). În afară de asta, în această decizie rezultă formula, care va deveni un veritabil standard european, a sancţiunilor „cu caracter efectiv, proporţionat şi descurajator".

După o scurtă perioadă, Direcţia Generală a controlului financiar al Comisiei a organizat, împreună cu Parlamentul European, un Congres internaţional care va sta la originea creării unei întregi reţele de asociaţii de cercetare asupra dreptului penal european şi, de asemenea, a fost pentru Comisie şi Parlament, ocazia de a pune în aplicare grupuri de experţi care aveau ca punct comun munca pentru protecţia intereselor financiare ale Europei fie prin sancţiunile administrative, fie prin sancţiunile penale, fie prin cele două categorii de sancţiuni.

Din punct de vedere instituţional, lucrurile au mers mai lent, dar în anul 1995 a fost adoptată Convenţia asupra protecţiei intereselor financiare, numită „convenţia PIF". Statele nu s-au grăbit să o ratifice fiind lacunară, mai ales pe terenul procedurii. De aceea, în cursul anilor 1995 – 1999, un grup de experţi a avut ca sarcină din partea direcţiei controlului financiar al Comisiei şi al Parlamentului European să elaboreze propuneri asupra protecţiei penale a intereselor financiare ale Uniunii europene. În cadrul acestui grup a luat fiinţă propunerea numită Corpus Juris, care avea o dublă menire: pe de o parte, să implice un dispozitiv de fond şi un dispozitiv de procedură, concomitent; pe de altă parte, să fie construită în jurul principiilor directoare ce definesc un cadru general al cărui conţinut era explicitat de un ansamblu de reguli tehnice mai precise.

Prima versiune a lui Corpus Juris, care datează din 1997, a fost difuzată pe larg şi urmată de o dezbatere publică extrem de intensă, prin numărul mare de întâlniri în care se puneau întrebări în cel mai mic detaliu despre proiectul Corpus Juris.

Pe lângă aceste dezbateri, Comisia a lansat o anchetă oficială printre ţările membre ale Uniunii, care nu erau toate reprezentate în grupul de experţi. Funcţie de răspunsurile primite, a fost completat proiectul, mai ales asupra unui punct care ar interesa direct parchetul şi anume mandatul de arestare european. În timp ce versiunea originală avea un singur articol asupra acestui aspect, s-au adăugat patru în a doua versiune a Corpus Juris, numită versiunea de la Florenţa[3].Tot aici au fost precizate fiecare din regulile tehnice care fuseseră enunţate precedent, introducându-se un „dispozitiv de aplicare", suficient dezvoltat pentru a răspunde

---

[1] Delmas-Marty(dir.), Corpus Juris susţinând dispoziţii penale pentru protejarea intereselor financiare ale Uniunii Europene, Economica, 1997; M. Delmas-Marty şi J.Vervaele, "Realizarea Corpus Juris în Statele membre", Intersentia, Oxford, 2000.

[2] Care în realitate nu era grecesc ci de origine iugoslavă.

[3] Pentru că ea a fost elaborată la Institutul Universitar European de la Florenţa.

întrebărilor formulate în acelaşi timp în colocvii şi în rapoartele trimise în numele Statelor membre (în număr de cincisprezece în acea perioadă).

Lucrările au fost publicate datorită profesorului John Vervaele[1] care s-a ocupat de patru volume, în limba franceză şi în engleză; în timp ce Comisia a facilitat o întreagă serie de traduceri, nu numai în cadrul Europei ci şi în terţe ţări, inclusiv ultima în limba chineză. Aceasta este o dovadă a faptului că, prin metoda sa, care combină hibridare şi armonizare, Corpus Juris-ul european interesează juriştii dincolo de frontierele europene.

În ceea ce priveşte evoluţiile instituţionale, ele au fost lente, dar continue, începând cu transformarea UCLAF (unitate de luptă anti-fraudă), în OLAF (oficiu de luptă anti-fraudă), cu caracter independent, urmare a demisiei comisiei Santer în 1999. În schimb, în acea perioadă, ideea unui procuror european nu era încă pregătită şi, pentru a garanta independenţa OLAF –ului, a fost creat un comitet de supraveghere,care era cumva înlocuitorul procurorului european.

Prin Tratatul de la Nisa, în anul 2000, s-a renunţat la crearea procurorul european, totul rezumându-se la reunirea procurorilor naţionali într-o unitate numită Eurojust. Dacă denumirea de Eurojust pare a fi fost dată pentru a răspunde Europol-ului, în realitate, simetria este înşelătoare, pentru că rolul Eurojust-ului este important din punct de vedere al ameliorării cooperării, în general, dar Eurojust nu controlează nici anchetele Europol-ului, nici pe cele ale OLAF-ului.[2]

Din iniţiativa Comisiei, la sfârşitul lui 2001, a apărut Cartea Verde pentru a readuce în primplan ideea procurorului european, dovadă că Parlamentul şi Comisia, nu au abandonat această idee, în ciuda rezistenţelor statelor.

Referitor la ansamblul chestiunilor cu privire la constituirea şi apariţia unui spaţiu judiciar penal european, Tratatul de la Lisabona a adus răspunsuri concludente şi ambiţioase: dispariţia celor trei piloni, principiul recunoaşterii mutuale şi crearea unui parchet european. [3]

Problema parchetului european a suscitat şi puternice rezerve, aşa încât unii au respins însăşi ideea unui procuror european[4], alţii au dorit să fie creat după modelul cărţii verzi[5] şi în sfârşit unii au preconizat transformarea Eurojust în parchet european[6].

---

[1] Profesorul John Vervaele de la Universitatea de la Utrecht este unul din specialiştii zorilor dreptului penal european când, la începutul anilor 1990, această disciplină era considerată ca pur şi simplu inexistentă.

[2] M. Delmas – Marty şi J.A.E. Vervaele (dir.) The implementation of the *Corpus juris* în the Member States. Penal provisions for the protection of European finances, vol. I, Anvers – Groningen Oxford, Intersentia, 2000; J.A.E. Vervaele, Drept penal european şi principii generale ale dreptului Uniunii, în F. Ruggieri (dir.) Protecţia intereselor financiare ale Uniunii, Bruxelles, Bruylant, 2006, pag. 223 s., ibid. „Dreptul penal european; către un drept penal federal ?" în „Dreptul penal în zorii celui de-al treilea mileniu. Combinaţii oferite lui J. Pradel" Cujas, 2006 p., 1127 s; ibid „From Eurojust to the European judicial area. The beginning of European criminal procedure law ?" în J.A. Espina Ramos şi J. Carbajosa (dir.) The future European prosecutor's office Madrid Imprenta Nacional del Boletin del Estado, 2009, pag. 125 s.

[3] D.Flore "Perspectiva unui procuror european" ERA Forum 2008, 9, p. 230.

[4] H. Labayle, "Între dorinţă şi realităţi: ce drum pentru o represiune penală a violărilor dreptului comunitar", RMC 2003, 293.

[5] S. Brannertz "Procuror European şi carte verde" note de reflecţii nepublicat 2002.

[6] Pentru un istoric şi o punere în perspectivă, v. Mitsilegas, EU Legea Criminală, Oxford, Hart Publishing, 2009; D. Flore, Drept penal european, Bruxelles, Larcier, 2009; J. Vervaele, "Comunitatea Europeană şi Armonizarea Legii Criminale Forţate a Politicii Comunităţii; "Ignoti nulla cupido?" în C. Bassiouni et al., Cooperare Europeană în Probleme Criminale: Soluţii şi Perspective, Milano, Cedam, 2008, pag. 31.

De fapt, ultima soluţie a fost reţinută în Tratatul de la Lisabona, iar în art. 86 nu este instituit ca atare parchetul european, ci autorizează pur şi simplu Consiliul, ca în unanimitate să adopte un regulament în acest sens.

Atât la nivelul Uniunii Europene, cât şi în doctrina europeană a fost pe larg discutată competenţa materială a viitorului parchet european. În termenii tratatului competenţa se limitează la infracţiunile ce atentează la interesele financiare ale Uniunii, dar Consiliul Europei poate în acelaşi timp să extindă această competenţă prin decizie unanimă şi la alte fapte grave. [1]

Având în vedere că parchetul european este, de acum unul dintre obiectivele primordiale ele Uniunii Europene, Programul de la Stockholm, adoptat în decembrie 2009 constituie una dintre prioritățile spaţiului comun de libertate, securitate şi justiţie pentru următorii cinci ani. Şi în prezent încă se caută căi şi metode utile pentru punerea în practică a acestor deziderate.[2]

2. Contururile instituţiei Ministerului public european

Un parchet european ocupă un loc important în instituţiile noastre europene, dar trebuie să satisfacă două **condiţii**:

- trebuie să fie o instituţie utilă, bine inserată în dreptul şi instituţiile Uniunii Europene;
- trebuie să se sprijine pe tradiţiile noastre juridice naţionale care şi-au dovedit de-a lungul secolelor pertinenţa;[3]

2.1. Parchetul European trebuie să fie o instituţie utilă

Conceperea unei instituţii presupune, desigur, imaginaţie, dar impune mai ales o viziune clară a obiectivelor şi a inserţiei sale într-un context determinat.

2.1.1 Parchetul european răspunde unor finalităţi clare:

Tratatul de la Lisabona fixează parchetului european obiectivul de a cerceta, urmări şi trimite în judecată pe autorii şi pe complicii infracţiunilor ce atentează la interesele financiare ale Uniunii.

Bugetul Uniunii însumează sume considerabile; la fel şi fraudele, ele fiind estimate la mai mult de un miliard de euro pe an.

Frontierele interstatale nu mai sunt un obstacol pentru criminalitate, ci sunt chiar un atu şi un obstacol în calea anchetelor desfăşurate în state.

Un parchet european ar întări lupta prin eliminarea obstacolelor juridice datorate diferenţelor sistemelor juridice şi coordonarea acţiunilor publice din State.

2.1.2 Parchetul european trebuie să se insereze într-un peisaj instituţional complex

Un minister public european trebuie să se coordoneze cu ministerele publice naţionale.

---

[1] D.Flore, Drept penal european „Les enjeux d'une justice pénale européene" Bruxelles, Larcier, 2009, pag. 592 s.

[2] Pentru acest exerciţiu, V.P. Berthelot, Peisajul european al securităţii interne, Peter Lang, 2009, p. 533 acordarea unei favori.

[3] Conferinţa internaţională Parchetul Curţii de justiţie al Franţei –Paris 2010, discurs Mchele Aliot Marie – ministrul justiţiei şi libertăţii.

Justiţia este o funcţiune „regală" având în vedere că trebuie găsit echilibrul just între cooperarea necesară dintre State şi indispensabilul respect al suveranităţii naţionale.

Tratatul de la Lisabona întăreşte cooperarea integrând problemele legate de justiţie şi de afaceri interne cu „primul pilon" al Unirii. Această evoluţie este necesară. Ea nu are, totuşi, ca efect crearea unui spaţiu penal integrat, din moment ce fiecare Stat păstrează autonomia acţiunii sale publice.

Un parchet european trebuie să se alinieze cooperărilor deja existente

- există cooperări penale eficace:
- mandatul de arestare europeană permite evitarea procedurilor lungi şi complexe de extrădare între ţările Uniunii.
- recunoaşterea mutuală a deciziilor justiţiei întăreşte autoritatea instituţiilor noastre judiciare pe întregul teritoriu al Uniunii europene.
- când complexitatea afacerilor necesită o acţiune coordonată şi în perfect acord între State, se formează echipe comune de anchetă.
- Eurojust este de acum un actor recunoscut în domeniul cooperării judiciare, este instrumentul privilegiat al coordonării şi susţinerii acţiunilor conduse de parchete şi jurisdicţii ale Statelor membre.

Realizarea unui parchet european este posibilă prin coordonarea ansamblului acestor cooperări, graţie unei evoluţii a Eurojust.

Un minister public european nu poate să facă abstracţie de tradiţiile juridice naţionale. Modelul acuzator de tip anglo-saxon funcţiona până de curând fără minister public, iar modelul francez se bazează pe un minister public pe deplin integrat autorităţii judiciare şi nu are puterea de a trimite în arest provizoriu.

Fiecare ţară membră a Uniunii are propria sa experienţă şi propria sa viziune asupra procedurii penale.

2.2. Trebuie să se sprijine pe tradiţiile juridice naţionale

Din această cauză, viitorul ministerului public european trece prin dialogul şi schimburile între tradiţiile noastre naţionale, întrucât sunt multe de învăţat din sistemele precedente. De exemplu Franţa este angajată într-o reformă profundă a procedurii penale, punându-şi următoarele întrebări:

- Cum să garanteze mai bine respectul drepturilor şi libertăţilor de-a lungul procedurii?

Existenţa unui judecător de instrucţie nu este un panaceu. Am văzut aceasta atât în Franţa, cât şi în alte state. Germania, Italia, Austria şi, recent, Elveţia, l-au suprimat.

- Cum să garanteze eficacitatea şi imparţialitatea anchetelor?

Germania a ales o anchetă penală încredinţată funcţionarilor parchetului şi instituirea unui judecător de anchete care să controleze măsurile mai coercitive.

Austria şi Elveţia au ales calea transferului anchetei de la judecătorul de instrucţie la parchet.

Reformând procedura penală, Franţa se va apropia de sistemele în vigoare în alte state ale UE, magistraţii parchetului dirijează 96% dintre anchetele de poliţie judiciară urmând sa le dirijeze integral.

Anchetele efectuate de parchet vor fi îmbunătăţite, pentru a proteja mai bine drepturile victimelor şi garanţiile apărării, iar crearea unui judecător al anchetelor şi al libertăţilor vor garanta echitatea şi imparţialitatea anchetei.

3. Despre obiectivele metodele şi statutul parchetului european

În acest nou cadru, noi trebuie să definim clar cum să progresăm în materie de cooperare judiciară, mai ales printr-un minister public european, dar, în prealabil, trebuie să fim conştienţi de punctul de pornire, făcând o rapidă descriere detaliată a acestei cooperări.

Tratatul de la Lisabona se înscrie în continuitatea importanţei decisive recunoscute principiului recunoaşterii reciproce în coeziunea spaţiului de libertate, securitate şi justiţie.

Totuşi, apropierea legislaţiilor, un alt termen pentru „armonizare" îşi păstrează utilitatea, dar o utilitate încadrata de baze juridice precis definite.

Care sunt perspectivele odată cu intrarea în vigoare a tratatului de la Lisabona?

Tratatul de la Lisabona introduce mai multe noutăţi care vor avea un efect important. Puterea obligatorie a Cartei Drepturilor fundamentale, dispariţia „pilonilor" care va permite adoptarea textelor prin procedura de drept comun, sunt progrese majore. În acest fel, o bază comună de norme va putea fi stabilită în materie penală şi de procedură penală.

Cu acest nou tratat, câmpul de cooperare judiciară penală s-a lărgit, iar rolul Eurojust a crescut, dar este esenţial ca schimburile informaţionale să se dezvolte între Eurojust, statele membre şi Europol, pe care tratatul îl întăreşte de asemenea. Misiunea de sprijin pe care tratatul i-o încredinţează Eurojust trebuie să se desfăşoare pornind de la „operaţinnile efectuate şi informaţiile furnizate de către autorităţile Statelor membre şi Europol".

Dacă cooperarea poliţistă se consolidează cu Europol, cooperarea judiciară condusă prin Eurojust trebuie să se dezvolte în paralel, altfel sistemul european nu se va desăvârşi.

Dar încă sunt neclarităţi în ceea ce priveşte obiectivul pe care înţelegem să-l urmăm, statutul acestui parchet european şi metoda de urmat.[1]

3.1. Despre obiectiv

Tratatul vizează cu prioritate atentatele la interesele financiare ale Uniunii, rezultând clar care ar fi utilitatea unui minister public european care să lupte împotriva unor asemenea infracţiuni.

Dar traficul de droguri, exploatarea fiinţei umane, terorismul, pedopornografia, cyber-criminalitatea dar şi frauda bugetului comunitar prin falsuri sunt activităţi transnaţionale prin esenţă care prosperă în condiţiile eterogenităţii legislaţiilor naţionale, a reticenţei în schimburile de informaţii şi a insuficienţei coordonări în desfăşurarea activităţilor represive fie ele poliţieneşti sau judiciare. Tratatul de la Lisabona deschide posibilitatea extinderii prerogativelor la toate infracţiunile grave de natură transfrontalieră, astfel încât, Europa justiţiei nu poate fi forţată de frontiere când criminalitatea se dezvoltă fără să se oprească la hotarele ţării noastre.

3.2. Despre metode

Sunt trei remarci de făcut:

- dificultatea pe care o va constitui cerinţa unanimităţii consiliului, care va lua decizii după aprobarea Parlamentului european.

---

[1] Conferinţa internaţională Parchetul Curţii de justiţie al Franţei- Paris 2010, discurs Huber Hayenel –senator Comisia afaceri externe.

Trebuie spus lucrurilor pe nume: dacă această unanimitate nu este posibilă, trebuie trecut pe calea cooperării forţate. Tratatul oferă această posibilitate unui grup compus din cel puţin nouă State membre.

După cum s-a constatat deseori în trecut, cu Schengen, cu tratatul Prüm sau cu cazierul judiciar, această metodă este deseori singura posibilă pentru a înregistra progrese semnificative.

Ea permite prefigurarea unei soluţii care este mai apoi extinsă ansamblului Uniunii Europene.

- Pornind de la Eurojust, tratatul de la Lisabona gândeşte crearea unui parchet european. Programul de la Stockholm prevede întărirea acestei unităţi de cooperare, mai ales în materie de investigaţie în domeniul criminalităţii transfrontaliere.

Deci trebuie stabilită o legătură între procesul de consolidare a Eurojust şi perspectiva de a o transforma într-un veritabil parchet european.

- În sfârşit, trebuie acordată o atenţie deosebită problemei legitimităţii democratice.

Procesul creării unui parchet european nu se poate concepe fără să fie definite în paralel modalităţile unui control democratic.

Tratatul de la Lisabona prevede asocierea Parlamentului european cu parlamentele naţionale în evaluarea activităţilor Eurojust. Este esenţial. Păşim astfel într-un domeniu care relevă în mod tradiţional competenţe suverane ale Statelor membre. Asocierea parlamentelor naţionale cu evaluarea Eurojust este garanţia unui control democratic efectiv pentru construirea unei Europe a justiţiei în serviciul cetăţenilor. Acest control democratic trebuie aplicat neîntârziat, astfel vor fi prefigurate soluţiile ce trebuie aplicate pentru acest parchet european a cărui creare o doresc cât mai rapidă.

În toate sistemele judiciare şi oricare ar fi felul în care le numim, există o interfaţă între faptul condamnabil şi judecată, şi anume organul de urmărire – altfel spus procurorul, parchetul sau orice alt nume îi dăm. Este un punct de trecere obligatoriu pentru a aprecia un anumit număr de date juridice şi factuale, să le califice penal şi să le urmărească.

Există ceva **înainte** de procuror-e ancheta şi **după** procuror-e judecata.

Dacă raportăm această schemă la figura parchetului european, luăm măsura a aceea ce mai rămâne de definit, clarificat şi precizat.

Spre exemplu, pentru faza de anchetă.

- Cine va ancheta? Serviciile naţionale sau un corp european specializat? Dacă ideea este de a reţine corpurile naţionale de anchetă, apare inevitabil chestiunea priorităţii pe care trebuie s-o aibă anchetele europene asupra naţionalelor. Se va pune la fel problema adaptării instrumentului de anchetă naţională la lucrarea operaţională internaţională. Serviciile naţionale nu au totdeauna – departe de asta – priceperea internaţională. Va trebui format personalul şi confruntat cu realităţile anchetelor transfrontaliere, fără să mai socotim capacitatea de vorbire şi redactare în limbi străine.

- Cum să ancheteze? După care reguli procedurale? Trebuie gândită o regulă de procedură care să fie proprie şi comună tuturor anchetelor parchetului european? Dacă da, nu riscăm să ne împiedicăm într-un proces legislativ lung? Şi dacă alegem să aplicăm dreptul procedural naţional, vom da naştere unor noi dificultăţi cum ar fi riscul de tratament diferit după cum o parte a anchetei se derulează într-o ţară şi o altă parte într-o a doua ţară. Apare de asemenea problema puterii de care pot dispune anchetatorii europeni şi care poate diferi de prerogativele atribuite de dreptul naţional. Un ultim punct ar fi de asemenea poziţionarea ierarhică a unui anchetator naţional vis-à-vis de

structura sa naţională când este vorba de un cadru european. Aceste ambiguităţi vor trebui inevitabil soluţionate.

În ceea ce priveşte rezolvarea multor întrebări dintre cele enumerate mai sus în legătură cu ancheta, este necesar pur şi simplu, să se atragă atenţia asupra considerabilei experienţe acumulate de OLAF în acest domeniu, de-a lungul celor 10 ani de existenţă, experienţă care creşte pe zi ce trece, chiar şi acum. OLAF a acumulat o cunoaştere profundă a reţetelor criminale financiare internaţionale; are obiceiul de a face să coexiste sisteme juridice diferite şi ştie să aducă soluţii la problemele concrete. Ar fi mare păcat să se piardă acest capital. Or, articolul 86 nu menţionează decât Europolul, şi doar ca eventualitate.[1]

În ceea ce priveşte urmărirea:

- Cum va fi organizat parchetul european? Va fi o structură centralizată sau descentralizată? Dacă se va reţine ipoteza descentralizării, cum se va organiza repartiţia responsabilităţilor privitoare la dubla funcţiune – naţională şi europeană – unei singure persoane la nivel naţional? Se înţelege imediat că se va pune problema chestiunii independenţei şi poziţionării ierarhice a membrului naţional delegat de parchetul european. Şi se percepe imediat că unificarea acestora două poate deveni subiect al dezbaterilor, chiar şi atunci când independenţa parchetului european este o condiţie a credibilităţii acţiunii sale.

- Parchetul european va exercita acţiunea publică când va fi necesar,sau după principiul legalităţii? Ştim toţi că omogenitatea nu este regulă printre cele 27 de state membre,referitor la probleme strâns legate de cultura juridică şi de istoria fiecărei ţări. Dincolo de singura întrebare despre disparitatea situaţiei, va trebui să se ia o decizie în legătură cu acest demers. Acesta va avea consecinţe asupra muncii.

- Care va fi judecătorul libertăţilor? Care vor fi prerogativele sale? În ce caz parchetul european va fi supus controlului? În ce condiţii?

Va trebui să se dea parchetului european primariatul asupra cazurilor de competenţa sa, şi, în acest caz, cum se va realiza armonizarea principiului primordialităţii cu cel al subsidiarităţii?

În fine, în ceea ce priveşte judecata:

Alegerea de către parchetul european a una sau mai multe jurisdicţii de judecată este o primă chestiune spinoasă - Vor trebui fixate criterii de competenţă teritorială, dar ele nu vor regla complet cazurile în care mai multe ţări nu pot fi competente, fie din cauză că elementele constitutive ale faptelor sunt repartizate mai multor ţări membre, dacă nu şi unor terţe state, fie că criteriul naţionalităţii autorilor poate să fie reţinut. În orice cauză, va trebui vegheat ca să nu se permită „forum shopping" -ul, incompatibil cu principiile de bază ale unei justiţii egale pentru toţi, aşa cum va trebui asigurat ca un particular să nu fie condamnat de mai multe ori pentru aceleaşi fapte, în virtutea reguli NE BIS în IDEM[2] recunoscută şi consacrată de către convenţiile internaţionale.

3.3. Despre statut

Trebuie stabilite reglementări care să definească condiţiile de exercitare a funcţiilor, reguli de procedură, ca şi cele care guvernează admisibilitatea probelor, şi regulile aplicabile controlului jurisdicţional al actelor de procedură.

---

[1] Conferinţa internaţională Parchetul Curţii de justiţie al Franţei –Paris 2010, discurs Thierrz Cretin – director OLAF.

[2] F. Dehousse et J. Garcia Martinez. "Eurojust şi cooperarea judiciară penală", JTDE, 2004, 171.

În timpul lucrărilor Convenţiei europene, s-a propus ca acest parchet european să fie de natură colegială, compus din membri desemnaţi de către Statele membre. În acest fel s-ar putea declanşa acţiunea publică, statuând în maniera unui colegiu cu majoritatea a două treimi.

Judecata de fond ar rămâne la competenţa jurisdicţiilor naţionale. Dar s-ar putea lua în calcul încredinţarea unui rol Curţii de Justiţie pentru reglarea conflictelor de competenţe sau chiar mai mult.

Există un acord unanim asupra faptului că, între state pot exista nepotriviri în ceea ce priveşte regimul probelor strânse şi utilizate în cursul anchetei şi judecăţii penale, în sensul că există două sisteme de drept diferite, unul inchizitoriu şi altul acuzatoriu. Este adevărat că dispozitivul inchizitoriu se fondează pe intima convingere bazată pe probele acumulate în cursul anchetei, în timp ce în „common law" culpabilitatea trebuie să fie stabilită de partea care urmăreşte dincolo de bănuiala rezonabilă, pornind numai de la probele administrate în cursul audierii procesului şi supuse contrazicerii părţilor.

De mult timp, numeroşi autori ne invită să depăşim această distincţie dintre sisteme întrucât scopul final al oricărei proceduri penale este demonstrarea adevărului. [1]

Referitor la statutul Ministerului Public European pe scena europeană şi internaţională se dezvoltă conceperea unui minister public independent, imparţial şi responsabil. [2]

În ceea ce priveşte rolul parchetului, dispozitivul este succint: „Parchetul european este competent să cerceteze, urmărească şi să trimită în judecată, dacă este cazul, în legătură cu Europol, pe autorii şi complicii infracţiunilor ce aduc atingere intereselor financiare ale Uniunii aşa cum este specificat de regulamentul prevăzut la paragraful 1. El exercită în faţa jurisdicţiilor competente ale Statelor membre acţiunea publică referitoare la aceste infracţiuni" (art. 86. II., TFUE)

Rămân deci multe întrebări, fie în versiunea 1995 sau în versiunea 2007 – 2010, a Corpus Juris fiind că nici tratatul constituţional, nici Tratatul de la Lisabona nu precizează statutul şi funcţionarea acestui parchet european.

Aceste două chestiuni respectiv statutul şi funcţionarea Procurorului European pot sa aibă punctul de plecare din principiile directoare stabilite în Corpus Juris, înainte de a fi stabilite regulile tehnice.

O parte a acestor principii directoare a fost reluată de ceea ce exista deja în dreptul penal de fond: principiul legalităţii, principiul culpabilităţii, cel al proporţionalităţii. În schimb, în procedură, au fost inovate două principii directoare, cel al teritorialităţii europene şi cel al procedurii contradictorii.

Principiul **teritorialităţii europene** este diferit de principiul recunoaşterii reciproce pentru că el implică o veritabilă integrare normativă şi instituţională.

Acest principiu era enunţat în felul următor: în ceea ce priveşte infracţiunile împotriva intereselor financiare ale Uniunii „ansamblul teritoriilor Statelor membre ale Uniunii constituie un spaţiu unic, denumit spaţiu judiciar european".[3]

---

[1] V. mai ales J.R.Spencer „The European Convention and the rules of criminal procedure and evidence în England" în „The University of Cambridge Center for public low, The Aluman Rights Act and the criminal justice and regulatory process", Oxford / Portland, Hart Publishing, 1999 p. 57 s., ibid. „England" în J. van der Hulst (dir.) ECHR and criminal proceedings – The impact of the European Convention on Human Rights on criminal proceedings în the European Union, Rotterdam, Erasmus Universiteit, 2001, p. 11 s.G. Gindicelli – Delage (dir) Transformările administrării probelor: perspective comparate, Societatea de legislaţie comparată; 2006, vol. 12, p. 339.

[2] Conferinţa internaţională Parchetul Curţii de justiţie al Franţei –Paris 2010, discurs Jacque Barrot – preşedinte Comisia Europeană de justiţie libertăţi securitate.

[3] Infracţiunile definite la articolele 1 la 8 ale *Corpus Juris*.

În ceea ce priveşte principiul procedurii contradictorii, formularea sa presupunea că se doreşte depăşirea controversei teologice între acuzator şi inchizitor,cu sublinierea a ceea ce este mai important pentru respectul drepturilor fundamentale şi mai ales ale drepturilor de apărare prin veritabile dezbateri contradictorii.[1]

Aşa a apărut ideea parchetului: pentru a asigura respectul acestor două principii, s-a considerat că faza cheie în procedură era faza preparatorie, fază care pregăteşte judecata, şi, că în această fază, pentru a garanta principiul teritorialităţii europene, în respectul unei proceduri contradictorii, trebuia să se creeze un parchet european sau un minister public european, aşa cum mai este denumit. S-a menţionat aşadar că ministerul public european ar putea exercita urmăriri şi conduce investigaţii pe tot teritoriul Uniunii.

Tot prin cartea Verde şi Corpus Juris s-a încercat să se construiască un statut – un veritabil statut de procuror european – în contrast cu situaţia actuală în care magistraţii care sunt asociaţi la activitatea Uniunii europene nu au un asemenea statut; pe de-o parte, Eurojust este alcătuit din procurori, dar ei îşi păstrează statutul lor naţional; pe de altă parte, există magistraţi, ca cei care fac parte din OLAF, care au un statut de funcţionar european, dar nu de procuror european.

Noutatea era să se creeze acel statut şi cheia acestui statut este principiul independenţei, care impune de asemeni imparţialitate, dar nu exclude responsabilitatea. Aşadar a fost pus ca primordial principiul unui parchet european independent, atât faţă de Comisie şi Consiliu, cât şi faţă de Statele membre. El nu primeşte instrucţiuni nici de la unii, nici de la ceilalţi. Acest principiu este consolidat prin raportarea la statutul de procuror pe lângă tribunalele internaţionale şi pe lângă Curtea penală internaţională, şi mai recent, prin jurisprudenţa.[2]

Pentru a pune în aplicare acest principiu al independenţei, a fost elaborat un întreg dispozitiv în privinţa numirii, competenţei disciplinare (exercitate de Curtea de Justiţie) obligaţia de subordonare a procurorilor delegaţi faţă de procurorul general european, datoria de cooperare a ministerelor publice naţionale şi aplicarea unui principiu „non bis în idem" în caz de urmărire la nivel naţional şi la nivel european.

Faţă de acest ansamblu, spre deosebire de Corpus Juris cele două tratate (tratatul constituţional, apoi tratatul de la Lisabona) nu au abordat problema şi chestiunea nu a fost tranşată: cuvântul independenţă nu figurează acolo. Ceea ce este menţionat este că parchetul european va fi instituit plecând de la Eurojust, dar nu ştim dacă va exista o modificare a statutului magistraţilor Eurojust-ului. În orice caz, problema va rămâne deschisă până la adoptarea regulamentului. Este, fără îndoială posibil să se conceapă o modificare a statutului Eurojust-ului pe calea regulamentului, dar în acest caz va trebui să se intre în detalii pe care le-am enumerat: numire, competenţă, regim disciplinar, etc.

Aceeaşi tăcere a tratatelor se poate observa şi în ceea ce priveşte **funcţionarea** acestui viitor parchet european.

În ceea ce priveşte modul de sesizare era prevăzut foarte larg, fie printr-o unitate naţională sau o autoritate europeană, fie printr-un simplu cetăţean. În afară de asta, regimul punerii în mişcare a acţiunii publice este foarte important; de aici, alegerea de a încadra decizia de urmărire a procurorului european printr-un principiu al legalităţii urmăririlor, destul de sigur pentru a evita bănuielile ce pot lua naştere în privinţa

---

[1] V. B.Favreau, „Efectivitate, echitate, egalitate sau ascunzişurile unui proces echitabil" în Înaintări şi hotare actuale ale drepturilor omului la nivele internaţional, european şi naţional. Combinaţii oferite lui S.M.Helmons, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 117. Definiţia acestui principiu este strâns inspirată dintr-o arestare a Curţii europene a drepturilor omului, arestarea *Vermeulen C. Belgia* din 1996.

[2] V. CEDH arestările Medvedyev C. Franţei, 2008, 2010.

clasamentului oportunităţii, dar destul de suplu pentru a ocoli cazurile în care cauza poate fi clasată, precizând în acelaşi timp cum ar putea fi contestată clasarea, eventual. Procurorul european şi-ar desfăşura investigaţiile în învinuire dar şi în apărare, şi intram în anumite detalii în ceea ce priveşte mai ales posibilitatea cererii unui mandat de arestare european sau un plasament sub control judiciar.

Noţiunea de mandat de arestare european care figura în acest proiect al Corpus Juris, aşa cum s-a indicat mai sus, este punctul care a suscitat cele mai multe reacţii ducând la completarea textului cu articolele 25 alineat 2,3 şi 4 pentru a explica modalităţile de punere în aplicare.

În ceea ce priveşte celelalte prerogative ale procurorilor european, sunt de evidenţiat prerogativele pe care le are, în faza de finalizare, de a decide neurmărirea sau trimiterea sub controlul unui judecător sau a unei eventuale camere preliminare. Totodată poate exercita acţiunea publică în faţa jurisdicţiei judecăţii – care poate rămâne o jurisdicţie naţională, dar aplicând dreptul european (transformarea unui judecător naţional în judecător european nefiind în sine o noutate). De asemenea procurorul asigură executarea pedepsei, utilizând, dacă este cazul, mandat de arestare european.

Concluzii

O concluzie nu ar trebui niciodată să fie pesimistă. Aşadar parchetul european va exista, şi asta, fără îndoială, sub forma unui parchet independent şi responsabil. El va ilustra, o data în plus, faimosul principiu a lui Holderlin: „Acolo unde creşte pericolul, creşte şi ceea ce se salvează”. Deci cum să nu ne imaginăm reacţia pozitivă în sistemele judiciare ale statelor membre către instaurarea autorităţilor de urmărire independente. Suprimarea obstacolelor frontaliere pentru acţionarea justiţiei poate arăta un principiu de clarificare. Teritorialitatea europeană oferă o nouă dimensiune de apărare a drepturilor sale.

Pentru a concluziona într-o notă şi mai optimistă reamintesc afirmaţia doamnei Mireille Delmas-Marty- profesor la Colegiul Franţei care îngrijorată de opoziţia puternică faţă de Corpus Juris arăta că aceasta nu se referea la procuror ci la mandatul de arestare. Or, aşa cum se ştie, mandatul european de arestare a fost creat foarte repede după evenimentele din 11 septembrie 2001 când toate obiecţiunile au dispărut aproape instantaneu.

Bibliografie:

G. De Kerchove, „Cooperarea poliţistă şi judiciară penală”, în „O constituţie pentru Europa”, Bruxelles,

H. Laboyle, „Tratatul de la Lisabona şi întrajutorarea represivă în Uniunea europeană”, RAE 2008; Între dorinţă şi realităţi: ce drum pentru o represiune penală a violărilor dreptului comunitar”; “Spaţiu de libertate, securitate şi justiţie, Cadru general”, J-Cl. Europe 2009,

M. Delmas-Marty şi J.Vervaele, “Realizarea Corpus Juris în Statele membre”, Intersentia, Oxford, 2000.

J.A.E. Vervaele, Drept penal european şi principii generale ale dreptului Uniunii; Comunitatea Europeană şi Armonizarea Legii Criminale Forţate a Politicii Comunităţii

F. Ruggieri, Protecţia intereselor financiare ale Uniunii, Bruxelles, Bruylant, 2006, „Dreptul penal în zorii celui de-al treilea mileniu.

J.A. Espina Ramos şi J. Carbajosa, The future European prosecutor's office Madrid Imprenta Nacional del Boletin del Estado, 2009

D. Flore, "Perspectiva unui procuror european" ERA Forum 2008;, Drept penal european; Les enjeux d'une justice pénale européene" Bruxelles, Larcier, 2009

S. Brannertz, "Procuror European şi carte verde" note de reflecţii nepublicat 2002

C. Bassiouni, Cooperare Europeană în Probleme Criminale: Soluţii şi Perspective, Milano, Cedam, 2008

V.P. Berthelot, Peisajul european al securităţii interne, Peter Lang, 2009

F. Dehousse et J. Garcia Martinez, "Eurojust şi cooperarea judiciară penală", JTDE, 2004

J.R. Spencer, „The European Convention and the rules of criminal procedure and evidence în England" în „The University of Cambridge Center for public low, The Aluman Rights Act and the criminal justice and regulatory process", Oxford / Portland, Hart Publishing, 1999

B. Favreau, „Efectivitate, echitate, egalitate sau ascunzişurile unui proces echitabil" în Înaintări şi hotare actuale ale drepturilor omului la nivele internaţional, european şi naţional. Combinaţii oferite lui S.M.Helmons, Bruxelles, Bruylant, 2003

Cooperarea cu statele membre ale Uniunii Europene privind aplicarea principiului recunoaşterii reciproce a hotărârilor cu sancțiuni pecuniare

*Dr. Pavel **PALCU****
*Adina **MOISA*****

Abstract: *Libertatea de mişcare permite cetăţenilor accesul în întreaga Europă, iar societăţilor comerciale să desfăşoare activităţi fără dificultăţi. Astfel s-au creat noi dificultăţi în ceea ce priveşte aplicarea sancţiunilor împotriva celor care nu sunt rezidenţi ai statelor în care s-a comis infracţiunea. Decizia Cadru a Consiliului UE 2005/214 JAI privind aplicarea principiului recunoaşterii reciproce a sancţiunii pecuniare implementată în România prin Legea nr. 758/2008 a modificat Legea nr. 302/2004 şi acoperă atât faptele penale cât şi încălcările administrative inclusiv încălcarea normelor de trafic rutier, sănătate şi de siguranţă. În contextul deciziei cadru, pedeapsa sau sancţiunea pecuniară trebuie să fie impusă printr-o hotărâre definitivă. Nu contează dacă hotărârea este luată de o autoritate judecătorească sau administrativă, singura condiţie fiind respectarea Art. 6 al CEDO în sensul că trebuie să existe posibilitatea de a face apel împotriva deciziei, la instanţă. Executarea hotărârii va avea loc fără alte formalităţi, cu excepţia cazului în care vor fi invocate temeiurile de nerecunoaştere.*

Cuvinte cheie: *Cooperare Internaţională, Sancţiuni Pecuniare, Certificat, Atribuţii, Competenţe*

1. Noţiuni introductive

După paşii deosebit de importanţi către o mai bună integrare europeană din perspectiva intensificării cooperări între statele membre, făcuţi prin tratatele de la Maastricht în anul 1992 şi Amsterdam în anul 1997, „evenimentul cheie" în acest domeniu a fost reuniunea Consiliului Uniunii Europene de la Tampere din 15-16 octombrie 1999, care a fost pentru prima dată dedicată exclusiv temei justiţiei şi afacerilor interne. În cadrul acestei reuniuni, statele membre şi-au asumat din nou angajamentul de a stabili ca obiectiv principal al agendei politice dezvoltarea Uniunii Europene ca spaţiu al libertăţii, securităţii şi justiţiei.

Una din convingerile comune era ca eliminarea progresivă a controlului la graniţele din cadrul Uniunii Europene (U.E.) a şi înlesnit acţiunea la nivel transnaţional a infractorilor. Pentru a face faţă pericolului pe care o reprezintă infracţionalitatea la nivel internaţional U.E. urma să pregătească noi forme de cooperare în acest domeniu mai ales prin dezvoltarea unor instrumente bazate pe principiul recunoaşterii reciproce, care

* Magistrat-procuror Parchetul de pe lângă Tribunalul Arad România Lector univ. Universitatea de Vest „Vasile Goldiş" Arad România.
** Consilier Juridic Fundaţia Pro Prietenia Arad.

se va aplica atât hotărârilor judecătoreşti cat şi pentru alte decizii ale autorităţilor judiciare.[1]

O recunoaştere reciprocă consolidată a sentinţelor şi hotărârilor judecătoreşti şi apropierea legislativă necesară ar facilita cooperarea dintre autorităţi şi protecţia judiciară a drepturilor individuale. De asemenea, Consiliul Uniunii Europene adoptând principiul recunoaşterii reciproce, care, în opinia sa, ar trebui să devină piatra de temelie a cooperării judiciare în Uniunea Europeană, se referă pentru prima dată atât la hotărârile judecătoreşti, cât şi la alte decizii ale autorităţilor judiciare.

După cum se ştie cooperarea judiciară tradiţională poate fi definită ca o relaţie interstatală în cadrul căreia un stat suveran solicită printr-o cerere altui stat suveran efectuarea anumitor acte juridice, iar acesta din urmă poate decide dacă acceptă sau nu. Fiind lent şi complex el nu mai corespunde realităţii spaţiului european de astăzi în care persoanele circulă cu uşurinţă, cu controale reduse sau chiar fără controale. În acest sens, principiul recunoaşterii reciproce face ca fiecare autoritate judiciară naţională să recunoască cererile înaintate de un alt stat membru, cu un minim de formalităţi de îndeplinit.

Îndeplinind solicitarea reuniunii Consiliului la Tampere din iulie 2000, Comisia Europeană a prezentat Consiliului un program cu 24 de măsuri, iar Consiliul U.E., în consideraţiile sale şi-a arătat convingerea că recunoaşterea reciprocă poate prezenta diferite forme, că poate fi solicitată în toate stadiile procedurii penale dar şi că se aplică diferit în funcţie de natura deciziei sau sancţiunile impuse.[2]

2. Principiul recunoaşterii reciproce consolidate

Acest principiu pleacă de la premisa că hotărârile care urmează a fi recunoscute si executate respectă întotdeauna principiul legalităţii, subsidiarităţii şi proporţionalităţii, dar şi ajută la depăşirea dificultăţilor care apar din cauza diversităţii sistemelor judiciare din statele membre. [3]

2.1. Parametri de eficienţă:

Având in vedere ca recunoaşterea reciprocă are diferite forme si este solicitata in toate stadiile procedurii penale au fost stabiliţi anumiţi parametrii care determina eficienta sa :

- dacă măsura este cu aplicare generală, sau limitată doar la anumite infracţiuni grave;
- dacă se menţine sau se renunţă la condiţia dublei incriminări;
- existenţa mecanismelor de garantare a drepturilor terţelor părţi, victime şi suspecţi;
- dacă executarea deciziei se face direct sau indirect;
- determinarea motivelor şi temeiului în care poate fi refuzată recunoaşterea;

---

[1] V. D. Flore, Drept penal european „Les enjeux d'une justice pénale européene" Bruxelles, Larcier, 2009, pag. 592 s.

[2] V. D. Flore, Drept penal european „Les enjeux d'une justice pénale européene" Bruxelles, Larcier, 2009, pag. 593 s.

[3] H. Labayle, "Între dorinţă şi realităţi: ce drum pentru o represiune penală a violărilor dreptului comunitar", RMC 2003, 293.

- dacă statele au convenit privind răspunderea în cazul achitării;[1]

2.2. Măsuri necesare pentru programul de recunoaştere reciprocă

Programul de introducere a mecanismelor de recunoaştere reciproca a hotărârilor în materia penala trebuie abordat doar cu luarea in considerare a următoarelor masuri :

- respectarea principiului „ne bis in idem" si evidenţierea hotărârilor definitive in cazierul penal al infractorilor (eventual înfiinţarea unui birou central european de cazier penal);
- recunoaşterea si executarea a hotărârilor de păstrarea probelor si indisponibilizarea bunurilor;
- recunoaşterea reciprocă a hotărârilor prin care s-au aplicat sancţiuni pecuniare;

Aceste masuri caută sa asigure aplicarea la nivel de Uniune a acordului specific în cadrul Schengen cu privire la cooperarea în ceea ce priveşte procedurile pentru traficul rutier şi aplicarea penalităţilor financiare impuse în acest sens.[2]

Prin tratatul de la Lisabona intrat în vigoare la 1 decembrie 2009 în ceea ce priveşte cooperarea judiciară în materie penală, sunt de menţionat schimbările în sensul că au dispărut cei trei piloni, astfel încât cooperarea judiciară şi poliţienească nu mai aparţin de domeniul cooperării interguvernamentale, ci au devenit parte integrantă din legislaţia U.E. [3]

De asemenea principiul recunoaşterii reciproce a fost consolidat prin art. 82 TFUE care prevede în alineatul 1 cooperarea judiciară în materie penală din Uniune, care se bazează şi include apropierea actelor cu putere de lege şi a normelor administrative ale statelor membre. Astfel, Parlamentul European şi Consiliul hotărând conform procedurii legislative ordinare o să poată adopta măsuri privind :

- instituirea unor norme şi proceduri care să asigure recunoaşterea, în întreaga Uniune, a tuturor categoriilor de hotărâri judecătoreşti şi decizii judiciare:
- prevenirea şi soluţionarea conflictelor de competenţă intre statele membre:
- sprijinirea formării profesionale a magistraţilor şi personalului din justiţie:
- facilitarea cooperării dintre autorităţile judiciare sau echivalente ale statelor membre în materie de urmărire penală şi executare a deciziilor:[4]

În măsura în care este necesar pentru a facilita recunoaşterea reciprocă a hotărârilor judecătoreşti şi a deciziilor judiciare, precum şi cooperarea poliţienească şi judiciară în materie penală cu dimensiune transfrontalieră, Parlamentul European şi Consiliul, hotărând prin directive în conformitate cu procedura legislativă ordinară, pot stabili norme minime. Aceste norme minime iau în considere diferenţele existente între tradiţiile juridice şi sistemele de drept ale statelor membre. Acestea se referă la :

- admisibilitatea reciprocă a probelor între statele membre;
- drepturile persoanelor în procedura penală;
- drepturile victimelor criminalităţii;

---

[1] H. Labayle "*Spaţiu de libertate, securitate şi justiţie, Cadru general*", J-Cl. Europe 2009, fasc. 2620.

[2] Decizia Comitetului Executiv pentru spaţiul Schengen din 28 aprilie 1999. Substanţa acestui acord care face parte din acquis-ul Schengen trebuie să fie încorporată intr-un act al consiliului în temeiul art. 34(2) cu privire la Tratatul uniunii Europene ca fiind un nou instrument legal.

[3] Tratatul privind funcţionarea Uniunii Europene (TFUE)la titlul V, capitolul 4(cooperarea judiciară în materie penală) şi 5 (cooperarea poliţienească).

[4] H. Laboyle, „*Tratatul de la Lisabona şi întrajutorarea represivă în Uniunea europeană*", RAE 2008, 209.

Mai mult, orice aspecte specifice de procedură penală pe care Consiliul le-a identificat în prealabil printr-o decizie pot fi supuse regulamentelor; pentru adoptarea unei astfel de decizii, Consiliul va acţiona în unanimitate după obţinerea acordului Parlamentului European.

Este de asemenea important că cele două Instituţii Europene, pot să hotărască prin directive, în conformitate cu procedura legislativă ordinară şi că pot stabili astfel norme minime cu privire la definirea infracţiunilor şi sancţiunilor în domenii ale criminalităţii de o gravitate deosebită de dimensiune transfrontalieră ce rezultă din natura sau impactul acestor infracţiuni ori din nevoia specială de a le combate pornind de la o bază comună. Aceste domenii ale criminalităţii sunt următoarele : terorismul, traficul de persoane şi exploatarea sexuală a femeilor şi copiilor, traficul ilicit de droguri, traficul ilicit de arme, spălarea banilor, corupţia, contrafacerea mijloacelor de plată, criminalitatea informatică şi criminalitatea organizată. Raportat la evoluţia criminalităţii, consiliul poate adopta o decizie care să identifice alte domenii ale criminalităţii care îndeplinesc criteriile prevăzute mai sus. [1]

2.3. Mecanisme de cooperare judiciară şi instrumente de informare

Legislaţia Uniunii Europene cuprinde „legea primară" (care se referă la tratatele de bază şi actele modificatoare ale acestora) şi „legea secundară" care trebuie înţeleasă drept lege bazată pe tratatele multilaterale din legea primară, acestea fiind: regulamentele, directivele, deciziile, recomandările şi opiniile.

Deciziile cadru sunt legi ale Consiliului Uniunii Europene date în domeniul cooperării poliţieneşti şi judiciare în baza articolelor 29-42 ale Tratatului de la Amsterdam. Acestea sunt folosite pentru a apropia (alinia) legile şi regulamentele statelor membre. Sunt obligatorii pentru statele membre care trebuie să le respecte, dar autorităţile naţionale pot alege forma şi metodele corespunzătoare.

Această legislaţie incluzând deciziile cadru poate fi accesată pe pagina de internet http://eur-lex.europa.eu. Această pagină de internet este disponibilă în limba română, precum şi în toate celelalte limbi oficiale ale statelor membre ale E.U. . EUR- Lex oferă acces liber la legile Uniunii Europene şi la alte documente considerate publice. Pagina de internet conţine informaţii nu doar despre legislaţia Uniunii europene, ci şi despre procedurile legislative şi instituţiile U.E.

Reţeaua Judiciară Europeană (RJE) a fost primul mecanism practic structurat în vederea operaţionalizării depline şi este o reţea cu puncte naţionale de contact pentru facilitarea cooperării judiciare în materie penală. [2]

RJE este formată din puncte de contact alocate per stat membru, precum şi ale Comisiei Europene şi ale Secretariatului cu sediu la Haga.[3]

Printre punctele de contact, fiecare stat membru va numi un corespondent naţional. Fiecare stat membru va numi şi un corespondent de instrumente care se va ocupa de aspectele referitoare la instrumentele electronice ale RJE. Pagina de internet a Reţelei Judiciare Europene este http://www.ejn-crimjust.europa.eu.

---

[1] Art. 83 (ex art. 31 al. 1 TUE) TFUE

[2] Reţeaua a fost creată prin Acţiunea Comună 98/428 JAI în data de 29 iunie 1998 pentru a îndeplinii recomandarea nr. 21 din Planul de acţiune în vederea combaterii crimei organizate adoptat de Consiliu la 28 aprilie 1997. Din 24 decembrie 2008, o nouă bază legală a intrat în vigoare, şi anume Decizia 976/2008/JAI a Consiliului din data de 16 decembrie 2008 care a consolidat caracterul legal al REJ, păstrându-i intenţia din 1998.

[3] În prezent există pete 300 de puncte de contact naţionale din cele 27 state membre.

Eurojust stimulează şi îmbunătăţeşte coordonarea investigaţiilor şi punerii sub urmărire penală dintre autorităţile competente din statele membre.[1] El poate solicita autorităţilor competente ale statelor membre în cauză :

- să investigheze sau să pună sub urmărire penală acţiuni specifice;
- să coopereze;
- să accepte că un stat poate pune mai bine sub urmărire penală decât un altul;
- să creeze o echipă de investigaţii comună; sau
- să ofere Eurojust informaţiile necesare pentru a-şi îndeplinii atribuţiile;
- se va asigura că autorităţile competente se informează reciproc referitor la investigaţii şi puneri sub urmărire penală despre care au fost informate la rândul lor;
- va acorda asistenţă în vederea îmbunătăţirii cooperării dintre autorităţile competente naţionale, în special în baza analizei Europol;
- poate oferi sprijin logistic, de exemplu asistenţă privind traducerea, interpretarea şi organizarea întâlnirilor de coordonare. Pentru a-şi îndeplinii atribuţiile, Eurojust îşi păstrează relaţiile privilegiate cu RJE, Europol, Biroul European anti fraudă (OLAF) şi magistraţi de legătură. Prin Consiliu, poate şi să încheie acorduri de cooperare cu statele ne-membre şi organizaţii internaţionale sau organisme în vederea schimbului de informaţii sau detaşarea ofiţerilor.

În perioada 2003-2008 Consiliul U.E. a adoptat un număr de zece decizii cadru care prezintă o importanta deosebită pentru cooperarea judiciara consolidata printre care Decizia Cadru 2005/214/JAI din 24 februarie 2005 privind aplicarea principiului recunoaşterii reciproce a sancţiunilor pecuniare.[2]

Într-adevăr, este iluzoriu să credem că problema va fi rezolvată de textele deja luate la nivelul instanţelor „legislative" europene. Cu siguranţă că un număr mare de decizii – cadru au fost deja implementate, cu argumente clar exprimate în motivele lor, dar conţinutul articolelor este adesea dezamăgitor, aşa cum tot la fel este şi transpunerea lor în drepturile naţionale. Oricum, nu au fost toate transpuse iar unele sunt foarte diferite, între state.

Să luăm ca exemplu decizia cadru referitoare la mandatul european de obţinere a probelor, încă netranspusă, această directivă apare extrem de limitată în obiectul său şi mai ales deposedată de orice vedere dinamică a procedurii penale.[3]

Într-adevăr, acest mandat nu se referă decât la probe existente şi disponibile imediat. Altfel spus, este vorba în esenţă de transmisia succesivă a investigaţiilor deja efectuate într-un alt stat şi, cuvântul „disponibil" duce la bănuiala, că, fără îndoială, după ce statul care le-a strâns, nu va mai avea nevoie de ele pentru propria sa procedură.

Totuşi, recunoaşterea reciprocă este un instrument incontestabil de progres în construcţia spaţiului de libertate, securitate şi de justiţie şi, mai precis, al spaţiului penal al Uniunii. Aplicarea acestui principiu şi confirmarea sa în calitate de piatră de temelie a acestui spaţiu au fost ocazia unui adevărat salt înainte. Dar este adevărat că această avansare a fost operată într-un domeniu foarte particular şi parţial: cel care priveşte permiterea unui stat de a judeca o infracţiune comisă la el acasă şi de a o pedepsi conform legilor sale, ca şi asigurarea de executarea pedepsei.

---

[1] F. Dehousse et J. Garcia Martinez. "Eurojust şi cooperarea judiciară penală", JTDE, 2004, 171.

[2] OJ 76, 22.03.2005, pp 16-30

[3] Decizia Cadru 2008/978/JAI a Consiliului din 18 decembrie 2008 privind mandatul european de obţinere a probelor în scopul obţinerii de obiecte, documente şi date în vederea utilizării acestora în cadrul procedurilor în materie penală (J.O. nr. L 350, 30.12.2008 , pp. 72-92)

În realitate, aşa cum arătam adineauri, baza trebuie să o constituie problema recunoaşterii reciproce şi a încrederii reciproce, dar să şi rezulte din asta; acesta este miezul problemei.

Principiul recunoaşteri reciproce în materie penală este, în realitate, un mod de a forţa aplicarea regulilor şi a comportamentelor considerate necesare[1]. Este semnificativ de observat că în cauzele cu sancţiuni pecuniare în aplicarea principiului „*ne bis in idem*"[2], Curtea a dat acestei noţiuni o definiţie aplicată domeniului penal, iar jurisprudenţa este cunoscut că respectă dispoziţiile pronunţate în contenciosul născut din aplicare convenţiei Schengen.[3]

„Principiul *ne bis in idem* implică în mod necesar că există o încredere reciprocă a statelor membre în sistemele lor de justiţie penală şi că fiecare din acestea acceptă aplicarea dreptului penal în vigoare în alte state membre în timp ce chiar aplicarea propriului său drept penal ar conduce la soluţii diferite."

Inovaţia majoră, necesară pentru a satisface nevoile de libertate a circulaţiei constă în faptul că principiul *ne bis in idem* se va aplica nu numai în cazul identităţii calificărilor, ci şi al identităţii faptelor şi va privi deciziile care, provenite de la autoritate chemată să participe la administrarea justiţiei, constituie o sancţiune sau o apreciere pe fondul unui comportament.

3. Structura deciziei cadru privind sancţiunile financiare şi măsurile legislative necesare pentru aplicarea ei

3.1. Obiectiv si definiţii

Libertatea de mişcare permisă cetăţenilor de a călătorii pe întreg teritoriul Uniunii Europene şi de a desfăşura activităţi cu un minim de dificultăţi a creat posibilitatea sancţionării sau pedepsirii unor persoane care nu sunt rezidenţi ai statelor în care s-a comis infracţiunea sau contravenţia. În ultima perioadă, un mare număr de infracţiuni sau contravenţii transfrontaliere pedepsite sau sancţionate pecuniar rămâneau neexecutate fiindcă sistemele anterioare ori nu funcţionau, ori erau lente şi ineficiente. În acest sens Decizia Cadru va fi o asigurare că persoanele fizice şi juridice nu vor mai putea evita plata amenzilor.

Scopul sau obiectivul este ca autoritatea judiciară să aibă posibilitatea transmiterii direct către o autoritate dintr-un alt stat membru a unei sancţiuni financiare care trebuie recunoscută fără alte formalităţi, cu excepţia cazului în care este invocat unul din temeiurile de nerecunoaştere.

Nu contează dacă hotărârea este luată de către o autoritate judecătorească fiind impuse doar condiţia de a fi definitivă şi să existe posibilitatea de a fi apelată în instanţă, în sensul art. 6 al Convenţiei Drepturilor Omului. În acest fel se poate observa că sunt

---

[1] Un criteriu fondat pe calificarea juridică a faptelor sau pe interesul juridic protejat ar fi de natură să creeze tot atâtea obstacole libertăţii de circulaţie în spaţiul Schengen, câte sisteme penale diferite există (Van Esbroeck, 9 martie 2006 C – 436/ 04).

[2] A. Weyembergh „*Principiul non bis in idem" – piatră de încercare în spaţiul penal european*, CDE 2004, 337 s.

[3] V. Y. Bot „*L'evolution des prerogatives du ministère public français*" („Evoluţia prerogativelor ministerului public francez") în Dreptul la măsură al omului. Combinaţii în onoarea lui P. Leger, Pedone, 2006, p. 25 s.

acoperite atât faptele penale cât şi încălcările normelor de drept administrativ, cum ar fi normele de trafic rutier, de siguranţă şi de sănătate.

Este de menţionat că autoritatea competentă va putea trimite spre executare o sancţiune pecuniară emisă faţă de o persoană fizică sau juridică către un stat membru în care persoana respectivă este rezidentă sau înregistrată, deţine proprietate sau venit.

Adresându-se tuturor statelor membre Decizia Cadru a fost implementată în România prin legea 758/2008 care a modificat legea 302/2004 privind cooperarea judiciară internaţională în materie penală.

Încercându-se o definire „în art. 1" decizia înseamnă o hotărâre sau decizie definitivă care impune plata unei sancţiuni pecuniare de către o persoană fizică sau juridică, fără a avea importanţă dacă organismul decizional este o instanţă judecătorească sau o autoritate administrativă.

În România chestiunile de natură administrativă sunt hotărâte în primă instanţă de către autorităţile administrative dar apelurile şi contestaţia împotriva acesteia sunt rezolvate de către instanţele judecătoreşti care pot fi judecătoriile sau tribunalele.

Din elementele definitorii rezultă că este necesară îndeplinirea a trei condiţii care se referă la organul decizional din statul emitent, decizia să fie definitivă şi să se refere la o sumă de bani fie ca sancţiune fie condamnare.

În art. 187[34] legea română defineşte în alineatul 1 „hotărârea" iar în alineatul 2 „pedeapsa pecuniară".

- prin **hotărâre** se înţelege o hotărâre definitivă prin care s-a aplicat o pedeapsă pecuniară ce trebuie executată faţă de o persoană fizică sau juridică, dacă hotărârea a fost luată de :

a) o instanţă judecătorească din statul emitent, referitor la o infracţiune prevăzută de legea penală a statului emitent:

Exemplu : Un cetăţean român este condamnat de către o instanţă judecătorească în Italia pentru infracţiunea de furt la o pedeapsă cu amendă penală de 500 Euro .

b) o autoritate a statului emitent, alta decât o instanţă, în legătură cu o infracţiune prevăzută de legea penală a statului emitent, cu condiţia ca persoana respectivă sa fi avut posibilitatea de a solicita judecarea cauzei sale de o instanţă competentă în materie penală :

Exemplu: Un cetăţean maghiar este scos de sub urmărire penală iar parchetul din România aplică pentru infracţiunea de furt o amendă administrativă 1000 RON (250EURO). Dacă soluţia rămâne definitivă, inclusiv după plângerea respinsă de către instanţa de judecată stat executant este Ungaria

c) o autoritate a statului emitent, alta decât o instanţă, în ceea ce priveşte faptele care se pedepsesc conform dreptului naţional al statului emitent ca fiind încălcări ale normelor legale, cu condiţia ca persoana respectivă să fi avut posibilitatea de a solicita judecarea cauzei sale de o instanţă competentă în materie penală

Exemplu: Un cetăţean român a fost sancţionat administrativ cu 300 Euro pentru depăşirea limitei de viteză pe o autostradă din Germania, statul executant fiind România iar Germania stat emitent;

d) o instanţă competentă în materie penală, dacă hotărârea a fost pronunţată în legătură cu o hotărâre dintre cele prevăzute la lit. C .

Exemplu: Se referă la aceiaşi sancţiune administrativă de la punctul c dacă cetăţeanul român a făcut contestaţie în Germania la instanţa judecătorească iar aceasta a respins contestaţia şi a menţinut amenda.

Referitor la sancţiunile pecuniare legislaţia română preia fidel dispoziţiile din Decizia Cadru, ele reprezentând :

- o sumă de bani la condamnarea pentru o infracţiune impusă printr-o hotărâre (cu exemplele deja menţionate)
- despăgubire impusă în aceeaşi decizie în beneficiul victimelor, atunci când victima nu se poate constitui parte civilă la proceduri şi instanţa judecătorească acţionează în temeiul competenţei sale penale.

Exemplu: Unui cetăţean român anchetat în Italia, ca fiind suspect de tâlhărie, i se publică în presă o fotografie ca suspect, menţionându-i-se şi numele. Cetăţeanul român are dreptul să introducă o acţiune în despăgubire împotriva cotidianului în Italia întrucât nu a fost respectată prezumţia de nevinovăţie.

- o sumă de bani pentru cheltuielile procedurilor judiciare sau administrative aferente deciziei. Fac excepţie costurile aferente interpretului.
- o sumă de bani pentru un fond public sau o organizaţie de sprijinire a victimelor, impusă în aceiaşi decizie.

3.2 Stabilirea autorităţilor competente

După implementare statele membre trebuie să ia măsuri legislative necesare şi să informeze secretariatul general al consiliului cu privire la autorităţile de drept intern desemnate să emită sau să execute astfel de decizii.

În România autorităţile judecătoreşti au fost desemnate conform art. 187[35] să emită sau să execute deciziile privind sancţiunile pecuniare.

Autoritatea centrală română este Ministerul Justiţiei, care are rolul de a asista instanţele judecătoreşti şi de a transmite şi primi hotărâri în cazul în care contactul direct nu este posibil.

3.3 Transmiterea deciziilor

Statul membru emitent trebuie să transmită autorităţilor competente decizia definitivă împreună cu un certificat care se află la anexa 3 din Legea 302/2004 . Atât certificatul cât şi cererea trebuie traduse într-o limbă acceptată de statul membru executant.

Autorităţile competente din statul membru executant se pot găsi în atlasul de pe pagina de internet a Reţelei Judiciare Europene[1], sau prin intermediul punctelor de contact de pe această pagină, fixate de fiecare stat membru.

RJE poate fi de ajutor la :

- identificarea şi stabilirea contactului direct cu autoritatea locală competentă din alt stat membru, căreia i-aţi putea transmite o cerere de asistenţă judiciară;
- obţinerea unor informaţii juridice şi practice privind reglementările legate de cooperarea judiciară dintr-un alt stat membru;
- medierea cu scopul rezolvării dificultăţilor, întârzierilor şi conflictelor care apar în aplicarea cererilor de cooperare judiciară;
- oferirea de sfaturi privind abordarea corectă a colaborării dintre statele membre, în cazuri penale complexe;

---

[1] Reţeaua a fost creată prin Acţiunea Comună 98/428 JAI în data de 29 iunie 1998 pentru a îndeplinii recomandarea nr. 21 din Planul de acţiune în vederea combaterii crimei organizate adoptat de Consiliu la 28 aprilie 1997. Din 24 decembrie 2008, o nouă bază legală a intrat în vigoare, şi anume Decizia 976/2008/JAI a Consiliului din data de 16 decembrie 2008 care a consolidat caracterul legal al REJ, păstrându-i intenţia din 1998.

3.4 Domeniul de aplicare, recunoaşterea şi executarea hotărârilor

În Decizia Cadru şi în legislaţia română art. 87^{40} în total, sunt specificate 39 de infracţiuni grave pentru care nu se cere verificarea dublei incriminări, aşa încât statul executant nu poate refuza executarea deciziei chiar dacă nu o are incriminată ca infracţiune.

Nu există explicaţii suplimentare cu privire la infracţiunile enumerate, ceea ce a dat naştere unor probleme legate de principiul legalităţii incriminării şi a pedepsei.[1]

Pentru alte infracţiuni, în afară de lista celor 39 infracţiuni menţionate, România acceptă solicitări de executare, doar dacă decizia priveşte o conduită care ar reprezenta o infracţiune în temeiul legislaţiei române.

3.5 Temeiuri de nerecunoaştere

Pentru recunoaşterea deciziei trebuie anexat certificatul care trebuie să fie complet şi să corespundă deciziei, în legea română în art. 187^{42} sunt trecute şi alte temeiuri de nerecunoaştere :

- nerespectarea principiului „ne bis in idem”;

Exemplu: un cetăţean român a comis infracţiunea de vătămare corporală a unui alt cetăţean român în Italia, unde în absenţa sa a fost condamnat la 500 Euro, decizie rămasă definitivă şi executorie. Cele două părţi s-au judecat şi în România, unde autorul a fost condamnat la amendă penală de 100 Ron, pe care condamnatul a plătit-o imediat. Cererea de executare a deciziei Italiene va fi refuzată.

- când nu există dubla incriminare;
- a intervenit prescripţia conform legii române, iar hotărâre se refera la fapte care nu sunt în competenţa instanţelor române;
- dacă hotărârea se referă la fapte care au fost comise pe teritoriul României ori într-un loc considerat ca atare, de exemplu teritoriul ambasadei, sau au fost comise în afara teritoriului statului emitent;
- în caz de imunitate conform legii române sau dacă hotărârea se referă la o persoană fizică datorită vârstei sau capacităţii de exerciţiu persoana nu răspunde penal;
- persoana nu a fost informată personal sau printr-un reprezentant competent în conformitate cu legislaţia internă despre decizie şi nu a avut posibilitatea să o conteste;
- pedeapsa pecuniară este mai mică de 70 Euro, sau echivalentul în lei a acestei sume;

3.6. Stabilirea sumei de plată şi legea care guvernează executarea

Ca măsură de corectare a sumei de plată din decizia de plată a statului emitent art. 187^{43} stabileşte posibilitatea de a se reduce suma dacă faptele nu au fost desfăşurate pe

---

[1] Curtea Europeană de Justiţie în cauza C- 303/05 Advocateu voor de Wereld VZW împotriva Leden van de Ministerraad (cerere de pronunţare a unei hotărâri preliminare formulată de Arbitragehof)Cutea Europeană a luat următoarea decizie: dacă articolul 2 alineat 2 din Decizia Cadru elimină verificarea dublei incriminări pentru categoriile de infracţiuni prevăzute în această dispoziţie, definirea acestora şi a pedepselor aplicabile continuă să fie reglementată de dreptul statului membru emitent, care, cum se prevede, de altfel la art. 1 al 3 din aceeaşi decizie cadru, trebuie să respecte drepturile fundamentale şi principiile juridice fundamentale, astfel cum sunt acestea consacrate la art 6 UE şi în consecinţă, principiul legalităţii incriminării şi a pedepsei. Rezultă din aceasta că art 2 al 2 din decizia cadru, în măsură în care elimină verificarea dublei incriminări pentru infracţiunile menţionate în această dispoziţie, nu este lipsit de valabilitate ca urmare a unei încălcări a principiului legalităţii incriminării şi a pedepsei

teritoriul statului emitent, autoritatea judiciară română de executare putând decide reducerea sumei până la nivelul maxim prevăzut pentru aceeaşi faptă în legea română.

Referitor la legea care guvernează executarea aceasta este legea română ca şi în cazul unei pedepse pecuniare aplicată de o instanţă judecătorească română. Numai autorităţile române au competenţă de a decide asupra procedurilor de executare inclusiv motivele de încetare a executării.

Dacă executarea unei hotărâri nu este posibilă amenda poate fi înlocuită în condiţiile art. 63^1 din Codul Penal.

Amnistia şi graţierea pot fi acordate de ambele state iar revizuirea hotărârii este de competenţa exclusivă a statului emitent.

Având în vedere că obiectul executării sancţiunilor pecuniare trebuie să fie doar pedepsirea delicventului sumele de executare revin statului executant, dacă nu se convine altfel cu statul emitent.

Autoritatea judiciară română de executare trebuie să informeze autoritatea statului emitent, prin orice mijloc care permite o înregistrare scrisă orice eveniment în legătură cu executarea:

- despre transmiterea hotărârii către autoritatea competentă;
- despre orice hotărâre de nerecunoaştere şi neexecutare a hotărârii şi motivele pentru care s-a pronunţat aceasta;
- despre neexecutarea totală sau parţială a hotărârii şi motivele pentru care s-a pronunţat aceasta;
- despre executarea hotărârii imediat după încheierea executării;
- despre înlocuirea sancţiunii pecuniare cu o altă pedeapsă;

Concluzii

România a transpus Decizia Cadru conform cerinţelor. În comparaţie cu Decizia Cadru privind mandatul european de arestare şi procedurile de predare între statele membre s-a redus numărul de limbi acceptate. În cazul mandatului european de arestare au fost acceptate atât limba engleză cât şi franceza astfel încât trebuia tradus de autorităţile române, ceea ce, ducea la întârzieri ale procedurii şi costa foarte mulţi bani.

Bibliografie

D. Flore, Drept penal european „Les enjeux d'une justice pénale européene" Bruxelles, Larcier, 2009

H. Labayle, "Între dorinţă şi realităţi: ce drum pentru o represiune penală a violărilor dreptului comunitar", RMC 2003; "Spaţiu de libertate, securitate şi justiţie, Cadru general", J-Cl. Europe 2009; „Tratatul de la Lisabona şi întrajutorarea represivă în Uniunea europeană", RAE 2008

F**. Dehousse et J. Garcia Martinez,** "Eurojust şi cooperarea judiciară penală", JTDE, 2004

A. Weyembergh, „Principiul *non bis in idem*" – piatră de încercare în spaţiul penal european, CDE 2004

V. Y. Bot, „L'evolution des prerogatives du ministère public français" („Evoluţia prerogativelor ministerului public francez") în Dreptul la măsură al omului. Combinaţii în onoarea lui P. Leger, Pedone, 2006

Dimensiunea internațională a securității alimentare şi a protecției consumatorului

Anamaria ***TOMA-BIANOV****

Abstract: *Având ca punct de plecare incidenţa destul de mare la nivel mondial a unor episoade dramatice privind contaminarea produselor alimentare, securitatea alimentară a devenit un subiect de interes pentru comunitatea internaţională şi pentru organizaţii internaţionale precum Organizaţia Mondială a Comerţului care au decis să includă protecţia sănătăţii printre preocupările lor. Protejarea sănătăţii în faţa pericolelor prezentate de contaminarea alimentelor reprezintă un subiect de preocupare internaţională şi pentru alte organizaţii internaţionale, precum Organizaţia Mondială a Sănătăţii. Protecţia internaţională a sănătăţii aflată în strânsă corelare cu securitate alimentară este o obligaţie, dar în egală măsură, un interes a statelor, iar o deplină realizare a acesteia se poate face doar prin cooperare proactivă între instituţiile internaţionale şi naţionale. De aceea milităm pentru o armonizare şi implementare efectivă a standardelor privind securitatea alimentară în legislaţiile naţionale.*

Key-words: *protecţia sănătăţii, securitatea alimentară, standarde internaţionale*

Introducere

Procesul aflat în continuă creştere al globalizării comerţului cu produse alimentare, precum şi procesul de armonizare a standardelor alimentare şi a măsurilor privind securitatea alimentară au determinat schimbări importante în regimurile internaţionale şi naţionale de reglementare a alimentelor. Acordul privind aplicarea măsurilor sanitare şi fitosanitare (Acordul SPS) adoptat sub egida Organizaţiei Mondiale a Comerţului (OMC) a proclamat Codex Alimentarius ca fiind principala sursă a standardelor alimentare privind securitatea alimentară, aspect ce a avut un impact deosebit asupra standardelor, liniilor directoare şi recomandărilor privind comerţul internaţional cu alimente reglementate de Codex. În plus faţă de cele menţionate anterior, asistăm la recunoaştere unanimă a necesităţii de a integra şi îmbunătăţii coordonarea activităţilor de reglementare la nivelul organismelor şi organizaţiilor naţionale şi internaţionale, cu scopul de a oferi o mai bună protecţie a sănătăţii omului, animalelor sau plantelor, sau o mai bună protecţie a mediului, toate acestea fără a crea obstacole inutile în calea comerţului. Pe de altă parte, politicile alimentare naţionale şi internaţionale nu se rezumă doar la a asigura siguranţa sau securitatea alimentară, extinzându-se preocupările în sfera dreptului omului la hrană sau a dreptului omului la hrană sigură şi adecvată nutritiv.

Episoade recente dramatice, provocate de contaminarea alimentelor cu agenţi patogeni, au determinat preocupări din ce în ce mai intense privind eficienţa actualului sistem de control alimentar sau privind protecţia consumatorului, o atenţie deosebită fiind acordată în acest context regimului de reglementare al securităţii alimentare şi al comerţului cu produse alimentare. Nu doar contaminările cu agenţi microbiologici sau

* Asistent universitar doctorand, Universitatea Transilvania din Braşov.

chimici pe lanţul alimentar, sau folosirea de aditivi, pesticide sau medicamente veterinare, au pus sub semnul întrebării sistemul de control al securităţii alimentare, dar în egală măsură, la acest proces a contribuit şi interesul consumatorului în problemele privind sănătatea. Procesul de creştere a populaţiei, urbanizarea sau noile tehnologii influenţează producţia de alimente într-un mod fără precedent, iar acest fenomen ar trebui să solicite vigilenţa tuturor celor implicaţi în lanţul alimentar – de la producătorul primar la consumator – în scopul de a asigura securitatea alimentară.

Ca şi consecinţă a transformările petrecute la nivelul producţiei alimentare, guvernanţa globală a sănătăţii publice este afectată, determinând astfel includerea pe agenda organizaţiilor international sau ale agenţiilor guvernamentale problemele privind riscurile cu vector alimentar. Conştientizarea importanţei securităţii alimentare, a impactului pe care aceasta o are asupra sănătăţii, marketing-ului sau comerţului international s-a produs în ultimii douăzeci de ani la mai multe nivele. Există în prezent o bogată literatură ştiinţifică şi juridică privitoare la securitatea alimentară, canalizată pe cele mai critice aspect ale acestui subiect, precum şi pe interferenţa acestuia cu alte probleme de natură juridică (*c.f.* protecţia consumatorului, biotehnologiile, siguranţa organismelor modificate genetic, aplicarea principiului precauţiei, trasabilitatea produselor, standardele de calitate, răspunsul la ameninţările bioteroriste, libertatea comerţului, legitimitatea restricţiilor comerciale, cooperare international şi gestionarea problemelor de risc sanitar).

Astfel de dezvoltări cunoscute de literatura de specialitate au determinat noi necesităţi legislative. Regimurile naţionale de reglementare trebuie revizuite cu scopul de a putea fi asumate de către state noile obligaţii internaţionale şi regionale, o reformă legislativă fiind necesară şi în ceea ce priveşte distribuţia responsabilităţii în sectorul alimentar. În mod tradiţional, inspecţia şi monitorizarea activităţilor în acest sector a fost dispersată între ministere, precum cel al sănătăţii, al agriculturii, sau între diferite instituţii şi agenţii, generând ineficienţa aparatului administrativ în gestionarea problemelor cu risc sanitar. Conştientizând necesitatea modernizării şi adaptării regimului de reglementare a securităţii alimentare, multe state au operat modificări în legislaţia alimentară pentru a încuraja cooperarea instituţională între ministerele responsabile, după ce au descoperit vidurile legislative sau problemele privind eludarea răspunderii în cadrul sistemului de control al lanţului alimentar. Există o tendinţă în continuă creştere de a combate fragmentarea şi de a îmbunătăţii cadrul legal şi administrativ naţional atât prin reglementarea alimentelor de bază, dar şi prin instituirea unei autorităţi care să supervizeze sistemul alimentar "from farm to fork".

Nemulţumiri privind cadrul legislativ de control al alimentelor există la nivel naţional, din nefericire nu întotdeauna sunt evidenţi paşii care trebuie urmaţi pentru a putea oferi o analiză comprehensivă a regimului de reglementare. Acest articol urmăreşte să ofere indicii privind modul în care ar putea fi abordată această problemă. Un punct de plecare ar putea fi reprezentat de publicaţia comună a FAO (Food and Agriculture Organization) şi OMS (Organizaţia Mondială a Sănătăţii) "Assuring Food Safety and Quality: Guidelines for Strengthening National Food Systems" (2003), care oferă indicii privind revizuirea regimului naţional de reglementare a controlului alimentelor. Dar în egală măsură ne-am putea îndrepta atenţia înspre regimul internaţional de reglementare a securităţii alimentare, dat fiind rolul deosebit pe care *Codex Alimentarius* îl are la nivelul unor organizaţii internaţionale precum Organizaţia Mondială a Comerţului.

Necesitatea creării de standarde internaţionale obligatorii în materia protecţiei sănătăţii şi securităţii alimentare

La scară mondială, un prim pas extrem de important în domeniul protecţiei consumatorilor şi reglementarea siguranţei alimentare a fost făcut în 1995 de către ONU, atunci când Adunarea Generală a adopta în unanimitate, un set de îndrumări cu caracter general, care reprezintă în fapt un set de obiective minimale recunoscute pe plan internaţional, acestea reprezentând un potenţial de asistenţă specializată acordat statelor emergente[1]. În primul rând, *Liniile directoare pentru protecţia consumatorului* intenţionează să satisfacă nevoia de protecţie a consumatorului faţă de pericolele existente pentru sănătatea şi siguranţa acestuia. Un astfel de obiectiv se realizează prin programe de informare şi educare privind bolile de natură alimentară, contrafacerea produselor alimentare, precum şi prin promovarea unor politici naţionale de priotizare a siguranţei produselor esenţiale pentru sănătatea consumatorilor (alimente, apă, produse farmaceutice) şi menţinerea, dezvoltarea sau îmbunătăţirea măsurilor de siguranţă alimentară (control al calităţii produselor, facilităţi corespunzătoare şi sigure pentru distribuire, etichetare la standarde internaţionale, informare, etc.). Deşi nu sunt obligatorii pentru state, aceste linii directoare nu trebuie lăsate în plan secund, iar adoptarea lor întăreşte credinţa că aspectele legate de politica privitoare la protecţia consumatorului nu mai pot fi privite ca fiind doar de interes local, ci trebuie avută în vedere contextualizarea lor la nivel internaţional.

Activităţi de reglementare semnificative au avut loc în ultimii ani la nivel internaţional în ceea ce priveşte problematica producţiei alimentare. Runda Uruguay a Negocierilor Multilaterale din 1990 a condus la crearea Organizaţiei Mondiale a Comerţului (OMC) în ianuarie 1995. Aspectele privind sectorul agricol au fost pentru prima dată introduse într-un mod extrem de dezvoltat şi s-a convenit asupra reducerii barierelor de comerţ generate de taxare pentru o serie de produse agricole în scopul de a încuraja liberul schimb. Două acorduri comerciale internaţionale, cu relevanţă în materia produselor alimentare, au fost adoptate sub egida OMC, respectiv Acordul SPS şi Acordul privind barierele tehnice în calea comerţului (Acordul TBT). Aceste două acorduri au fixat parametrii extrem de importanţi în ceea ce priveşte adoptarea şi implementarea de măsuri privind calitatea produselor alimentare şi securitatea alimentară.

Acordul TBT, acord ce a fost conceput şi pus în practică încă din timpul Rudei Tokyo (1973-1979) ca un acord voluntar, a fost convertit într-un acord multilateral obligatoriu în timpul Rundei Uruguay. Acesta acoperă toate cerinţele şi standardele tehnice (aplicabile tuturor mărfurilor), precum cerinţele şi standardele privind etichetarea, aspecte care nu sunt acoperite prin Acordul SPS.

Acordul SPS a fost creat pentru a obliga toate statele membre de a aplica măsuri în scopul protejării sănătăţii omului şi animalelor (măsuri sanitare) şi a sănătăţii plantelor (măsuri fitosanitare) care să se bazeze pe evaluarea riscurilor, cu alte cuvinte pe ştiinţă. Principalul obiectiv al acestui acord a fost de a se stabili un cadru multilateral de principii directoare şi reguli care să armonizeze dezvoltarea, adoptarea şi punerea în aplicare a măsurilor sanitare şi fitosanitare şi să minimalizeze efectul negativ al unor astfel de măsuri asupra comerţului. Adoptarea de standarde internaţionale are ca scop încurajarea statelor de a le folosi în mod prioritar, obligându-le în acelaşi timp să acorde atenţie analizelor de risc.

---

[1] Rezoluţia Adunării Generale 39/248 din 9 aprilie 1985 şi Anexa: Guidelines for Consumer Protection.

Codex Alimentarius este principalul instrument de armonizare a standardelor în materie alimentară şi reprezintă o colecţie de standarde alimentare adoptate la nivel internaţional, un cod de bune practici, care militează pentru reducerea folosirii de pesticide şi medicamente pentru uz veterinar în procesul alimentar. Principalele obiective ale Codex sunt protejarea sănătăţii consumatorului, asigurarea de bune practici în comerţul alimentar şi promovarea coordonării practicii de adoptare a standardelor alimentare la nivel naţional. Acordul SPS a conferit standardelor, linilor directoare şi recomandărilor din Codex statutul de punct de referinţă pentru o armonizare internaţională. Acestea au fost folosite ca referinţă în procesul de reglementare a disputelor de la nivelul OMC. Membrii OMC sunt chemaţi să-şi adapteze măsurile privind securitatea alimentară cu standardele internaţionale, linile directoare şi celelalte recomandări făcute de Codex, iar atâta timp cît un stat a implementat astfel de standarde se consideră că statele îşi îndeplinesc obligaţiile asumate prin Acordul SPS. (Statele pot impune şi măsuri mai stricte decât cele prevăzute de Codex, atâta timp cât măsurile adoptate se bazează pe dovezi ştiinţifice). Prin urmare, deşi standardele Codex nu sunt obligatorii, ele au devenit obligatorii prin Acordul SPS.

Avantajele de a avea standarde universal consfinţite pentru alimente şi pentru protecţia consumatorilor, în scopul de a facilita schimburile comerciale, sunt recunoscute de către două acorduri importante ale OMC: Acordul privind aplicarea măsurilor sanitare şi fitosanitare (Acordul SPS) şi a Acordului privind obstacolele tehnice în calea comerţului (Acordul TBT)[1]. Aceste acorduri admit faptul că standardele internaţionale şi reglementările tehnice aduc beneficii atât producătorilor, cât şi consumatorilor. Obiectivul lor este de a facilita accesul sigur şi predictibil la pieţe, asigurându-ne de faptul că normele de sănătate nu creează obstacole inutile în calea comerţului[2]. În special, Acordul SPS prevede un cadru multilateral de reguli care se aplică tuturor măsurilor care pot afecta negativ libertatea comerţului internaţional, în special, şi care să se aplice în mod particular oricărei măsuri luate în scopul de a proteja viaţa oamenilor sau sănătatea acestora faţă de riscurile care decurg din aditivi, contaminanţi, toxine, reziduuri sanitar-veterinare şi de pesticide, din droguri, sau orice alte organisme cauzatoare de boli din alimente sau băuturi. Bazându-se pe prevederile articolului XX (b) din Acordul General pentru Tarife şi Comerţ (GATT)[3] şi pe termenii din *chapeau*-ul său - care a precedat prima referinţă la principiul precauţiei cu aproape 40 de ani - Acordul SPS încorporează elemente de precauţie, stabilind dreptul guvernelor de a restricţiona comerţul în scopul de a urmări obiective de sănătate, cu condiţia ca măsurile adoptate să se bazeze pe dovezi ştiinţifice sau pe o evaluare adecvată a riscurilor şi în

---

[1] A se vedea http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/legal_e.htm.

[2] A se vedea Snyder, F., "Toward an International Law for Adequate Food," în Mahiou A., Snyder F., *Food Security and Food Safety,* Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2006, p.123-133; Shaw S., and Schwartz R., *Trading Precaution: The Precautionary Principle and the WTO*, UNU-IAS Report 2005, ce poate fi accesat la URL: http://www.ias.unu.edu/binaries2/Precautionary%20 Principle%20and%20WTO.pdf.

[3] Acordul General privind tarifele şi comerţul (GATT), adoptat la Geneva, la 30 Octombrie 1947 (actualmente încorporat în sistemul normativ al OMC în 1994): Sub rezerva ca asemenea măsuri să nu fie aplicate într-un mod care să constituie un mijloc de discriminare arbitrară sau nejustificată între ţările în care există aceleaşi condiţii, sau o restricţie deghizată a comerţului internaţional, nimic în acest Acord nu va fi interpretat ca împiedicând adoptarea sau aplicarea de către o parte contractantă a măsurilor [...] b) necesare pentru a proteja viaţa sau sănătatea oamenilor, a animalelor sau a plantelor;

conformitate cu principiile de nediscriminare şi proporţionalitate[1]. Justificare ştiinţifică (astfel cum este prevăzută în Articolul 2.2 şi cum este susţinută de disciplina în evaluarea riscurilor, în conformitate cu art. 5) este, în fapt, pivotul în gestionarea acordului privind interferenţa sănătate-comerţ[2]. Prin urmare, în timp ce la articolul XX din GATT măsurile restrictive sunt o excepţie, în acordul SPS există un drept [în conformitate cu art. 5.7], deşi un drept condiţionat, de a lua măsuri provizorii care fac obiectul cerinţelor de evaluare a riscurilor prevăzute în articolul 5.1, 5.5 şi 5.6[3]. Prin urmare, acordul încearcă să echilibreze două interese contradictorii: dreptul suveran al statelor membre de a determina nivelul de protecţie a sănătăţii pe care îl consideră adecvat, pe de o parte, şi necesitatea de a conferi asigurări că o cerinţă sanitară sau fitosanitară nu reprezintă o restricţie inutilă, arbitrară, discriminatorie, ştiinţific nejustificată sau deghizată a comerţului internaţional, pe de altă parte. Pentru a atinge acest obiectiv, Acordul SPS încurajează membrii să utilizeze standardele, orientările şi recomandările internaţionale existente, să recunoască autoritatea standardelor impuse prin Codex, făcând referire în mod expres la acestea din urmă ca la o sursă privilegiată de reglementări armonizate pe plan internaţional[4].

Relevanţa standardele Codex este confirmată de jurisprudenţa Înaltei Curţi a Organizaţiei Mondiale a Comerţului, considerată ca fiind un punct de referinţă internaţională faţă de care măsurile şi reglementările naţionale în materia produselor alimentare sunt evaluate în cadrul parametrilor juridic ai acordurilor OMC. Cel mai important dintre toate, în disputele privind cauzele *CE-Sardine*[5] şi *CE-Hormoni*[6], rapoartele organului de apel au subliniat importanţa recunoaşterii standardelor *Codex Alimentarius* ca "standardele internaţionale relevante", ce urmează să fie utilizate de către state ca fundament tehnic pentru reglementările lor, şi a sugerat posibilitatea ca astfel de standarde să fie adoptate fără consens[7]. Admiţând o astfel de posibilitate, organul jurisdicţional contribuie în mod sensibil la o mai mare politizare a proceselor de decizie şi procedurile standard stabilite de Codex, din moment ce adoptarea standardelor internaţionale fără a avea un consens implică posibilitatea ca statele membre să fie obligate să se conformeze standardelor pe care nu le-au susţinut cu votul lor.

---

[1] Shaw S., and Schwartz R., *Trading Precaution: The Precautionary principle and the WTO*, United Nations University, Institute of Advanced Studies. November, 2005, p. 6: "As stated în the Preamble, the SPS Agreement is an elaboration of Article XX (b). However, while the SPS Agreement permits Members to enact SPS measures if specific obligations are met, Article XX (b) sets out general exceptions for violations to the GATT. The 'necessity test' is a much higher threshold, which does not seem to allow for preventative action when there is a lack of scientific evidence. The term 'necessary' places the burden of proof squarely on the Member taking the action, and, until recently în *EC–Asbestos*, no WTO Member has been able to pass the 'necessary' hurdle".

[2] Button, C. *The Power to Protect: trade, health and uncertainty în WTO*, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2004, p. 228.

[3] Shaw S., and Schwartz R., *op. cit.,* p. 6.

[4] A se vedea SPS Agreement, Preambulul şi Anexa A, parag. 3(a).

[5] WTO Appellate Body, *European Communities – Trade Description of Sardines,* WT/DS231/AB/R, Raportul organului jurisdicţional din 26 septembrie 2002.

[6] WTO Appellate Body, *European Communities Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones),* WT/DS26/AB/R, Raportul organului jurisdicţional din 16 ianuarie 1998.

[7] A se vedea *EC Hormones* para. 166 şi *EC Sardines* para.227: "we uphold the Panel's conclusion în paragraph 7.90 of the Panel Report, that the definition of a standard în Annexes 1.2 to the TBT Agreement does not require approval by consensus for standards adopted by a recognized body of the international standardization community".

Mai mult decât atât, *Codex Alimentarius* este susţinut de sancţiunile comerciale ale OMC, deoarece orice stat care nu se conformează Codex-ului ar pierde automat în orice litigiu comercial în materia alimentelor în faţa unei ţări care se conformează cu Codex-ul, cu excepţia cazului în care aceasta reuşeşte să demonstreze că măsura de interdicţie a produselor alimentare a fost luată pe baza unei evaluări a riscurilor riguros susţinută de dovezi ştiinţifice adecvate. Această abordare a fost prevăzută în ambele cazuri *CE - Azbest*[1] şi *CE - Hormones,* în care organul jurisdicţional a stabilit câteva principii de bază în materia restricţiilor asupra comercializării de produse care sunt susceptibile de a prezenta un pericol pentru sănătate: în primul rând, a recunoscut faptul că sănătatea publică trebuie să aibă întotdeauna prioritate, cu excepţia cazului în care măsuri luate în mod unilateral ca şi precauţie, nu sunt susţinute de standardele internaţionale sau de evaluările internaţionale ale riscurilor, deghizându-se astfel în fapt un interes protecţionist. Un al doilea principiu prevede că dreptul de a stabili un nivel mai ridicat de protecţie naţională trebuie să fie justificat prin informaţii ştiinţifice pertinente şi disponibile, ceea ce implică faptul că există o relaţie raţională între măsura adoptată şi de evaluarea riscurilor. Un al treilea principiu subliniază faptul că punerea în aplicare a unei măsuri întemeiate pe principiul precauţiei trebuie să fie dublată de o cercetare ştiinţifică în domeniu şi statele trebuie să efectueze revizuiri serioase ale măsurilor de precauţie, pentru a-şi demonstra buna lor credinţă[2]. Prin această abordare, Înalta Curte a arătat că "OMC nu poate şi nu se opune comerţului liber cu orice preţ", ci a subliniat mai degrabă importanţa standardelor internaţionale pentru "admiterea un set multilateral de reguli în cadrul sistemului de tranzacţionare care să asigură accesul sigur şi predictibil pe piaţă, respectând în acelaşi timp sănătatea şi siguranţa individului"[3].

Este necesar să se evidenţieze faptul că multe dintre problemele globale de siguranţă alimentară se află dincolo de raza de acţiune a acordurilor comerciale internaţionale[4]. De fapt, s-a observat că, în funcţie de concentrarea şi caracteristicile lor, normele de sănătate pot intra sub incidenţa Acordului SPS, Acordului TBT sau numai a Acordului GATT, şi că această abordare fragmentară este foarte dezavantajoasă, în special având în vedere necesitatea de a gestiona provocările reprezentate de "ultima frontieră a relaţiei contestate dintre comerţ şi sănătate". Aceasta este unul din principalele motive pentru care cele mai importante organizaţii internaţionale implicate (în special OMS, OMC şi FAO) îşi îmbunătăţesc în mod continuu coordonarea activităţilor lor şi îşi completeze munca reciproc în domeniul privitor la problemele de sănătate şi la comerţ. Împreună cu guvernele naţionale, aceste organizaţii îşi dezvoltă eforturile de protejare a consumatorilor de pe tot globul faţă de ameninţările la siguranţa alimentară.

Numărul în creştere al statelor care au aderat la OMC, faţă de care acordurile comerciale internaţionale adoptate sub egida OMC sunt obligatorii, a generat un interes deosebit în rândul acestora pentru revizuirea legislaţiilor naţionale cu scopul, nu numai de a-şi respecta obligaţiile internaţionale, dar şi de a cuprinde principiile acestor acorduri, precum armonizarea, echivalenţa şi non-discriminarea. În mod similar, statele care şi-au dorit aderarea la organizaţii internaţionale regionale s-au confruntat cu

---

[1] WTO Appellate Body, *European Communities Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products,* WT/DS135/AB/R, Raportul organului jurisdicţional din 12 martie 2001.

[2] C. Weidong, "Food Safety and Trade: How to Decide the Appropiate Level of Food Safety? A Comparative Study of Trade Dispute Settlement about Food Safety în the WTO and the EC", în *La sécurité alimentaire*, p. 725-752.

[3] Shaw and Swartz, *op. cit.*, p. 6.

[4] C. Button, *op. cit.*, p. 228-229.

obligaţia de a-şi conforma legislaţiile naţionale cu o serie de materii stabilite la nivel european. Alte organizaţii internaţionale, precum Caribbean Community (CARICOM) and the North American Free Trade Agreement (NAFTA), au influenţat legislaţiile naţionale ale statelor membre, şi nu neapărat în materii ce ţin de liberalizarea comerţului. Crearea altor organizaţii internaţionale regionale precum African Union ne face să credem că eforturile regionale de armonizare a legislaţiilor se află în continuă creştere.

Date fiind preocupările internaţionale de creştere a eficienţei politicilor de securitate alimentară, Declaraţia privind Securitate alimentară de la Beijing din 2007[1] a venit să întărească angajamentul comunităţii internaţionale faţă de adoptarea unei abordări comprehensive şi integrate, care să oblige statele să coopereze în scopul de a întări legăturile dintre diferitele sectoare implicate în acest domeniu. Declaraţia proclamă faptul că sistemele de siguranţă alimentară integrate sunt cele mai potrivite pentru a face faţă riscurilor potenţiale existente pe tot lanţul alimentar de la producător la consumator şi că atenţia acordată securităţii alimentare este esenţială pentru garantarea sănătăţii publice şi protejează consumatorul faţă de riscurile sanitare. Dată fiind această perspectivă, Declaraţia încurajează statele să adopte reglementări transparente care să garanteze standardele de securitate, să asigure implementarea adecvată şi efectivă a unei legislaţii privind securitatea alimentară care să folosească metode de stabilire a riscurilor, să stabilească proceduri pentru industria alimentară, precum trasabilitatea, să identifice în mod rapid, să investigheze şi să controleze incidentele privind securitatea alimentară şi să alerteze imediat Organizaţia Mondială a Sănătăţii (OMS) cu privire la orice incident prevăzut International Health Regulations. Pe scurt, Declaraţia a exprimat necesitatea de a înţelege faptul că securitatea alimentară ţine de responsabilitatea naţională şi internaţională a statelor.

Comerţul internaţional cu produse alimentare a condus la creşterea dramatică a riscului pe care produsele contaminate îl prezintă pentru starea de sănătate a populaţie. Iată de ce, atingerea obiectivelor securităţii alimentare pe o piaţă comercială globală presupune prioritizarea aspectelor privitoare la garantarea sănătăţii persoanei, în detrimentul liberalizării comerţului. O realizare efectivă a dreptului la o hrană sigură garantat de sistemul internaţional de protecţie a drepturilor omului presupune o prevalenţă a protecţiei consumatorului faţă de principiul liberalizării comerţului, iar marea provocare o prezintă gestionarea interferenţei dintre comerţ şi sănătate[2].

Protecţia consumatorul a fost un aspect care s-a bucurat de reglementare în special în legislaţiile interne ale statelor. Dar în contextul în care foarte multe incidente cu produse alimentare au proliferat la scară internaţională, protecţia consumatorului a devenit subiect de dezbatere la scară regională şi internaţională.

În dreptul intern al statelor, protecţia sănătăţii reprezintă o componentă a ramurii de drept privat, şi se centrează pe patru componente primare: dreptul la siguranţă, dreptul de a fi informat, dreptul de a alege şi dreptul de a fi auzit[3]. La nivelul multor state au

---

[1] Declaraţia a fost adoptată prin consens în cadrul întâlnirii la nivel înalt a Forumului Internaţional privind Securitatea Alimentară, "Enhancing Food Safety în a Global Community," ce a avut loc la Beijing între 26-27 Noiembrie 2007, cu participarea reprezentanţilor guvernamentali şi a unor experţi din cadrul unor organizaţii international, precum şi a reprezentanţilor din industria alimentară şi a unor autorităţi naţionale de protective a consumatorului. Declaraţia poate fi vizualizată la adresa: http://www.who.int/foodsafety/fs_management/meetings/forum07/ en/index.html.

[2] Button, C., *op. cit.*, p. 227.

[3] See the famous declaration by U.S. President John F. Kennedy în his 1962 message to the Congress.

fost create autorităţi publice cu atribuţii şi competenţe în domeniul protejării şi promovării sănătăţii, a securităţii alimentare şi a protecţiei sănătăţii. Poate că cel mai preeminent exemplu este cel al U.S. Food and Drug Administration, deşi agenţii similare au fost create în toată lumea. Dimensiunea naţională a dreptului consumatorului şi a reglementările din materia siguranţei alimentare devine din ce în ce mai relevantă pentru dreptul internaţional, în condiţiile existenţei unor obligaţii internaţionale de armonizare şi implementare a standardelor internaţionale.

Concluzii

Articolul subliniază importanţa creării de standarde internaţionale obligatorii în materia protecţie sănătăţii şi securităţii alimentare. Un pas important în vederea unificării standardelor alimentare a avut loc atunci când Organizaţia Mondială a Comerţului a reglementat în Acordul privind aplicarea de măsuri sanitare şi fitosanitare (Acordul SPS) că sursa standardelor internaţionale în materia securităţii alimentare este reprezentată de Codex Alimentarius. Această declaraţie a avut un impact deosebit asupra standardelor, liniilor directoare şi recomandările adoptate în Codex Alimentarius, dar mai ales asupra membrilor OMC. Comisia Codex Alimentarius se dovedeşte extrem de utilă şi prin faptul că ea furnizează un forum politic în care se dezbat probleme ce afectează în mod direct suveranitatea membrilor săi, precum protecţia consumatorului[1]. Cadrele legislative naţionale trebuie adaptate pentru a conferi realizarea efectivă a obligaţiilor internaţionale şi regionale în materia protecţiei sănătăţii şi securităţii alimentare.

Acknowledgement. Această lucrare a fost cofinanţată din Fondul Social European prin Programul Operaţional Dezvoltarea Resurselor Umane 2007-20013, proiect nr. *POSDRU/ CPP107/DMI 1.5/S/77082,* "Burse doctorale de pregătire ecoeconomică şi bioeconomică complexă pentru siguranţa şi securitatea alimentelor şi furajelor din ecosisteme antropice".

Bibliografie:

Bourrinet J., Snyder F. (ed.), *La sécurité alimentaire dans l'Union Européenne*, Brussels, Bruylant, 2003

Button C. *The Power to Protect: trade, health and uncertainty în WTO*, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2004

Mahiou A., Snyder F., *Food Security and Food Safety,* Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2006

Maljean-Dubois, S. (ed.), *La société internationale et les enjeux bioéthiques*, Paris, Pédone, 2006

Mariani, M.T., *The Intersection of International Law, Agricultural Biotechnology and Infectious Disease*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007

Micklitz H.S, Reich N., and Rott P., *Understanding EU Consumer Law*, Mortsel, Intersentia, 2009

Shaw S., and Schwartz R., *Trading Precaution: The Precautionary principle and the WTO*, United Nations University, Institute of Advanced Studies. November, 2005

[1] Poli, S. "The European Community and the Adoption of International Food Standards within the Codex Alimentarius Commission", în *European Law Journal*, vol. 10, No.5, September 2004, p. 616.

Vos E. And Wendler, F. (ed.), *Food Safety Regulation în Europe. A Comparative Institutional Analysis*, Antwerpen, Intersentia, 2006

WHO, *The Role of Food Safety în Health and Development*, Geneva: WHO Technical Report Series, 1984

WHO-FAO, *Biotechnology and Food Safety*, Rome: FAO Food and Nutrition Papers, 1996

WHO-FAO, *Risk Management and Food Safety*, Rome: FAO Food and Nutrition Papers, 1997

Eforturile Uniunii Europene de a reglementa pieţele financiare ale statelor membre

Ana Gabriela ***ATANASIU****

Rezumat: *Cadrul legislativ european actual este bazat pe armonizare minimă şi recunoaştere reciprocă. Mai mult, din cauza gradului ridicat de sensibilitate a domeniului pieţelor financiare, cauza crizei economice din 2008, statele membre sunt reticente în a acorda Uniunii puterea de a reglementa prin regulamente şi nu prin directive.*

Cea mai importantă măsură în domeniu, care a avut un impact semnificativ asupra sectorului financiar a fost directiva MiFID. Dar implementarea acestei directive a fost foarte dificilă şi a dus la o luptă continuă între Comisie şi statele membre pentru implementarea măsurilor luate la nivelul UE în domeniul serviciilor financiare.

Subsidiaritatea este principalul argument invocat de statele membre care se opun dorinţei instituţiilor UE de a reglementa în detaliu pieţele financiare. Până acum intervenţia UE în domeniul pieţelor financiare s-a făcut prin adoptarea de directive, nu de regulamente, lăsând astfel spaţiu de manevră statelor membre.

Subsidiaritatea înseamnă că ceea ce poate fi realizat la un nivel local de competenţă nu trebuie să fie realizat la un nivel superior.

Ideea europeană de subsidiaritate este strâns legată de termenii de proporţionalitate şi de necesitate. Orice acţiune a Uniunii nu trebuie să depăşească ceea ce este necesar pentru a atinge obiectivele stabilite în Tratate. Noutatea adusă de Tratatul de la Lisabona este Protocolul cu privire la aplicarea principiilor subsidiarităţii şi al proporţionalităţii.

Cuvinte-cheie: *subsidiaritate, MiFID, infringement, pieţe financiare*

Capitolul 1. Iniţiativele UE de a reglementa piaţa financiară

Prima iniţiativă de a reglementa pieţele financiare din UE a fost crearea de FESCO (Forumul Comisiilor de Valori Mobiliare din Europa). FESCO a fost fondat în 1997 de către Comisia de Valori Mobiliare a Spaţiului Economic European (SEE), respectiv de Statutory Securities Commission. Acesta a încercat să dezvolte standardele create de directivele UE.

Cea de a doua iniţiativă a fost înfiinţarea FSAP (Planul de acţiune pentru servicii financiare al Comisiei Europene). FSAP este răspunsul Comisiei pentru îmbunătăţirea pieţei unice a serviciilor financiare. Adoptată în 1999, în urma unei Comunicări şi a unei consultări cu toate părţile interesate, FSAP conţine o listă de 42 de măsuri de implementat, grupate în jurul a 4 obiective strategice (pieţele de retail, angro, normele prudenţiale şi de supraveghere şi condiţii mai generale pentru o piaţă unică financiară). Scopul său este de a servi ca un ghid director pentru un progres rapid către o piaţă financiară unică.

* Colaborator, doctorand Universitatea din Bucureşti, Facultatea de Drept.

După FSAP, UE a oprit procesul legislativ şi a început să se concentreze asupra punerii în aplicare a măsurilor deja adoptate. Acum, punctul central al politicii UE în domeniu este să găsească o cale de a aplica ceea ce diferite Comitete ale Înţelepţilor sau studii economice dovedit a fi esenţial în dezvoltarea pieţei comune de servicii financiare.

Secţiunea 1.1. Rapoartele Comitetului de Experţi privind reglementarea pieţelor financiare europene

Adunarea ECOFIN[1] din 17 iulie 2000 a instituit un "Comitet al Înţelepţilor[2]", în scopul de a rafina propunerile de reglementare existente şi să alcătuiască o serie de recomandări operaţionale pentru Consiliul European de la Stockholm.

Pentru scopurile acestui studiu, cea mai importantă constatare a fost: Comitetul observă că există un punct de vedere aproape unanim cu privire la faptul că actualul cadru de reglementare al Uniunii Europene este prea lent, prea rigid, complex şi prost adaptat la ritmul cu care piaţa financiară globală se schimbă. Mai mult decât atât, aproape toţi membrii Comitetului au fost de acord că regulile şi reglementările existente sunt puse în aplicare în mod diferit şi că, prin urmare, apar neconcordanţe în tratamentul aceleiaşi activităţi de business, diferenţă de tratament care ameninţă să încalce precondiţia a neutralităţii concurenţiale a supravegherii[3].

Neavând obligaţia de a folosi limbajul diplomatic al legislatorilor UE, Comitetul de experţi a declarat că: "Schimbarea în procesul legislativ este importantă. Nu doar pentru a asigura o livrare promptă a Planului de acţiune privind serviciile financiare, ci şi pentru ca, în viitor, europenii să se bazeze pe o structură de reglementare mai responsabilă şi eficientă, compatibilă cu cele mai înalte standarde mondiale. Într-adevăr, aceasta este provocarea de competitivitate şi testul de strategie. Uniunea Europeană nu are niciun drept absolut la a beneficia de o piaţă financiară integrată. Ea trebuie să capteze aceste beneficii prin construirea unei pieţe europene integrate - în multe domenii pornind de la un nivel foarte jos. În cazul în care nu reuşeşte, creşterea economică, ocuparea forţei de muncă şi prosperitatea vor fi mai scăzute, iar avantajul concurenţial va fi pierdut în faţa statelor non-UE. Şi posibilitatea de a completa şi de a consolida rolul monedei euro şi a aprofunda integrarea europeană vor fi pierdute. Nu există nicio alternativă serioasă la integrare. Păstrarea situaţiei actuale ar consfinţi continuarea fragmentării pieţelor financiare europene. Acest lucru înseamnă beneficiile pierdute, oportunităţi pierdute şi performanţa economică europeană mai slabă - cu economiile europene deturnate către pieţele străine ".

Secţiunea 1.2. Regulamentele şi directivele privitoare la piaţa serviciilor financiare

Cadrul legislativ actual al UE se bazează pe o armonizare minimă şi recunoaşterea reciprocă. Cooperarea între autorităţile de reglementare care se ocupă de practicile transfrontaliere şi de tranzacţionare este doar puţin acoperită. Competenţele de investigaţie ale autorităţilor naţionale şi sancţiunile nu sunt definite la nivelul UE. Aceasta

---

[1] Consiliul miniştrilor de Economie şi Finanţe ai Uniunii Europene.

[2] Preşedintele acestui comitet a fost Alexandre Lamfalussy, de aceea raportul emis de Comitet este denumit şi „Raportul Lamfalussy”.

[3] Raportul final al Comitetului de Experţi, Bruxelles, 15 februarie 2001, p. 7.

este, de asemenea, şi punctul de vedere al Comitetului de experţi stabilit de către ECOFIN[1].

Ca urmare a punerii în aplicare a măsurilor FSAP, 27 de directive şi numai 2 regulamente au fost adoptate. Cele mai importante măsuri au fost reglementate prin intermediul directivelor, cele două regulamente în domeniu fiind neesenţiale. Acest mod de acţiune vine în contradicţie cu concluziile ale Rapoartelor Lamfalussy, dar acesta este convenit de statele membre cu UE.

Dar chiar şi această abordare a creat reacţii mixte. Potrivit lui Piggott şi Cook: „directive-cheie, cum ar fi cele privind serviciile de investiţii şi cele privind regulile preluărilor transfrontaliere au generat controverse şi un vot negativ în Parlamentul European, în cazul celor din urmă. Un număr de participanţi pe piaţă şi autorităţile de reglementare din City-ul londonez şi-au exprimat îngrijorarea cu privire la rigiditatea a planului şi la faptul că accentul este pus pe armonizare, în comparaţie cu principul recunoaşterii reciproce adoptat prin Actul Unic European[2]".

Cea mai importantă măsură, actul care a avut implicaţii profunde în întregul sector financiar a fost directiva MiFID[3]. Dar punerea în aplicare a acestei măsuri a fost un dezastru. Înainte de a analiza problema principală a implementării, două idei trebuie să fie subliniate, în raport cu directivele privind serviciile financiare.

Nu există un mecanism rapid de a actualiza legislaţia UE, precum Ordonanţa de Urgenţă a Guvernului din legislaţia naţională. Acest instrument poate fi foarte util, desigur, atunci când acesta nu este abuzat în modul în care adesea guvernul român o face. Cu atât mai mult, în medie, procesul legislativ de adoptare a unei directive în domeniul serviciilor financiare durează 18 luni[4], ceea ce este o foarte lungă perioadă de timp, luând în considerare dinamica pieţelor financiare.

A doua idee este oarecum legat de prima şi se referă la faptul că nu există directive / regulamente care să reglementeze noile evoluţii ale pieţei. Acest lucru se va dovedi a fi o provocare majoră în viitor. Până când legislaţia UE este adoptată, pieţele financiare se modifică de o asemenea manieră încât produse sau proceduri cheie nu intră în domeniul de reglementare.

Principalul motiv invocat pentru păstrarea acestei metode de reglementare între statele membre şi UE, mai ales în domeniul pieţelor financiare, este principiul subsidiarităţii.

Capitolul 2. Noţiunea de subsidiaritate

Într-o primă opinie, subsidiaritatea este „principiul că fiecare grup social şi politic ar trebui să le ajute pe cele locale, mai mici să îşi atingă scopurile lor, fără, însă, a-şi aroga aceste sarcini[5]". Un alt autor crede că: „Dreptul internaţional ar trebui să joace, în general, un rol secundar în dreptul intern. Principiul subsidiarităţii, în forma sa cea mai raţională şi economică, este cel mai bine înţeles ca un principiu de eficienţă. Acesta susţine că statul ar trebui să intervină în societatea civilă, prin reglementare, doar în

---

[1] Raportul iniţial al Comitetului de Experţi, Bruxelles, 9 noiembrie 2000, p. 15.

[2] Judith Piggott, Mark Cook, International Business Economics, A European Perspective, ed. Palgrave Macmillan, p. 234.

[3] Market în Financial Investment Directive – Directive 2004/39/CE.

[4] European Banking Federation, Report on Integration of European Financial Services Markets, Brussels, December 2007, p. 57.

[5] Paolo G. Carozza, *Subsidiarity as a structural principle of international human rights law*, American Journal of International Law, Vol. 97, 2003, p. 38.

cazul în care implicarea sa îmbunătăţeşte bunăstarea, şi că, la rândul său, legea internaţională şi organizaţiile internaţionale ar trebui să intervină numai în cazul în care ele ar îmbunătăţi bunăstarea. Este necesar să se adopte o metodă de subsidiaritate bazată pe eficienţă, examinând în primul rând de condiţiile în care statele ar trebui să reglementeze, iar în al doilea rând, motivele pentru care reglementarea internaţională ar fi mai adecvată[1]".

În principal, s-a considerat că subsidiaritate înseamnă că ceea ce poate fi realizat la un nivel inferior de competenţă nu trebuie să fie realizat la un nivel mai ridicat[2].

Secţiunea 2.1. Ideea europeană a subsidiarităţii

Consiliul European de la Edinburgh din decembrie 1992 a emis o declaraţie cu privire la principiul subsidiarităţii, care a stabilit regulile de aplicare a acestui principiu. Tratatul de la Amsterdam a preluat abordarea din declaraţie într-un protocol privind aplicarea principiilor subsidiarităţii şi proporţionalităţii, anexat la Tratatul CE[3].

În prezent, principiul este prevăzut, în principal, de art. 5 din Tratatul privind Uniunea Europeană, consolidat prin Tratatul de la Lisabona[4] şi prin Protocolul nr. 2 privind aplicarea principiilor subsidiarităţii şi proporţionalităţii[5] din Tratatul de la Lisabona. Alte prevederi relevante sunt articolul 69 din Tratatul privind Funcţionarea Uniunii Europene, preambulul Tratatului privind Uniunea Europeană şi Convenţia Europeană a Drepturilor Omului.

În mod specific, în contextul UE, subsidiaritatea este principiul prin care Uniunea nu ia măsuri dacă este mai eficientă o acţiune luată la nivel naţional, regional sau local. Potrivit doctrinei[6] conceptul de subsidiaritate a fost înfiinţat în scopul de a-i opri pe cei care sperau că tendinţele federaliste ale Comunităţii vor creşte ca urmare a Tratatului de la Maastricht.

Subsidiaritatea, în concepţia europeană, trebuie privită în strânsă legătură cu noţiunile de proporţionalitate şi necesitate. Orice acţiune a UE nu ar trebui să depăşească ceea ce este necesar pentru a atinge obiectivele tratatelor.

Noutatea de la Lisabona este Protocolul privind aplicarea principiilor subsidiarităţii şi proporţionalităţii. Acest nou protocol implică parlamentele naţionale în controlul conformităţii propunerilor legislative cu principiul subsidiarităţii. Pentru prima dată, ca parte a unui sistem de avertizare nou, instituţiile UE trebuie să trimită proiectele lor de acte legislative către parlamentele naţionale, care vor avea dreptul să transmită un aviz motivat cu privire la propunerile legislative primite.

Tratatul de la Lisabona consolidează, de asemenea, controlul a posteriori a aplicării principiului subsidiarităţii. Parlamentele naţionale vor avea un drept indirect de a introduce acţiuni de încălcare a principiului subsidiarităţii prin intermediul guvernelor naţionale.

---

[1] Joel P. Trachtman, The International Law of Financial Crisis: Spillovers, Subsidiarity, Fragmentation and Cooperation published în The Quest for International Law în Financial Regulation and Monetary Affairs, Oxford Journal, Volume 13, Issue 3, Oxford University Press, September 2010, p. 719.

[2] Jean Francois Renucci, *Tratat de drept european al drepturilor omului*, Ed. Hamangiu, 2009, p. 789.

[3] O.J C340, 1997, p. 105.

[4] O.J. C83/01, 2010.

[5] O.J. C 83/206, 30.3.2010.

[6] Paul Craig, Grainne de Burca, *Dreptul Uniunii Europene, Comentarii, jurisprudenţă şi doctrină*, Ed. a IV-a, Ed. Hamangiu, Bucureşti 2009, p. 125.

În domeniul pieţelor financiare, UE şi-a declarat, din nou, obiectivele şi modul de acţiune în raportul Lamfalussy[1]: „Orice abordare legislativă trebuie să ofere un cale eficientă, oportună şi adaptabilă de livrare a legislaţiei europene pentru realizarea unei pieţe comune a valorilor mobiliare în Europa. În aranjamentele instituţionale actuale ale UE, abordarea ar trebui să fie construită într-un mod care: (i) să respecte procesele democratice, atât la nivel naţional, cât şi la nivelul Uniunii, (ii) să menţină echilibrul instituţional prezent în Uniunea Europeană şi să fie în conformitate cu structura prezentă a Tratatelor; (iii) să ia în considerare pe deplin acordurile deja implementate privind proporţionalitatea şi subsidiaritatea".

Un studiu[2] arată care sunt principalele probleme ale acestui principiu, probleme care, aşa cum arată această lucrare, sunt foarte prezente în domeniul pieţelor financiare: "subsidiaritatea a fost percepută, de asemenea, ca o dezamăgire sau chiar ca o idee greşită, în locul nepotrivit, la momentul nepotrivit. S-a susţinut că în baza dimensiunii sale juridice, subsidiaritatea „nu va rezolva probleme de competenţă, ci doar le va structura". În mod similar, s-a mai susţinut că subsidiaritatea este un concept modelat pentru a se potrivi aproape oricărui program politic şi că aceasta funcţionează ca o „paradigmă„ a dezbaterilor politice. Dificultăţile în a aplica în mod concret subsidiaritatea rezidă, prin urmare, în faptul că decizia privind nivelul adecvat de a exercita o anumită competenţă este lăsată politicului. Mai mult, doctrina arată că „industria serviciilor financiare a fost întotdeauna un domeniu sensibil din punct de vedere politic şi, prin urmare, puternic reglementat"[3].

Capitolul 3. Subsidiaritatea în pieţele financiare europene

Acest principiu poate fi privit de jos în sus sau invers. Conform primei perspective, subsidiaritatea funcţionează ca un scut împotriva puterilor UE, statul folosind principiul cu scopul de a-şi proteja suveranitatea. Conform celei de-a doua perspective, privirea de sus în jos, UE a inventat acest principiu, în scopul de a decide în mod independent în problemele-cheie care privesc Uniunea.

Acest dualism al modului de percepţie a principiului a fost privit ca „o sabie cu două tăişuri, care lasă loc pentru dialog între cele două universuri de reglementare în utilizarea lui atunci intervine decizia politică[4]". Acelaşi autor concluzionează că "indiferent care dintre aceste viziuni este să susţină, subsidiaritatea nu este un criteriu foarte util pentru evaluarea exercitării efective a puterilor în procesul de legiferare al UE[5]".

Pentru a face lucrurile mai dificile, consolidarea reglementării şi supravegherii este întotdeauna într-un potenţial conflict cu libertatea inerentă a pieţelor financiare. Deci, chiar şi după ce politicul decide la ce nivel este cel mai bine a se reglementa - naţional sau european, specificitatea domeniului are un cuvânt greu de spus în această chestiune.

Este întotdeauna necesar să se caute un echilibru între aceste două componente – supravegherea şi libertatea pieţei. Doctrina apreciază că: „Tensiunea dintre regle-

---

[1] Raportul iniţial al Comitetului de Experţi, Bruxelles, 9 noiembrie 2000, p. 93.

[2] Simona Mihaela Constantin, "*Rethinking Subsidiarity and the Balance of Powers în the EU în Light of the Lisbon Treaty and Beyond*", Paper prepared în the framework of the Jean Monnet seminar Advanced Issues of European Law Re-thinking the European Constitution în an Enlarged European Union 6th session, Dubrovnik, April 20-27, 2008.

[3] Howells Peter, Bain Keith, *The Economics of Money, Banking and Finance, A European Text*, Ed. a III-a, Ed. Pearson Education, Edinburgh, 2005, p. 517.

[4] Simona Mihaela Constantin, *op. cit.*

[5] Idem.

mentare sau supraveghere şi libertatea pieţei nu este un fenomen nou în dreptul financiar. Ce este nou, însă, este faptul că în consolidarea reglementării şi supravegherii în prezent, trebuie, de asemenea, să ia în considerare, cel puţin parţial, necesitatea cooperării şi coordonării la nivel internaţional[1].

Capitolul 4. Eşecul sistemic în implementarea măsurilor propuse

MiFID a intrat în vigoare la 30 aprilie 2004 şi data limită de implementare a fost stabilită pentru 30 aprilie 2006. Comisia a trebuit să stabilească un nou termen limită general de implementare pentru 31 ianuarie 2007 şi un termen special pentru companiile care trebuiau să se conformeze cerinţelor tehnice de punere în aplicare pentru 1 noiembrie 2007, deoarece niciun stat membru nu reuşise să implementeze complet directiva până la expirarea termenului iniţial. Chiar şi cu această amânare, până în septembrie 2008, Comisia primise notificări numai de punere în aplicare parţială.

Principalele probleme care au făcut dificilă implementare au fost gradul de noutate al actului normativ, noile cerinţe de comunicare, cerinţa pentru actualizarea sistemelor informatice, noile politici cu privire la conflictul de interese, instruirea angajaţilor să opereze noile sisteme.

Un alt set important de directive în domeniu, directivele privind OPCVM-urile[2] au fost criticate ca fiind prea rigide şi deja depăşite de momentul în care au fost adoptate. Astfel, noi tipuri de fonduri de investiţii nu au fost reglementate de directivele privind OPCVM-urile, deoarece standardele fixe nu au permis operatorilor să le pună în categoriile reglementate de directive. Acest vid de reglementare readus în prim plan diferenţele dintre statele membre, fiecare dintre ele reglementând în mod liber aceste noi tipuri de fonduri[3].

Un alt exemplu celebru de "fenomen" nereglementat al pieţei financiare este dat de tranzacţiile OTC[4]. Iar tocmai în această materie sunt cele mai mari probleme de reglementare şi de supraveghere.

Totuşi, există acte europene în domeniu, care funcţionează foarte bine. Directivele CRD au fost implementate şi transpuse în legislaţia naţională a statelor membre, fără nicio problemă[5].

Capitolul 5. Poziţia comisiei cu privire la statele membre ale UE

Cartea verde privind politica serviciilor financiare (2005-2010)[6] prevede că: "Un cadru legal compact şi clar este necesar pentru funcţionarea eficientă atât a participanţilor la pieţele financiare cât şi a autorităţilor publice responsabile de reglementarea şi supravegherea pieţei. Cadrul legislativ european pentru pieţele şi serviciile financiare

---

[1] Christian Tietje and Matthias Lehmann, *The Role and Prospects of International Law în Financial Regulation and Supervision,* published în The Quest for International Law în Financial Regulation and Monetary Affairs, Oxford Journal, Volume 13, Issue 3, Oxford University Press, September 2010.

[2] UCITS Directives - Undertakings for Collective Investment în Transferable Securities Directive.s

[3] Kyra Malcolm, Mark Tilden, Tim Wildson, *Evaluation of the economic impacts of the Financial Services Action Plan*, London, March 2009, p. 162.

[4] Over the counter (tranzacţii cu instrumente financiare derivate).

[5] Europe Economics, Study on the Cost of Compliance with Selected FSAP Measures. Final Report by Europe Economics, Chanchery House, London, January 2009, p. 12.

[6] COM (2005) 177.

europene, este acum extrem de dezvoltat, crescând activitatea transfrontalieră şi integrarea[1].

După eşecul implementării MiFID, UE a schimbat strategia, solicitând statelor membre "reînnoirea angajamentelor politice". Astfel, în Cartea verde s-a trasat o nouă regulă: "Statele membre trebuie să-şi demonstreze seriozitatea în respectarea angajamentelor asumate prin furnizarea unor tabele clare şi detaliate de transpunere - de preferinţă într-una din limbile de lucru ale Comisiei. Comisia va spori monitorizarea şi controlul statelor membre. Pentru a oferi vizibilitate stadiului transpunerii, Comisia va crea o matrice on-line de transpunere FSAP - care să arate ce texte au fost puse în aplicare de către statele membre, când şi în ce fel, cu legături către alte texte proprii ale statelor membre. Acolo unde este posibil, tabele de transpunere vor fi, de asemenea, furnizate[2]".

După şocul implementării de coşmar a MiFID, Comisia a promis că în viitor va stabili termene mai realiste pentru transpunere. Dar tonul de Comunicării a foarte ferm în ceea ce priveşte problema implementării: „Statele membre au datoria, în temeiul tratatelor, de a implementa şi de a aplica dreptul Uniunii Europene. Cu toate acestea, Comisia - în calitate de gardian al tratatelor - va rămâne vigilentă în evidenţierea oricăror deficienţe şi va lansa proceduri de infringement imediat în cazul în care obligaţia de implementare nu se efectuează în mod corespunzător. În acelaşi timp, participanţii la piaţă şi autorităţile de reglementare trebuie să ajute Comisia să identifice eventualele eşecuri şi să sesizeze instanţele naţionale pentru îndreptarea comportamentelor necorespunzătoare[3].

Deoarece procesul legislativ după FSAP este oprit, rolul principal al Comisiei, în prezent, este de a elimina neconcordanţele în cadrul şi între directive, acordând o atenţie deosebită problemelor inter-sectoriale şi de a da o mai mare claritate în rolului şi responsabilităţilor autorităţilor de supraveghere[4]. Într-o Comunicare[5] mai recentă, Comisia a sugerat instalarea unui "Comitet European pentru Riscuri Sistemice".

Secţiunea 5.1. Evoluţii recente

O nouă directivă, MiFID II a fost propusă de către Parlamentul European şi de Consiliu[6], principalul său obiectiv fiind una de integrare, cooperare şi eficienţa între pieţele financiare ale UE prin reglementarea unui cadru juridic unic pentru statele membre şi pentru participanţii la pieţele financiare. Ca o consecinţă a crizei financiare din 2008 şi a progresului tehnologic un nou cadru juridic se doreşte a fi introdus de UE, adaptat la evoluţiile post-MiFID. Această nouă directivă MiFID va fi completată de un regulament, denumit "MiFIR".

Capitolul 6. Concluzii

Sub presiunea "subsidiarităţii" venită din partea statelor membre, Comisia a iniţiat, în general, directive, mai degrabă decât regulamente. Acest lucru a lăsat însă mai multă

---

[1] Cartea Verde, p. 5.
[2] Idem, p. 6.
[3] Idem, p. 8.
[4] Idem, p. 10.
[5] COM(2009) 499 final - proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Community macro prudential oversight of the financial system and establishing a European systemic risk board.
[6] Document 2011/0298.

libertate pentru implementarea legislaţiei UE de către statele membre, care de cele mai multe ori duce la transpuneri inegale şi interpretări diferite. Mai mult, pune o presiune suplimentară asupra Comisiei pentru a verifica conformitatea implementării cu dreptul european şi pentru a impune o transpunere corespunzătoare. Transpunerea directivelor durează, de asemenea, în această materie, cel puţin 18 luni[1].

Realitatea este că în prezent mai sunt multe de făcut pentru a realiza o adevărată piaţă unică a serviciilor financiare. Numărul mare al autorităţilor de reglementare pentru valori mobiliare din statele membre creează costuri inutile şi confuzie printre participanţii pe piaţă. În UE există aproximativ 40 de autorităţi de reglementare, mult prea multe pentru un sistem eficient[2].

Comitetul de Experţi a constatat că: "sistemul actual, aşa cum funcţionează acum este: prea lent, prea rigid, conţine prea multe lucruri neclare şi, prin urmare, are ca rezultat o transpunere nearmonizată şi incoerentă, bazată excesiv pe legislaţia primară pentru stabilirea unor norme detaliate[3]".

Presiunea pentru o infrastructură mai eficientă a tranzacţiilor cu valori mobiliare este pusă şi de sistemul de compensare şi decontare - o zonă unde performanţele europene sunt mult mai slabe în comparaţie cu pieţele din SUA, ceea ce constituie un obstacol major în calea tranzacţiilor transfrontaliere eficiente.

De asemenea, diferenţele dintre sistemele juridice ale statelor membre au consecinţe importante în domeniul valorilor mobiliare (de exemplu, regimurile juridice ale insolvenţei, regimurile juridice sancţionatoare, jurisdicţionale care pot constitui un obstacol în tranzacţiile transfrontaliere). Pe lângă diferenţele legale, există de asemenea diferenţe importante, cum ar fi cele culturale (de exemplu, atitudinea faţă de guvernarea corporatistă, faţă de protecţia investitorilor) sau cele fiscale etc.

UE doreşte să folosească ideea de subsidiaritate în legătură cu conceptul de piaţă unică şi cu nouă dimensiune transfrontalieră a pieţei valorilor mobiliare, în scopul de a reglementa la un nivel inferior în domeniu.

Dar există o mişcare importantă împotriva acestei idei. Federaţia Bancară Europeană, un foarte puternic lobby-ist susţine că: „În ceea ce priveşte legiferarea, noi credem că o mai bună reglementare este de o importanţă majoră şi salutăm sprijinul acordat de către factorii de decizie ai UE. Politica de legiferare ar trebui să se bazeze strict pe principiul subsidiarităţii, de exemplu, să fie justificată şi construită pe necesitate şi proporţionalitate. În concret, acest lucru înseamnă că măsurile voluntare şi orientative sunt de preferat prevederilor legale. În conformitate cu principiile unei bune reglementări, regulamentele ar trebui să fie urmărit a fi adoptate numai atunci când există dovada unor avantaje clare şi concrete pentru cetăţeni şi pentru industrie şi când există argumente economice puternice. Politicile trebuie să se bazeze pe dovezi economice puternice şi să fie supuse unor evaluări minuţioase ale impactului şi adoptate numai în cazul în care activitatea transfrontalieră ar fi îmbunătăţită prin aceste politici. Evaluarea soluţiilor adecvate trebuie realizată de la caz la caz, în funcţie de specificul pieţei şi de problemele identificate[4]".

După FSAP, care s-a încheiat în 2005, paşaportul UE pentru emitenţi nu a devenit o realitate, normele de dezvăluire şi alte cerinţe de informare variază considerabil, există încă reguli diferite pentru investitori, există reguli diferite pentru consumatori, nu există

---

[1] Raportul iniţial al Comitetului de Experţi, Bruxelles, 9 noiembrie 2000, p. 14.
[2] Idem, p. 17.
[3] Idem, p. 19.
[4] EBF Report on Integration of European Financial Services Markets, p. 57.

reguli pentru nici reguli pentru garanţii transfrontaliere, nu există un paşaport unic pentru pieţele reglementate, iar pentru piaţa OTC este în afara Directivele UE. Deci, există o mulţime de făcut în acest domeniu.

Subsidiaritatea permite statelor membre să creeze mai multă Europă, în unele zone şi mai puţină Europă în altele, în funcţie de politica naţională de gestionare a intereselor şi resurselor proprii. Până în prezent, statele membre doresc mai puţină Europă în domeniul valorilor mobiliare şi invocarea principiului subsidiarităţii este unul dintre principalii lor aliaţi. Totuşi, prin trecerea de la MiFID la MiFIR se pare că Uniunea se îndepărtează de concepţia liberală, boemă a primilor 50 ani de Uniune şi trece într-o nouă etapă a publicizării dreptului afacerilor, inclusiv pieţele financiare.

Lipsa unor criterii clare de delimitare a competenţelor Uniunii faţă de statele membre, creşte opacitatea sistemului decizional al UE. Întrebările care decurg din această opacitate sunt cine decide cu privire la subsidiaritate şi în ce fel.

Numai prin rezolvarea lucruri la acest nivel, va exista o mai bună înţelegere a modului în care echilibrul puterilor între cele două ordini juridice este menţinut în interacţiunile lor.

Crearea cadrului legal al UE este o luptă constantă de competenţe în ceea ce priveşte armonizarea şi descentralizarea. Sunt complet de acord cu declaraţia conform căreia „Nu există o abordare general valabilă. Aşa cum arată experienţa europeană din trecut, armonizarea este de multe ori cel mai complicată când priveşte supravegherea. Supravegherea este, la fel ca toate formele de punere în executare a legii, adânc înrădăcinată în sistemele juridice naţionale şi în tradiţii. Mai mult decât atât, statele sunt foarte reticente în a permite legilor şi/sau autorităţilor „străine" (inclusiv cele internaţionale) să intervină, cu atât mai puţin să determine supravegherea internă[1].

Întrebarea de bază, la care Tratatul de la Lisabona, reglementările existente şi principiul subsidiarităţii nu răspunde, este la ce nivel ar trebui supravegheate şi reglementate pieţele financiare. Consider că răspunsul se află într-o abordare diferenţiată. Legislaţia europeană în reglementarea şi supravegherea financiară nu poate fi determinată prin aplicarea unei formule atotcuprinzătoare. Există diferite niveluri la care problemele financiare pot fi tratate. Fiecare dintre ele are scopul şi funcţia sa. Pentru o anumită chestiune, ar putea fi recomandabil să se aleagă un nivel, în timp ce o altă problemă ar fi mai bine să rămână la altul.

Bibliografie

I. Cursuri, tratate, monografii

1. **Craig Paul, de Burca Grainne**, *Dreptul Uniunii Europene, Comentarii, jurisprudenţă şi doctrină*, ediţia a 4-a, ed. Hamangiu, Bucureşti, 2009

2. **Howells Peter, Bain Keith**, *The Economics of Money, Banking and Finance, A European Text*, ediţia a 3-a, ed. Pearson Education, Edinburgh, 2005

3. **Howells Peter, Bain Keith**, *Financial Markets and Institutions*, ediţia a 4-a, Edinburgh, 2004

[1] Christian Tietje and Matthias Lehmann, *The Role and Prospects of International Law în Financial Regulation and Supervision*, published în The Quest for International Law în Financial Regulation and Monetary Affairs, Oxford Journal, Volume 13, Issue 3, Oxford University Press, September 2010.

4. **Piggott Judith, Cook Mark**, *International Business Economics. A European Perspective*, Palgrave Macmillan, New York, 2006

5. **Renucci Jean Francois**, *Tratat de drept european al drepturilor omului*, ed. Hamangiu, Bucureşti, 2009

II. Articole, studii, eseuri

6. **Carozza Paolo G.,** *Subsidiarity as a structural principle of international human rights law*, American Journal of International Law, Vol. 97, 2003

7. **Malcolm Kyra, Tilden Mark, Wildson Tim**, *Evaluation of the economic impacts of the Financial Services Action Plan*, Londra, Martie, 2009

8. **Tietje Christian and Lehmann Matthias**, *The Role and Prospects of International Law în Financial Regulation and Supervision*, published în The Quest for International Law în Financial Regulation and Monetary Affairs, Oxford Journal, Volume 13, Issue 3, Oxford University Press, Septembrie 2010

9. **Trachtman Joel P.,** *The International Law of Financial Crisis: Spillovers, Subsidiarity, Fragmentation and Cooperation* published în The Quest for International Law în Financial Regulation and Monetary Affairs, Oxford Journal, Volume 13, Issue 3, Oxford University Press, Septembrie, 2010

10. **Constantin Simona Mihaela**, *Rethinking Subsidiarity and the Balance of Powers în the EU în Light of the Lisbon Treaty and Beyond*, Paper prepared în the framework of the Jean Monnet seminar Advanced Issues of European Law Re-thinking the European Constitution în an Enlarged European Union 6th session, Dubrovnik, Aprilie, 2008

III. Studii, rapoarte

11. Europe Economics, *Study on the Cost of Compliance with Selected FSAP Measures. Final Report by Europe Economics*, Chanchery House, Londra, ianuarie, 2009

12. *Initial report of the committee of wise men on the regulation of European securities markets*, Bruxelles, 9 noiembrie, 2000

13. *Final report of the committee of wise men on the regulation of European securities markets*, Bruxelles, 15 februarie, 2001

14. European Banking Federation*, Report on Integration of European Financial Services Markets,* Bruxelles, Decembrie, 2007

IV. Comunicări ale Comisiei

15. COM(2009) 499 final, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Community macro prudential oversight of the financial system and establishing a European systemic risk board*

16. COM (2005) 177, *Green Paper on Financial Services Policy* (2005-2010)

Slavery in the Modern World: Assessing Damage, Urging Action

Alexandra Malina ***MÂNEA***[*]

Abstract: *There are more slaves în the world today than at any point în the history. Slavery exists today despite the fact that it is banned în most of the countries and outlawed by largely ratified international conventions. Contemporary slavery takes various forms and affects people of all ages, sex and race. A better understanding of the forms of modern slavery and the scale it reached is enabling us to realize that modern slavery equate with gross violations of human rights, and that the international community has to react and mobilize resources to stop the perpetuation of such a degrading phenomenon for the entire global society. The article argues that the modern slavery forms have passed the 'ordinary', national type of crime and became an international crime through the serious human rights violations it entails and the scale it internationally reached. Therefore, international mechanisms of punishment have to be applied în order to stop the modern slavery perpetuation and its disastrous effects on the national and international society.*

Key words: *modern slavery, forced labour, child soldiers, forced marriages, human trafficking, international crimes.*

When one hears about slavery, the tendency is to consider it a thing of the past, long gone with the abolition of slavery în the 19th century. Society talks nowadays about human trafficking, seemingly giving it a more human name, but *"slavery is a booming international trade, less obvious than 200 years ago, but all around us"* and for sure with nothing human about it.[1]

There are at least 27 million slaves today în the world - more than at any other point în the history.[2] Millions of men, women and children around the world are forced to lead lives as slaves. Although this exploitation is often not called slavery, the conditions are the same. People are sold like objects, forced to work for little or no pay and are at the mercy of their 'employers'. Slavery exists today despite the fact that it is banned în most of the countries and outlawed by largely ratified international conventions. Contemporary slavery takes various forms and affects people of all ages, sex and race.

According to Anti-Slavery International Organisation, to U.S Department of State and to a high number of scholars în the field of sociology and law, a slave is:

- forced to work, through mental or physical threat;
- owned or controlled by an 'employer', usually through mental or physical abuse or threatened abuse;
- dehumanised, treated as a commodity or bought and sold as 'property';
- physically constrained or has restrictions placed on his/her freedom of movement.

---

[*] Asist.univ.drd., Facultatea de Drept – Universitatea Titu Maiorescu Bucureşti.

[1] L. Pfefferle, *Modern Slavery – A Human Tragedy*, Grin Verlag, 2012, p. 2.

[2] Anti-Slavery International Reports, available at http://www.antislavery.org/slavery_reports.aspx.

The Internatonal Political and Legal Context on the Issue of Modern Slavery

Earlier this year, the European Union Commission published its 2013 Report on Human Trafficking. The figures show that while there is an increasing number of victims, convictions of perpetrators have gone down. The EU Home Affairs Commissioner Cecilia Malmstrom publicly expressed her disappointment stating that "*it is difficult to imagine that în our free and democratic EU countries, tens of thousands of human beings can be deprived of their liberty and exploited, traded as commodities for profit*".[1] Short after the report was made public, the EU's anti-trafficking coordinator, Myria Vassiliadou, told euro-deputies that "*human trafficking is the slavery of our times*".[2]

Weeks before the above mentioned report, the Parliamentary Assembly of Council of Europe assessed that people-smuggling is the fastest-growing form of organised crime, with an estimated turnover of €35 billion per annum and that "*this horrific abuse of the most elementary human rights meets the criteria of slavery*".[3]

In June 2011, the Organisation for Security and Co-operation în Europe (OSCE) Special Representative and Co-ordinator for Combating Trafficking în Human Beings, Maria Grazia Giammarinaro, emphasized with the occasion of Alliance conference that " *human trafficking for labour exploitation is a new form of slavery that occurs on a massive scale*".[4]

Adressing the international community, President Barack Obama outlined în 2010 that "*the victims of modern slavery have many faces. They are men and women, adults and children. Yet, all are denied basic human dignity and freedom. Fighting modern slavery and human trafficking is a shared responsibility*".[5]

With the occasion of the 200th anniversary of the abolition of the trans-Atlantic slave trade, the Executive Director of United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), Antonio Maria Costa, stated that "*slavery is a booming international trade, less obvious than 200 years ago for sure, but all around us*", further explaining that human trafficking represents the modern-day slavery în different 'clothing', but with the same dehumanizing consequences.[6]

In 2004, the North-Atlantic Treaty Organisation (NATO) adopted the Policy Against Human Trafficking în an effort to combat the human trafficking which became "*a crime meriting universal condemnation*", further describing it as a "*modern day slave trade that fuels corruption and organised crime*".[7]

With regard to international legal instruments, there is a series of conventions which mention, describe and incriminate slavery practices. Nevertheless, among the most

---

[1] http://www.dw.de/eu-issues-report-on-human-trafficking/a-16745031; The Commission's report indicated that 62 percent of the human trafficking victims had been used for sexual exploitation. Other victims were forced into labor jobs or had organs removed for trade on the black market. Most of the victims referred to în the study come from EU member states (61 per cent), and come în particularly high numbers from Romania and Bulgaria.

[2] http://euobserver.com/justice/119118.

[3] http://international.sp.nl/bericht/130125-council_of_europe_action_against_modern_slavery.html.

[4] http://www.osce.org/cthb/78789.

[5] http://www.whitehouse.gov/the-press-office/presidential-proclamation-national-slavery.

[6] http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=22009#.UYJDfKJgfps.

[7] http://www.nato.int/docu/review/2006/issue2/english/analysis.html.

representative we find the Universal Declaration of Human Rights (1948)[1], the European Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (1950)[2], the United Nations Supplementary Convention on the Abolition of Slavery, the Slave Trade, and Institutions and Practices Similar to Slavery (1956)[3] and the Rome Statute for establishing the International Criminal Court (1998)[4].

Considering the above statements and the international conventions all mentioning and describing the modern-day slavery, a more in-depth analysis into the phenomenon and its composing elements it is worth the effort. A better understanding of the forms of modern slavery and the scale it reached is enabling us to realize that modern slavery equate with gross violations of human rights, and that the international community has to react and mobilize resources to stop the perpetuation of such a degrading phenomenon for the entire global society.

The forms of Modern Slavery

The Oxford Dictionary defines *slave* as *"a person who works very hard without proper remuneration or appreciation*", "*a person who is excessively dependent upon or controlled by something*" or "*a person who is the legal property of another and is forced to obey them"*.[5] Despite being a serious violation of fundamental human rights and a criminal offence în most of the world's countries, at the heart of the contemporary slavery phenomenon there are three major forms: forced labour, forced and early marriages, and child soldiers. The means of enslavement involve human trafficking and human smuggling. The purpose of enslavement varies from prostitution to domestic servitude, rural field work or industrial work.

A. Forced labour

According to the International Labour Organisation's (ILO) Forced Labour Convention No. 29, forced or compulsory labour is "*all work or service which is exacted from any person under the threat of a penalty and for which the person has not offered himself or herself voluntarily"*.[6] Therefore, în the ILO's work, the concept of forced labour is broadly defined. The advantage is that it covers a wide range of coercive labour practices which occur în all type of economic activity and all parts of the world. The disadvantage consists of the too many debates such a large definition may arise and the call it makes for "more research and intellectual work" instead of providing a viable legal basis for more practical steps. Nevertheless, ILO'S work regarding forced labour is broad and useful.

The ILO estimates that at least 21 million people are victims of forced labour at any point în time. This represent three în every 1000 of today's world population. The statistics show that 90 per cent are exploited by individuals and enterprises, while 10

---

[1] Consecrates în art. 4 that *"no one shall be held în slavery or servitude; slavery and the slave trade shall be prohibited în all their forms."*

[2] Stating în art. 4 that "*no one shall be held în slavery or servitude" and "no one shall be required to perform forced or compulsory labour*".

[3] The treaty augments the 1926 Slavery Convention (League of Nations) by acting to ban debt bondage, serfdom, servile marriage and child servitude.

[4] The Statute establishes that the International Criminal Court has jurisdiction with respect to enslavement as a form of crime against humanity.

[5] http://oxforddictionaries.com/definition/english/slave?q=slave.

[6] www.ilo.org.

per cent are forced to work by a state, by rebel military groups or în prisons which violate fundamental ILO standards.[1]

The ILO has explained that a person în a forced labour situation is determined by the nature of the relationship of the person with the employer and not by the type of work performed or the legality or illegality of the work. Moreover, an international consensus exists regarding six practices indicative of forced labour situations: withholding of wages, retention of passports and identity documents, threat of denunciation to the authorities (usually for illegal migration), bonded labour, restriction on movement, physical or sexual violence.[2]

Surprisingly, more for some than for others, the region with the highest prevalence of forced labour - number of victims per thousand of inhabitants - is central and south-eastern Europe (non-EU) and the Commonwealth of independent States (4.3), followed by Africa (4), Middle East (3.4), Asia Pacific (3.3), Latin America and the Caribbean (3.1), Developed Economies and European Union (1.5). în terms of absolute number, Asia has the most victims of forced labour.[3]

The "route into" forced labour can take many forms: descent into 'slave' or bonded status, kidnapping, sale of person into the ownership of another, physical confinement în the work location, psychological compulsion, induces indebtedness, deception or false promises about types and terms of work, withholding and non-payment of wages, retention of identify documents or other valuable personal possessions.[4]

The means of keeping someone în force labour also vary: physical violence against worker or family, sexual violence, threat of supernatural retaliation, physical confinement, financial penalties, denunciation to authorities (immigration), exclusion from future employment, deprivation of food and shelter or shift to even worse work conditions.[5]

However, when we look for identifying forced labour situations, there is an important distinction to be made between forced labour and situations where people may be working în sub-standard employment. The international jurisprudence has gravitated around understanding the fundamental nature of slavery as ultimately being about control – the kind of control that deprives a person of their individual liberty and autonomy; a control that paves the way for exploitation usually maintained through mental or physical violence.[6]

B. Forced marriages

The provisions regarding forced marriage found în the 1956 Supplementary Convention can be considered the starting point în building a legal framework of the issue. The Convention defines the concept as follows:

(i) A woman, without the right to refuse, is promised or given în marriage on payment of a consideration în money or în kind to her parents, guardian, family or any other person or group;

---

[1] *Ibidem.*

[2] www.forcedlabour.rog/definitions.

[3] www.ilo.org.

[4] Research on Indicators of Forced Labor: Successes, Challenges and Reflections on Future Engagement – available on www.verite.org.

[5] Ibidem.

[6] J. Allain, *Slavery în International Law: Of Human Exploitation and Trafficking,* Martinus Nijhoff, Leiden, 2012, p. 35.

(ii) The husband of a woman, his family, or his clan, has the right to transfer her to another person for value received or otherwise;

(iii) A woman on the death of her husband is liable to be inherited by another person; based on religious practices and cultures.[1]

The United Nations considers forced marriage as a form of human rights abuse, since it violates the principle of the freedom and autonomy of individuals. The Universal Declaration of Human Rights clearly states that a women's right to choose a spouse and enter freely into marriage is central to her life and dignity, and equality as a human being.[2]

In 2008, the Special Court for Sierra Leone's (SCSL) Appeals Chamber found the abduction and confinement of women for "forced marriage" în war, to be a new crime against humanity (AFRC decision).[3] The SCSL Trial Chamber found în the Charles Taylor decision that the term 'forced marriage' should be avoided and rather described the practice în war as 'conjugal slavery' (2012).[4]

One of the oldest forms of forced marriage come to settle the family's debt, to compensate for a family member's crime or to settle an argument between families. These marriages often take place when the brides are very young.[5] în most of the cases, the girls end up în domestic servitude, forced to cook, clean, serve his husband and his entire family up to 18-20 hours per day, and often sexually abused. If the girls try to leave they are beaten and threatened with to be killed. [6]

The UNICEF Report of 2009 concludes on the issue of early and forced marriages clearly stating that underage marriage is specifically included în the UN's foundation declaration against slavery and în the Pan-African Forum's definition of modern-day slavery:

"Marriage before the age of 18 is a reality for many young women. în many parts of the world parents encourage the marriage of their daughters while they are still children în the hopes that this will benefit them both financially and socially. în actuality, child marriage is a violation of human rights, compromising the development of girls and often resulting în early pregnancy and social isolations, with little education and poor vocational training reinforcing the gendered nature of poverty.

The right to "free and full" consent to marriage is recognized în the Universal Declaration of Human Rights – with the recognition that consent can not be "free and full" when one of the parties involved is not sufficiently mature to make an informed decision about the life partner. The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women mentions the right to protect from child marriage...Child

---

[1] Art 1 (c) of the Supplementary Convention on the Abolition of Slavery.

[2] BBC (Ed.). (n.d.). Introduction: Forced Marriage. Retrieved December 16, 2012, from http://www.bbc.co.uk/ethics/forcedmarriage/introduction_1.shtml.

[3] Forced marriage judgment at the Special Court for Sierra Leone - Forced marriage judgement at the Special Court for Sierra Leone.

[4] Early and Forced Marriage- Facts, Figures and What You Can Do. (n.d.). Retrieved December 7, 2012, from Plan website: http://www.plan-uk.org/ early-and-forced-marriage/.

[5] în 2005, New York Times published an online show with interviews of young women whose families received monetary consideration upon their daughters entry into arranged (but forced on the bride's perspective) marriages; these girls were married at the age of 10 , respectively 13 years, with men aged 66, respectively 58.

[6] K. Cullen-DuPont, *Human trafficking,* Infobase Publishing, New York, 2009, p. 34.

marriage was also identified by the Pan- African Forum against the Sexual Exploitation of Children as a type of commercial sexual exploitation of children."[1]

C. Child soldiers

Under international law, the participation of children under 18 în armed conflict is generally prohibited, and the recruitment and use of children under 15 is a war crime. Yet worldwide, hundreds of thousands of children are recruited into government armed forces, paramilitaries, civil militia and a variety of other armed groups. Often they are abducted at school, on the streets or at home. Others enlist "voluntarily", usually because they see few alternatives. Such children are robbed of their childhood and exposed to terrible dangers and to psychological and physical suffering. They are placed în combat situations, used as spies, messengers, porters, servants or to lay or clear landmines. Girls în particular are at risk of rape and sexual abuse.[2]

According to UN's Protocol, the military recruitment and use of children under 18 – with our without their consent – constitutes a modern-day slavery form.[3]

A child soldier has been defined by the international legal instruments as a person under the age of 18 who directly or indirectly participates în an armed conflict as part of an armed force or group. While some children wield assault rifles or rocket propelled grenades on the front lines, other are used în combat support roles as messengers, spies, cooks, mine clearers, porters and sexual slaves. These children are often brutally inducted into combat în a manner designed to desensitize them on violence; they are also drugged as part of the desensitization process. To ensure that all home ties are severed, child soldiers are also sometimes forced to maim and/or kill their own family and community members. Regardless of the recruitment and induction process, a child soldier's experiences are horrific. As many reports show, girls are usually forced to play multiple roles în the conflict: sex slaves, mother and combatant at the same time.[4]

Moreover, **în** its definition of war crimes, the Rome statute includes "conscripting or enlisting children under the age of fifteen years into national armed forces or using them to participate actively în hostilities" (Article 8(2)(b)(xxvi)) în international armed conflict; and în the case of an internal armed conflict, "conscripting or enlisting children under the age of fifteen years into armed forces or groups or using them to participate actively în hostilities" (Article 8(2)(e)(vii)).[5]

The number of children who have been coerced or induced to take up arms as child soldiers is generally estimated în the range of 300,000. At the present moment, over 50 countries recruit children into their armed forces. Most of the children under 15 are to be found în non-governmental military organizations, while children over 15 have been mostly recruited into governmental armed forces.[6]

---

[1] UNICEF Report, *Early Marriage: A Harmful Tradition* Practice, available at http://www.unicef.org/publications/files/Early_Marriage_12.lo.pdf.

[2] Amnesty International Report on Child Soldiers, available at amnestyusa.org

[3] UN Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking în Persons, Especially Women and Children, supplementing the Convention against Transnational Organized Crime (2000), p. 2.

[4] US Department of State, Report on Human Trafficking, 2005, available at http://www.state.gov/j/tip/.

[5] The Rome Statute, available at www.icc-cpi.org.

[6] Statistics of the UN Secretary-General, 2011, available at www.un.org/cyberschoolbus/soldiers.pdf.

Modern-day Slavery: a National, Transnational or International Crime?

A 'supranational criminology' perspective on the issue of modern slavery needs to recognize that while all modern-day slavery forms represent human rights violations, not all human rights violations (–with reference to the relevant one for the subject în discussion-) rise to the significance of modern slavery because of different legal, social and de *facto* circumstances. Thus, not all crimes presenting some characteristics of the modern slavery forms are international crimes, as we will argue below, some of them remain 'ordinary' crimes în a national setting.

Typically, 'international crime' refers to acts such as the violations of international public law. This body of law includes charters, treaties, resolutions and customary laws, inclusive of those crimes defined by the statues of international criminal tribunals. More specifically, at this point în time, three types of violations of criminal international law are actually applied: crimes against humanity, war crimes and the crime of genocide; with the crime of aggression still not yet defined by the general assembly.

Transnational crimes are "legalistically 'ordinary' crimes that can be prosecuted locally. These criminal violations do not qualify for prosecution by international criminal tribunals and include: smuggling, trafficking în human beings, arms trafficking, drug trafficking and money laundering".[1] Therefore, one might conclude that these criminal violations can be catered to by conventional criminology and do not need to be of any concern to an international criminology. While this may be true, it is also the case that these crimes are increasingly influenced by and involved with the transnational global relations of these gross human rights violations. în any event, "at least one exception în terms of priorities should be given to the transnational crime of trafficking în human beings".[2]

Trafficking în human beings, the main route of enslaving the victims of modern slavery phenomenon, differs from other transnational crimes, even that of people smuggling. The smuggled people receive an illegal entry into a country for a fee, but usually left free to go as they wish after arriving. The trafficked people are subjected to an equivalent of modern say slavery.[3] Trafficking în human beings is a criminal commercial trade of persons who are subjected to involuntary acts such as begging, sexual exploitation, (e.g., prostitution and forced marriage), or forced labor (e.g., involuntary servitude or working în a sweatshop).

Justice requires the use of law. Yet the law possesses insufficient tools to address this kind of crime, since the number of victims is continuously increasing. While new legal instruments and forms of transnational cooperation have been developed în order to address organized crime, we are still grappling with efficiently addressing the widespread crime of human trafficking and the perpetuation of contemporary slavery.

As evident în the current status of international humanitarian law and international human rights law, the international law and practice is increasingly taking the human factor into account, as a pressing collective and individual concern. Theo van Boven pertinently notes that the human being is moving în international law from anonymity to

---

[1] G. Barak, *Towards and Integrative Study of International Crimes and State-Corporate Criminality, în* A. Smeulers & R. Haveman (eds.), Intersentia Publishing, 2008, p. 58.

[2] Ibidem., p. 59.

[3] Ibidem., p. 62.

identity, from invisibility to visibility, from object to subject, as a person invested with rights and responsibilities.[1]

Theoretically and even more practically, the global realities of state and capitalist development, at this historical juncture, require a new field of inquiry dedicated to the study of the responsibility for the establishment of such crimes like the horrific slavery. Not studying this în the framework of international criminal "is not only the equivalent of not having our own separate and scientific agenda or problematic, but symptommatically speaking, it also potentially represents another offshoot of the criminological enterprise that becomes subservient to sundry state apparatuses, subordinate to neoliberal policy research agendas of state-capitalist control and regulation, and servants of the bureaucratic customs of administrative criminology and actuarial justice."[2]

Not to study the phenomenon of modern slavery and the responsibility for this egregious system of exploitation în relationship with the emerging system of international criminal justice, "would be the same as conventional criminology not examining the emergence and development of the administration of domestic criminal law în relation to both street and suite crime". [3]

Conclusions

The issue of slavery în the modern-day world needs a much rigorous legal approach, as until recently, this area has not been well-developed nor studies în depth. The sociomoral and legal debate on the subject gets too often no further than repetition of the well-documented problem of inconsistent data collection and absence of reliable statistical data and a call for "more research and working together". But în the context of the continuously increasing number of "slaves" în the modern-day world, the insufficiency of the current approach is obvious.

It seems that George Santayana's famous affirmation – *those who cannot learn from history are doomed to repeat it* – finds its perfect place în the context. Not only that the phenomenon of slavery is happening again, but its recrudescence represents a step backward for the entire humanity. Understanding it better and the scale it reached it is the for enabling us to focus our attention and realize that the forms of modern slavery equate with gross violations of human rights and that the international community has to react and mobilize resources în order to eliminate it, as it reached the scale and the status of an international crime.

Bibliography

1. Allain J., *Slavery în International Law: Of Human Exploitation and Trafficking,* Martinus Nijhoff, Leiden, 2012;

2. Barak. G, *Towards and Integrative Study of International Crimes and State-Corporate Criminality, în* A. Smeulers & R. Haveman (eds.), Intersentia Publishing, 2008;

3. Cullen-DuPont K., *Human trafficking,* Infobase Publishing, New York, 2009;

---

[1] T. van Boven în A. Smeulers and R. Haveman, *Supranational Criminology*, Intersentia Publishing, 2008, preface.

[2] G. Barak*, op. cit.*, p. 53.

[3] D. O. Friedrichs, *Towards a Criminology of International Crimes, în* A. Smeulers & R. Haveman (eds.), Intersentia Publishing, 2008, p. 33.

4. Friedrichs D.O., *Towards a Criminology of International Crimes, în* A. Smeulers & R. Haveman (eds.), Intersentia Publishing, 2008;

5. Pfefferle L., *Modern Slavery – A Human Tragedy*, Grin Verlag, 2012;

6. Amnesty International Report on Child Soldiers, available at amnestyusa.org;

7. Anti-Slavery International Reports, available at http://www.antislavery.org/slavery_reports.aspx;

8. European Union Commission published its 2013 Report on Human Trafficking, http://www.dw.de/eu-issues-report-on-human-trafficking/a-16745031;

9. International Labor Organization, Report on Forced Labor, 2012 - www.ilo.org

10. UNICEF Report, *Early Marriage: A Harmful Tradition* Practice, available at http://www.unicef.org/publications/files/Early_Marriage_12.lo.pdf;

Problema cutumei ca izvor de drept internațional spațial

Maria-Laura ***VODĂ****

Abstract: *Era de détente[1] a dreptului spaţial a permis intrarea cu o viteză uluitoare în ordinea juridică internaţională a unui număr de cinci tratate, care alcatuiesc azi corpus juris spatialis[2]. Tratatul Spatial din 1967 a reprezentat fundamentul de convergenţă al codificării de drept spaţial, însă premisele încheierii sale – anume oprirea cursei înarmărilor în spaţiul extraatmosferic, subsecventă lansării Sputnik 1, dincolo de solitudinea perfecta a Cortinei de Fier- au facut ca abordarea unor tematici de importanţă majoră pentru spaţiul extraatmosferic comercializat de azi să fie limitată sau chiar inexistentă în tratatele internaţionale în vigoare. Se pune astfel problema dacă aceste tematici pot fi completate cu norme cutumiare de drept internaţional spaţial şi în ce masură conduita statelor cu privire la dezvoltarea şi lansarea de aplicaţii spaţiale este uniformă şi are gradul de generalitate cerut pentru crearea unui drept emergent de consacrare cutumiară.*

Cuvinte cheie: *Cutuma, spaţiu, caracter obligatoriu, opinio juris, drept internaţional spaţial.*

Introducere

Prevăzută în art. 38 din Statutul Curţii Internaţonale de Justiţie (CIJ) ca izvor principal de drept internaţional, cutuma reprezintă o practică generală, relativ îndelungată, repetată şi uniformă, considerată de state ca exprimând o regulă de conduită cu forţă juridică obligatorie în relaţiile dintre ele[3]. Definind un principiu general ori o linie a practicilor interstatale considerate corecte şi permisibile într-o sferă dată, cutuma acţionează ca:

---

* Doctorand în drept internaţional public / drept internaţional spaţial, cercetător ştiinţific asociat la Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu" al Academiei Române.

[1] Termen de origine franceză care denotă perioada care a făcut posibilă adoptarea instrumentelor din *corpus juris spatialis*, 1967-1979, o perioadă de relativă stabilitate în relaţiile internaţionale.

[2] Aceste tratate sunt: Tratatul asupra principiilor care guvernează activitatea statelor în explorarea şi utilizarea spaţiului extraatmosferic, inclusiv a Lunii şi a celorlalte corpuri cereşti (Tratatul Spaţial), din 1967; Acordul cu privire la salvarea astronauţilor, reîntoarcerea astronauţilor şi restituirea obiectelor lansate în spaţiul extraatmosferic din 1968, Convenţia privind răspunderea internaţională pentru daune cauzate de obiectele lansate în spaţiul extraatmosferic din 1972, Convenţia cu privire la înmatricularea obiectelor lansate în spaţiul extraatmosferic din 1975, Acordul cu privire la activităţile statelor pe Lună şi pe celelalte corpuri cereşti, din 1979. România este parte la Tratatul Spaţial, Acordul cu privire la salvarea astronauţilor, reîntoarcerea astronauţilor şi restituirea obiectelor lansate în spaţiul extraatmosferic şi Convenţia privind răspunderea internaţională pentru daune cauzate de obiectele lansate în spaţiul extraatmosferic. Este, de asemenea, semnatară (fără ratificare însă) a Acordului din 1979 cu privire la Lună şi la celelalte corupuri cereşti.

[3] D. Popescu, *Drept internaţional public pentru învăţământul la distanţă şi frecvenţă redusă*, Ed. Universităţii Titu Maiorescu, Bucureşti, 2005, p. 29 şi urm., A. Năstase, B. Aurescu, C. Jura, *Drept internaţional public, Sinteze pentru examen*, Ediţia 4, Ed. C.H.Beck, Bucureşti, 2006, p. 41 şi urm.

-sursă de drepturi şi obligaţii pentru cazurile în care practica statelor nu a permis sau nu a ajuns la stadiul codificării prin tratat (ca de exemplu în cazul delimitării şi al definirii spaţiului extraatmosferic);

-sursă de drepturi şi obligaţii între state care nu sunt parte la un anumit tratat sau între state care sunt părţi şi state care nu sunt părţi la acelaşi tratat[1] (ca de exemplu între statele parte la Tratatul Spaţial şi statele care nu au ratificat instrumentul, cu condiţia ca acestea din urmă să fi acceptat şi aplicat ca atare conţinutul normei din tratat)[2].

Cele cinci tratate din *corpus juris spatialis* alcătuiesc prima facie a statutului spaţiului extraatmosferic şi a corpurilor cereşti şi baza supranaţională la care se raportează fiecare element al comercializării spaţiului, al experimentelor ştiinţifice, al globalizării ori al intereselor strategice, indiferent de completitudinea sau imperfecţiunea cu care sunt redactate. Probleme ca exploatarea de resurse extraterestre, delimitarea spaţiului extraatmosferic de spaţiul aerian, principiile teledetecţiei sau teleobservării, pasajul obiectelor spaţiale prin spaţiul aerian al unor state sunt câteva probleme pentru care tratatele menţionate, încheiate fără anticiparea dezvoltărilor tehnologice din prezent, nu oferă răspunsuri normative, ci doar o bază, incompletă sau prea generală, de raportare. De aici, relaţiile inter-stat cu privire la problemele în cauză s-au devoltat fie prin intermediul unor rezoluţii adoptate în Adunarea Generală ONU, fie prin tratate adoptate în cadrul altor organizaţii internaţionale interguvernamentale (ca de exemplu Uniunea Internaţională de Telecomunicaţii), dar şi printr-o serie de aranjamente contractuale, elemente de *soft law* (cum sunt memorandumurile de înţelegere) sau chiar prin legislaţii naţionale.

Cuantumul impresionant de elemente cu caracter juridic în domeniul la care ne referim a fost comparat metaforic cu un recipient, căruia i s-a pus o etichetă cu numele „drept al spaţiului extraatmosferic" şi care conţine diferite tipuri de norme şi reguli ce nu denotă noţional o formă coerentă şi singulară de drept[3]. Nici ştiinţele naturale, nici tehnologia şi nici dreptul, chiar în epoca sa postmodernă, nu se pot aplica activităţilor umane dincolo de sistemul solar pentru simplul motiv că limita superioară a acestuia este practic necunoscută, iar dezbaterea asupra caracterului finit sau infinit al universului continuă încă[4]. Pe de altă parte, controversele cu privire la limita inferioară a spaţiului extraatmosferic sunt şi ele ubicue şi prezente, iar singurul aspect căruia i se pot atribui coordonate exacte (şi finite) este imersiunea umană în acest cadru suspens. De aceea, forţa juridică, stabilitatea, consistenţa şi predictibilitatea normelor juridice, precum consecinţele încălcărilor acestora, fac această ramură de drept diferită de toate celelalte[5].

---

[1] D. Popescu, *op. cit.*, (2005), p. 32, V.S. Vereshchetin, G.M. Danilenko, *Custom as a Source of International Law of Outer Space*; Journal of Space Law, Vol. 13, 1985, p. 24 şi urm.

[2] În termenii art. 38 din Convenţia de la Viena cu privire la dreptul tratatelor, niciuna din dispoziţiile articolelor 34 - 37 nu se opune ca o regulă enunţată într-un tratat să devină obligatorie pentru un stat terţ ca regulă cutumiară de drept internaţional *recunoscută ca atare*.

[3] F. Lyall, P. B. Larsen, *Space Law, A Treatise*, Ashgate Publishing Company, Farnham (UK) and Burlington (USA), 2009, p. 2.

[4] V. S. Vereshchetin, *The Law of Outer Space în the General Legal Field, Commonalities and Particularities*, 52nd Colloquium on the Law of Outer Space, Daejeon, South Korea, October 2009, în Proceedings of the International Institute of Space Law (2009), Publicat de American Institute for Aeronautics and Astronautics, 2010, p. 1, http://www.sbda.org.br/revista/1826.pdf [accesat la 27.01.2013].

[5] *Idem.*

Cu toate atributele riscante ale scopurilor astro-politice de atins, libertatea penetrării umane a acestor spaţii nu este absolută, ci partajată în cadrul comunităţii internaţionale. Astfel, cutuma ca izvor de drept internaţional ar putea califica şi rezolva normativ resurgenţa elementelor de *soft law* asupra celor de *hard law* în domeniul de referinţă, aspect pe care lucrarea de faţă caută să îl analizeze în perspectiva posibilităţii creării – cel puţin la nivel teoretic – a unui cadru nou de norme de drept internaţional, cu caracter obligatoriu.

Implicaţii şi reflecţii cu privire la aplicabilitatea cutumei în dreptul internaţional spaţial

După cum CIJ statua în 1986 în diferendul *Nicaragua v. SUA*[1], acţiunile statelor nu trebuie să fie conforme în mod absolut riguros, ci mai degrabă consistente cu o anumită practică, pentru ca aceasta din urmă să poată fi considerată cutumă. Cu privire la activităţile spaţiale, una din cele mai des menţionate practici- considerată oximoronic ca drept cumtumiar instantaneu- este tranzitul sau pasajul obiectelor spaţiale prin spaţiul aerian al unuia sau al mai multor state, în timpul lansării lor. Deşi este o activitate cu suficientă consistenţă, se impun câteva precizări cu privire la uniformitatea şi generalitatea sa. Debutul erei spaţiale, precum şi prezentul comercializat al acesteia, au fost şi sunt afectate unui număr foarte limitat de state şi organizaţii internaţionale care au facilităţi de lansare[2]. Chiar şi aşa, statele fără astfel de capabilităţi au acceptat tacit tranzitul în speţă şi chiar au apaludat avansurile tehnologice care au permis astfel de dezvoltări[3]. În unele opinii doctrinare[4], marea majoritate a statelor lumii nu a fost pe deplin conştientă de potenţialului juridic al acestor evenimente, care au dezvoltat aproape clandestin un regim juridic nou, cutumiar. În ceea ce ne priveşte, nu putem fi de acord cu această opinie deoarece, *ipso facto*, cutuma are două elemente constitutive care pentru cazul de faţă nu sunt cumulativ întrunite:

- un element obiectiv, care se referă la aria de răspândire, aplicarea uniformă şi constantă, timpul necesar formării unei norme de drept cutumiar şi repetitivitatea respectivei conduite;

---

[1] Cazul privind Activităţile Militare şi Paramilitare în şi împotriva Republicii Nicaragua (*Nicaragua v. Statele Unite ale Americii*); ICJ Reports 14, 98 din 1986, în D. A. Koplow, *ASAT-isfaction: Customary International Law and the Regulation of Anti-Satellite Weapons,* Georgetown Public Law and Legal Theory Research Paper No. 09-09, The Scholarly Commons, University of Georgetown, SUA, 2009, p. 1224, http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/453 [accesat la 10.02.2013].

[2] În lume există doar câteva state cu capabilităţi de lansare: SUA, URSS (Rusia), Franţa, Japonia, Coreea de Sud, Coreea de Nord, Iran, China, Regatul Unit, India, Ucraina, Israel. Agenţia Spaţială Europeană administrează facilităţile de lansare de la baza din Kourou, Guiana (vehiculul de lansare al ESA fiind Ariane 5). Organizaţii private cu facilităţi de lansare sunt: Orbital Sciences Corporation, Space X (ambele înregistrate în SUA).

[3] D. A. Koplow, *op. cit.*, p. 1222-1223.

[4] B. Cheng, *United Nations Resolutions on Outer Space: "Instant" International Customary Law?,* 5 IND. J. INT'L L. 23, 36 (1965) şi Joanne Irene Gabrynowicz, *The Outer Space Treaty and Enhancing Space Security, în* Building the Architecture for Sustainable Security, 2006, p. 113, 118-19, ambele lucrări citate în D. A. Koplow, *op. cit.*, p. 1222; V. S. Vereshchetin, G. M. Danilenko, *op. cit.,* p. 36.

- un element subiectiv, în baza căruia o conduită trebuie însoţită de convingerea că aceasta reprezintă o obligaţie juridică (*opinio juris sive necessitatis*)[1].

Pentru tranzitul obiectelor spaţiale prin spaţiul aerian al altor state, faptul că nicio obiecţie nu a fost ridicată până în prezent nu face din aceasta o normă de drept cutumiar deoarece foarte puţine state s-au confruntat în mod real cu astfel de situaţii şi, pe cale de consecinţă, nu există o *opinio juris* cu privire la drepturile de tranzit menţionate[2]. Mai mult, deoarece cadrul faptic în sine este restrâns, nu se poate întruni elementul constitutiv al practicii generale şi uniforme, deoarece practica în sine are aplicabilitate dispersată cel puţin din punct de vedere teritorial şi politic. Chiar dacă un astfel de drept ar fi universal acceptat, exerciţiul său ar fi întotdeauna supus unor garanţii de siguranţă şi securitate[3], ceea ce, într-adevăr, ar putea da naştere unor norme de drept cutumiar în absenţa unei codificări convenţionale.

Alt caz de interes pentru dreptul cutumiar este problema definiţiei şi a delimitării spaţiului extraatmosferic de cel aerian. Relevanţa problemei constă în aceea că, în absenţa unei delimitări clare a spaţiului extraatmosferic de spaţiul aerian în textele de drept pozitiv şi în alte izvoare primare de drept internaţional, există state care au adoptat prin legi interne diverse abordări, definiţii şi metode cu privire la această problemă[4].

---

[1] D. Popescu, *op. cit.*, (2005), p. 32, A. Năstase, B. Aurescu, C. Jura, *op. cit.*, p. 41. Cutuma implică recunoaşterea de către state a unei anumite conduite ca fiind obligatorie. Mai mult, conduita respectivă este fie cerută, fie este în ton cu normele de drept internaţional care au aplicabilitate la subiectul în cauză. A se vedea I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 7th edition, Oxford University Press, UK, 2008, p. 6 şi urm.; I. Brownlie, *The Rule of Law în International Affairs-International Law at the 50th Anniversary of the United Nations*, Hague Academy of International Law, Kluwer Law International, The Netherlands, 1998, p. 20-21.

[2] I. H. Ph. Diedriks-Verschoor, V. Kopal, *An Introduction to Space Law,* Third Revised Edition, Kluwer Law International BV, The Netherlands, 2008, p. 12.

[3] H. A. Wassenbergh, *Principles of Outer Space Law în Hindsight*, citat în I. H. Ph. Diedriks-Verschoor, V. Kopal, *op. cit.*, p. 12.

[4] În prezent există un număr de 21 de state care au adoptat legislaţie naţională în domeniu: Argentina, Australia, Austria, Belgia, Brazilia, Canada, Chile, China, Franţa, Germania, Japonia, Olanda, Norvegia, Coreea de Sud, Federaţia Rusă, Africa de Sud, Spania, Suedia, Ucraina, Marea Britanie, SUA. A se vedea *National Space Law Database*, http://www.oosa.unvienna.org/oosa/en/SpaceLaw/national/state-index.html, [accesat la 20.02.2013]. Abordările statelor sunt eterogene cu privire la delimitare şi la formularea unui criteriu pentru realizarea acesteia. În prezent există un singur stat care a stabilit în cifre reale delimitarea spaţiului cosmic faţă de cel aerian: Australia, care în Space Activities Act din 21 decembrie 1998 stabileşte limita de 100 km deasupra nivelului mării (art. 8), deşi în chestionarul adresat de UNCOPUOS a menţionat *expressis verbis* că acest criteriu nu este o încercare de definire/delimitare a spaţiului extraatmosferic. A se vedea Pedrazzi, M., *Are there indications for upper and lower limits for air space and outer space în air law, space law and national legislation?*, 50th Session of the UNCOPUOS Legal Subcommittee, IISL/ECSL Space Law Symposium, 2011, http://www.oosa.unvienna.org/pdf/pres/lsc2011/symp03.pdf, p. 19. Regulamentul Consiliului UE 428/2009, un caz mai nou, prevede în Anexa I că „space-qualified" se referă la produse [...] destinate pentru a fi folosite în lansarea şi plasarea sateliţilor sau pentru zboruri de înaltă altitudine, de peste 100 km. Deşi regulamentele Consiliului au caracter legislativ, obligatoriu, cu efect direct şi imediat în sistemele de drept ale statelor membre, considerăm pentru cazul de faţă că scopul reglementării nu este acela de a stabili limita inferioară a spaţiului cosmic, ci de a califica domeniul de aplicare al său la obiectele unor raporturi juridice comerciale. Cu toate acestea, indicaţia poate fi luată în calcul ca element cert al unei tendinţe care se poate generaliza, aşa cum am subliniat. Regulamentul Consiliului (EC) No 428/2009 din 5 mai 2009 cu privire la regimul comunitar pentru controlul exporturilor, transferul, intermedierea şi tranzitul produselor cu dublă întrebuinţare , JOCE 134/2009, http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:134:0001:0269:en:PDF, [accesat la 27.02.2013]. A se vedea şi J. I. Gabrynowicz, *Legal Implications for Delimitation of Airspace and*

Legislaţia naţională ar putea oferi o serie de indicii despre cum statele înţeleg să aplice criteriile delimitării şi reprezintă dovada faptului că la nivel internaţional există o tendinţă în clarificarea problemei; mai mult, este important de stabilit dacă principiile luate în calcul de aceste legi naţionale sunt convergente şi consistente între state astfel încât să contribuie la formarea unei *opinio juris*[1]. Iar într-un caz ideal, consacrarea convenţională posterioară a acestora ar avea doar caracter declarativ asupra unor norme emergente de drept cutumiar, aşa cum statua CIJ în 1969 în problema Delimitării Platoului Continental în Marea Nordului[2]. Cert este faptul că lipsa unei definiţii ori delimitări normative a făcut ca statele să dezvolte o anumită practică pe cont propriu, care poate fi considerată *per se* ca *opinio juris*[3] în formarea unui drept cutumiar viitor; empiric şi cu titlu de exmplu, aceasta s-ar putea traduce ca „statele au obligaţia de a-şi delimita prin legi interne spaţiul extraatmosferic de cel aerian, în concordanţă cu principiile dreptului internaţional".

Teledetecţia prin satelit este un alt exemplu unde, în lipsa unei consacrări principiale prin instrumente de *hard law*, se pune problema emergenţei dreptului cutumiar. Spre exemplu, Rezoluţia A.G. ONU 41/65 din 1986 (Principiile privind teledetecţia prin satelit)[4] recomandă în Principiul XII ca statele supuse teledetecţiei să aibă acces în mod nediscriminatoriu şi cu costuri rezonabile la datele obţinute prin teledetecţie. În faţa lipsei de forţă juridică obligatorie a rezoluţiei şi în baza dezvoltărilor ulterioare în activităţile statelor, se poate considera că dreptul de acces la aceste date are consacrare cutumiară. Însă sensul acesteia în ordinea juridică internaţională devine superfluu în faţa practicii unor state care, din raţiuni de securitate naţională, limitează prin legi interne accesul la datele astfel obţinute. SUA şi Canada[5] au elaborat astfel de legi, în baza cărora datele obţinute prin teledetecţie sunt puse la dispoziţia altor state (chiar şi a statelor al căror teritoriu a fost supus teledetecţiei) numai în cazul în care nu contravin

---

Outer Space, 50th Session of the UNCOPUOS Legal Subcommittee, IISL/ECSL Space Law Symposium, 2011, p. 9, .http://www.unoosa.org/pdf/pres/lsc2011/symp04.pdf, [accesat la 27.02.2013].

[1] F. G. von der Dunk, *The Delimitation of Outer Space Revisited- The Role of National Space Laws în the Delimitation Issue*, Space and Telecommunications Law Program- Faculty Publications, Paper 51, University of Nebraska- Lincoln, 1998, p. 255, http://digitalcommons.unl.edu/spacelaw/51, [accesat la 12.02.2013].

[2] ICJ Reports 1969. Curtea a statuat că primele 3 articole ale Convenţiei asupra platoului continental din 1958 au efect declarativ de drept internaţional cutumiar. A se vedea I. Brownlie, *op. cit.,* (1998), p. 19 şi 21.

[3] *Ibidem, p. 256.* CIJ considera în 1996 în Avizul Consultativ cu privire la Legalitatea Ameninţării sau Folosirea Armelor Nucleare în Conflictele Amrmate că, deşi acestea nu fuseseră angajate în luptă din 1945, nu se poate identifica o normă de drept cutumiar în interzicerea folosirii lor deoarece lipseşte elementul subiectiv - *opinio juris* (date fiind mai ales cunoscutele politici ale intimidării folosite în relaţiile internaţionale, conform cărora statele dezvoltă sau lasă să se întrevadă că dezvoltă anumite tipuri de armamente şi strategii, procedee denumite generic drept theory of deterrence). A se vedea D. A. Koplow, *op. cit.*, p. 1228 şi urm.

[4] Pentru textul complet: http://www.oosa.unvienna.org/oosa/fr/SpaceLaw/gares/html/gares_41_0065.html, [accesat la 12.02.2013].

[5] National Oceanic and Atmospheric Administration (NOAA) of the US Department of Commerce, Interim Final Regulations relating to the Licensing of Private Land Remote-Sensing Space Systems, 2000; Act Governing the Operation of Remote Sensing Space Systems, Canadian Parliament, 2005; în R. Jakhu, *United Nations Principles on Outer Space*, Presentation made at the United Nations/Nigeria Workshop on Space Law -"Meeting international responsibilities and addressing domestic needs" 21-24 noiembrie 2005, Abuja, Nigeria, p. 7, http://www.oosa.unvienna.org/pdf/sap/2005/nigeria/presentations/01-03_2.pdf, [accesat la 12.02.2013].

securităţii naţionale şi intereselor de politică externă ale celor două state menţionate[1]. Considerăm că, din motivele mai sus expuse, aceste dezvoltări reprezintă acte unilaterale ale SUA şi Canada emise cu încălcarea unei obligaţii de drept internaţional. Mai mult, după cum CIJ statua în diferendul *Nicaragua v. SUA*, astfel de practici statale trebuie considerate ca încălcări ale unei reguli şi nu ca indicaţii pentru recunoaşterea unor noi reguli[2]. Însăşi Curtea Supremă de Justiţie a SUA nota în speţa *Paquete Habana*, cu mult înainte ca astfel de legi să fie adoptate, că „dreptul internaţional este parte a dreptului intern şi că, în lipsa unui tratat, [...] trebuie să se recurgă la cutumele şi uzanţele naţiunilor civilizate"[3].

Un alt exemplu cu privire la teledetecţie naşte noi întrebări: vehiculele spaţiale fără echipaj uman (Unmanned Aerial Vehicles– UAV), cunoscute generic sub denumirea de „*drones"*, pot obţine imagini asupra Pământului de la altitudini mai mari decât o aeronavă şi mai mici decât un satelit. La momentul când UAV vor fi folosite la scară largă, principiile consacrate cu privire la teledetecţia prin satelit vor fi eventual aplicate, *mutatis mutandis,* şi imageriei obţinute prin UAV[4], cu menţinea că în acest ultim caz legislaţiile prohibitive pot avea raze de acţiune şi mai însemnate- deoarece UAV nu sunt obiecte spaţiale şi operează în general în spaţii supuse suveranităţii statale, statele nefiind în încălcarea unei obligaţii cutumiare (deocamdată).

Dincolo de acestea, sunt o serie de aspecte sensibile ale activităţilor spaţiale care trebuie recunoscute chiar şi în afara recurgerii la instrumntele de drept pozitiv sau la calificările unor categorii de practici statale drept cutume. Protecţia mediului spaţiului extraatmosferic şi al corpurilor cereşti, unele aspecte care ţin de utilizarea acestora pentru scopuri paşnice, aspecte de demilitarizare, de teste nucleare etc. trebuie să fie respectate nu din simplu motiv că sunt sau nu stabilite prin tratate, ci ca şi „principii general recunoscute" şi din „considerente elementare de umanitate", aşa cum declara CIJ în diferendul privind Strâmtoarea Corfu în 1949[5]. În acest context, un model de urmat pentru dreptul cutumiar spaţial ar putea fi cel al *Listei regulilor de drept internaţional umanitar cutumiar*, aşa cum a fost aceasta adoptată de către Comitetul

---

[1] *Idem.*

[2] V. S. Vereshchetin, *op. cit.*, p. 7 şi urm.

[3] *The Paquete Habana*, 175 U.S. 677, 700 (1900). În speţă este vorba de legalitatea capturării unor vase de pescuit spaniole, reţinute de trofee după Războiul Hispano-American din 1898. Curtea a statuat că 500 de ani de practici internaţionale anterioare evenimentului sunt suficienţi pentru a determina care sunt regulile aplicabile cu privire la capturarea unui vas. Prin urmare, capturarea vaselor în modalitatea de mai sus a fost declarată ca ilegală. Jurisprudenţa americană în acest sens a fost confirmată şi în celebrul caz *Filartiga v. Pena-Irala* din 1980 (bazat pe prevederile Alien Tort Claims Act), când Curtea a admis că interzicerea torturii, stabilită deja în principiu dacă nu şi în practică, rămâne o normă de drept internaţional care trebuie respectată ca atare. A se vedea D. A. Koplow, *op. cit.*, p. 1227-1228.

[4] J. I. Gabrynowicz, *Legal Framework: Environmental Law Applications,* lucrare prezentată cu ocazia conferinţei „A View from Space: Digital Earth Applications în Environmental Law and Resource Management", The Washington College of Law at the American University în Washington, DC, 2001, http://earthpace.com/resources/conference/joannebill.htm, [accesat la 12.02.2013]. Autoarea menţionează pentru susţinerea ipotezei cazul *Dhow Chemicals v. SUA* din 1986, când Curtea Supremă a SUA a analizat atât teledetecţia prin satelit, cât şi imageria prin UAV, reţinând legalitatea utilizării supravegherii aeriene în speţa dată.

[5] Corfu Channel Case, *MAREA BRITANIE v. Albania*, ICJ Reports 4, 1949, http://www.icj-cij.org/docket/files/1/1645.pdf, [accesat la 12.02.2013].

Internaţional al Crucii Roşii (ICRC) în 2005[1]. Lista cuprinde practici şi declaraţii ale statelor şi ale organelor acestora, practici ale organizaţiilor internaţionale, negocieri şi adoptări de rezoluţii în organizaţiile internaţionale şi practici ale grupurilor armate; în ceea ce priveşte elementul subiectiv al cutumelor, ICRC a luat în calcul practicile puse în aplicare de către state cu convingerea unui exerciţiu juridic, aşa cum sunt practicile care stabilesc existenţa unei prohibiţii şi cele care stabilesc existenţa unei reguli care permite o anume conduită[2]. Cu toate că elementul esenţial al cutumei constă în practici şi mai puţin în declaraţii ale statelor- fapt confirmat şi de CIJ în diferendul Pescăriilor Anglo-Norvegiene[3]- considerăm că în emolumentul dreptului spaţial, foarte multe state sunt private în dezvolta practici în domeniu, din cauza inegalităţilor tehnologice. De aceea, ne raliem criteriilor de delimitare propuse de ICRC în ceea ce priveşte luarea în calcul şi a declaraţiilor statelor şi ale organelor acestora, evident cu îndeplinirea cumulativă condiţiilor mai sus enunţate.

În final, dat fiind că cele mai numeroase documente adoptate azi cu privire la statutul spaţiului extraatmosferic sunt rezoluţii ale Adunării Generale ONU, relevanţa lor pentru stablirea unei cutume constă în aceea că pot declara existenţa unei norme de drept pozitiv (*lex lata*), pot cristaliza norme emergente de drept (*in statu nascendi*) sau pot fi un punct focal pentru dezvoltarea ulterioară a unor norme de drept cutumiar (*de lege ferenda*)[4].

În acest caz, statutul de drept internaţional cutumiar poate fi acordat prevederilor Rezoluţiei 1721 ori ale Declaraţiei de Principii din 1963[5], adoptate fără rezerve sau opoziţii şi cu intenţia de a crea reguli fundamentale de drept spaţial. Dată fiind

---

[1] Pentru textul complet al documentului: http://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/customary-law-rules-291008.htm, [accesat la 12.02.2013].

[2] T. C. Brisibe, *Customary International Law, Arms Control and the Environment în Outer Space*, Chinese Journal of International Law, Published by Oxford University Press, 2009, p. 383, http://chinesejil.oxfordjournals.org/content/8/2/375.full.pdf, [accesat la 12.02.2013].

[3] Fisheries Case – Cazul Pescăriilor Anglo-Norvegiene (*Marea Britanie v. Norvegia*), ICJ Reports 8, 1951. Pagina web a CIJ: http://www.icj-cij.org/docket/files/5/11019.pdf?PHPSESSID=fe8692d664a02d5cc0521b630ba2af6b, [accesat la 13.02.2013]. A se vedea şi F. Lyall, P. B. Larsen, *op. cit.*, p. 80.

[4] B. Sloan, *General Assembly Resolutions Revisited*, British Year Book of International Law (1987), 68–69, citat în T. C. Brisibe, *op. cit.*, p. 384. Referitor la propunerile *de lege ferenda*, un exemplu important îl constituie Rezoluţia Adunării Generale ONU A/59/115, din 25 ianuarie 2005 („Aplicarea conceptului de *stat de lansare*"). Prin aceasta s-a propus să fie recunoscute drept obligatorii de către state, pe baze de reciprocitate, deciziile şi interpretările în materie ale Comisiei de Soluţionare a Cererilor (Claims Commission). Cu toate că practicile subsecvente au fost eterogene, se poate stabili că această rezoluţie este de natură a da naştere unor practici care poate să constituie drept internaţional cutumiar. Pentru textul complet: http://www.oosa.unvienna.org/pdf/gares/ARES_59_115E.pdf, [accesat la 12.02.2013].

[5] Rezoluţia A.G. ONU 1721 (XVI) din 20 decembrie 1961- „Cooperarea internaţională pentru utilizarea paşnică a spaţiului extraatmosferic" şi Rezoluţia nr. 1962 (XVIII) din 13 decembrie 1963- „Declaraţia privind principiile juridice care guvernează activitatea statelor în explorarea şi utilizarea spaţiului extraatmosferic" sunt primele rezoluţii adoptate de UNCOPUOS cu privire la problematica explorării umane ale spaţiului extraatmosferic. Acestea conţin o serie de principii fundaţionale şi de o permanentă valoare etică a dreptului internaţional spaţial. Potrivit acestora, activitatea statelor trebuie supusă unor principii şi norme juridice de drept internaţional şi libertăţii de utilizare în scopuri paşnice, cu participarea tuturor statelor pe bază de egalitate în drepturi şi în interesul întregii omeniri. A se vedea D. Popescu, A. Năstase, *Drept internaţional public*, Ediţie revăzută şi adăugită, Casa de editură şi presă „Şansa" SRL, Bucureşti, 1997, p. 183; D. Popescu, F. Maxim, *Drept internaţional public*, Vol. II, Curs Universitar, Ed. Lumina Lex, Bucureşti, 2012, p. 13.

materializarea acestora prin adoptarea Tratatului Spaţial, principiile conţinute în rezoluţiile enunţate pot fi considerate chiar ca norme peremptorii de drept internaţional public sau norme de *jus cogens*, care nu permit derogări şi a căror modificare poate interveni numai prin intermediul unor norme de drept internaţional de aceeaşi valoare juridică[1]. Două exemple recente cu privire la natura cutumiară a principiilor fundamentale dreptului spaţial, anume Acordul Revizuit al Organizaţiei Internaţionale pentru Sateliţi de Telecomunicaţii (ITSO)[2] şi noua Convenţie a Organizaţiei Intrnaţionale pentru Sateliţi Mobili (IMSO)[3], denotă faptul că practica statelor a evoluat în acord cu aceste principii, elementul subiectiv al cutumei fiind pe deplin realizat atâta timp cât statele recunosc cu precizie că respectarea acestor principii este modalitatea în care trebuie să acţioneze[4].

Concluzii

Rolul cutumei în definirea statutului spaţiului extraatmosferic şi al corpurilor cereşti constă în catalizarea formării unor norme de drept internaţional emergent, a cărui recunoaştere în practica statelor are o vădită importanţă, mai ales în ipoteza multiplicării numărului de actori implicaţi în activităţile spaţiale comerciale. Dreptul spaţial pozitiv de tip clasic, multilateral, este un sector lipsit de potenţiale amendări normative datorită precarităţii consensului politic general şi mai mult, este în prezent fragmentat, completat noţional cu elemente sectoriale ale unor alte instrumente juridice, după cum am menţionat. În faţa acestei fragmentări, care implică subsecvent aplicări amorfe şi uneori parţiale ale normelor juridice, dreptul cutumiar are un potenţial real de generalizare şi uniformizare a practicilor interstatale. Tot dreptul cutumiar a demonstrat că formarea şi recunoaşterea de norme juridice de drept spaţial nu este neapărat condiţionată de factorul timp[5], în special pentru că atunci când intenţiile sunt clare, forma materializării lor încetează să mai fie un element esenţial[6] pentru crearea unei norme juridice obligatorii.

---

[1] V. Kopal, Comentarii în *Disseminating and Developing International and National Space Law: The Latin American Perspective*, UN/Brazil Workshop on Space Law, UN Publication, ISBN 92-1-00978-2, New York, 2005, p. 18 şi urm., http://www.oosa.unvienna.org/pdf/publications/st_space_28E.pdf, [accesat la 12.02.2013].

[2] Revizuirea Acordului INTELSAT a avut loc în 2000 şi a dat naştere unei noi organizaţii, ITSO, prin privatizarea INTELSAT. Practic, activităţile operative ale INTELSAT au fost transferate unui grup de companii private, Intelsat Ltd. Acordul de Revizuire menţionează Rezoluţia 1962 (Declaraţia de Principii) încă din Preambul.

[3] Amendarea Convenţiei INMARSAT a avut loc în 1999 şi a dat naştere, ca şi în cazul de mai sus, unei noi organizaţii, IMSO, după privatizarea INMARSAT. Atât INTELSAT (Organizaţia Internaţională pentru Sateliţi de Telecomunicaţii), cât şi INMARSAT (Organizaţia Internaţională pentru Sateliţi Maritimi) au fost, anterior privatizării lor, organizaţii internaţionale interguvernamentale. Procedeul privatizării este neobişnuit în dreptul internaţional, dar exemplul ilustrează importanţa cutumei în formarea de principii, aplicate apoi chiar unor activităţi private / privatizate de drept spaţial.

[4] F. Lyall, P. B. Larsen, *op. cit.*, p. 79.

[5] Dacă, spre exemplu, în cazul *Paquete Habana*, Curtea Supremă a SUA făcea referire la cei 500 de ani de practici statale care au dat naştere unor norme juridice, principiile fundamentale ale dreptului spaţial s-au format într-o perioadă foarte scurtă de timp şi s-au materializat chiar în texte de drept pozitiv, în decurs de numai un deceniu.

[6] Lachs, M., *The Law of Outer Space: An Experience în Contemporary Law-Making,* Edited by Tanja Masson-Zwaan şi Stephan Hobe, volum reeditat cu prilejul celei dea 50-a aniversări a Institutului Internaţional de Drept Spaţial, Martinus Nijhoff, Olanda, 2010, Ediţia Martinus Nijhoff Online– publicat ianuarie 2013, p. 18 şi urm. http://nijhoffonline.nl/book?id=nij9789004186675_nij9789004186675_i-180 [accesat la 27.01.2013].

Bibliografie

1. **Brisibe**, **T. C.,** *Customary International Law, Arms Control and the Environment în Outer Space*, Chinese Journal of International Law, Published by Oxford University Press, 2009, http://chinesejil.oxfordjournals.org/content/ 8/2/375.full.pdf, [accesat la 12.02.2013].

2. **Brownlie, I.,** *Principles of Public International Law*, 7th edition, Oxford University Press, UK, 2008;

3. **Brownlie, I.,** *The Rule of Law în International Affairs- International Law at the 50th Anniversary of the United Nations*, Hague Academy of International Law, Kluwer Law International, The Netherlands, 1998;

4. **Cheng**, **B.,** *United Nations Resolutions on Outer Space: 'Instant' International Customary Law?* Indian Journal of International Law, vol. 23, 1965, republicat în **B. Cheng *(edited by),** *International Law, Teachings and Practice*, Stevens, Londra, 1982;

5. **Diedriks-Verschoor, I. H. Ph., Kopal, V.,** *An Introduction to Space Law,* Third Revised Edition, Kluwer Law International BV, The Netherlands, 2008;

6. **Dunk**, **F. G. von der,** *The Delimitation of Outer Space Revisited- The Role of National Space Laws în the Delimitation Issue*, Space and Telecommunications Law Program- Faculty Publications, Paper 51, University of Nebraska- Lincoln, 1998, http://digitalcommons.unl.edu/spacelaw/51, [accesat la 12.02.2013].

7. **Gabrynowicz**, **J. I.,** *Legal Framework: Environmental Law Applications,* lucrare prezentată cu ocazia conferinţei „A View from Space: Digital Earth Applications în Environmental Law and Resource Management", The Washington College of Law at the American University în Washington, DC, 2001;

8. **Gabrynowicz, J. I.,** *Legal Implications for Delimitation of Airspace and Outer Space***,** 50th Session of the UNCOPUOS Legal Subcommittee, IISL/ECSL Space Law Symposium, 2011,.http://www.unoosa.org/pdf/pres/lsc2011/symp04.pdf, [accesat la 27.02.2013].

9. **Jakhu**, **R.,** *United Nations Principles on Outer Space*, Presentation made at the United Nations/Nigeria Workshop on Space Law -"Meeting international responsibilities and addressing domestic needs" 21-24 noiembrie 2005, Abuja, Nigeria, http://www.oosa.unvienna.org/pdf/sap/2005/nigeria/presentations/01-03_2.pdf, [accesat la 12.02.2013].

10. **Kopal, V.**, Comentarii în *Disseminating and Developing International and National Space Law: The Latin American Perspective*, UN/Brazil Workshop on Space Law, UN Publication, ISBN 92-1-00978-2, New York, 2005, http://www.oosa.unvienna.org/ pdf/publications/st_space_28E.pdf, [accesat la 12.02.2013].

11. **Koplow**, **D. A.,** *ASAT-isfaction: Customary International Law and the Regulation of Anti-Satellite Weapons,* Georgetown Public Law and Legal Theory Research Paper No. 09-09, The Scholarly Commons, University of Georgetown, SUA, 2009, http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/453 [accesat la 10.02.2013];

12. **Lachs**, **M.,** *The Law of Outer Space: An Experience în Contemporary Law-Making,* Edited by Tanja Masson-Zwaan şi Stephan Hobe, volum reeditat cu prilejul celei dea 50-a aniversări a Institutului Internaţional de Drept Spaţial, Martinus Nijhoff, Olanda, 2010, Ediţia Martinus Nijhoff Online – publicat ianuarie 2013 http://nijhoffonline.nl/book?id=nij9789004186675_nij9789004186675_i-180 [accesat la 27.01.2013].

13. **Lyall, F., Larsen, P. B.,** *Space Law, A Treatise*, Ashgate Publishing Company, Farnham (UK) and Burlington (USA), 2009;

14. **Năstase, A., Aurescu, B., Jura**, **C.,** *Drept internaţional public, Sinteze pentru examen*, Ediţia 4, Ed. C.H.Beck, Bucureşti, 2006;

15. **Pedrazzi**, **M.,** *Are there indications for upper and lower limits for air space and outer space în air law, space law and national legislation?*, 50th Session of the UNCOPUOS Legal Subcommittee, IISL/ECSL Space Law Symposium, 2011, http://www.oosa.unvienna.org/pdf/pres/lsc2011/symp03.pdf, [accesat la 27.01.2013];

16. **Popescu**, **D.,** *Drept internaţional public pentru învăţământul la distanţă şi frecvenţă redusă*, Editura Universităţii Titu Maiorescu, Bucureşti, 2005;

17. **Popescu, D., Năstase**, **A.,** *Drept internaţional public*, Ediţie revăzută şi adăugită, Casa de editură şi presă „Şansa" SRL, Bucureşti, 1997;

18. **Popescu, D., Maxim**, **F.,** *Drept internaţional public*, Vol. II, Curs Universitar, Ed. Lumina Lex, Bucureşti, 2012;

19. **Vereshchetin, V. S., Danilenko, G. M.**, *Custom as a Source of International Law of Outer Space*; Journal of Space Law, Vol. 13, 1985;

20. **Vereshchetin**, **V. S.,** *The Law of Outer Space în the General Legal Field, Commonalities and Particularities*, 52nd Colloquium on the Law of Outer Space, Daejeon, South Korea, October 2009, în Proceedings of the International Institute of Space Law (2009), Publicat de American Institute for Aeronautics and Astronautics, 2010, http://www.sbda.org.br/revista/1826.pdf, [accesat la 27.01.2013].

Adrese web:

1. www.icj-cij.org – Curtea Internaţională de Justiţie
2. www.unoosa.org – Biroul ONU pentru Probleme ale Spaţiului Extraatmosferic
3. http://www.icrc.org/ - Comitetul Internaţional al Crucii Roşii
4. eur-lex.europa.eu – Portalul juridic al UE (Acces la dreptul UE).
5. http://www.sbda.org.br/ - Asociaţiei Braziliene de Drept Spaţial
6. http://digitalcommons.unl.edu/ - bibliotecă juridică online a Universităţii Nebraska-Lincoln
7. http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/ - bibliotecă juridică online a Universităţii Georgetown
8. http://lawdigitalcommons.bc.edu - bibliotecă juridică online a Universităţii din Boston
9. http://chinesejil.oxfordjournals.org/ - Editura Universităţii Oxford, Jurnalul Chinez de Drept Internaţional
10. http://earthpace.com/ - Pagina web a conferinţei „A View from Space: Digital Earth Applications în Environmental Law and Resource Management", The Washington College of Law at the American University în Washington, DC, 2001.
11. http://nijhoffonline.nl/ - Editura Martinus Nijhoff online

Sursele bibliografice online au fost verificate până la data de 16/04/2013.

Criterii de stabilire a competenței materiale de soluționare a instanței în cauzele care au ca obiect accesarea şi utilizarea finanțării nerambursabile din partea Uniunii Europene

Silviu Alexandru ***LĂZĂRESCU SIMION***[*]

Abstract: *Odată cu intrarea în vigoare a Legii 76/2012, prevederile Legii 554/2004 au fost completate cu o nouă dispoziţie normativă ce vizează stabilirea competenţei de soluţionare în fond a cererilor privind acte administrative emise de autorităţi publice centrale care au ca obiect sume reprezentând finanţarea nerambursabilă din partea Uniunii Europene, indiferent de valoarea acestora, în atributul exclusiv al secţiilor de contencios administrativ şi fiscal ale Curţilor de Apel*

Cuvinte cheie: *competenţă, mandatar, administrativ, finanţare, bugetar*

Până la momentul modificărilor aduse prin Legea 76/2012, raportat la cauzele care au ca obiect finanţare nerambursabilă din partea Uniunii Europene, Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie în calitate de regulator de competenţă a reţinut unitar[1] în interpretarea şi aplicarea normelor de competenţă, cuprinse la art. 10 alin. (1) din Legea 554/2004, că "aceste dispoziţii instituie două criterii de determinare a competenţei materiale a instanţei de fond, după cum urmează:

- criteriul poziţionării în cadrul sistemului administraţiei publice (rangul autorităţii centrale sau locale) a autorităţii publice emitente a actului atacat;
- criteriul valoric, stabilit pe baza cuantumului impozitului, taxei, contribuţiei sau datoriei vamale care face obiectul actului administrativ contestat."

În acest sens Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie în situaţia unui litigiu[2] având ca obiect anularea unor acte administrativ fiscale care vizează o creanţă bugetară rezultată din nereguli asimilată creanţelor fiscale în sensul prevederilor Codului de Procedură fiscală, conform alin. 10 alin. (1) din Legea nr. 554/2004, a statuat competenţa materială a instanţei de contencios administrativ în funcţie de criteriul valoric.

Soluţia este discutabilă, având în vedere prevederile art. 18 alin. (4), lit. e) din Legea 554/2004 cu modificările şi completările ulterioare, conform cărora prin acţiuni în contencios administrativ care au ca obiect contracte administrative, se înţeleg şi acţiunile în justiţie care pun în discuţie modul în care părţile şi-au executat sau, după caz, nu şi-au executat obligaţiile izvorâte din asemenea contracte administrative, iar actele juridice care au stabilit creanţa bugetară instituie corecţii financiare fără caracter fiscal,

---

[*] Doctorand Universitatea Titu Maiorescu, Facultatea de Drept Bucureşti.

[1] Decizia Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţiei Secţia de Contencios Administrativ şi Fiscal nr. 4290/2011; 3988/2010; nr. 2654/2010.

[2] Decizia Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţiei Secţia de Contencios Administrativ şi Fiscal nr. 1288/08.03.2012 pronunţată în Dosarul nr. 2026/54/2011.

a căror natură juridică este imperativ definită de către Regulamentul (CE, Euratom) nr. 2988/95[3] al Consiliului aplicabil cu prioritate faţă de normele de drept naţional.

Jurisprudenţa care a stabilit competenţa materială în funcţie de criteriul valoric, în contencios administrativ, s-a constituit în cauze care au avut ca obiect acte administrative principale, de sine stătătoare care nu au presupus, în mod necesar, existenţa vreunui contract administrativ, acte emise în exercitarea atribuţiilor de gestionare şi control a finanţărilor nerambursabile din fonduri alocate României în perioada de preaderare. Spre deosebire de regimul juridic al fondurile alocate României în perioada de preaderare, la momentul actual sunt aplicabile dispoziţiile specifice ale *Regulamentului (CE) nr. 1080/2006* al Parlamentului European şi al Consiliului din 5 iulie 2006 privind Fondul European de Dezvoltare Regională[1]*; Regulamentul (CE) nr. 1081/2006 al Parlamentului European şi al Consiliului privind Fondul Social European*[2]*; Regulamentul (CE) nr.* 1084/2006 *al Parlamentului European şi al Consiliului din 11 iulie 2006 de creare a Fondului de coeziune*[3]*, ca lex specialis având ca drept comun Regulamentul (CE) nr. 1083/2006 al Consiliului* de stabilire a anumitor dispoziţii generale privind Fondul European de Dezvoltare Regională, Fondul Social European şi Fondul de coeziune şi de abrogare a Regulamentului (CE) nr. 1260/1999[4] *cu normele sale de aplicare stabilite prin Regulamentul (CE) nr. 1828/2006*[5] *al Comisiei.*

Mai mult decât atât, având în vedere că raporturile juridice generate de accesarea şi utilizarea finanţării nerambursabile din partea Uniunii Europene izvorăsc, în principal, din contractul administrativ încheiat de către organismele intermediare pentru autorităţile publice centrale desemnate cu rol de autoritate de management, în temeiul unui mandat administrativ sau de către autorităţile de management în nume propriu, ne aflăm în situaţia unor raporturi juridice contractuale, competenţa de soluţionare în fond revin secţiilor de contencios administrativ şi fiscal ale curţilor de apel în conformitate cu prevederile art. 10 alin.(1) din Legea 554/2004 cu modificările şi completările ulterioare

---

[3] Regulamentul (CE, Euratom) nr. 2988/95 din 18 decembrie 1995 privind protecţia intereselor financiare ale Comunităţilor Europene, publicat în Ediţia Specială a Jurnalului Oficial cu numărul 0 din data de 1 ianuarie 2007.

[1] *Regulamentului (CE) nr. 1080/2006* al Parlamentului European şi al Consiliului din 5 iulie 2006 privind Fondul European de Dezvoltare Regională, publicat în Ediţia Specială a Jurnalului Oficial cu numărul 0 din data de 1 ianuarie 2007.

[2] *Regulamentul (CE) nr. 1081/2006 al Parlamentului European şi al Consiliului privind Fondul Social European*, publicat în Ediţia Specială a Jurnalului Oficial cu numărul 0 din data de 1 ianuarie 2007.

[3] *Regulamentul (CE) nr.* 1084/2006 *al Parlamentului European şi al Consiliului din 11 iulie 2006 de creare a Fondului de coeziune*, publicat în Ediţia Specială a Jurnalului Oficial cu numărul 0 din data de 1 ianuarie 2007.

[4] *Regulamentul (CE) nr. 1083/2006 al Consiliului* de stabilire a anumitor dispoziţii generale privind Fondul European de Dezvoltare Regională, Fondul Social European şi Fondul de coeziune şi de abrogare a Regulamentului (CE) nr. 1260/1999 Publicat în Ediţia Specială a Jurnalului Oficial cu numărul 0 din data de 1 ianuarie 2007.

[5] Regulamentul (CE) nr. 1828/2006 din 8 decembrie 2006 de stabilire a normelor de punere în aplicare a Regulamentului (CE) nr. 1083/2006 al Consiliului de stabilire a anumitor dispoziţii generale privind Fondul European de Dezvoltare Regională, Fondul Social European şi Fondul de coeziune şi a Regulamentului (CE) nr. 1080/2006 al Parlamentului European şi al Consiliului privind Fondul European de Dezvoltare Regională, publicat în Ediţia Specială a Jurnalului Oficial cu numărul 0 din data de 1 ianuarie 2007.

coroborat cu prevederile art. 96 alin.1(1) din Codul de procedură civilă[6], cu modificările şi completările ulterioare.

O dată cu intrarea în vigoare a Legii 76/2012[7], prevederile Legii 554/2004 au fost completate cu o nouă dispoziţie normativă ce vizează stabilirea competenţei de în fond a cererilor privind acte administrative emise de autorităţi publice centrale care au ca obiect sume reprezentând finanţarea nerambursabilă din partea Uniunii Europene, indiferent de valoarea acestora, în atributul exclusiv al secţiilor de contencios administrativ şi fiscal ale Curţilor de Apel.

Astfel, conform art. 10 alin.1[1] din Legea 554/2004[8], cu modificările şi completările ulterioare, "toate cererile privind actele administrative emise de autorităţile publice centrale care au ca obiect sume reprezentând finanţarea nerambursabilă din partea Uniunii Europene, indiferent de valoare, se soluţionează în fond de secţiile de contencios administrativ şi fiscal ale Curţilor de Apel."

Pornind de la această nouă modificare legislativă, îmi propun prin acest studiu să subliniez impactul acestei noi reglementări juridice privită atât din perspectiva aplicării legislaţiei Uniunii Europene cât şi a legislaţiei naţionale.

Astfel, sub aspectul sferei de aplicare a prevederilor art. 10 alin.1[1] din Legea 554/2004 raportat la actele administrative întocmite de către autorităţi publice centrale apreciez că se întrevede:

- imposibilitatea aplicării acestei dispoziţii legale atât în situaţia promovării unor acţiuni ce vizează deciziile de: acordare/respingere a acordării finanţării; de aprobare a finanţării în urma soluţionării contestaţiei; de revocare a deciziei de acordare a finanţării; de reziliere a contractului de finanţare; de introducere a cererii de finanţare pe lista de rezerve în urma soluţionării contestaţiei cât şi în contextul promovării unor acţiuni judecătoreşti neevaluabile în bani, care au ca obiect obligaţia de a face în executarea contractului de finanţare nerambursabilă

- posibilitatea aplicării acestei dispoziţii legale în cauzele care au ca obiect: deciziile de soluţionare a contestaţiilor împotriva titlurilor de creanţă (procesul-verbal de constatare a neregulilor şi de stabilire a creanţei bugetare; nota de constatare a neregulilor şi de stabilire a corecţiilor financiare şi procesul-verbal de stabilire a creanţelor bugetare rezultate din aplicarea dobânzii datorate, de la data la care creanţă bugetară este scadentă prin expirarea termenului de plată prevăzut în procesul-verbal); contestaţiile împotriva actelor administrative prin care se stabileşte eligibilitatea cheltuielilor avansate spre rambursare; acţiunile judecătoreşti care au ca obiect obligaţia de a face în executarea contractului de finanţare ca vizează sume reprezentând finanţarea nerambursabilă din partea Uniunii Europene.

Sub aspectul aplicării criteriului poziţionării în cadrul sistemului administraţiei publice (rangul autorităţii centrale sau locale) a autorităţii publice emitente a actului atacat, apreciez că noul articol 10 alin. 1[1] din Legea 554/2004, va crea o reală problemă de stabilire a limitelor aplicării acestuia în situaţia entităţilor juridice regionale care nu intră în categoria autorităţilor locale.

În acest sens, conform art. 42 alin. 1 din Regulamentul (CE) 1083/2006 de stabilire a anumitor dispoziţii generale privind Fondul European de Dezvoltare Regională, Fondul Social European şi Fondul de coeziune şi de abrogare a Regulamentului (CE) nr. 1260/1999, statul membru sau autoritatea de gestionare poate să încredinţeze gestio-

[6] Codul de procedură civilă, publicat în Monitorul Oficial numărul 545 din data de 3 august 2012.
[7] Legea 76/2012 publicată în Monitorul Oficial numărul 365 din data de 30 mai 2012.
[8] Legea 554/2004 publicată în Monitorul Oficial numărul 1154 din data de 7 decembrie 2004.

narea şi punerea în aplicare parţială a unui program operaţional unuia sau mai multor organisme intermediare[1], desemnate de statul membru sau de autoritatea de gestionare, inclusiv de autorităţile locale, organismele de dezvoltare regională sau organizaţiile neguvernamentale, în conformitate cu modalităţile prevăzute în convenţia încheiată între statul membru sau autoritatea de gestionare şi organismul respectiv.

Delegarea respectivă nu aduce atingere responsabilităţii financiare a autorităţii de gestionare şi a statelor membre.

Conform art. 18 din Hotărârea de Guvern nr. 457/2008[2] privind cadrul instituţional de coordonare şi de gestionare a instrumentelor structurale, cu modificările şi completările ulterioare, act normativ naţional adoptat în temeiul Regulamentul (CE) nr. 1083/2006 „În cadrul instituţiilor desemnate ……., se organizează la nivel de direcţie generală/direcţie, după caz, câte o structură distinctă care îndeplineşte funcţia de autoritate de management."

Totodată art. 31 din Hotărârea de Guvern nr. 457/2008 privind cadrul instituţional de coordonare şi de gestionare a instrumentelor structurale prevede că: "organismele intermediare au atribuţii delegate de la autoritatea de management pentru implementarea programului operaţional aflat în gestiune."; "delegarea de atribuţii către un organism intermediar/secretariat tehnic comun şi reglementarea mecanismelor de coordonare şi control ale acestuia de către autoritatea care deleagă se realizează pe bază de acord", iar "autorităţile de management rămân responsabile pentru îndeplinirea corespunzătoare a atribuţiilor delegate"

Din analizarea dispoziţiilor normative mai sus enunţate, se remarcă faptul că statul membru sau autoritatea de gestionare poate desemna gestionarea inclusiv unei autorităţi locale, organism de dezvoltarea regională sau organizaţie neguvernamentală, fapt ce subliniază că Uniunea Europeană a calificat statutul juridic al organismului intermediar ca fiind diferit de cel al unei autorităţilor publice locale, astfel cum acestea sunt prevăzute în cadrul capitolului V din Constituţia României revizuită.

Ca dimensiune extinsă a delegării comunitare, încredinţarea gestionării şi punerii în aplicare parţială a unui program operaţional de către statul membru sau autoritatea de gestionare către un organism intermediar se efectuează conform mecanismul "gestiunii partajate" care dă eficacitate principiului subsidiarităţii. Acest principiu îşi găseşte aplicabilitatea în exercitarea de către statele membre a unor atribuţii, funcţii de gestiune şi competenţele necesare gestionării fondurilor nerambursabile prin delegare parţială din partea Uniunii Europene.

Totodată la nivel naţional, se constată că la momentul elaborării cadrului instituţional de coordonare şi de gestionare a instrumentelor structurale pentru exerciţiul financiar 2007-2013, nu s-a apreciat că este oportună delegarea totală a atribuţiilor şi competenţelor ce vizează gestionarea fondurilor comunitare de la autorităţile de management către autorităţi locale, dispunându-se în acest sens doar o delegare parţială fie către un organism intermediar, fie către o organizaţie neguvernamentală (Agenţia de

---

[1] Conform art. 2. alin.6 din Regulamentul (CE) nr. 1083/2006 "organismul intermediar" reprezintă orice organism sau serviciu public sau privat care acţionează sub supravegherea unei autorităţi de gestionare sau de certificare şi care îndeplineşte atribuţii pentru acestea faţă de beneficiarii care aplică operaţiunile.

[2] Hotărârea de Guvern nr. 457/2008 privind cadrul instituţional de coordonare şi de gestionare a instrumentelor structurale, publicat în Monitorul Oficial numărul 364 din data de 13 mai 2008.

Dezvoltare Regională) care are cu statut de utilitate publică conform art. 8 din Legea 315/2004[1] privind dezvoltarea regională în România.

În acest context, actele juridice de delegare încheiate între ministerul de resort cu rol de autoritate de management, în calitate de mandant şi entitatea juridică aflate în subordinea, coordonarea sau în afara unei subordonări sau coordonări ierarhice, în calitate de mandatar, reprezintă în fapt o modalitatea de exercitare a competenţelor şi atribuţiilor conferite României prin dispoziţiile Uniunii Europene şi exercitarea acestora prin delegare temporară asimilabilă mandatului administrativ.

Nu în ultimul rând demn de subliniat este faptul că asupra actelor administrative emise în exercitarea competenţelor şi atribuţiilor de către organismele intermediare regionale se poate exercita suprapus un controlul judecătoresc teritorial exercitat de către:

- Curtea de Apel Timişoara şi Alba Iulia pentru Regiunea de dezvoltare Vest care grupează judeţele: Arad, Caraş Severin, Hunedoara şi Timiş;
- Curtea de Apel Craiova şi Pitesti pentru Regiunea de dezvoltare Sud - Vest Oltenia care grupează judeţele: Dolj, Gorj, Mehedinţi, Olt şi Vâlcea;
- Curtea de Apel Bacău, Suceava şi Iaşi pentru Regiunea de dezvoltare Nord - Est care grupează judeţele: Bacău, Botoşani, Iaşi, Neamţ, Suceava şi Vaslui;
- Curtea de Apel Galaţi, Constanţa şi Ploieşti pentru Regiunea de dezvoltare Sud - Est care grupează judeţele: Brăila, Buzău, Constanţa, Galaţi, Vrancea şi Tulcea;
- Curtea de Apel Piteşti, Ploieşti, Bucureşti pentru Regiunea de dezvoltare Sud - Muntenia care grupează judeţele: Argeş, Călăraşi, Dâmboviţa, Ialomiţa, Prahova şi Teleorman;
- Curtea de Apel Alba Iulia, Târgu Mureş şi Braşov pentru Regiunea de dezvoltare Centru care grupează judeţele: Alba, Braşov, Covasna, Harghita, Mureş şi Sibiu;
- Curtea de Apel Cluj Napoca şi Oradea pentru Regiunea de dezvoltare Nord - Vest care grupează judeţele: Bihor, Bistriţa-Năsăud, Cluj, Sălaj, Satu Mare şi Maramureş;
- Curtea de Apel Bucureşti pentru Regiunea de dezvoltare Bucureşti Ilfov care grupează municipiul Bucureşti şi judeţul Ilfov

În acest sens remarc faptul că atât Curtea de Apel Piteşti; Curtea de Apel Alba Iulia; Curtea de Apel Ploieşti şi Curtea de Apel Bucureşti pot fi deopotrivă competente să soluţioneze cauzele ce vizează proiectelor implementate în Regiunea de dezvoltare Sud - Vest Oltenia, Regiunea de dezvoltare Vest, Regiunea Sud - Est şi Regiunea de dezvoltare Sud Muntenia.

Concluzionând, apreciez că în contextul actualei dezbaterii publice naţionale privind regionalizarea se impune adoptarea unor norme speciale în materia accesării şi utilizării fondurilor nerambursabile provenite de la Uniunea Europeană ce trebuie să vizeze într-o primă etapă modificarea şi completarea prevederilor art. 10 alin.1[1] din Legea 554/2004, în sensul stabilirii competenţei secţiei de contencios administrativ şi fiscal a Curţii de Apel de la sediul autorităţii publice centrale sau a organismului intermediare delegat, de a soluţiona în fond cererile indiferent de valoare, privind actele administrative emise de aceste entităţi juridice care au ca obiect finanţarea nerambursabilă din partea Uniunii Europene şi într-o etapă ulterioară, după revizuirea Constituţiei, analizarea oportunităţii înfiinţării unor Curţi de Apel regionale.

---

[1] Legea 315/2004 privind dezvoltarea regională în România, publicată în Monitorul Oficial numărul 577 din data de 29 iunie 2004.

Referinţe:

1. Regulamentului (CE) nr. 1080/2006 al Parlamentului European şi al Consiliului din 5 iulie 2006 privind Fondul European de Dezvoltare Regională;
2. Regulamentul (CE) nr. 1081/2006 al Parlamentului European şi al Consiliului privind Fondul Social European;
3. Regulamentul (CE) nr. 1084/2006 al Parlamentului European şi al Consiliului din 11 iulie 2006 de creare a Fondului de coeziune;
4. Regulamentul (CE) nr. 1083/2006 al Consiliului de stabilire a anumitor dispoziţii generale privind Instrumentele Structurale, cu normele sale de aplicare stabilite prin Regulamentul (CE) nr. 1828/2006 al Comisiei;
5. Regulamentul (CE, Euratom) nr. 2988/95 din 18 decembrie 1995 privind protecţia intereselor financiare ale Comunităţilor Europene;
6. Constituţia României revizuită;
7. Legea 554/2004, cu modificările şi completările ulterioare;
8. Legea 315/2004;
9. Codul de Procedură Civilă;
10. Legea 76/2012;
11. Hotărârea de Guvern nr. 457/2008 cu modificările şi completările ulterioare;

Turkey to Sort out the Israeli-Palestinian Quarrel? Turkey is making a point: they are fit and willing to mediate in the Middle East Peace Process

Ariadna Anamaria ***PETRI****

Abstract în English:

President Obama's recent visit to Israel, the Palestinian Territories and Jordan attempted to jump-start the stalled peace negotiations and made a very bold point by first resolving the dispute between Turkey and Israel. Since the collapse of the Ottoman Empire, Turkey maintained a good relationship with both Israel and the Palestinians and is a strong candidate for the role of mediator în their protracted conflict. Some qualities that support its bid include a good economic, commercial and military relationship with Israel; historic, cultural and religious ties with the Palestinians, a supportive Sunni majority, a strong alliance with the US and NATO membership and willingness to act as a mediator to reinforce its position as a regional power.

Abstract în Română:

Vizita recentă a preşedintelui american Barack Obama în Israel, Teritoriile Palestiniene şi Iordania a încercat să repornească negocierile de pace şi a adoptat o poziţie grăitoare, rezolvând mai întâi disputa dintre Turcia şi Israel. Încă de la căderea Imperiului Otoman, Turcia a menţinut o relaţie bună cu Israel şi Palestinieni, şi este un puternic candidat pentru rolul de mediator în prelungitul conflict. Câteva dintre calităţile care susţin Turcia pentru această poziţie sunt o bună relaţie economică, militară şi comercială cu Israelul, legături istorice, culturale şi religioase cu Palestinienii, o puternică majoritate sunită, alianţa cu SUA şi statutul de membru OTAN, dar mai ales dorinţa de a juca rolul de mediator pentru a-şi întări poziţia de putere regională.

Key Words: Israel, Palestine, Turkey, mediation, the Peace Process

Background of relations în the 20th century

After the disintegration of the Ottoman Empire at the end of the First World War, the Republic of Turkey underwent a very fast and profound process of reform of the state, including establishing governing principles of secularism and representative democracy, along with comprehensive legal, economic and land reforms, language, literacy and even family names or clothing. The Turkish society, în decay for centuries and finally defeated with the Allied Invasion of Istanbul în 1920, was now again, under Mustafa Kemal Atatürk, on a path of progress and affirmation, first at home and then în the international arena.

In this context, the emerging Turkish Republic prioritized strategic interest and economic development over nostalgia or paternalistic affiliation for the population and

* Complutense University, Madrid, Spain, anpetri@ucm.es.

problems of Palestine as an ex-colony. This policy of disengagement, before and after the take-over by the British Empire în the form of their Mandate for Palestine (1919-1947) was just the natural position of a defeated empire, trying to redesign itself as a regional power. All its subsequent actions în the Middle Eastern platform, and especially with regards to Israel and the Palestinians have to be understood în this context.

The reciprocal positioning of modern Turkey and the State of Israel since its declaration of Independence on the 10th May 1947 have some important thresholds for the subsequent relation between both of them and the Palestinians, as well as for the Palestinian – Israeli conflict. For the *statu nascendi* which Palestine is claimed to be, it is important when regional powers or the late and the new colonial powers talk, în what terms and what they talk about. And it matters for the whole world, because the Israeli-Palestinian struggle for land and peace is no longer a local or regional conflict. Since the Palestinian problem was put on the Global Agenda în 1988 with the *Declaration of Independence of Palestine*[1] and increasingly with the First and Second *Intifads* or the deaths of Yasser Arafat[2] and other leaders – notably Ahmad Jabari[3] - the Middle East conflict is a compulsory statement în Western elections for candidates to positions of heads of state and scores important points, as was patent în the last US elections.

The current changes în the relationship between Turkey and Israel have to be understood în the context of the cyclical frost and thaw they have experienced since the establishment of the State of Israel în 1948. Turkey was the first Muslim majority country to recognize Israel and since then relations improved – broadly speaking – until the end of the Cold War. în the early 1990s the disappearance of the USSR from the bipolar structure of power and the re-ordering across regional axes offered both Turkey and Israel the opportunity to affirm themselves and leave aside occasional antipathies for strategic and economic gains. Cagri Erhan and Omer Kurkcuoglu (2010: 868-871) outline five principal reasons for the thaw în relations, ranging from ideological and diplomatic to military and economic:

- The desire to affirm and increase their regional power în the prospect of a new regional order with the Peace Process în the Middle East seemingly advancing.
- The Turkish effort to attract the support of the Jewish lobby, primarily în the US, but also în several European countries, for a range of issues such as the continuous Turkish occupation of northern Cyprus or the standing towards the alleged Armenian Genocide.
- Natural alliance between two democracies who both had tensions with Syria, Iran and Iraq (Turkey because of the Kurdish issue, Israel for geo-strategic reasons).
- In its assiduous drive to modernization and westernization, Turkey felt closer ties with Israel, embarked on a similar accelerated development project, than other

---

[1] Avnery, U., (07/07/2012) „Poisoning Arafat" from Uri Avneri's Column http://zope.gush-shalom.org/home/en/channels/avnery/1341587176 retreived 2/12/2012 and The Speech of Yasser Arafat at the United Nations General Assembly, Geneva, 13th December 1988 available at http://mondediplo.com/focus/mideast/arafat88-en retreived 2.12.2012.

[2] Ibid. 1 Avnery notess:"[B]eyond personal considerations, Arafat was the man who was able to make peace with Israel, willing to do so, and – more important - to get his people, including the Islamists, to accept it. This would have put an end to thfrom e settlement enterprise. That's why he was poisoned."

[3] Israel's targetted killing of 14/11/2012 gave rise to a 12 days war between Israel and Hamas, killing 5 Israelis and 148 Palestinians, http://www.haaretz.com/opinion/why-did-israel-kill-jabari.premium-1.482224 retreived 28/11/2012.

autocracies or dictatorships în the Middle East, which opened numerous formal and non-formal cooperation paths.

- Both were attracted to contributing to the US-led New World Order în the Middle East în order to ensure for themselves the best positions possible. This drive was fueled, în the case of Israel, by the historical special relationship, and for Turkey through the increasingly pro-active approach of the US for reaching this goal (through soft and hard-power measures, classical and public diplomacy as well as military intervention). As a member of NATO from 1952, but also following an extended collaboration with the US, it was only natural for Turkey to approach Israel, itself an aspiring member of NATO, but already having the most significant military, technological and economic cooperation with the USA.

Highlights of the Turkish-Israeli relation

Historically, the relationship between the two regional powers has been tighter în secrecy than it was shown to the media and the public. The first *Intifada (1987-1993)* triggered the condemnation of the Turkish Grand National Assembly towards "the violent actions of the Israelis against the Palestinians living în the occupied territories and the inhuman violation of Palestinians' human rights"[1]. Furthermore, Turkish foreign minister Mümtaz Soysal announced în 1994 that what Israel calls terrorism is în fact Palestinians "trying to defend their rights"[2]. Another incident which rose eye brows and upset Tel Aviv was the 1994 visit of Prime Minister Tansu Çiller to the Palestinian leadership, without Israel's authorization.

Notwithstanding these minor incidents, most of them în response to Israeli misconduct vis-à-vis Turkey, the decade of the 1990s saw a flourishing of political and economic cooperation. The 2000s, however, started badly, with an April 2000 decision of the Israeli government to introduce information în textbooks about the Armenian Genocide – denied by the Republic of Turkey. în response, no member of the Turkish cabinet attended the Israeli National Day Reception în Ankara on the 10th May 2000. Another severe blow was dealt by the Gaza Freedom Flotilla incident on the 31st May 2000, when the Israeli Defense Forces attacked a humanitarian aid convoy sailing to Gaza, în which eight Turkish and one American citizens were killed[3]. Prime Minister Erdogan requested an official apology and compensation for the bereaved families from Israel, which were never received, as well as an end to the blockade of Gaza. Since Israel was unwilling to do so, the, the mutual boycott of celebrations and suspention of diplomatic relations continued between the two states[4] until Obama's last-minute intervention în March 2013.

Another unpopular episode both with the Turkish public and the Islamic government of Erdogan (in power since 14/05/2003) was the US-led elimination of Saddam

---

[1] Gruen, G. "Dynamic Progress în Turkish-Israeli Relations," *Israel Affairs*, Summer 1995, p. 50.

[2] C*umhuriyet* News Agency, Nov. 5, 1994; quoted în Amikam Nachmani, "The Remarkable Turkish-Israeli Tie,"*Middle East Quarterly,* June 1998, p. 22.

[3] Palmer, G.; Uribe, A; Itzhar, J. C.; Sanberk, S. Ö. (2 September 2011). "Report of the Secretary-General's Panel of Inquiry on the 31 May 2010 Flotilla Incident". United Nations, retrieved 1/12/2012, available at http://www.un.org/News/dh/infocus/middle_east/Gaza_Flotilla_Panel_Report.pdf.

[4] Ravid, B. (01/11/2012) *Diplomania* Column în Ha'aretz Newspaper, available at http://www.haaretz.com/blogs/diplomania/the-latest-casualty-of-strained-turkish-israeli-relations-independence-day-ceremonies.premium-1.473844 Retrieved 1/12/2012.

Hussein. Although a NATO member since 1952, Ankara declined involvement în the invasion of Iraq, for reasons of regional, religious and popular apathy.

The trigger for the repeated deterioration of relations between Israel and Turkey was the 2008-2009 Israeli invasion of Gaza, which resulted în the death of 1,407 Palestinians and 13 Israelis, as well as the destruction of over half of the infrastructure în Gaza[1]. Turkey saw this aggression as highly detrimental for the peace process în the Middle East and conditioned the resumption of diplomatic relations by a full state apology and comprehensive compensation for the Mavi Marmara Flotilla victims, as well as lifting the blockade în Gaza. It was only în March 2013 that US President Barack Obama managed to persuade Israeli prime minister Benjamin Netanyahu to comply with Turkish demands, which are based on standard norms of international law, confirmed by the UN both for the flotilla and for the Gaza blockade, and thus resume full diplomatic relations.

What can Turkey bring to the negotiating table?

A balanced historic relation with both Jewish-Israelis and Arab-Palestinians. Even if the main consideration remains strategic interest and the desire to consolidate its regional power position, Turkey is no outsider to the Israeli-Palestinian conflict. The Turkish UN Delegate illustrated the balanced position that was to be Turkey's foreign policy on the Israel-Palestine question în an address prior to the 1947 Partition vote: both în the Middle Ages and during the Second World War, the Jewish community lived prosperously and în full possession of all civil liberties[2]. The double sided interest was expressed as the preference of Turkey that the Jewish Agency remained a community, rather than a state and at the same time, "the Turkish nation sincerely desires to see the new Arab states happy and prosperous"[3]. For this as well as other considerations, such as the fear of a strong left-wing and pro-Russian inclination of a posible Jewish state, Turkey eventually voted against the UN Partition Plan for Palestine[4].

Good economic ties. Although the Welfare party în Turkey is traditionally more suspicious of Zionism, and therefore of close ties with Israel, Ankara has been trying to increase, rather that halt cooperation and solidarity with Islamic countries. Nonetheless, two important agreements were signed with Israel as early as 1997, while the Welfare Party was în power. Despite diplomatic tensions, trade increased from $449 million în 1996 to more than $1.2 billion în 2002. This remarkable acceleration continued with bilateral trade increasing 14.6% per year, on average, from 2002 to 2008. From 2010 to 2011, trade increased by 30.7%, far surpassing the growth that occurred during the height of Turkish-Israeli ties.

On the Palestinian side, în addition to in-kind contributions of food of $6.6 million, Turkey also provides financial support to UN Relief and Works Agency. Since 2009,

---

[1] From the Palestinian Centre for Human Rights Press Release No. 36/2009 http://web.archive.org/web/20090612193512/http://www.pchrgaza.org/files/PressR/English/2008/36-2009.html retrieved 15/04/2013

[2] Speech of Huseyin Ragip Baydurx, 54th meeting of UNGA, 12 May 1947, United Nations General Assembly Official Records, 1st special session, Vol. 3, 1947, plenary meetings and committees, p. 259.

[3] Ibid.

[4] For a detailed analysis of the bilateral relation between the Jewish Agency and the Ottoman Empire / the Republic of Turkey see Patten, H. (July 2008) "The Genesis of Turkish Views on Partition and Conciliation", Israel Affairs, Vol.14, No.3, p.538–551.

the Turkish Government has more than doubled its contribution to the agency, reaching an annual sum of $1.25 million în 2012[1]. Turkey also chairs the Working Group on Financing UNRWA în New York, and is a member of the Advisory Commission comprising UNRWA's major governmental supporters, thus extending a helping hand whenever possible.

Participation în International Bodies for solving the Israeli-Palestinian conflict. Between 1948-1962 Turkey was a member of the Palestine Conciliation Committee, a last minute cover-up body created by the British Administration before withdrawing (Eran, 2002:126). This Committee ultimately failed to achieve any of its goals, but it was still the first indication of a desired active neutrality for Turkey.

The extensive collaboration with Israel visibly impacted Turkey's relationship with the other Arab states, too, but Ankara's policy of balance was reinstated by a rapprochement towards the Palestinians during and after the Second Intifada în 2000. It was formalized as president Suleyman Demirel became a member of the UN Investigation Committee appointed to look into the uprising, which produced the Mitchel Report[2]: Ariel Sharon's visit to Al-Aqsa Mosque on the 28th September 2000, escorted by over 1,000 police officers fueled intense protests from Muslim believers în Turkey[3], as well as a bold diplomatic message from leaders of Islamic states[4].

A further action aimed at regaining its essential neutrality for any significant role în a mediation process is the 7 October 2000 Turkish vote în favor of UN Security Council Resolution 1322 against Israel, condemning the above-mentioned incident. Turkey then hardened its position during 2001-2002.

Mediation efforts. After the election of Ariel Sharon on the 6th February 2001, the Turkish effort for mediation was stepped up, with Foreign Minister Ismail Cem, commuting between Israel, the Palestinian Territories and Egypt, trying to resume a policy of neutrality and resolve the problem of fluctuating relations with Israel and the Arab world, which was creating increasing tensions with both.

After the election of Hamas în Gaza, în what were widely regarded as free and fair elections, Erdoğan declared: "Hamas must be disarmed […] Hamas had some habits. But these are old. Hamas has to give up old habit and attitudes, because they will manage a country now! [5]" Ankara recognized the unrest caused by the emergence of a Hamas government în Tel Aviv and again offered to mediate: "Turkey can carry the role of mediator between Israel and Palestine în the new era" [6]. This offer hasn't greatly inspired any of the parties, since no major ensuing activity is reported.

---

[1] UN News Service, http://www.globalsecurity.org/military/library/news/2012/08/mil-120802-unnews04.htm retrieved 26/11/2012.

[2] Mitchell, G., Demirel, S., Jagland, T., Rudman, W. and Solana, J. (20 May 2001). " Report of the Sharm el-Sheikh Fact-Finding Committee ", available at http://www.mideastweb.org/mitchell_report.htm Retrieved 1/12/2012.

[3] "Turkey Condemns Israel's closure of Al-Aqsa", Retrieved 1/12/2012 from http://www.islamicinvitationturkey.com/2009/10/06/turkey-condemns-israels-closure-of-al-aqsa/.

[4] Tunisia, Morocco and Qatar severed their relations with Israel, Egypt and Jordan recalled their Ambassadors, Saudi Arabia and Kuwait pledged funds for the Palestinians and many arab countries airlifted injured Palestinians to their hospitals. Maddy-Weitzman, B., "The Arab World and the Al-Aqsa Intifada" *Tel Aviv Notes* (23/11/2000).

[5] *Zaman News Agency,* Erdogan offers Hamas and Israel to mediate, from http://www.zaman.com.tr/newsDetail_getNewsById.action?haberno=251095 retrieved 19/11/2012.

[6] *Ibid* .

After the successful UN bid for upgrading Palestine's status to non-member state, Recepp Erdogan offered himself to Israel, Palestine and the international community as a mediator, with no response as yet. He considered the voting so important, that he sent the Minister of Foreign Affairs Ahmet Davutoğlu to convey the message: "it is not an option but an ethical, political, strategic and legal obligation for the international community to recognize the right to self-determination and the right to a state granted to the people of Palestine by a resolution adopted by the United Nations în 1947"[1]. Thus he also recalled the basis of international law upon which the Turkish help would be based.

The vision presented by Ankara offers "a flexible, but values-based strategy since the beginning of the process and presents a common vision to parties of a dispute"[2] Furthermore, Turkey pledges competence on all dynamics of the problem and long-term commitment, which is congruent with all the arguments presented above.

Turkey's efforts to increase their know-how în mediation and global awareness on its importance for the conduct of international relations include initiating the first UN resolution on mediation (2010), organizing the "Friends of Mediation Group" under the auspices of the UN (with 42 members as of June 2012) and a series of international conferences entitled "Enhancing Peace through Mediation".

According to the website of the Ministry of Foreign Affairs, Turkey attaches special importance to preventive diplomacy, pioneers a great deal of mediation attempts în a wide geography and endeavors actively for the peaceful settlement of disputes. [Furthermore it considers preventive diplomacy to be] the most effective and economic method în terms of settlement of disputes, but also from the reality that reduction of potential disputes and conflicts will directly contribute to Turkey's development[3].

Its portfolio of mediation efforts have included conflicts în Iraq, Lebanon and Kyrgyzstan, Serbia and Croatia, Bosnia-Herzegovina and Pakistan. Furthermore, Turkey has an ideally suited location at the crossroads between Asia, Africa and Europe, with participation în fora and councils belonging to these three continents and beyond. Due to all this experience, regional peace interest, as well as its common history with Jews and Palestinians, Turkey can be the ideal mediator between Israelis and Palestinians.

Similar problems. The Turkish problems with the Kurds were at their height în the 1990s, and the military, diplomatic and economic collaboration with Israel was seen as an attempt by the two powers to exchange not only tactics, but possible solutions to the problems. However, the nature of the historic, religious and cultural relationships was different, as were the military power and the aims and visions of sustainability of the two states regarding the groups under their control or occupation[4]. Nevertheless Turkey has managed to deal with its issues în a quite satisfactory manner, whereas Israel not

---

[1] The minister further added: " the non-member observer state status is just an initial step and that the oppression and injustice having been imposed on the people of Palestine for decades will not be considered as complete until the flag of the Palestinian State with East Jerusalem as its capital, waves, as a full member, în the United Nations among the other flags, on the basis of a two state solution reached through peace within the borders of 1967". Retrieved 20/11/2012 from the Turkish Ministry of Foreign Affairs, http://www.mfa.gov.tr/foreign-minister-davutoglu-it-is-not-an-option-but-an-ethical.en.mfa.

[2] *Resolution of Conflict and Mediation* Chapter on the Turkish Ministry of Foreign Affairs website http://www.mfa.gov.tr/resolution-of-conflicts-and-mediation.en.mfa retrieved 19/11/2012.

[3] *Ibid.*

[4] For a detailed analysis of the parallels between the PKK and PNA's relationships to Turkey and Israel respectively see ¨Turkish Foreign Policy 1919-2006¨, Oran, 2010.

only has been unable but also unwilling to reach an end to their conflict with the Palestinians. în the wake of the US-led invasion of Iraq în 2003, Ankara found out that Tel Aviv was arming and training the Kurdish rebels în Northern Iraq. Turkey was shaken and very troubled by the news, and severed diplomatic ties even more.

A series of high-level meetings and official visits were exchanged by Turkish and Palestinian leadership în 2012: Prime Minister Erdogan received a *Doctor Honoris Causa* PhD from Al-Quds University of Jerusalem[1] and President of the PNA Mahmoud Abbas addressed the Turkish Parliament[2]. în the midst of harsh criticism that it should give and do more for the Palestinian cause[3], Turkey was fast to offer 6.6 million USD for food aid.

Conclusion

Turkey was the first Muslim state to formalize relations with the State of Israel upon its creation în 1948. Since then, the relations between these two only 'democratic' and 'non-Arab' states în the region (Ergemir, 2010:25) have evolved, both în substance and în their influence on regional forces. And Turkey also has good relations with the Palestinians and other nations în the Middle East. But Israel's reaction to the Palestinian UN bid for an upgrade of status, as well as the pre-emptive aggressions on Gaza left the relations between the two regional powers limping again.

Aware of their part of guilt, Mark Regev, a spokesman for the Israeli prime minister, declared since 2011, în an interview with Maclean's: "Israel deeply regrets the deterioration în our relationship with Turkey. We want to try to turn things around, and we hope that the Turks will be a partner în that effort"[4].

There seems to be a pattern of proportionality în the responses of Israel and Turkey to each-other's actions, which seems to be a special treatment, "only for friends" that Israel doesn't share with other states în the area. Its intrusive and excessively violent attitude towards other states is inversely proportional to their size and power. This was the Israeli mode of interaction în the South Sudan secession, 1982 Lebanon invasion, Jordan, Egypt and others. But the enduring economic relations and strategic alliance have maintained the friendship with Turkey. Such friendship is an excellent base for a mediator în the conflict, and this article has presented some economic, geographic, historic and strategic aspects of this cooperation, as well as a pallet of arguments în favor of Turkey mediating between the Israelis and the Palestinians. Turkey has been softly making the statement, gathering points and building its CV as a mediator, but it is probably time that it made a direct bold and assertive offer, and an indirect point to international actors, showing the dire need for Turkey's involvement at such a delicate moment în the existence of the two-state solution of the Israeli-Palestinian conflict.

---

[1] Andalou News Agency reports "Erdogan said Turkey considered Jerusalem a city of Tolerance" 21/09/2012 available at http://www.aa.com.tr/en/news/83753--al-quds-university-decorates-turkish-premier-with-honorary-degree .

[2] Andalou News Agency reports http://www.aa.com.tr/en/news/109919--palestine-president-to-address-turkish-parliament retrieved 10/12/2012.

[3] Rossett, C. (10/12/2012) "Turkey's two faceted aid" researched for Forbes Europe available at http://www.forbes.com/2010/06/04/turkey-gaza-humanitarian-united-nations-opinions-columnists-claudia-rosett.html retrieved 9/1/20009.

[4] Petrou, M. (10/3/2011) *Israel Alone* Maclean's, Vol. 124, Issue 38.

Bibliography:

2009 Turkey Express It's Concerns on Israel Al-Haram al Sharif Policy *The Free Library* (October, 26), http://www.thefreelibrary.com/Turkey Express It's Concerns on Israel Al-Haram al Sharif Policy.-a0212391845 (retrieved 20/11/2012)

Rubin, B. (27/04/2012) *Israel - Palestine Problem and Turkey - Israel Relations în the Shadow of the Arab Spring*. Global Research în International Affairs, IDC, http://www.gloria-center.org/2012/04/turkish-israeli-relations-in-the-shadow-of-the-arab-spring/ (retrieved 20/11/2012)

Petrou, M. (10/3/2011) *Israel Alone* Maclean's, Vol. 124, Issue 38

Marshall, R. (Nov 2011) în *the New Middle East, the Bill Comes Due for Israel's Intransigence*,Washington Report on Middle East Affair, Vol. 30, Issue 8

Ergemir, H. (2010) *Alternatives* Turkish Journal of International Relations, Vol. 9,No. 2

Ma'oz, M., Rothstein, R., Shikaki, K. (2002). *The Israeli-Palestinian Peace Process: Oslo and the Lessons of Failure*. Sussex: Academic Press

Turkey: challenges, prospects and dynamics: symposium proceedings / edited by Bruce Maddy-Weitzman. Tel-Aviv: Moshe Dayan Center for Middle Eastern and African Studies, 2009.

Cagri Erhan and Omer Kurkcuoglu în Baskin, O., ed., (2010) *Turkish Foreign Policy 1919-2006: Facts and Analyses with Documents* Utah: University of Utah Press

Eran, O. (2002) *Arab-Israel Peacemaking* The Continuum Political Encyclopedia of the Middle East. Ed. Avraham Sela. New York: Continuum.

Bengio, O. (2004) *The Turkish-Israeli relationship: changing ties of Middle Eastern outsiders.* New York: Palgrave Macmillan

Robins, P. (2001) *Turkish-Israeli relations: from the periphery to the center*. Emirates occasional papers: Abu Dhabi: Emirates Center for Strategic Studies and Research

Baskın, O. (2010) *Turkish foreign policy, 1919-2006*: *facts and analyses with documents* with contributions by Atay Akdevelioğlu [et al.]; trans. Mustafa Akşin, Salt Lake City: University of Utah Press

Select Online Resources:

http://www.gloria-center.org/2012/04/turkish-israeli-relations-in-the-shadow-of-the-arab-spring/

http://www.meforum.org/meq/manuscript.php

http://www.haaretz.com/news/diplomacy-defense/report-turkey-navy-to-escort-aid-ships-to-palestinians-in-gaza-1.382305

http://www.forbes.com/2010/06/04/turkey-gaza-humanitarian-united-nations-opinions-columnists-claudia-rosett.html

http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=42610#.UMl-wYMUnPX

http://www.aa.com.tr/en/news/110040--palestinian-president-addresses-turkish-lawmakers

http://www.undpi.org/Palestine-and-Gaza/Al-Quds-University-decorates-Erdogan-with-honorary-degree.html?mosmsg=You+already+voted+for+this+item+today.

http://www.aa.com.tr/en/news/83753--al-quds-university-decorates-turkish-premier-with-honorary-degree

http://www.islamicinvitationturkey.com/2009/10/07/defend-al-aqsa-against-israeli-takeover/

http://www.meforum.org/569/turkey-israel-speed-bumps#_ftnref1

http://www.meforum.org/587/the-lie-that-wont-die-collusion-1967#_ftn31

http://www.moi.gov.cy/moi/pio/pio.nsf/All/9BDC9E9D2F3F1CC9C22579F400331B53?OpenDocument

http://zope.gush-shalom.org/home/en/channels/avnery/1341587176

http://mondoweiss.net/2012/02/likud-party-members-issue-call-to-storm-al-aqsa-mosque-next-sunday.html

http://www.mfa.gov.tr/foreign-minister-davutoglu-it-is-not-an-option-but-an-ethical.en.mfa

http://www.haaretz.com/news/diplomacy-defense/in-historic-vote-palestine-becomes-non-member-un-state-with-observer-status-1.481531

http://www.haaretz.com/news/israeli-elections-2013/israel-election-insider/reading-between-the-lines-of-recent-israel-election-polls.premium-1.481938

http://www.bitterlemons-international.org/inside.php?id=1542

Consideraţii asupra principalelor obligaţii stabilite prin acordul privind aplicarea măsurilor sanitare şi fitosanitare

Petruţa-Elena ***ISPAS****

Abstract: *Prin prezentul studiu, vom aborda dispoziţiile Acordului privind aplicarea măsurilor sanitare şi fitosanitare, precum şi principalele obligaţii care decurg din acesta. La nivel internaţional, problema siguranţei alimentare şi mai ales preocuparea ca alimentele consumate să fie conforme din punct de vedere sanitar sunt de o mare amploare. Vom prezenta atât problemele teoretice care se nasc în legătură cu obligaţiile stabilite în Acord, cât şi câteva cazuri soluţionate de organismele competente ale Organizaţiei Mondiale a Comerţului în soluţionarea diferendelor apărute între statele semnatare ale Acordului. Acordul privind aplicarea măsurilor sanitare şi fitosanitare (Acordul MSF) a intrat în vigoare odată cu înfiinţarea OMC şi conţine regulile de bază ce guvernează utilizarea reglementărilor al căror obiectiv principal este asigurarea siguranţei alimentare, precum şi împiedicarea intrării într-o ţară a unor boli de origine animală sau vegetală. Regulile conţinute în Acordul SPS se referă în principal la încurajarea membrilor în utilizarea standardelor şi liniilor directoare sau a recomandărilor internaţionale elaborate de Comisia Codex Alimentarius, Biroul Internaţional al Epizotiilor (OIE) şi Convenţia Internaţională pentru Protecţia Plantelor. Dreptul membrilor de a aplica propriile standarde este reglementat expres, în anumite condiţii ce vor fi arătate în cuprinsul studiu. După cum vom arăta, în conformitate cu prevederile Acordului privind aplicarea măsurilor sanitare şi fitosanitare, măsurile se vor stabili numai în baza unei evaluări corespunzătoare a riscurilor pentru viaţa sau sănătatea oamenilor sau animalelor ori pentru protecţia plantelor, avându-se în vedere dovezi şi analize ştiinţifice disponibile în materie. Membrii Organizaţiei Mondiale a Comerţului au posibilitatea adoptării tuturor măsurilor pe care le consideră necesare, singura restricţie impusă fiind aceea a compatibilităţii unor măsuri adoptate pe plan naţional cu prevederile Acordului.*

Cuvinte cheie: *măsuri sanitare şi fitosanitare, nediscriminare, necesitate şi proporţionalitate, armonizare, recunoaştere reciprocă şi coerenţă internă*

1. Acordul privind aplicarea măsurilor sanitare şi fitosanitare

Acordul privind aplicarea măsurilor sanitare şi fitosanitare (Acordul MSF) a intrat în vigoare odată cu înfiinţarea OMC şi conţine acele reguli ce guvernează utilizarea reglementărilor al căror obiectiv de bază este asigurarea siguranţei alimentare, precum şi împiedicarea intrării într-o ţară a unor boli de origine animală sau vegetală.

Regulile conţinute în Acordul SPS se referă în principal la încurajarea membrilor în utilizarea standardelor şi liniilor directoare sau a recomandărilor internaţionale elaborate de Comisia Codex Alimentarius, Biroul Internaţional al Epizotiilor (OIE) şi Convenţia

* Asist. Univ. Drd., Universitatea Titu Maiorescu, Facultatea de Drept.

Internaţională pentru Protecţia Plantelor (CIPP). Dreptul membrilor de a aplica propriile standarde este reglementat expres, în condiţiile pe care le vom analiza în cele ce urmează.

O altă regulă care guvernează utilizarea reglementărilor privind siguranţa alimentară este aceea a asigurării că standardele sau recomandările elaborate de către organismele arătate în paragraful precedent nu sunt utilizate în mod arbitrar sau discriminatoriu cu scopul de a restricţiona comerţul.

Măsurile sanitare şi fitosanitare, potrivit Acordului MSF, vor putea fi stabilite pe baza unor evaluări a riscurilor pentru viaţa sau sănătatea oamenilor sau animalelor ori pentru protecţia plantelor, avându-se în vedere dovezile şi analizele ştiinţifice disponibile.

Măsurile trebuie să fie adaptate în conformitate cu caracteristicile sanitare şi fito-sanitare din zona din care a fost adus produsul, respectiv din zona în care produsul va ajunge.

Ţările interesate au posibilitatea să realizeze comentarii în legătură cu proiectele de standarde propuse de unii Membri, atunci când proiectele nu se bazează pe standarde internaţionale, există abateri de la acestea sau nu există standarde internaţionale în domeniul în care este elaborat proiectul respectiv.

Măsurile SPS adoptate de ţările exportatoare sunt recunoscute ca echivalente, în cazul în care nivelul de protecţie SPS realizat este similar. Măsurile adoptate de unii membri sunt supuse principiului transparenţei prin notificarea corespunzătoare a celorlalţi membri.

În conformitate cu art. 2.1 din Acord, ”Membrii au dreptul să adopte măsurile sanitare şi fitosanitare necesare pentru protecţia sănătăţii şi vieţii oamenilor şi animalelor sau pentru protecţia plantelor, cu condiţia ca asemenea măsuri să nu fie incompatibile cu prevederile prezentului Acord”. Aşadar, membrilor OMC li se acordă posibilitate să adopte toate măsurile pe care le consideră necesare în vederea garantării protecţiei sănătăţii şi vieţii oamenilor şi animalelor sau pentru protecţia plantelor, singura restricţie impusă acestora fiind aceea a incompatibilităţii unor măsuri adoptate pe plan naţional cu prevederile Acordului. Altfel spus, membrii OMC dispun de toată libertatea de stabilire şi adoptare a unor măsuri sanitare şi fitosanitare, cât timp acestea nu sunt incompatibile cu prevederile Acordului MSF.

În literatura de specialitate[1] s-a arătat că două ţări care se confruntă cu acelaşi risc pot adopta nivele de protecţie distincte atunci când se efectuează o acţiune împotriva unei ameninţări.

2. Principalele obligaţii stabilite prin acordul MSF

Cele mai importante obligaţii stabilite prin Acordul MSF se regăsesc în următoarele articole ale Acordului: art. 2.3. şi art. 5.5 stabilesc **obligaţia nediscriminării**, art. 2.2 şi art. 5.6 reglementează **testul de necesitate şi proporţionalitate**, art. 2.2, 3.3, 5.1-5.3 stabilesc **baza ştiinţifică**, art. 3 stabileşte **armonizarea**, art. 4.1 stabileşte **recu-noaţterea reciprocă şi echivalenţa**, art. 5.5 stabileşte **coerenţa internă**, art. 5.7 stabileşte **permisiunea de a efectua măsuri de precauţie**, iar art. 7 şi Anexa B stabilesc **cerinţele de notificare şi transparenţă**.

[1] A se vedea Miguel Angel Recuerda Girela, *Tratado de Derecho Alimentario,* ED. Aranzadi, Madrid, 2011, p. 150-151.

2.1. Nediscriminarea

Potrivit dispoziţiilor Acordului MSF, măsurile sanitare şi fitosanitare nu trebuie să creeze discriminări arbitrare sau nejustificate între Membrii unde există condiţii identice sau similare. Obligaţia nediscriminării subzistă şi între teritoriul unui Membru şi teritoriul altor Membri (art. 2.3 din Acord). În acelaşi sens, art. 5.5 din Acord prevede că "…fiecare Membru va evita diferenţierile arbitrare sau nejustificate între nivelurile pe care le consideră adecvate în diverse situaţii, dacă asemenea diferenţieri au drept rezultat discriminarea sau o restricţie deghizată asupra comerţului internaţional".

Aşa cum s-a reţinut într-un caz soluţionat de Organismul de Apel al OMC (Appellate Body, WTO), obligaţiile interzic nediscriminarea nu numai între produse similare, dar şi între produse diferite. Potrivit interpretării date în cazul "Australia-measures affecting importation of salmon- Australia- măsuri care afectează importul de somon"[1], "suntem de părere că discriminarea în sensul art. 2.3, în primul rând, poate include discriminarea între produse diferite, nu numai discriminarea între somonul din Canada şi somonul din Noua Zeelandă ori somonul din Canada şi somonul din Australia; există discriminare şi între somonul din Canada şi peştele din Australia".

Diferenţa de reglementare a obligaţiei nediscriminării între art. 2.3 şi art. 5.5 din Acordul SPS constă în faptul că art. 2.3. se referă la diferenţele dintre un Membru care adoptă măsurile şi alţi membri sau situaţiile apărute între diferiţi membri, în timp ce art. 5.5 se axează pe diferenţa în nivelul de protecţie ales de către un membru în situaţii diferite[2].

2.2. Necesitatea şi proporţionalitatea

Această obligaţie este reglementată, aşa cum am arătat mai sus, de art. 2.2 şi 5.6 din Acordul MSF.

În conformitatea cu art. 2.2 din Acord, " Membrii vor asigura ca măsurile sanitare sau fitosanitare să fie aplicate numai în măsura necesară pentru protejarea sănătăţii şi vieţii oamenilor şi animalelor sau pentru protejarea plantelor, să fie bazate pe principii ştiinţifice şi să fie menţinute numai în baza unor probe ştiinţifice suficiente, cu excepţia celor prevăzute la paragraful 7 al articolului 5", în timp ce art. 5.6 din acelaşi Acord prevede faptul că " Fără a încălca prevederile paragrafului 2 al articolului 3, când se instituie sau se menţin măsuri sanitare sau fitosanitare pentru realizarea unui nivel adecvat al protecţiei sanitare sau fitosanitare, Membrii vor asigura ca aceste măsuri să nu fie mai restrictive asupra comerţului decât cât este necesar pentru realizarea nivelului de protecţie sanitară sau fitosanitară pe care ei îl consideră adecvat, cu luarea în considerare a fezabilităţii tehnice şi economice".

După cum reiese din formularea art. 2.2 din Acord, măsurile sanitare sau fitosanitare vor fi aplicate numai dacă se impune necesitatea protejării sănătăţii sau vieţii oamenilor şi animalelor sau necesitatea protejării plantelor, în timp ce art. 5.6 din acelaşi acord reglementează proporţionalitatea dintre aplicarea măsurilor şi realizarea nivelului de protecţie sanitară şi fitosanitară. Membrii se vor îngriji ca măsurile sanitare şi fitosanitare să nu fie mai restrictive asupra comerţului, cu excepţia cazului în care se impune realizarea unui nivel de protecţie adecvat, aceasta fiind o expresie a principiului proporţionalităţii.

---

[1] *WT/DS18/AB/R, 20 octombrie 1998.*

[2] Pentru detalii, a se vedea şi Alberto Alemanno, *Trade în food. Regulatory and judicial approaches în the EC and the WTO,* ed. Cameron May, London, 2007.

Altfel spus, atunci când măsurile sanitare şi fitosanitare impun o restricţie asupra comerţului, această restricţie trebuie să fie proporţională cu nivelul de protecţie sanitară sau fitosanitară considerat adecvat de către Membrul care impune restricţia respectivă.

În legătură cu nivelul adecvat al protecţiei sanitare sau fitosanitare, Acordul MSF defineşte acest nivel în Anexa A, stabilind că ”nivelul adecvat al protecţiei sanitare sau fitosanitare reprezintă nivelul de protecţie considerat adecvat de către Membrul care instituie măsura sanitară sau fitosanitară pentru a proteja viaţa sau sănătatea oamenilor, animalelor sau plantelor de pe teritoriul lor”.

În legătură cu această definiţie, apreciem că având în vedere reglementarea deosebit de lacunară, în practică pot apărea probleme deosebit de serioase în interpretarea acesteia, deoarece fiecare membru este liber să stabilească limita acestui ”nivel adecvat al protecţiei sanitare şi fitosanitare”. Ca şi în cazul obligaţiei nediscriminării, există posibilitatea ca doi Membri să acorde semnificaţii sau limite diferite acestui nivel de protecţie sanitară sau fitosanitară.

Cerinţa necesităţii s-a dezvoltat ca urmare a reglementării art. XX b) din Acordul General pentru Tarife Vamale şi Comerţ (GATT), care prevede că ” Sub rezerva cerinţelor că astfel de măsuri nu sunt aplicate într-un mod care ar constitui un mijloc de discriminare arbitrară sau nejustificată între ţările în care predomină aceleaşi condiţii, sau o restricţie disimulată în comerţul internaţional, nimic din acest acord nu se interpretează ca împiedicând adoptarea sau aplicarea de către orice membru al măsurilor necesare pentru protejarea oamenilor, animalelor sau plantelor viaţa sau sănătatea”, însă reglementarea în Acordul MSF este diferită sub anumite aspecte. În primul rând, în timp ca art. XX lit. b) din Acordul GATT reglementează cerinţa necesităţii ca pe o cerinţă negativă ce trebuie îndeplinită pentru a beneficia de o excepţie, Acordul MSF transformă cerinţa negativă într-o cerinţă pozitivă pentru toate măsurile sanitare şi fitosanitare.

O altă diferenţă între cele două reglementări este aceea a cerinţelor necesare pentru a aplica măsurile sanitare sau fitosanitare. Din redactarea art. XX lit. b) din GATT, reiese că pentru aplicarea acestor măsuri nu trebuie urmată o anume procedură cum ar fi, spre exemplu, necesitatea evaluării riscului[1].

În literatura de specialitate s-a apreciat că ”alternativa cel mai puţin restrictivă pentru comerţ trebuie: să fie disponibilă, să atingă nivelul adecvat de protecţie şi să fie semnificativ mai puţin restrictivă pentru comerţ[2].

Referitor la aceste trei componente, Organul de Apel al OMC a afirmat următoarele: ”Aceste trei elemente sunt cumulative în sensul că pentru a stabili că există contradicţie cu art. 5.6, toate elementele trebuie îndeplinite. Dacă nu se îndeplineşte unul dintre aceste elemente, oricare dintre ele, rezultă că măsura obiect al disputei nu este contradictorie art. 5.6. Aşadar, dacă nu există posibilitatea unei măsuri alternative având în vedere fezabilitatea tehnică şi economică sau dacă măsura alternativă nu îndeplineşte nivelul de protecţie sanitară sau fitosanitară considerat adecvat de către Membru sau dacă măsura nu este semnificativ mai puţin restrictivă în ceea ce priveşte comerţul, se va stabili că măsura obiect al disputei este în concordanţă cu art. 5.6 din Acordul MSF[3].

Referitor la interpretarea art. 5.6 din Acordul MSF, s-a reţinut că acesta trebuie interpretat în contextul Acordului şi în strânsă legătură cu art. 2.2 din Acord[4].

---

[1] Pentru detalii, a se vedea Alberto Alemanno, p. 242-243.

[2] Miguel Angel Recuerda Girela, p. 153.

[3] *Cazul Australia - Măsuri care afectează importul de somon- WT/DS18/AB/R, 20 octombrie 1998, paragraful 194*.

[4] *Ibidem,* paragraful 180.

În disputa mai sus amintită, s-a reţinut că având în vedere că toate cele trei elemente au fost îndeplinite, Australia a acţionat în contradicţie cu art. 5.6 din Acordul MSF menţinând măsura în cauză[1].

2.3. Baza ştiinţifică

Această obligaţie este stabilită prin mai multe articole din Acordul MSF, respectiv: 2.2, 3.3, 5.1, 5.2, 5.3.

În conformitate cu art. 2.2 din Acordul MSF, ”membrii vor asigura că măsurile sanitare sau fitosanitare să fie aplicate numai în măsura necesară pentru protejarea sănătăţii şi vieţii oamenilor şi animalelor sau pentru protejarea plantelor, **să fie bazate pe principii ştiinţifice şi să fie menţinute numai în baza unor probe ştiinţifice suficiente,** cu excepţia celor prevăzute la art. 3 para. 7”.

Având în vedere reglementarea art. 2.2 din Acord, considerăm că atât cerinţa principiilor ştiinţifice cât şi cerinţa existenţei probelor ştiinţifice trebuie îndeplinite cumulativ.

Jurisprudenţa OMC şi-a îndreptat atenţia mai mult pe ideea existenţei probelor ştiinţifice suficiente decât pe ideea principiilor ştiinţifice. În acest sens, pentru a da semnificaţie ideii de probe ştiinţifice suficiente, Organul de Apel al OMC a început să interpreteze cuvintele ştiinţific şi ştiinţă, afirmând că ştiinţific poate fi definit ca ”având sau părând să aibă o bază exactă, obiectivă, faptică, sistematică sau metodologică sau care este referitor, se foloseşte sau se bazează pe o metodologie ştiinţifică[2].

Aşa cum s-a apreciat în disputele aflate pe rolul OMC, pentru ca relaţia dintre măsurile sanitare sau fitosanitare şi dovezile ştiinţifice să fie considerată adecvată, trebuie să fie îndeplinite o serie de cerinţe; în primul rând trebuie să fie obiectivă şi raţională şi în al doilea rând trebuie să fie determinată în funcţie de fiecare caz în parte[3]. În aceeaşi ordine de idei, în jurisprudenţa OMC s-a statuat că ”această determinare nu depinde doar de circumstanţele particulare ale fiecărui caz, ci depinde şi de caracteristicile măsurii în cauză şi de la calitatea şi cantitatea probei ştiinţifice[4]”.

Organul de Apel al OMC a stabilit în cazul Japonia - măsuri care afectează importul de mere[5] faptul că ”abordarea urmată în acest caz, diferenţiind succesiunea de evenimente pentru a identifica riscul şi a-l compara cu măsura, nu epuizează gama de metodologii disponibile pentru a determina dacă o măsură este menţinută ”fără dovezi ştiinţifice suficiente” în sensul art. 2.2. Abordări diferite de cea urmată în acest caz ar putea dovedi necesar să se evalueze dacă o măsură este menţinută fără dovezi ştiinţifice suficiente în sensul art. 2.2. Dacă o anumită abordare este adecvată, va depinde de circumstanţele particulare ale cazului.

Art. 3.3 din Acord

Aşa cum am arătat mai sus, obligaţia bazei ştiinţifice decurge şi din art. 3.3 în Acordul MSF. Potrivit articolului menţionat, ”Membrii pot introduce sau menţine măsuri sanitare sau fitosanitare care conduc la un nivel de protecţie sanitară sau fitosanitară mai înalt decât acela care s-ar realiza prin măsuri bazate pe standardele, directivele sau recomandările internaţionale corespunzătoare, dacă pentru aceasta există o justificare

---

[1] Ibidem, paragraful 187.
[2] pentru detalii, a se vedea Miguel Angel Recuerda Girela, p. 155, Alberto Alemmano, p. 245.
[3] a se vedea art. 21.5 din Raportul Japonia- produse agricole, paragraful 84.
[4] *Ibidem*.
[5] WT/DS245/AB/R, din 26 noiembrie 2003.

ştiinţifică, sau dacă aceasta este o consecinţă a nivelului de protecţie sanitară sau fitosanitară pe care un Membru îl consideră potrivit în concordanţă cu prevederile corespunzătoare ale paragrafelor 1 până la 8 al articolului 5. În ciuda celor de mai sus, toate măsurile care au drept rezultat un nivel de protecţie sanitară sau fitosanitară diferit de cel care ar fi obţinut prin măsuri bazate pe standarde, directive sau recomandări internaţionale nu vor fi neconforme cu oricare prevedere a prezentului Acord".

În primul rând, în legătură cu acest articol se impune să delimităm noţiunile de standarde, directive şi recomandări, deoarece în sensul Acordului MSF, aceste noţiuni sunt distincte de noţiunea de directivă şi recomandare ca acte normative în cadrul Uniunii Europene.

Anexa A, paragraful 3 din Acord stabileşte că în ceea ce priveşte standardele, directivele şi recomandările, trebuie să distingem după cum acestea se referă la siguranţa alimentelor, sănătatea animalelor şi sănătatea plantelor.

În ceea ce priveşte siguranţa alimentelor, standardele, directivele şi recomandările internaţionale sunt cele stabilite de Comisia Codex Alimentarius relative la aditivii alimentari, reziduurile medicamentelor de uz veterinar şi ale pesticidelor, substanţele contaminate, metodele de analiză şi eşantionare şi codurile şi directivele în materie de igienă (paragraful 3 litera a) din Anexa A).

Lit. b) a aceluiaşi paragraf stabileşte că pentru sănătatea animalelor şi zoonoze, vor fi aplicabile standardele, directivele şi recomandările elaborate de către Biroul Internaţional pentru Epizotii (OIE), în timp ce lit. c) stabileşte că pentru sănătatea plantelor, standardele, directivele şi recomandările internaţionale sunt cele elaborate de Convenţia Internaţională pentru protecţia plantelor în cooperare cu alte organizaţii regionale.

În ceea ce priveşte aspectele nereglementate, se vor avea în vedere standarde, directive şi recomandări elaborate de alte organizaţii internaţionale identificare de Comitetul pentru măsurile sanitare şi fitosanitare.

Astfel, prin Anexa A se stabileşte un lucru deosebit de important în domeniul siguranţei pentru produsele alimentare, respectiv acela că documentele adoptate de către organismele internaţionale cu implicaţii în domeniul siguranţei alimentare sunt expres menţionate într-un acord internaţional şi sunt stabilite ca linii de referinţă în stabilirea obligaţiei bazei ştiinţifice.

Revenind la dispoziţiile art. 3.3 din Acord, acestea conţin dispoziţii de recomandare către Membri, făcându-se menţiune că aceştia "pot introduce sau menţine" alte măsuri decât cele stabilite în standardele, directivele şi recomandările elaborate de organizaţiile menţionate anterior dacă aceste măsuri sunt de natură să sporească nivelul de protecţie sanitară şi fitosanitară, dar în acelaşi timp introducerea unor atare măsuri este condiţionată de existenţa unei "justificări ştiinţifice". Aşadar, art. 3.3 trebuie coroborat cu celelalte articole referitoare la baza ştiinţifică, pentru a fi posibilă aplicarea unor măsuri de natură să sporească nivelul de protecţie.

În acelaşi sens, articolul prevede posibilitatea pentru membri de a adopta sau menţine alte măsuri decât cele stabilite de organismele internaţionale cu competenţe în elaborarea de norme în ceea ce priveşte siguranţa alimentară dacă adoptarea acestora "este o consecinţă a nivelului de protecţie sanitară sau fitosanitară pe care un Membru îl consideră potrivit" în conformitate cu dispoziţiile art. 5 din Acord.

Paragraful final stabileşte faptul că orice măsuri care au ca rezultat un alt nivel de protecţia faţă de cel care ar fi fost obţinut prin măsurile întemeiate pe standarde, directive şi recomandări elaborate de organismele internaţionale arătate, nu vor fi considerate ca neconforme cu prevederile Acordului.

În legătură cu acest ultim paragraf, apreciem că se impun anumite precizări: cu toate că primul paragraf permite introducerea sau menţinerea unor măsuri care au ca efect un nivel de protecţie sanitară sau fitosanitară mai ridicat decât cel care ar fi fost obţinut prin aplicarea măsurilor bazate pe standarde, directive sau recomandări, paragraful final stabileşte că măsurile ce au ca rezultat ”un nivel de protecţie diferit de cel care ar fi fost obţinut prin măsuri bazate pe standarde, directive sau recomandări” nu vor fi considerate neconforme cu prevederile Acordului. Apreciem că reglementarea este deficitară deoarece pe de o parte se stabileşte că introducerea unor măsuri este condiţionată de o justificare ştiinţifică sau de aprecierea unui Membru asupra nivelului de protecţie, iar pe de altă parte se lasă de înţeles că măsurile adoptate nu vor fi neconforme cu Acordul chiar dacă nivelul de protecţie obţinut prin introducerea acestora este unul inferior celui care ar fi fost obţinut prin aplicarea măsurilor stabilite în standarde, directive sau recomandări.

Or, în aceste condiţii, apreciem că se lasă loc arbitrariului în introducerea unor alte măsuri decât cele elaborate de organismele internaţionale cu competenţe în siguranţa alimentară, măsuri ce pot conduce la un nivel inferior de protecţie sanitară sau fitosanitară, aspect ce ar fi putut fi evitat prin posibilitatea Membrilor de a introduce alte măsuri decât cele stabilite în standarde, directive şi recomandări doar în măsura în care acestea sunt de natură să asigure un nivel superior de protecţie, asigurându-se în acest fel că Membrii vor putea aplica aceste măsuri doar dacă acestea sunt de natură să asigure un nivel sporit de protecţie.

Analiza riscului – art. 5.1 din Acordul MSF

Aplicarea măsurilor sanitare şi fitosanitare trebuie să se facă întotdeauna cu respectarea art. 5 din Acordul MSF, respectiv cu respectarea analizei riscului.

Aplicarea art. 5.1 din Acordul MSF a generat numeroase probleme în practică, motiv pentru care acesta a fost interpretat în numeroase cazuri aflate pe rolul OMC în cadrul procedurilor de soluţionare a litigiilor.

În cele ce urmează, vom încerca să evidenţiem cele mai arzătoare probleme care au apărut în legătură cu interpretarea dispoziţiilor art. 5.1 din Acord şi soluţiile care au fost date ca rezultat al interpretării de către organismele de soluţionare a diferendelor din cadrul OMC.

Conceptul de evaluare a riscului a fost interpretat în cazul EC Hormones, fiind identificate anumite probleme legate de diferenţa dintre conceptul de ”analiză a riscului”, respectiv de conceptul de ”gestionare a riscului”, reţinându-se că ”evaluarea riscului este, cel puţin în ceea ce priveşte riscurile legate de viaţa şi sănătatea oamenilor, o examinare ştiinţifică a datelor şi a studiilor de fapt; nu reprezintă, un exerciţiu politic ce implică judecăţi cu valoare socială realizate de organismele politice”[1].

În cazul mai sus amintit, Organul de Apel al OMC a stabilit că ”art. 5 şi Anexa A din Acordul MSF vorbesc exclusiv despre evaluarea riscului şi că noţiunea de gestionare a riscului nu este întâlnită nici în art. 5 nici într-o altă dispoziţie a Acordului”.

Având în vedere poziţia Organului de Apel al OMC, s-a impus respingerea distincţiei dintre analiza şi gestiunea riscului făcută de către Grup (Panel), pe motiv că această distincţie nu are bază normativă. Decizia Organului de Apel a fost criticată pe motiv că ”practic a ignorat gestiunea riscului deoarece această noţiune nu este reglementată în Acordul MSF”. S-a apreciat că Organul de Apel a acţionat în această manieră deoarece a considerat că făcând vorbire şi de evaluarea şi de gestiunea riscului, Grupul a încercat să limiteze domeniul de aplicare al cerinţelor privind evaluarea riscului[2].

---

[1] Cazul EC Hormones, paragraful 181.

[2] Pentru detalii, a se vedea Miguel Angel Recuerda Girela, p. 158.

În literatura de specialitate s-a reţinut faptul că ”art. 5(1) din Acordul MSF nu solicită membrilor OMC să efectueze o evaluare a riscurilor sau să se refere la o evaluare a riscurilor efectuată în altă parte, ci solicită de asemenea membrilor OMC să îşi întemeieze măsurile sanitare sau fitosanitare adoptate pe evaluarea riscului”[1].

Potrivit art. 5.1 din Acord, ”Membrii vor asigura ca măsurile lor sanitare sau fitosanitare să fie stabilite pe baza unei evaluări, corespunzătoare împrejurărilor, a riscurilor pentru viaţa sau sănătatea oamenilor şi animalelor sau pentru protecţia plantelor, cu luarea în considerare a tehnicilor de evaluare a riscurilor elaborate de către organizaţiile internaţionale competente”.

Acordul defineşte în Anexa A evaluarea riscului, stabilind că reprezintă o ”evaluare a probabilităţii pătrunderii, instalării sau răspândirii unui parazit sau boli pe teritoriul unui Membru importator, în conformitate cu măsurile sanitare sau fitosanitare care ar putea fi aplicate şi a posibilelor consecinţe biologice şi economice legate de acestea; evaluarea probabilităţii efectelor adverse asupra sănătăţii oamenilor sau animalelor provocate de prezenţa aditivilor, substanţelor contaminate, toxinelor sau organismelor provocate de boli în alimente, furaje sau băuturi”.

După cum reiese din definiţia dată în Anexa A, trebuie să distingem între două tipuri de evaluare a riscului, respectiv primul tip de analiză a riscului referindu-se la probabilitatea pătrunderii, instalării sau răspândirii unui parazit sau boli pe teritoriul unui Membru importator, iar al doilea tip de evaluare a riscului constă în evaluarea probabilităţii efectelor adverse asupra sănătăţii oamenilor sau animalelor provocate de prezenţa aditivilor, substanţelor contaminate, toxinelor sau organismelor provocate de boli în alimente, furaje sau băuturi.

Ambele tipuri de analiză a riscului au fost discutate şi dezvoltate de către organele de soluţionare a disputelor din cadrul OMC.

Astfel, în ceea ce priveşte primul tip de evaluare a riscului, acesta se realizează prin intermediul a trei paşi. În primul rând, trebuie să se identifice care sunt paraziţii sau bolile care pot pătrunde, se pot instala sau se pot răspândi pe teritoriul unui Membru. După identificarea paraziţilor sau bolilor, se trece la al doilea pas care constă în probabilitatea ca aceste boli sau paraziţi să pătrundă, să se instaleze sau să se răspândească, precum şi potenţialele implicaţii biologice şi economice ale acestora. Ultimul pas care trebuie urmat în eventualitatea analizei riscului în această ipoteză este acela al evaluării probabilităţii ca aceste boli sau paraziţi să pătrundă, să se instaleze sau să se răspândească având în vedere măsurile care se vor aplica.

În cazul Japonia – măsuri care afectează importul de mere, s-a reţinut în Raportul întocmit de Grup (Panel) şi confirmat în Raportul Organului de Apel faptul că ultimul pas de evaluare a riscului de acest tip se efectuează prin luarea în considerare nu numai a măsurilor care sunt deja în vigoare cu excluderea altor alternative posibile, ci cu luarea în considerare şi a măsurilor care ar putea fi aplicate, adică acele măsuri care pot fi potenţial aplicate[2].

Al doilea tip de evaluare a riscului se realizează prin parcurgerea a doi paşi. Primul pas constă în identificarea efectelor adverse asupra vieţii sau sănătăţii oamenilor sau a animalelor provocate de prezenţa aditivilor, substanţelor contaminate, toxinelor sau orga-

---

[1] a se vedea Ahmed Mahiou, Francis Snyder, *La securite alimentaire. Food Security and Food Safety,* ed. Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2006, p. 732.

[2] vezi Japonia – măsuri care afectează importul de mere, Raportul Grupului (Panel Report) paragraful 8.283).

nismelor care provoacă boli în alimente, furaje sau băuturi. În cazul în care efectele adverse există, se trece la al doilea pas şi anume al probabilităţii ca aceste efecte să aibă loc.

În conformitate cu cele stabilite de organele de soluţionare a disputelor din cadrul OMC, evaluarea riscului în cadrul primului tip de evaluare necesită un nivel mai mare de probabilitate decât în cazul celui de-al doilea tip de evaluare. În cazul Australia – măsuri care afectează importul de somon[1] s-a stabilit că ”pentru ca o evaluare a riscului să se includă în semnificaţia stabilită în art. 5.1 şi în prima definiţie din paragraful 4 al Anexei A, nu este suficient să se determine că există o posibilitate de pătrundere, instalare sau răspândire a unor boli şi consecinţele biologice şi economice legate de acestea. O analiză a riscului adecvată de acest tip trebuie să evalueze ”probabilitatea” de pătrundere, instalare sau răspândire a bolilor şi consecinţele biologice legate de aceasta, precum şi probabilitatea pătrunderii, instalării sau răspândirii bolilor.

Aşadar, măsurile sanitare şi fitosanitare vor fi stabilite numai după o evaluare corespunzătoare a riscului, pe baza tehnicilor de evaluare a riscurilor elaborate de către organizaţiile internaţionale competente.

Odată ce s-a realizat o analiză a riscului, Membrii OMC au dreptul să stabilească nivelul de protecţie sanitară sau fitosanitară pe care îl consideră oportun şi să aleagă măsura sanitară sau fitosanitară adecvată pentru a îndeplini obiectivul stabilit.

Cu toate că art. 5.1 din Acordul MSF este unul din articolele care a generat numeroase puncte de vedere divergente, acest lucru nu diminuează rolul extrem de important pe care îl are în aplicarea măsurilor sanitare şi fitosanitare.

Analiza riscului reprezintă una dintre obligaţiile importante stabilite prin Acordul privind aplicarea măsurilor sanitare şi fitosanitare şi, cu toate că în comerţul internaţional apar divergenţe în legătură cu stabilirea şi aplicarea acestor măsuri, această obligaţie trebuie respectată întocmai datorită implicaţiilor practice pe care le are. Dacă obligaţia analizei riscului nu ar fi reglementată ca atare, ar exista posibilitatea ca în comerţul internaţional să circule produse care sunt de natură să dăuneze vieţii sau sănătăţii oamenilor sau animalelor, la fel cum ar exista posibilitatea ca anumite boli să intre pe teritoriul unui stat Membru, cu toate implicaţiile negative care pot decurge de aici.

Art. 5.2 din Acordul MSF

Potrivit art. 5.2 din Acord, ”La evaluarea riscurilor, Membrii vor lua în considerare dovezile ştiinţifice disponibile; procedee şi metode de producţie pertinente; metode de inspectare, eşantionare şi testare pertinente; răspândirea bolilor sau paraziţilor; existenţa unor zone pe care nu se manifestă paraziţi sau boli; condiţii ecologice şi de mediu relevante; şi regimuri de carantină sau alte tratamente”.

Art. 5.2 din Acord stabileşte factorii care trebuie luaţi în considerare în procesul de evaluare a riscurilor. Întrebarea firească ce intervine în legătură cu această enumerare cuprinsă în art. 5.2, este aceea dacă enumerarea este limitativă sau este doar o enumerare orientativă. Răspunsul la această întrebare a fost dat în cazul CE – Hormoni de către Organul de Apel din cadrul OMC, în raportul prezentat de Organul de Apel reţinându-se că ”nimic nu indică faptul că lista de factori care pot fi luaţi în considerare într-o analiză a riscului a fost destinată să fie o listă închisă”. Astfel, organul de soluţionare a disputelor tranşează această problemă, stabilind faptul că factorii enumeraţi în art. 5.2 au doar un caracter orientativ, astfel încât apreciem că nimic nu împiedică Membrii să ia în considerare şi alţi factori care pot conduce la o analiză a riscului corespunzătoare.

În aceeaşi cauză, Organul de Apel al OMC a reţinut că în raport cu factorii care sunt susceptibili să fie integraţi în mod valabil într-o analiză a riscului, riscurile care decurg din

[1] (paragraful 123).

dificultăţile de control al conformităţii cu anumite cerinţe, ar putea fi luate în considerare în contextul unei evaluări a riscului, afirmând că: ”ar trebui reamintit faptul că art. 5.2 prevede faptul că în evaluarea riscurilor, Membrii trebuie să ia în considerare în plus faţă de dovezile ştiinţifice disponibile, procedeele şi metodele de producţie pertinente şi metodele de inspectare, eşantionare şi testare pertinente. Observăm, de asemenea, faptul că art. 8 le cere membrilor să respecte prevederile din Anexa C în procedurile de control, inspecţie şi aprobare. Nota de subsol din Anexa C prevede faptul că procedurile de control, inspecţie şi aprobare includ, printre altele şi procedurile de prelevare de probe, testare şi certificare. Considerăm că această exprimare este suficient de amplă pentru a autoriza luarea în considerare a riscurilor ce decurg din nerespectarea cerinţelor bunelor practici veterinare în administrarea de hormoni de stimulare a creşterii, precum şi riscurile care decurg din dificultăţile de control, inspecţie şi punere în aplicare a cerinţelor de bună practică veterinară”.

În aceeaşi cauză, s-a reţinut de către Organul de Apel faptul că ”Acordul MSF impune evaluarea potenţialelor efecte adverse asupra sănătăţii umane care decurg din prezenţa contaminanţilor şi a toxinelor în alimente”. Organul de soluţionare a disputelor din cadrul OMC a stabilit că apreciază că scopul şi obiectul Acordului justifică examinarea şi evaluarea tuturor acestor riscuri asupra sănătăţii umane indiferent de cât de precisă şi imediată este originea lor.

Aşa cum se poate observa, şi interpretarea acestui articol a generat reale probleme în practica OMC. Cu toate acestea, s-a reuşit ca în cazul EC – Hormones să se stabilească anumite principii referitoare la interpretarea dispoziţiilor art. 5.2 din Acord, în sensul aplicării acestui articol în conformitate cu scopul Acordului MSF.

Art. 5.3 din acord

Astfel cum am arătat la începutul prezentei secţiuni, în obligaţia evaluării bazei ştiinţifice pentru aplicarea unor măsuri sanitare sau fitosanitare, se încadrează şi art. 5.3 din Acord, potrivit căruia ”În evaluarea riscurilor pentru viaţa sau sănătatea animalelor sau plantelor şi în stabilirea măsurilor care urmează a fi aplicate pentru realizarea unui nivel corespunzător de protecţie sanitară sau fitosanitară împotriva unui asemenea risc, Membrii vor lua în considerare drept factori economici pertinenţi: paguba potenţială exprimată în pierderi de producţie sau vânzări în cazul pătrunderii, instalării sau răspândirii parazitului sau bolii; cheltuielile cu combaterea sau eradicarea pe teritoriul Membrului importator; şi eficienţa relativă a cheltuielilor ocazionate de alte abordări ale limitării riscurilor”.

Rolul acestui articol este acela de a prezenta care sunt factorii economici pertinenţi care trebuie să fie luaţi în considerare la evaluarea riscului şi la stabilirea nivelului de protecţie prin aplicarea unor măsuri sanitare sau fitosanitare.

După cum se poate observa, art. 5.3 face referire atât la noţiunea de ”evaluare a riscurilor” cât şi la noţiunea de ”nivel corespunzător de protecţie sanitară sau fitosanitară”. Având în vedere modul de reglementare, apreciem că acest articol trebuie coroborat cu celelalte articole analizate mai sus, în scopul de a se realiza o interpretare şi o aplicare corespunzătoare a acestuia.

Este deosebit de important ca articolele referitoare la o anumită obligaţie stabilită prin Acordul MSF să fie analizate şi aplicate ca un întreg, deoarece în caz contrar există posibilitatea unor interpretări eronate care conduc la concluzii greşite din partea Membrilor OMC şi de cele mai multe ori şi de către specialiştii în domeniul siguranţei alimentare.

2.4. Armonizarea

Obligaţia armonizării este reglementată în art. 3 din Acordul MSF.

Potrivit Anexei A, paragraful 2, ”armonizarea reprezintă stabilirea, recunoaşterea şi aplicarea de măsuri sanitare şi fitosanitare comune de către diferiţi Membri”.

La stabilirea, recunoaşterea sau aplicarea de măsuri comune de către diferiţi Membri ai OMC, vor trebui respectate dispoziţiile stabilite pentru armonizare, art. 3.1 care prevede că ” Pentru armonizarea măsurilor sanitare şi fitosanitare pe o bază cât se poate de largă, Membrii îşi vor baza măsurile lor sanitare sau fitosanitare pe standarde, directive sau recomandări internaţionale, în cazul în care acestea există, cu excepţia prevederilor contrare ale prezentului Acord, şi în special a prevederilor paragrafului 3”.

Astfel, art. 3.1 stabileşte ca un mijloc al armonizării adoptarea măsurilor sanitare şi fitosanitare pe standarde, directive şi recomandări, precizările pe care le-am făcut anterior fiind valabile[1].

Art. 3.2 din Acord prevede faptul că acele măsuri care sunt conforme cu standardele, directivele sau recomandările internaţionale vor fi apreciate ca necesare pentru protecţia vieţii şi sănătăţii oamenilor şi animalelor sau pentru protecţia plantelor şi sunt prezumate a fi compatibile cu prevederile Acordului şi cu prevederile GATT 1994. Textul acestui articol reprezintă, în opinia noastră, un pas înainte în recunoaşterea standardelor, directivelor şi recomandărilor elaborate de către organismele internaţionale competente din moment ce Acordul recunoaşte faptul că dacă măsurile sunt adoptate în conformitate cu acestea sunt apreciate ca necesare pentru protecţia vieţii şi sănătăţii oamenilor, animalelor sau pentru protecţia plantelor.

Apreciem că în conformitate cu dispoziţiile articolului mai sus indicat, dacă un stat Membru al OMC adoptă măsuri sanitare sau fitosanitare conforme cu standardele, recomandările şi directivele internaţionale, atunci va fi la adăpost de orice critică adusă pentru impunerea unei atare măsuri.

Cu toate că reglementarea art. 3.2 este destul de clară, Organul de Apel al OMC a fost chemat să stabilească înţelesul noţiunilor de ”bazat pe” şi ”conform cu”, lucru care a fost realizat în cauza EC- Hormoni, când Organismul de Apel a apreciat că ”o măsură care este conformă şi încorporează un standard Codex este, bineînţeles bazată pe acel standard. O măsură bazată pe acelaşi standard poate să nu fie conformă cu standardul atunci când numai unele elemente şi nu toate elementele standardului sunt încorporate în măsura respectivă”[2].

În aceeaşi cauză, Organul de Apel a făcut precizarea că termenii ”bazat pe” şi ”conform cu” sunt folosiţi în articole diferite sau în diferite paragrafe ale aceluiaşi articol şi că interpreţii tratatului nu sunt îndreptăţiţi să presupună că o asemenea utilizare a noţiunilor a fost accidentală şi faptul că un Membru afirmă că o atare utilizare a termenilor este accidentală trebuie să fie în măsură să şi argumenteze cele afirmate. A mai reţinut organul de soluţionare a diferendelor faptul că utilizarea unor noţiuni diferite în locuri diferite ale Acordului a fost deliberată şi că noţiunile sunt concepute pentru a exprima înţelesuri diferite.

Contrar celor afirmate în raportul Grupului, Organul de Apel a apreciat faptul că noţiunile de ”bazat pe” şi ”conform cu” nu sunt sinonime.

2.5. Recunoaşterea reciprocă şi echivalenţa

Recunoaşterea reciprocă şi echivalenţa sunt reglementate în art. 4.1 din Acord, acesta prevăzând faptul că ”Membrii vor accepta măsurile sanitare sau fitosanitare ale altor

---

[1] A se vedea comentariul art. 3.3 din Acord la obligaţia asigurării bazei ştiinţifice.

[2] A se vedea cauza EC – Hormones – AB Report, paragr. 163.

Membri drept echivalente, chiar dacă acestea diferă de propriile lor măsuri sau de cele utilizate de alţi Membri care comercializează acelaşi produs, dacă Membrul exportator demonstrează, în mod obiectiv, Membrului importator că prin măsurile sale se obţine nivelul de protecţie sanitară sau fitosanitară adecvat pentru Membrul importator. În acest scop, Membrului importator i se va permite, la cerere, accesul la inspecţie, testare şi alte proceduri corespunzătoare".

Pentru a se facilita implementarea acestui articol, Comitetul Acordului MSF a adoptat o decizie asupra implementării art. 4 din Acord la data de 26 octombrie 2001, această decizie fiind revizuită la data de 23 iulie 2004.

Această decizie detaliază paşii care trebuie urmaţi de către Statele Membre în vederea aplicării dispoziţiilor prevăzute de Acord cu privire la echivalenţă.

Potrivit dispoziţii paragrafului 2 din Decizia menţionată, în vederea facilitării aplicării art. 4 din Acord, Statul Membru importator ar trebui să explice obiectivul şi raţiunea măsurii sanitare sau fitosanitare şi să identifice în mod clar riscurile asupra cărora măsura adoptată se adresează. Statul Membru importator ar trebui să indice nivelul adecvat de protecţie pe care măsura sanitară sau fitosanitară ar trebui să îl atingă[1].

Acelaşi paragraf stabileşte că Membrul importator ar trebui să transmită Statului Membru exportator şi o copie de pe analiza riscului pe care se bazează măsura sanitară sau fitosanitară sau o justificare tehnică bazată pe un standard, o directivă sau o recomandare internaţională relevantă.

Asupra adoptării acestei decizii de implementare a art. 4 din Acordul MSF, apreciem că este utilă deoarece descrie paşii care trebuie urmaţi pentru a putea pune în aplicare dispoziţiile Acordului referitoare la echivalenţă.

2.6. Coerenţa internă

Această obligaţie este reglementată de art. 5.5 din Acordul MSF, acesta prevăzând faptul că "În cadrul obiectivului de realizare a coerenţei în aplicarea conceptului de nivel adecvat al protecţiei sanitare şi fitosanitare împotriva riscurilor pentru viaţa sau sănătatea oamenilor sau pentru viaţa sau sănătatea animalelor şi plantelor, fiecare Membru va evita diferenţierile arbitrare sau nejustificate între nivelurile pe care le consideră adecvate în diverse situaţii, dacă asemenea diferenţieri au drept rezultat discriminarea sau o restricţie deghizată asupra comerţului internaţional. Membrii vor coopera în cadrul Comitetului în concordanţă cu paragrafele 1,2 şi 3 ale articolului 12, pentru a elabora directive vizând favorizarea aplicării în practică a acestei prevederi. La elaborarea directivelor, Comitetul va lua în considerare toţi factorii pertinenţi, inclusiv caracterul excepţional al riscurilor pentru sănătatea umană la care oamenii se expun de bunăvoie".

Acest articol face referire la necesitatea ca un Membru să evite diferenţierile arbitrare şi nejustificate între nivelurile pe care le consideră adecvate în diverse situaţii, dacă asemenea diferenţieri au ca rezultat discriminarea sau o restricţie deghizată asupra comerţului internaţional. În virtutea acestei reglementări, spre exemplu, un Stat Membru nu va putea impune condiţii suplimentare pentru un produs sau pentru o categorie de produse importate comparativ cu acelaşi produs sau aceeaşi categorie de produse naţionale pe care le comercializează.

În cazul EC Hormones, aflat pe rolul organelor de soluţionare a diferendelor din cadrul OMC s-a reţinut că o plângere de încălcare a acestui articol trebuie să indice prezenţa a

[1] A se vedea paragraful 2 al Deciziei, disponibil în limba engleză la http://www.worldtradelaw.net/misc/spsequivalenceR2.pdf.

trei elemente distincte. Primul element este reprezentat de faptul că un Membru care impune măsura care face obiectul plângerii a adoptat propriile niveluri adecvate de protecţie sanitară împotriva riscurilor asupra vieţii umane sau sănătăţii în situaţii diferite. Al doilea element presupune să fie indicat ca aceste niveluri de protecţie prezintă diferenţe arbitrare sau nejustificate în tratarea unor situaţii diferite, iar al treilea element presupune ca diferenţele arbitrare sau nejustificate au ca rezultat discriminarea sau o restricţie deghizată asupra comerţului internaţional[1].

S-a apreciat că aceste trei elemente sunt cumulative şi pentru a se putea demonstra încălcarea art. 5.5 din Acord trebuie să se facă dovada încălcării a fiecăruia din aceste elemente[2].

În aceeaşi cauză, Organul de Apel a apreciat analizând dispoziţiile art. 5.5 faptul că ”obiectivul stabilit nu este acela de a atinge o coerenţă absolută sau perfectă deoarece guvernele de obicei stabilesc propriile niveluri de protecţie în fiecare caz individual şi cu trecerea timpului, pentru a face faţă diferitelor riscuri în orice moment. Este vorba doar de încercarea de a evita inconsecvenţele arbitrare sau nejustificate”[3].

Într-o altă cauză, s-a apreciat de către Organul de Apel faptul că ”credem că pentru situaţii comparabile în sensul art. 5.5, este suficient pentru aceste situaţii să aibă în comun un risc de intrare, stabilirea sau răspândirea unei boli. Nu este nevoie pentru aceste situaţii să aibă în comun un risc de intrare, stabilire sau răspândire a tuturor bolilor”[4].

Aşadar, în vederea aplicării acestui articol din Acord, Statele Membre trebuie să evite diferenţierile arbitrare şi nejustificate care pot apărea odată cu aplicarea nivelului adecvat de protecţie. Prevederile articolului vor fi încălcate atunci când prin adoptarea unor niveluri de protecţie adecvată se ajunge la discriminare sau la o restricţie nejustificată asupra comerţului internaţional.

Statele Membre trebuie să aibă în vedere şi concluziile la care s-a ajuns ca urmare a soluţionării disputelor de către organele specializate ale OMC. Într-adevăr, jurisprudenţa OMC este deosebit de importantă în înţelegerea noţiunilor şi mai ales în interpretarea şi aplicarea articolelor din Acordul MSF.

2.7. Permisiunea de a efectua măsuri de precauţie

Această obligaţie este reglementată de art. 5.7 din Acord, însă, după cum vom arăta în cele ce urmează, art. 5.7 poate fi analizat doar împreună cu art. 2.2 din Acord, constituind o derogare de la prevederile acestuia.

Aşa cum am arătat când am analizat art. 2.2 din acord, acesta prevede printre altele faptul că ”măsurile sanitare şi fitosanitare trebuie să fie bazate pe principii ştiinţifice şi să fie menţinute numai în baza unor probe ştiinţifice suficiente, cu excepţia celor prevăzute la paragraful 7 al articolului 5”.

Potrivit art. 5.7 din Acord, ” În cazurile în care dovezile ştiinţifice relevante sunt insuficiente, un Membru poate adopta, în mod provizoriu, măsuri sanitare sau fitosanitare pe baza unor informaţii disponibile pertinente, inclusiv cele provenind de la organizaţii internaţionale competente, precum şi decurgând din măsuri sanitare şi fitosanitare aplicate de către alţi Membri. În astfel de situaţii, Membrii se vor strădui să obţină informaţii suplimentare necesare pentru o evaluare mai obiectivă a riscului şi să analizeze măsura sanitară sau fitosanitară, în mod corespunzător, într-o perioadă de timp rezonabilă”.

---

[1] A se vedea cauza EC Hormones, paragraful 214.
[2] Ibidem, paragraful 215.
[3] Paragraful 213.
[4] Australia – măsuri care afectează importul de somon, paragraful 152.

Art. 5.7 din Acord permite Membrilor să adopte măsuri sanitare şi fitosanitare temporare în cazul în care dovezile ştiinţifice relevante sunt insuficiente. Aşadar, art. 5.7 conţine o derogare sau o scutire de la obligativitatea menţinerii măsurilor sanitare şi fitosanitare numai în baza unor probe ştiinţifice suficiente.

În legătură cu natura acestei derogări, în cazul Japonia – măsuri care afectează produsele agricole s-a stabilit că excepţia stabilită în art. 5.7 din Acord reprezintă o derogare calificată, reţinându-se că ”articolul 5.7 funcţionează ca derogare calificată de la obligaţia stabilită în articolul 2.2 de a nu menţine măsuri fără dovezi ştiinţifice evidente. O interpretare prea largă şi flexibilă a acestei obligaţii ar face articolul 5.7 lipsit de înţeles”[1].

În literatura de specialitate s-a spus că ”art. 5.7 stabileşte patru cerinţe care trebuie îndeplinite pentru a adopta sau menţine o măsură sanitară sau fitosanitară temporară”[2]. Aceste patru cerinţe sunt ”cumulative în aplicarea lor: trebuie să fie impusă în considerarea unei situaţii în care dovezile ştiinţifice relevante sunt insuficiente; trebuie adoptate pe baza unor informaţii disponibile pertinente; Statul Membru în cauză se va strădui să obţină informaţii suplimentare necesare pentru o evaluare mai obiectivă a riscului şi Statul Membru în cauză trebuie să analizeze măsura sanitară sau fitosanitară, în mod corespunzător, într-o perioadă de timp rezonabilă”[3].

Referitor la condiţiile stabilite de art. 5.7 din Acord, vom încerca să tratăm aceste condiţii pe scurt cu indicarea principalelor probleme pe care le ridică şi a celor mai relevante cazuri aflate pe rolul organelor de soluţionare a diferendelor din cadrul OMC.

Aşa cum am arătat mai sus, primul element care trebuie analizat este acela al dovezilor ştiinţifice insuficiente. În cazul Japonia – măsuri care afectează importul de mere, Organul de Apel a subliniat faptul că ”conceptele din art. 5.7 trebuie înţelese ca fiind concepte relaţionale. Relevanţa şi suficienţa trebuie înţelese în relaţie cu altceva[4].

Plasând art. 5.7 în contextul art. 5 ca un întreg, Organul de Apel a reţinut faptul că ”aceste elemente contextuale militează în favoarea unei relaţii între prima cerinţă în conformitate cu art. 5.7 şi obligaţia de a efectua o evaluare a riscurilor în conformitate cu art. 5.1: dovezile ştiinţifice relevante vor fi insuficiente în sensul art. 5.7 dacă organismul de dovezi ştiinţifice disponibile nu permite, din punct de vedere cantitativ sau calitativ, performanţa unei evaluări adecvate a riscului cum este prevăzut la art. 5.1 şi este definit în Anexa A la Acordul MSF[5].

Organul de Apel a mai subliniat în aceea şi cauză faptul că ”dovezile ştiinţifice evidente” nu reprezintă acelaşi lucru cu ”incertitudinea ştiinţifică”, deoarece cele două noţiuni nu sunt interschimbabile[6].

Concluzia care se desprinde din consideraţiile Organului de Apel este aceea că art. 5.7 trebuie citit şi interpretat în contextul întregului art. 5 din Acord, deoarece astfel pot fi evitate confuziile legate de terminologie şi se poate facilita interpretarea şi aplicarea corectă a dispoziţiilor sale.

---

[1] A se vedea cazul Japonia – măsuri care afectează produsele agricole, raportul Organului de Apel, paragraful 80.

[2] Ahmed Mahiou, Francis Snyder, *La securite alimentaire. Food Security and Food Safety,* ed. Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2006, p. 734.

[3] Joanne Scott, *The WTO Agreement on Sanitary and Phytosanitary Measures. A Commentary,* ed. Oxford University Press, New York, 2007, p. 111.

[4] *Ibidem, p. 115.*

[5] Japonia – măsuri care afectează importul de mere, raportul Organului de Apel, paragraful 179.

[6] *Ibidem,* paragraful 184.

A doua cerinţă stabilită de art. 5.7 este aceea a întemeierii măsurilor adoptate pe informaţii disponibile pertinente.

S-a apreciat că ”această cerinţă ridică două întrebări: ce este considerat a fi informaţie pertinentă disponibilă şi ce înseamnă să se întemeieze o măsură pe această informaţie care, prin definiţie, este insuficientă sau insuficient de sigură pentru a conta ca o evaluare a riscului cu drepturi depline”[1].

Având în vedere dispoziţiile acordului, apreciem că informaţia pertinentă disponibilă trebuie să se refere la informaţiile care pot fi furnizate de către organismele cu atribuţii în domeniul siguranţei alimentare, precum OMS, FAO, Comisia Codex Alimentarius, OIE şi CIPP (Convenţia Internaţională pentru Protecţia Plantelor).

În acelaşi sens, şi măsurile sanitare şi fitosanitare aplicate de alte State Membre se pot încadra în categoria ”informaţiilor pertinente disponibile”.

În ceea ce priveşte a doua întrebare care se ridică, respectiv ce înseamnă să se întemeieze o măsură pe această informaţie, în literatura de specialitate s-a afirmat că ”având în vedere natura informaţiei, este greu de ştiut ce înseamnă să afirmi că există o relaţie raţională între această informaţie şi măsura temporară în cauză… Cu toate acestea, chiar şi pentru a cere o relaţie puternică şi strânsă între măsură şi informaţia disponibilă pertinentă ar părea problematică având în vedere insuficienţa calitativă sau cantitativă care caracterizează această informaţie.”[2].

A treia cerinţă a art. 5.7 se referă la necesitatea ca Statul Membru în cauză să obţină informaţii suplimentare necesare pentru o evaluare mai obiectivă a riscului.

Aceste informaţii suplimentare care se cer în conformitate cu art. 5.7 sunt, în opinia noastră, acele informaţii care au menirea să stabilească mai mult decât aspecte teoretice asupra unui risc ce se poate ivi, fiind de natură să stabilească în mod cert eventualitatea producerii unui risc. În acelaşi sens s-a pronunţat şi Organul de Apel în cauza Japonia – măsuri care afectează importul de mere, în sensul că Japonia nu a îndeplinit această cerinţă deoarece nu a examinat oportunitatea măsurii în cauză.

Revizuirea măsurii la perioade rezonabile de timp reprezintă a patra cerinţă necesară conform art. 5.7 din Acord.

În cazul Japonia – măsuri care afectează importul de produse agricole, Organul de Apel a reţinut faptul că ”… în opinia noastră, semnificaţia noţiunii de ”perioadă rezonabilă de timp” trebuie stabilită de la caz la caz şi depinde de circumstanţele specifice ale fiecărui caz, inclusiv dificultatea de a obţine informaţii suplimentare necesare pentru revizuire şi caracteristicile măsurii sanitare sau fitosanitare temporare[3].

În cazul mai sus menţionat, atât în raportul Grupului cât şi în raportul Organului de Apel s-a reţinut că Japonia nu a respectat această cerinţă impusă de art. 5.7 din Acord nu a fost îndeplinită deoarece nu s-a respectat ”perioada rezonabilă de timp”. Grupul a apreciat în raportul său faptul că informaţia necesară suplimentară ar fi fost destul de uşor de colectat, aspect reţinut şi de către Organul de Apel[4].

Cu privire la principiul precauţiei, ”alte baze probabile pentru precauţie există în limbajul şi contextul Acordului, spre exemplu art. 2.1, 3.3 şi Anexa C”[5].

---

[1] Joanne Scott, op cit p. 120.

[2] *Ibidem,* op cit p. 121-122.

[3] A se vedea cazul Japonia – măsuri care afectează importul de produse agricole, Raportul Organului de Apel, paragraful 93.

[4] *Ibidem*.

[5] Marsha A. Echols, *Food Safety and the WTO. The interplay of culture, science and technology,* ed. Kluwer Law International, London, The Hague, New York, 2001, p. 113.

În cazul EC – Hormoni, Organul a Apel al OMC a fost confruntat cu întrebarea naturii principiului precauţiei din prisma dreptului internaţional. Cu această ocazie, Organul de Apel a precizat faptul că statutul principiului precauţiei în dreptul internaţional continuă să fie obiectul dezbaterilor de către academicieni, practicieni ai dreptului, autorităţi de reglementare şi judecători. Principiul precauţiei este considerat de unii ca fiind cristalizat într-un principiu general al dreptului internaţional cutumiar al mediului… Organul de Apel a apreciat asupra faptului că nu este necesar şi este probabil imprudent să adopte o poziţie asupra acestei chestiuni importante, dar abstracte[1].

În concluzie, Organul de Apel a apreciat faptul că ”principiul precauţiei nu derogă de la prevederile art. 5.1 şi 5.2 din Acordul MSF”[2].

2.8. Cerinţe de notificare şi transparenţă

Art. 7 din Acord şi Anexa B stabilesc cerinţele de notificare şi transparenţă. Articolul 7 conţine o dispoziţie de trimitere la Anexa B a Acordului, prevăzând faptul că ”Membrii vor notifica modificările aduse măsurilor lor sanitare sau fitosanitare şi vor prezenta informaţii asupra măsurilor lor sanitare sau fitosanitare conform prevederilor Anexei B”.

Anexa B stabileşte procedura transparenţei reglementărilor sanitare şi fitosanitare, reglementând publicarea reglementărilor, procedurile de notificare dar şi existenţa unor puncte de informare în fiecare Stat Membru.

În ceea ce priveşte publicarea reglementărilor, Anexa B stabileşte că toate reglementările sanitare şi fitosanitare adoptate vor fi publicate astfel încât să se permită membrilor interesaţi să ia cunoştinţă de ele. Între momentul publicării şi momentul intrării în vigoare a reglementărilor sanitare şi fitosanitare trebuie să treacă o perioadă de timp astfel încât producătorii din Statele Membre exportatoare şi din Statele Membre în curs de dezvoltare să aibă timp pentru a-şi adapta produsele şi metodele de producţie în conformitate cu cerinţele Statului Membru importator. De la această regulă este prevăzută şi o excepţie în ceea ce priveşte perioada de timp care trebuie să treacă între momentul publicării şi momentul intrării în vigoare, excepţie care se aplică acelor cazuri urgente.

Cu toate că Anexa B nu stabileşte înţelesul noţiunii de ”caz urgent” şi nici nu dă vreun exemplu în acest sens, în opinia noastră, cazurile urgente la care face referire paragraful 2 din Anexa B sunt acele cazuri în care dacă s-ar acorda ”intervalul rezonabil de timp între publicarea reglementărilor sanitare şi fitosanitare şi intrarea lor în vigoare”, s-ar cauza Statului Membru care adoptă norma sanitară sau fitosanitară un prejudiciu.

Cu toate că reglementarea paragrafului 2 din Anexa B este clară, apreciem că aceasta nu este completă deoarece nu se prevede în nicio dispoziţie din Anexă unde trebuie făcută publicarea, care este intervalul rezonabil de timp care trebuie acordat între publicarea unei reglementări şi intrarea sa în vigoare şi nu în ultimul rând care cazuri se pot încadra în categoria excepţiilor despre care se face vorbire, de fapt definirea cazurilor urgente deoarece în lipsa unor dispoziţii clare există posibilitatea ca Statele Membre să acţioneze ca şi când ar fi în prezenţa unor situaţii excepţionale cu toate că situaţia ivită nu este atât de delicată încât să justifice neacordarea intervalului de timp rezonabil între publicarea reglementării şi punerea în aplicare a acesteia.

În ceea ce priveşte punctele de informare, Anexa B stabileşte faptul că în fiecare Stat Membru trebuie să existe un punct de informare care trebuie să aibă responsabilitatea furnizării răspunsurilor la întrebările rezonabile ale Membrilor interesaţi şi furnizarea de

---

[1] pentru detalii, a se vedea EC hormoni – raportul Organului de Apel, paragrafele 123, 124.
[2] Ibidem, paragraful 125.

documente pertinente. Categoriile de documente care pot fi furnizate prin intermediul punctelor de informare sunt enumerate în paragraful 3 lit. a)- d) ale Anexei B din Acordul MSF[1].

În ceea ce priveşte procedurile de notificare, paragraful 5 din Anexa B prevede că în cazul în care nu există un standard, o directivă sau o recomandare internaţională nu există sau conţinutul unei reglementări sanitare sau fitosanitare propuse nu este acelaşi cu conţinutul unui standard, directivă sau recomandare şi dacă reglementarea poate avea un efect semnificativ asupra comerţului altor Membri, se va proceda în felul următor: se va publica un anunţ într-o fază timpurie pentru a da posibilitatea membrilor să ia cunoştinţă de propunerea privitoare la introducerea unei anumite reglementări [lit. a)].

Prin intermediul Secretariatului se vor notifica ceilalţi membri cu privire la obiectul reglementării, împreună cu o descriere a obiectivului şi a motivaţiei reglementării propuse. Această notificare se va face de asemenea într-o fază timpurie pentru a exista posibilitatea introducerii de amendamente şi posibilitatea luării în considerare a unor eventuale comentarii asupra proiectului reglementării [lit. b)].

La cererea Membrilor, se vor furniza copii ale reglementărilor propuse şi în măsura în care este posibil se vor identifica elementele de diferenţă de fond dintre proiectul de reglementare şi standardele, directivele sau recomandările internaţionale [lit. c)].

Pentru a se putea face comentarii în scris de către alţi Membri, trebuie acordată o perioadă de timp rezonabilă, iar la cererea Membrilor interesaţi aceste comentarii vor fi discutate şi dacă se impune, comentariile şi rezultatele discuţiilor vor fi luate în considerare [lit. d)].

Cu toate că paragraful 5 din Anexa B stabileşte o procedură foarte importantă şi descrie paşii care trebuie urmaţi în procedura notificării, nu defineşte anumiţi termeni precum: ”într-o fază timpurie”, ”perioadă de timp rezonabilă” sau unde se va publica anunţul privitor la intenţia de a introduce o nouă reglementare.

Aşa cum am precizat şi cu alte ocazii, apreciem că aceste reglementări care nu conţin dispoziţii clare şi termene precis stabilite pot da naştere multor interpretări, din moment ce fiecare Membru este liber să aprecieze asupra celor reglementate.

Paragraful 6 al Anexei B stabileşte excepţiile de la procedura prevăzută în paragraful 5, excepţiile intervenind ori de câte ori apar sau ameninţă să apară probleme urgente de protecţie a sănătăţii, caz în care vor fi ”evitaţi” anumiţi paşi stabiliţi de paragraful 5. Cu toate acestea, Statul Membru va fi obligat să notifice imediat altor Membri prin intermediul Secretariatului reglementarea şi obiectul acesteia împreună cu o scurtă descriere a obiectivului şi a motivaţiei reglementării, inclusiv natura problemelor urgente [lit. a)]. La cerere, se vor prezenta copii ale reglementărilor altor Membri [lit. b)]. Lit. c) a paragrafului 6 stabileşte obligaţia Statului care doreşte să introducă reglementarea să permită altor Membri să efectueze comentarii scrise, să discute, la cerere, acele comentarii şi să ia în considerare comentariile şi rezultatele discuţiilor.

---

[1] (a) orice reglementare sanitară sau fitosanitară adoptată sau propusă pe teritoriul său;

(b) orice proceduri de control şi inspectare, orice regim de producţie şi de carantină şi orice proceduri de aprobare a toleranţei privind pesticidele şi aditivii alimentari, aplicate pe teritoriul său;

(c) procedurile de evaluare a riscului, factorii luaţi în considerare, precum şi stabilirea nivelului adecvat de protecţie sanitară şi fitosanitară;

(d) apartenenţa sau participarea Membrului sau a organelor competente de pe teritoriul său, la organizaţiile şi sistemele sanitare şi fitosanitare internaţionale şi regionale, precum şi la acorduri şi aranjamente bilaterale şi multilaterale care au legătură cu prezentul Acord, şi textele acestor acorduri şi aranjamente.

Între paragraful 5 şi paragraful 6 care reprezintă excepţia de la paragraful 5 şi se aplică în caz de urgenţe când paşii prevăzuţi la paragraful 5 ar necesita mai mult timp, nu există diferenţe majore de reglementare. Paragrafului 6 îi lipseşte prima etapă a paragrafului 5, iar notificarea prevăzută la lit. a) trebuie să se facă ”imediat”. Şi în legătură cu noţiunile prezentate în paragraful 6 avem aceleaşi nelămuriri, acestea nefiind stabilite în mod clar prin prevederea unor termene pe care Statele Membre să le aibă în vedere.

În practica OMC s-a făcut o interpretare a notei de subsol a paragrafului 1 care prevede că reglementările care trebuie publicate constau în ”măsuri sanitare şi fito-sanitare cum ar fi legi, decrete sau ordonanţe cu aplicare generală”. Această reglementare a fost interpretată în următorul mod: ”în niciun caz modul de reglementare al acestui paragraf prevede că o astfel de acţiune este obligatorie sau impusă prin lege”.

În acelaşi sens, s-a apreciat că ”acest context indică faptul că o măsură guvernamentală care nu este obligatorie este de asemenea obiect al dispoziţiilor OMC…[1]”.

Acknowledgments. This work was cofinanced from the European Social Fund through Sectorial Operational Programme Human Resources Development 2007-2013, project number POSDRU/ CPP107/DMI 1.5/S/77082, “Doctoral Scholarships for eco-economy and bio-economic complex training to ensure the food and feed safety and security of anthropogenic ecosystems"

Bibliografie

Literatură de specialitate:

1. Alemanno, A, Trade în food. Regulatory and judicial approaches în the EC and the WTO, ed. Cameron May, London, 2007
2. Echols, MA, Food Safety and the WTO. The interplay of culture, science and technology, ed. Kluwer Law International, London, The Hague, New York, 2001
3. Recuerda Girela, MA, Tratado de Derecho Alimentario, ED. Aranzadi, Madrid, 2011
4. Mahiou, A, Snyder, F, La securite alimentaire. Food Security and Food Safety, ed. Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2006
5. Scott, J., The WTO Agreement on Sanitary and Phytosanitary Measures. A Commentary, ed. Oxford University Press, New York, 2007

Cazuri soluţionate în cadrul Organizaţiei Mondiale a Comerţului

1. Cazul Australia - Măsuri care afectează importul de somon- WT/DS18/AB/R, 20 octombrie 1998, paragraful 194
2. cazul Japonia - măsuri care afectează importul de mere (– WT/DS245/AB/R, din 26 noiembrie 2003)
3. cazul EC Hormones

Site-uri:

http://www.worldtradelaw.net/misc/spsequivalenceR2.pdf

[1] A se vedea Japonia – măsuri care afectează importul de mere, Raportul Organului de Apel, paragraful 105).

Scurte considerații asupra organizării şi funcționării Codex Alimentarius

Petruța-Elena ***ISPAS****

Abstract: *Prin prezentul studiu vom aborda organizarea şi funcţionarea Codex alimentarius sau Codul alimentar. Codex alimentarius reprezintă un program mixt dezvoltat de către Organizaţia Naţiunilor Unite pentru Alimentaţie şi Agricultură (FAO) împreună cu Organizaţia Mondială a Sănătăţii (OMS). Codex Alimentarius este rezultatul unui îndelungat proces evolutiv ce implică o mare parte a comunităţii globale. Persoane reprezentând diferite discipline şi interese au fost implicate în acest proces de evoluţie, pentru a se ajunge la "Codul alimentar" care, de fapt, reprezintă o colecţie de standarde, coduri de practică, orientări şi recomandări, unele dintre acestea fiind formulate în termeni generali în timp ce unele sunt formulate în termeni specifici. Unele dispoziţii au în vedere anumite cerinţe detaliate referitoare la un produs alimentar sau la un grup de produse alimentare, în timp ce alte dispoziţii sunt referitoare la gestionarea şi funcţionarea proceselor de producţie sau a operaţiunilor sistemelor guvernamentale de reglementare pentru siguranţa alimentară şi protecţia consumatorilor. Pentru a contribui la crearea standardelor, în cadrul Codex alimentarius sunt constituite comisii şi comitete, însă cel în prezentul articol vom trata pe larg atribuţiile şi funcţionarea Comisiei Codex alimentarius care, aşa cum vom vedea, desfăşoară activităţi deosebit de importante în elaborarea standardelor Codex. De asemenea, vom expune particularităţile comitetelor care funcţionează la nivelul Codex, cu arătarea celor mai importante activităţi desfăşurate. Standardele Codex au căpătat o importanţă mai mare odată cu adoptarea Acordului privind aplicarea măsurilor sanitare şi fitosanitare, deoarece dispoziţiile Acordului fac referire expresă la standardele adoptate în cadrul programului mixt Codex alimentarius.*

Cuvinte cheie: *Codex alimentarius, standarde internaţionale, elaborarea standardelor internaţionale, procedură uniformă, procedură uniformă accelerată*

1. Codex Alimentarius

În ultimii ani, s-a făcut simţită prezenţa interesului dezvoltării şi aplicării unor standarde de calitate în ceea ce priveşte siguranţa pentru produsele alimentare.

Societăţile private şi organizaţiile neguvernamentale au stabilit progresiv standarde pentru siguranţa produselor alimentare, calitatea, aspectele de mediu şi sociale ale producţiei agroalimentare[1].

Evoluţia standardelor privind produsele alimentare a ridicat numeroase întrebări în legătură cu rolul instituţiilor publice şi private cu rol în reglementarea siguranţei pentru

* Asist. Univ. Drd., Universitatea Titu Maiorescu, Facultatea de Drept.

[1] Pentru detalii, a se vedea L. Busch, D. Thiagarajan, M. Hatanaka, C. Bain, L. Flores şi M. Frahm, *The relationship of third-party certification to sanitary and phytosanitary measures and the international agri-food trade: final report,* USAID, Washington DC, 2005.

aceste produse alimentare[1]. Au ieşit în evidenţă preocupările legate de legitimitatea modurilor particulare de reglementare în cazul în care reglementările publice au reprezentat instituţia dominantă de reglementare. Reglementărilor private li s-a adus acuzaţia că acestea nu sunt bazate pe risc şi că nu reuşesc să adere la normele democratice de bază[2].

În contextul global, creşterea standardelor private a fost văzută ca o provocare faţă de poziţia instituţiilor internaţionale care stabilesc regulile pentru promulgarea reglementărilor publice privind siguranţa alimentară, în special Organizaţia Mondială a Comerţului şi Comisia Codex Alimentarius[3].

În acest context, ce reprezintă Codex Alimentarius? Care este natura juridică a acestuia? Care este forţa juridică a documentelor elaborate în cadrul Codex Alimentarius? Sunt obligatorii normele adoptate de către Codex?

Codex Alimentarius este rezultatul unui îndelungat proces evolutiv ce implică o mare parte a comunităţii globale. Persoane reprezentând diferite discipline şi interese au fost implicate în acest proces de evoluţie, pentru a se ajunge la ”Codul alimentar” care, de fapt, reprezintă o colecţie de standarde, coduri de practică, orientări şi recomandări, unele dintre acestea fiind formulate în termeni generali în timp ce unele sunt formulate în termeni specifici. Unele dispoziţii au în vedere anumite cerinţe detaliate referitoare la un produs alimentar sau la un grup de produse alimentare, în timp ce alte dispoziţii sunt referitoare la gestionarea şi funcţionarea proceselor de producţie sau a operaţiunilor sistemelor guvernamentale de reglementare pentru siguranţa alimentară şi protecţia consumatorilor[4].

De obicei, standardele Codex se referă la caracteristicile unui produs, putându-se ocupa de toate caracteristicile reglementate de către guverne relative la produs, sau se poate ocupa doar de o caracteristică anume a unui produs. Spre exemplu, limitele reziduale maxim admise pentru reziduurile din pesticide sau medicamente de uz veterinar în produsele alimentare se ocupă de o singură caracteristică a unui produs. Există, aşa cum am arătat şi standarde generale Codex pentru aditivii alimentari, contaminanţi şi toxine în alimente, aceste standarde cuprinzând atât reglementări generale cât şi dispoziţii specifice.

Aşa cum s-a arătat în doctrina de specialitate, calitatea alimentelor şi standardele de siguranţă sunt de obicei referitoare la următoarele aspecte care interesează siguranţa pentru produsele alimentare: protecţia consumatorului împotriva pericolelor şi fraudelor, asigurarea calităţii, igiena produselor alimentare, aditivi alimentari şi arome, contaminanţi, ambalare, iradiere, produse alimentare ecologice, produse modificate genetic şi alimente noi[5].

Codex defineşte, spre exemplu, atât normele cu privire la metodele de analiză şi prelevare de probe pentru medicamente de uz veterinar în produsele alimentare,

---

[1] Vezi SJ Henson, JA Caswell, *Food safety regulation: an overview of contemporary issues,* Food policy, 1999, p. 589-603.

[2] D. Fucks, A. Kalfagianni, *The democratic legitimacy of private authority în the food chain, 2010, citat în The challenges of global business authority: democratic renewal, stalemate or decay?* Ed. State University of New York Press, New York.

[3] A se vedea SJ Henson, *The role of public and private standards în regulating international food markets,* Journal of International Agricultural Trade an Development 4(1) 52-66, 2007.

[4] Pentru detalii, a se vedea Undestanding Codex, varianta disponibilă în limba engleză, p. 12 şi urm.

[5] M. Will, D. Guenther, Food Quality and Safety Standards, ed. Deutsche Gesellschaft fuer Technische Zusammenarbeil, Eschborn, 2007.

defineşte normele cu privire la caracteristicile produselor, dar şi modul în care aceste norme ar trebui să fie puse în aplicare, prin intermediul unor proceduri de testare[1].

Standardul general al Codex pentru etichetarea alimentelor preambalate este aplicabil tuturor alimentelor care intră în această categorie. Având în vedere că aceste standarde se referă la caracteristicile unui produs, vor putea fi aplicate ori de câte ori produsele sunt comercializate[2]. Metodele de analiză şi prelevare de probe, inclusiv cele pentru contaminanţi şi reziduuri de pesticide şi de uz veterinar în produsele alimentare sunt considerate standarde Codex.

Codurile de practică, inclusiv cele de igienă sunt considerate esenţiale pentru asigurarea securităţii alimentelor pentru consum. Acestea definesc producţia, prelucrarea, fabricarea, practicile legate de transport şi depozitare pentru alimente individuale sau pentru un grup de alimente. Pentru igiena produselor alimentare, textul de bază este reprezentat de Principiile generale ale igienei alimentare, prin care se introduce utilizarea sistemului HACCP- Analiza riscurilor şi a punctelor critice de control. Acest sistem se referă la managementul siguranţei pentru produsele alimentare.

Codex a elaborat şi un cod de bune practici privind controlul utilizării medicamentelor de uz veterinar, acest cod cuprinzând orientări generale în acest domeniu.

Orientările Codex se împart în două categorii: principii care stabilesc politicile de urmat în anumite domenii cheie, precum şi orientări pentru interpretarea acestor principii sau pentru interpretarea standardelor generale ale Codex. În cazul aditivilor alimentari, contaminanţilor, igienei alimentare şi igienei cărnii, principiile de bază care guvernează aceste aspecte sunt constituite în standarde relevante şi coduri de practică[3].

Există şi anumite principii care nu au o existenţă de sine stătătoare în următoarele arii: adăugarea de nutrienţi esenţiali în produsele alimentare, analiza riscurilor mâncărurilor derivate din biotehnologia modernă, stabilirea şi aplicarea criteriilor microbiologice pentru produsele alimentare, inspecţia şi certificarea alimentelor importate sau exportate[4].

Orientările interpretative includ aspectele legate de etichetarea produselor alimentare, în special în ceea ce priveşte afirmaţiile scrise pe etichetă. În această categorie sunt incluse liniile directoare referitoare la menţiunile nutriţionale şi de sănătate, condiţiile de producţie, comercializare şi etichetare pentru alimentele ecologice[5].

Aceste reguli elaborate în cadrul Codex Alimentarius nu au o forţa juridică directă, ci sunt recomandări adresate guvernelor în primul rând pentru a le îndruma pe acestea în procesul de legiferare propriu. Implicaţiile juridice ale recomandărilor Codex se află în Acordul SPS[6]. Acordul privind aplicarea măsurilor sanitare şi fitosanitare va fi analizat în secţiunea următoare, unde se va face şi legătura dintre recomandările/standardele Codex şi Acord.

Creşterea rapidă a standardelor private de siguranţă alimentară se pare că a trimis unde de şoc către cei care elaborează politicile publice, în special cele implicate în

---

[1] Bernd van der Meulen, *Private food law,* ed. Wageningen Academic Publishers, The Netherlands, 2011.

[2] Understanding Codex, p. 18.

[3] *Ibidem,* p. 18.

[4] *Ibidem,* p. 18.

[5] Pentru detalii vezi www.codexalimentarius.org şi Understanding Codex, p. 18.

[6] Pentru detalii, a se vedea Private food law, Bernd van der Meulen.

stabilirea de standarde internaţionale prin intermediul unor organizaţii cum ar fi Codex sau OMC[1].

Codex Alimentarius dispune de următoarea structură organizatorică, cu ajutorul căreia reuşeşte să îşi atingă scopul: Comisia Codex Alimentarius, Comitetul Executiv al Comisiei Codex Alimentarius, Comitetul Codex pentru contaminanţii alimentari (CCCF), Comitetul Codex pentru aditivii alimentari (CCFA), Comitetul Codex pentru igiena alimentelor (CCFH), Comitetul Codex pentru sistemul de inspecţie şi certificare a importurilor şi exporturilor de alimente (CCFICS), Comitetul Codex pentru etichetarea alimentelor (CCFL), Comitetul Codex pentru principiile generale (CCGP), Comitetul Codex privind metodele de analiză şi prelevare de probe (CCMAS), Comitetul Codex privind alimentaţia şi alimentele destinate unor utilizări speciale dietetice (CCNFSDU), Comitetul Codex privind reziduurile din pesticide (CCPR) şi Comitetul Codex privind reziduurile de medicamente de uz veterinar în alimente (CCRVDF).

Pe lângă Comisia Codex Alimentarius şi Comitetele enumerate mai sus, la nivelul Codex Alimentarius mai funcţionează şi alte Comitete precum: Comitetul Codex privind peştele şi produsele din peşte, Comitetul Codex privind fructele proaspete şi legumele, Comitetul Codex privind grăsimile şi uleiurile, Comitetul Codex privind fructele şi legumele procesate, Comitetul Codex privind zaharurile.

În categoria grupurilor de lucru interguvernamentale ad-hoc se numără Grupul de lucru interguvernamental ad-hoc privind hrana animalelor.

La nivelul Codex funcţionează, de asemenea, următoarele comitete de coordonare FAO/WHO în următoarele regiuni: Comitetul de coordonare pentru Africa, Asia, Europa, America Latină şi Caraibe, pentru America de Nord şi Pacificul de sud-vest şi pentru Orientul apropiat.

În cele ce urmează, vom prezenta pe scurt acele Comitete Codex care desfăşoară cele mai importante activităţi în domeniul siguranţei pentru produsele alimentare.

CCCF[2] are stabilite ca atribuţii stabilirea sau aprobarea nivelurilor maxime permise sau niveluri orientative pentru contaminanţi şi produse toxice care apar în mod natural în produsele alimentare şi hrana pentru animale, întocmirea unor liste prioritare de contaminanţi şi toxine care apar în mod natural pentru a se efectua evaluarea riscului de către Comitetul mixt de experţi FAO/WHO pentru aditivii alimentari, să ia în considerare metodele de analiză şi de prelevare de probe pentru determinarea contaminanţilor şi a toxinelor care apar în mod natural în alimente şi în hrana pentru animale, să examineze şi să elaboreze standarde şi coduri de bună practică pentru subiectele conexe, precum şi să ia în considerare orice alte aspecte atribuite de către Comisia Codex Alimentarius în legătură cu contaminanţii şi toxinele care apar în mod natural în alimente şi în hrana pentru animale.

CCFA[3] are drept atribuţii stabilirea sau aprobarea nivelurilor maxime permise pentru aditivii alimentari individuali, întocmirea de liste prioritare de aditivi alimentari pentru evaluarea riscului de către Comitetul mixt de experţi FAO/WHO pentru aditivii alimentari, să recomande specificaţiile de identitate şi puritate pentru aditivii alimentari în vederea adoptării de către Comisie, să ia în considerare metodele de analiză pentru determinarea aditivilor din alimente şi, de asemenea, să elaboreze standarde sau coduri pentru subiecte conexe, precum etichetarea aditivilor alimentari.

---

[1] *Ibidem.*

[2] pentru detalii, a se vedea http://www.codexalimentarius.org/committees-and-task-forces/en/?provide=committeeDetail&idList=39.

[3] http://www.codexalimentarius.org/committees-and-task-forces/en/?provide=committeeDetail&idList=9.

CCFH[1] are drept principale atribuţii elaborarea dispoziţiilor de bază privind igiena produselor alimentare, să ia în considerare, să modifice şi să aprobe dispoziţiile privind igiena alimentelor, să elaboreze dispoziţii privind igiena produselor alimentare aplicabile unui produs alimentar anume sau unui grup de alimente, să aibă în vedere problemele specifice de igienă alimentară date de Comisiei în sarcina sa, să sugereze şi să dea prioritate domeniilor în care este necesară o evaluare a riscului microbiologic la nivel internaţional.

CCFICS[2] are ca atribuţii elaborarea de principii şi orientări pentru sistemele de inspecţie şi certificare a alimentelor importate şi exportate, cu scopul de a armoniza metodele şi procedurile care protejează sănătatea consumatorilor, asigură practici corecte de comerţ şi facilitează comerţul internaţional cu produse alimentare. O altă atribuţie care cade în sarcina acestui Comitet este aceea de a elabora principii şi orientări pentru punerea în aplicare a măsurilor de către autorităţile competente ale ţărilor importatoare şi exportatoare pentru a oferi o asigurare în cazul în care este necesar ca produsele alimentare să respecte anumite cerinţe legale, în special a cerinţelor de sănătate, elaborarea de orientări pentru utilizarea, atunci când este necesar, a sistemelor de asigurare a calităţii pentru a se asigura că produsele alimentare sunt conforme cu cerinţele şi pentru a promova recunoaşterea acestor sisteme pentru a facilita comerţul cu alimente în cadrul acordurilor bilaterale sau multilaterale, precum şi să ia în considerare orice alte aspecte care îi sunt încredinţate de către, în ceea ce priveşte sistemul de inspecţie şi certificare a alimentelor.

CCFL[3] are drept principale atribuţii elaborarea dispoziţiilor privind etichetarea aplicabile tuturor produselor alimentare. În al doilea rând, trebuie să aibă în vedere, să modifice şi să aprobe proiectele de dispoziţii specifice privind etichetarea, întocmite de Comitetele Codex de elaborare a standardelor, să studieze problemele specifice legate de etichetare încredinţate de către Comisia Codex Alimentarius şi să analizeze problemele legate de publicitatea alimentelor, în special cu referire la descrierile înşelătoare ale produselor.

2. Comisia Codex Alimentarius

Comisia Codex Alimentarius a luat naştere ca urmare a rezoluţiilor adoptate în comun la Conferinţa FAO, aflată la a unsprezecea sa sesiune, în anul 1961 şi la Adunarea Mondială a Sănătăţii a OMS, în anul 1963, aprobându-se în acest sens crearea Programului mixt FAO/OMS privind standardele alimentare şi adoptarea statutului Codex[4].

Cele două organisme (FAO şi OMS) au adoptat de asemenea Statutul şi Regulile de procedură ale Comisiei Codex alimentarius[5].

În ceea ce priveşte membrii Comisiei Codex Alimentarius, poate fi membru în Programul comun FAO/OMS Comisia Codex Alimentarius orice stat membru sau membru asociat al FAO şi/sau OMS. Potrivit Regulamentului de procedură al Comisiei Codex, fiecare membru al Comisiei trebuie să comunice Directorului General al FAO

---

[1] http://www.codexalimentarius.org/committees-and-task-forces/en/?provide=committeeDetail&idList=10.

[2] http://www.codexalimentarius.org/committees-and-task-forces/en/?provide=committeeDetail&idList=5.

[3] http://www.codexalimentarius.org/committees-and-task-forces/en/?provide=committeeDetail&idList=7.

[4] A se vedea Ahmed Mahiou, Francis Snyder, *La securite alimentaire. Food security and food safety,* ed. Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2006, p. 460.

[5] A se vedeaWorld Health Organization, Food and Agriculture Organization of the United Nations, *Understanding The Codex Alimentarius,* Rome, 2006.

sau Directorului General al OMS numele reprezentatului sau, dacă este cazul, alţi membri ai delegaţiei înainte de deschiderea fiecărei sesiuni a Comisiei Codex[1].

Potrivit art. 1 din Statutul Comisiei Codex alimentarius, ”Comisia va avea obligaţia de a înainta propuneri către şi de a consulta Directorii Generali ai FAO şi ai OMS, în toate problemele legate de implementarea programului comun FAO/OMS pentru Standardele alimentelor, scopul căruia îl constituie: a) protecţia sănătăţii consumatorilor şi asigurarea practicilor loiale în comerţul cu alimente; b) promovarea coordonării activităţii tuturor standardelor alimentare întreprinse de organizaţiile internaţionale guvernamentale şi neguvernamentale; c) stabilirea priorităţilor, precum şi iniţierea şi ghidarea pregătirii standardelor de proiect prin intermediul şi cu ajutorul organizaţiilor corespunzătoare; d) definitivarea standardelor elaborate în temeiul punctului c) de mai sus şi, după aprobarea de către guverne, publicarea lor într-un Codex Alimentarius, fie în calitate de standarde regionale, fie mondiale, împreună cu standardele internaţionale definitivate deja de alte organe, în temeiul punctului b) de mai sus, oriunde acest lucru e realizabil; e) rectificarea standardelor publicate după o examinare corespunzătoare prin prisma dezvoltărilor”[2].

Aşa cum reiese din reglementarea art. 1 din Statutul Comisiei Codex Alimentarius, principalele atribuţii stabilite în sarcina acesteia sunt acelea de a proteja sănătatea consumatorilor, de a promova coordonarea activităţii tuturor standardelor alimentare, de a stabili prioritățile în acest domeniu, dar şi publicarea standardelor într-un Codex, fie ca standarde regionale, fie ca standarde mondiale. Aşa cum se poate observa, chiar din primul articol al Statutului Comisiei Codex Alimentarius reiese că această Comisie răspunde unei duble exigenţe, sanitară şi comercială, Comisia situându-se astfel la ”intersecţia … dintre OMS şi sistemul Naţiunilor Unite”[3].

În ceea ce priveşte şedinţele Comisiei Codex Alimentarius, potrivit Statutului Comisiei, acestea se ţin anual, fie la sediul FAO, fie la sediul OMS. Data organizării şedinţelor va fi adusă la cunoştinţa membrilor cu cel puţin două luni înainte de data desfăşurării acesteia. Statutul prevede şi posibilitatea organizării unor şedinţe suplimentare în cazul în care Directorii generali ai FAO şi ai OMS, în urma consultării cu Preşedintele Comitetului executiv, hotărăsc asupra oportunităţii unei asemenea şedinţe. La şedinţele Comisiei, fiecare membru va desemna un reprezentant, reprezentant care va putea fi însoţit de unul sau mai mulţi supleanţi şi/sau consilieri[4].

În ceea ce priveşte ordinea de zi a şedinţelor Comisiei Codex Alimentarius, Statutul Comisiei stabileşte că aceasta este pregătită de către Directorii Generali ai FAO şi ai OMS, după consultarea Preşedintelui Comisiei sau a Comitetului Executiv. Ordinea de zi este adusă la cunoştinţa membrilor cu cel puţin două luni înainte de deschiderea şedinţei[5].

---

[1] Codex Alimentarius Commission, Procedural Manual, Twentieth edition, World Health Organization, Food and Agriculture Organization of the United Nations, Rome, 2011.

[2] A se vedea Ahmed Mahiou, Francis Snyder, *LA securite alimentaire, Food security and Food safety,* ed. Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2006, *op. cit.* p. 460-461.

[3] *Ibidem, p. 461*.

[4] A se vedea Statutul Comisiei Codex alimentarius.

[5] Ibidem.

Comisia Codex Alimentarius elaborează norme internaţionale, coduri de bune practici, orientări şi texte care tratează siguranţa şi calitatea alimentelor care circulă în comerţul alimentar internaţional[1]

Ca şi alte aspecte ale lucrărilor Comisiei Codex Alimentarius, procedura elaborării standardelor şi a celorlalte lucrări care cad în sarcina sa sunt bine definite, deschise şi transparente[2].

Elaborarea normelor poate urma două tipuri de proceduri şi anume: procedura uniformă şi procedura uniformă accelerată.

Procedura uniformă de adoptare a normelor de către Comisia Codex Alimentarius presupune parcurgerea a opt paşi.

Primul pas constă în luarea deciziei de a elabora o normă şi desemnarea unui organism subsidiar care să se ocupe de aceasta. Al doilea pas în elaborarea unei norme de către Secretariatul în cadrul procedurii uniforme presupune întocmirea unui proiect de normă/standard, după primirea consilierii din partea Reuniunii Comune privind reziduurile de pesticide sau din partea Comitetului Mixt de Experţi în Aditivi alimentari, în funcţie de problema în cauză[3]. Al treilea pas de urmat în cadrul acestei proceduri de elaborare a standardelor şi a celorlalte norme de către Comisie, este acela al transmiterii proiectului de standard/ normă către membrii comisiei şi alte organizaţii internaţionale interesate în vederea formulării de comentarii în toate aspectele legate de standardul sau norma respectivă, inclusiv asupra posibilelor implicaţii ale proiectului de standard/normă asupra intereselor lor economice. Următorii doi paşi în adoptarea standardelor/ normelor constau în primirea comentariilor de către organismul subsidiar însărcinat cu elaborarea normei a comentariilor făcute de către membrii Comisiei Codex Alimentarius şi prezentarea proiectului de normă Comisiei care trebuie să ţină seama la aprobarea normei de comentariile făcute de către membri sau de către organizaţiile interesate. Pasul şase constă în retransmiterea proiectului de normă astfel cum a fost modificat după comentariile membrilor Comisiei, în vederea formulării unor eventuale noi comentarii asupra tuturor aspectelor, inclusiv asupra posibilelor implicaţii ale proiectului asupra intereselor lor economice. Comentariile primite sunt trimise de către Secretariat organismului subsidiar sau altui organism implicat, acestea având posibilitatea să ia în considerare aceste comentarii şi să facă amendamente conforme cu comentariile proiectului iniţial; acesta reprezintă pasul 7 în procedura uniformă de adoptare a normelor. Ultimul pas în cadrul acestei proceduri este reprezentat de transmiterea proiectului standard prin intermediul Secretariatului către Comitetul executiv şi Comisiei Codex Alimentarius, împreună cu orice propunere scrisă venită din partea membrilor Comisiei şi din partea organizaţiilor interesate. Procesul se finalizează cu aprobarea versiunii definitive a standardului/ normei de către Comisie după analiza atât a proiectului modificat al normei cât şi a propunerilor venite din partea membrilor Comisiei.

După parcurgerea tuturor acestor etape şi aprobarea normei, membrii au posibilitatea acceptării acesteia. Pentru acceptarea normei, Comisia Codex Alimentarius stabileşte anumite forme[4]: acceptarea completă, caz în care statul va aplica norma tuturor

---

[1] A se vedea MA Recuerda Girela, *Tratado de Derecho Alimentario,* ed. Aranzadi, Madrid, 2011, p. 176.

[2] A se vedea Understanding Codex.

[3] MA Recuerda Girela, p. 178, *A. Mahiou, F. Snyder*, p. 463, Codex Alimentarius Commission Manual, p. 38.

[4] MA Recuerda Girela, p. 178.

produselor şi nu va restrânge distribuţia produselor care îndeplinesc standardele respective, acceptarea standardelor cu modificări specifice şi aplicarea acestora tuturor produselor, cu excepţia acelor aspecte specifice care nu au fost acceptate şi libera distribuţie, în cazul căreia distribuţia produselor care sunt conforme cu standardul nu va fi restricţionată; statul care importă îşi va menţine în vigoare o normă naţională independentă fără a bloca importurile produselor care sunt conforme cu standardul alimentar.

A doua modalitate de elaborare a standardelor de către Comisia Codex Alimentarius este aceea a **procedurii uniforme accelerate**. Conform manualului de procedură a Comisiei, această modalitate de elaborare a standardelor în materie de siguranţă alimentară se desfăşoară în cinci paşi, după cum urmează[1]: Primul pas debutează cu decizia Comisiei cu o majoritate de 2/3 din voturile exprimate de a identifica acele standarde care vor face obiectul procedurii de adoptare accelerate, ţinând cont de rezultatul revizuirii critice efectuate de Comitetul Executiv. Identificarea acestor standarde poate fi făcută de asemenea şi de organismele subsidiare ale Comisiei tot pe baza unei majorităţi de 2/3 din voturile exprimate, sub rezerva confirmării de îndată a Comisiei cu privire la această oportunitate. Odată parcurs primul pas, se trece la a doua etapă a acestei proceduri şi anume pregătirea unui proiect de standard de către Secretariatul Comisiei. În funcţie de obiectul standardului, Secretariatul poate transmite, ca recomandare, organismului competent anumite limite ce trebuie să fie respectate. Spre exemplu, dacă se doreşte elaborarea unui standard privind limitele maxime ale reziduurilor de pesticide sau medicamente de uz veterinar, Secretariatul va distribui recomandări pentru limitele maxime, în măsura în care acestea sunt disponibile din Şedinţele comune ale Grupului de experţi FAO privind reziduurile de pesticide în alimente şi mediu şi ale Comitetului de evaluare a OMS. Al treilea pas presupune transmiterea proiectului de standard către membrii Comisiei şi alte organizaţii internaţionale interesate pentru formularea de comentarii în toate aspectele, inclusiv asupra posibilelor implicaţii economice ale proiectului propus. Regulamentul de procedură al Comisiei prevede că atunci când standardele fac obiectul unei proceduri accelerate, atunci statele membre şi organizaţiile internaţionale interesate vor trebui notificate în acest sens[2]. În cadrul procedurii accelerate, pasul 4 se derulează în felul următor: sunt primite observaţiile statelor membre şi ale altor organizaţii interesate, de către Secretariat, care le direcţionează către organismul subsidiar sau către un alt organism implicat, acestea având puterea să ia în considerare observaţiile formulate şi să modifice proiectul de standard propus. Ultimul pas în această procedură accelerată este reprezentat de prezentarea proiectului de standard propus de către Secretariat Comisiei Codex Alimentarius Comitetului Executiv pentru o examinare critică, împreună cu orice propuneri scrise primite de la membrii Comisiei şi de la organizaţiile internaţionale interesate. Această prezentare este făcută pentru eventualele amendamente, cu scopul adoptării unui standard. Comisia trebuie să acorde o atenţie mărită rezultatului revizuirii critice şi comentariilor depuse de membrii săi sau de organizaţiile interesate cu privire la implicaţiile pe care proiectul de standard propus le poate avea asupra intereselor economice ale celor care formulează comentariile. În cazul standardelor regionale, membrii Comisiei şi alte organizaţii internaţionale interesate pot participa la dezbateri, unde pot prezenta observaţiile lor. De asemenea, au

[1] Codex Alimentarius Commission, Procedural Manual, Twentieth edition, Rome, 2011, p. 40.
[2] *Ibidem, p. 40.*

posibilitatea să propună amendamente. În ceea ce priveşte membrii care pot hotărî modificarea sau adoptarea standardelor în cauză, numai majoritatea membrilor din regiune sau grupul de ţări implicat pot beneficia de acest privilegiu.

Regulamentul de procedură al Comisiei Codex Alimentarius stabileşte şi procedura amendamentelor şi procedura revizuirii standardelor Codex şi a textelor conexe, în primul rând definind amendamentul şi apoi revizuirea[1].

Astfel, amendamentul reprezintă ”orice adăugire, modificare sau ştergere a textului sau a valorilor numerice dintr-un standard Codex sau dintr-un text conex, poate fi editorială sau de fond şi se referă la unul sau la un număr limitat de articole. În particular, amendamentele de natură editorială pot include, dar nu se limitează la: corectarea unei erori, inserarea unei note de subsol explicative, actualizarea de referinţe indirecte la adoptarea, amendarea sau revizuirea standardelor Codex şi ale textelor conexe de aplicabilitate generală, inclusiv dispoziţiile din Manualul de Procedură”.

Revizuirea este definită de regulamentul de procedură al Comisiei Codex Alimentarius ca fiind ”orice modificare la un standard Codex sau la un text conex, alta decât situaţiile acoperite de amendament”.

Din reglementarea celor două definiţii, apreciem că în esenţă nu există diferenţe majore între cele două proceduri. În situaţia în care se impune modificarea unui standard sau a unui text conex iar cazul de modificare nu este expres prevăzut în Regulamentul de procedură al Comisiei, atunci suntem în prezenţa revizuirii, iar în eventualitatea încadrării cazului de modificare în una dintre variantele expres prevăzute de Regulament, atunci suntem în prezenţa procedurii amendamentului.

Propunerile de amendamente sau de revizuiri ale standardelor Codex sau ale textelor conexe trebuie înaintate Comisiei de către organismul subsidiar implicat, de către Secretariat sau de către un membru al Comisiei atunci când organismul subsidiar implicat nu este convocat sau a fost amânat sine die. În acest din urmă caz, propunerea trebuie să fie primită de către Secretariat în timp rezonabil (nu mai puţin de trei luni) înainte de şedinţa în cadrul căreia proiectul de amendament sau de revizuire va fi luat în discuţie.

În cazul în care proiectul vizează amendarea sau revizuirea unor aspecte de fond, acesta va trebui să fie însoţit de un proiect de document. Acest proiect de document nu este cerut atunci când amendarea sau revizuirea vizează modificări editoriale.

Comisia Codex Alimentarius va decide, luând în considerare rezultatul revizuirii critice efectuate de Comitetul Executiv, dacă se impune amendarea sau revizuirea unui standard sau a unui text conex.

În cazul unei modificări de natură editorială, Comisia va avea deschisă posibilitatea să adopte amendamentul în conformitate cu pasul 8 din Procedura Uniformă de elaborare a standardelor Codex[2].

În cazul în care se doreşte conversia unui standard regional într-un standard internaţional, pot interveni următoarele situaţii:

În eventualitatea în care Comisia relevantă este activă, cererile pentru transformarea unui standard regional într-un standard internaţional ar trebui să fie făcute de către aceasta, cererea trebuind să fie însoţită şi de un Proiect de document. Proiectul va fi văzut de către Comitetul executiv, în cadrul procesului de revizuire critică, luându-se în considerare şi programul de lucru al Comitetului interesat. În cazul aprobării docu-

[1] A se vedea Manualul de procedură al Comisiei Codex Alimentarius, Secţiunea a II-a, Ghidul procedurii pentru amendamente şi revizuiri ale standardelor Codex.

[2] A se vedea procedura uniformă prezentată mai sus.

mentului de către Comisia Codex Alimentarius, cu luarea în considerare a rezultatelor revizuirii critice formulate de către Comitetul executiv, standardul regional intră de obicei în Procedura uniformă accelerată la pasul 3, pentru examinare la pasul 4 la şedinţa subsecventă a Comisiei interesate.

A doua ipoteză care poate fi întâlnită este aceea în care Comisia interesată nu este activă, adică nu are şedinţe fizice, propunerea de transformare a unui standard regional într-un standard internaţional ar trebui să vină din partea Comitetului de coordonare, susţinută de un Proiect de document. De asemenea, propunerea poate veni şi din partea membrilor Codex sub forma unui Proiect de document în vederea examinării acestuia de către Comitetul executiv în cadrul Procedurii de revizuire critică. În cazul în care Comisia Codex Alimentarius aprobă propunerea, ţinând cont de rezultatele revizuirii critice formulate de către Comitetul Executiv, standardul regional intră, ca şi în cazul arătat mai sus în Procedura uniformă accelerată la pasul 3, pentru examinare la pasul 4 de către Comisia implicată.

În acest caz, Comitetul Executiv ar trebui să aprecieze asupra modului în care va proceda cu lucrarea, fie prin corespondenţă, fie prin convocarea Comitetului suspendat. În acest din urmă caz, Comitetul Executiv trebuie să recomande Comisiei reactivarea Comitetului a cărei activitate a fost suspendată, pentru a întreprinde noua lucrare.

Acknowledgments. This work was cofinanced from the European Social Fund through Sectorial Operational Programme Human Resources Development 2007-2013, project number POSDRU/ CPP107/DMI 1.5/S/77082, “Doctoral Scholarships for eco-economy and bio-economic complex training to ensure the food and feed safety and security of anthropogenic ecosystems"

Bibliografie

Literatură de specialitate:

1. Busch L., Thiagarajan D., Hatanaka M, Bain C., Flores L. and Frahm M, The relationship of third-party certification to sanitary and phytosanitary measures and the international agri-food Trade: final report, USAID, Washington DC, 2005
2. Fucks D, Kalfagianni A, The democratic legitimacy of Private Authority în the Food Chain, 2010, quoted în The Challenges of Global Business Authority: Democratic Renewal, Stalemate or Decay? State University of New York Press, New York
3. Henson SJ, Caswell JA, Food safety regulation: an overview of contemporary issues, Food policy, 1999
4. Mahiou A, Snyder F, La securite alimentaire. Food security and food safety, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2006
5. Recuerda Girela MA, Tratado of Derecho Alimentario, Aranzadi, 2011
6. van der Meulen B, Private food law, Wageningen Academic Publishers, The Netherlands, 2011
7. Will M, Guenther D, Food Quality and Safety Standards, Deutsche Gesellschaft fuer Technische Zusammenarbeit, Eschborn, 2007

Publicaţii FAO/WHO

World Health Organization, Food and Agriculture Organization of the United Nations, Understanding The Codex Alimentarius, Rome, 2006

World Health Organization, Food and Agriculture Organization of the United Nations, Codex Alimentarius Commission, Procedural Manual, Twentieth edition, Rome, 2011

World Health Organization, Food and Agriculture Organization of the United Nations, Commission Codex Alimentarius, Procedure Manual, Rome, 2010

Adrese internet:

www.codexalimentarius.org

http://www.codexalimentarius.org/committees-and-task-forces/en/?provide=committeeDetail&idList=39

http://www.codexalimentarius.org/committees-and-task-forces/en/?provide=committeeDetail&idList=9

http://www.codexalimentarius.org/committees-and-task-forces/en/?provide=committeeDetail&idList=10

http://www.codexalimentarius.org/committees-and-task-forces/en/?provide=committeeDetail&idList=5

http://www.codexalimentarius.org/committees-and-task-forces/en/?provide=committeeDetail&idList=7

Drept penal

Cooperare judiciară intenațională în domeniul tehnicilor speciale de investigare

Alexandru ***BOROI***[*]

Abstract: *Creşterea alarmantă a criminalităţii transfrontaliere, necesitatea prevenirii şi combaterii cu mai multă eficienţă într-un cadru organizat la nivel european şi mondial a determinat adoptarea unor instrumente internaţionale, zonale, regionale care să unifice eforturile tuturor statelor. În acest sens sunt folosite tehnicile speciale de investigare de către autorităţile competente în cadrul anchetelor penale în vederea depistării suspecţilor şi a strângerii de informaţii pentru a se proba activitatea infracţională.*

Crearea unui spaţiu de libertate, securitate şi justiţie, deziderat declarat şi asumat de Uniunea Europeană, nu se poate realiza decât în contextul perfecţionării cooperării judiciare în materie penală între statele membre.

Cuvinte cheie*: cooperare, investigare, crimă organizată, asistenţă judiciară, anchetă*

Cooperarea judiciară internaţională în materie penală reprezintă doar un domeniu în cadrul activităţilor specifice de cooperare între statele lumii, domeniu extrem de important care s-a impus cu necesitate încă de la începutul secolului trecut.

Dezvoltarea fără precedent a relaţiilor internaţionale în societatea contemporană a fost însoţită de o creştere, de asemenea fără precedent, a criminalităţii internaţionale, prin proliferarea unor forme ale criminalităţii organizate pe teritoriul mai multor state[1].

Pericolul tot mai accentuat determinat de creşterea criminalităţii transfrontaliere, necesitatea prevenirii şi combaterii cu mai multă eficienţă într-un cadru organizat la nivel mondial, a determinat adoptarea unor instrumente internaţionale, zonale, regionale care să unifice eforturile statelor lumii. Conştiente de pericolul iminent pe care îl reprezintă acţiunile organizate de acest gen, statele lumii şi-au perfecţionat metodele de combatere a acestui fenomen deosebit de periculos pentru însăşi existenţa omenirii, acţionând pe trei componente principale:

- perfecţionarea şi adăparea la nevoile actuale a cadrului legislativ, cu accent pe incriminarea unor fapte recent apărute în arhitectura criminalităţii transfrontaliere;
- perfecţionarea activităţii de cooperare în plan bilateral, regional sau mondial, prin semnarea unor tratate, acorduri, convenţii;

---

[*] Prof. univ. dr., Universitatea Titu Maiorescu.

[1] Alexandru Boroi, Ion Rusu, *Cooperare judiciară internaţională în materie penală*, Ed. C.H.Beck, Bucureşti, 2008, p. 16.

- organizarea în plan instituţional şi asigurarea unei logistici performante instituţiilor cu atribuţii în domeniul prevenirii şi combaterii criminalităţii tranfrontaliere;

Crearea unui spaţiu de libertate, securitate şi justiţie, deziderat declarat şi asumat de UE, nu se poate realiza decât în contextul perfecţionării cooperării judiciare în materie penala între statele membre[1].

În actuala legislaţie a României formele de cooperare judiciară internaţională sunt prevăzute în Legea 302/2004[2] şi acestea sunt: extrădarea, predarea în baza unui mandat european de arestare, transferul de proceduri în materie penală, recunoaşterea şi executarea hotărârilor, transferul persoanelor condamnate, asistenţa judiciară în materie penală precum şi alte forme de cooperare.

Aplicarea acestei legi este subordonată protecţiei intereselor de suveranitate, securitate, ordine publică şi al altor interese ale României, definite prin Constituţie. Această lege se aplică în baza şi pentru executarea normelor interesând cooperarea judiciară în materie penală, cuprinse în instrumentele juridice internaţionale la care România este parte, pe care le completează în situaţii nereglementate. Potrivit art. 5 din acest act normativ, în lipsa unei convenţii internaţionale, cooperarea judiciară se realizează pe cale diplomatică de către statul solicitant, şi cu asigurarea scrisa a reciprocităţii dată de autoritatea competentă a acelui stat. în acest caz, legea constituie dreptul comun în materie pentru autorităţile judiciare române.

În sens larg, prin asistenţă judiciară internaţională se înţelege asistenţa oferită în general, în cadrul luptei împotriva infracţionalităţii; în această accepţiune se include cooperarea organelor de poliţie judiciară, comisiile rogatorii internaţionale în materie penală, recunoaşterea hotărârilor judecătoreşti, extrădarea etc.

În sens restrâns, asistenţa judiciară internaţională se referă la asistenţa juridică cu caracter judiciar prin care se înţelege asistenţa pe care organele judiciare dintr-un stat o acordă în cursul procesului penal organelor judiciare din statul în care are loc activitatea judiciară şi care constă în efectuarea, predarea sau comunicarea unor acte procedurale necesare soluţionării acelei cauze[3]. Printre aceste măsuri, trebuie amintite în primul rând convenţiile de asistenţă judiciară ce se încheie între diversele state.

De pildă ţara noastră are încheiate convenţii de asistenţă judiciară cu toate statele vecine şi cu o seamă de alte ţări[4]. În materia asistenţei judiciare în lipsa unor convenţii

---

[1] Alexandru Boroi, Ion Rusu, *op. cit.*, p. 16.

[2] Publicată în M.Of. nr. 594 din 1 iulie 2004. Legea a fost modificată prin Legea nr.224/2006 şi prin O.U.G. nr. 103/2006.

[3] Theodor Mrejeru, Bogdan Mrejeru, *Cooperarea judiciară internaţională în materie penală. Asistenţa judiciară – Extrădare. Doctrină şi jurisprudenţă*, Ed. Universitară, Bucureşti, 2008, p. 10.

4 Ca exemplu prin acordul între Guvernul României şi Guvernul Republicii Ungare privind colaborarea în domeniul prevenirii şi combaterii criminalităţii transfrontaliere s-au definit o serie de termeni:

1. autorităţi de combatere a infracţionalităţii - autorităţile cu atribuţii de prevenire, descoperire şi combatere a infracţionalităţii, în conformitate cu legislaţiile interne ale statelor părţilor contractante;

2. autoritate centrală de contact: a. pentru partea contractantă română, în domeniul cooperării poliţieneşti internaţionale: Centrul de Cooperare Poliţienească Internaţională din cadrul Ministerului Administraţiei şi Internelor; b.pentru partea contractantă ungară: Centrul de Colaborare Penală Internaţională din cadrul Comandamentului Naţional al Poliţiei;

3. investigator acoperit - lucrător operativ membru al autorităţilor de combatere a infracţionalităţii, învestit cu competenţe în această materie, care acţionează în cauzele şi condiţiile prevăzute de legislaţiile interne ale statelor părţilor contractante, fără a-şi dezvălui identitatea şi apartenenţa la autorităţile mai sus menţionate;

internaţionale pot căpăta eficienţă regulile generale ale reciprocităţii, foarte frecvent întâlnită în domeniul relaţiilor internaţionale.

Pentru cauzele transnaţionale privind formele grave ale criminalităţii, care implică România şi mai mult de un stat membru UE, magistraţii români pot apela la Eurojust, instituţia UE care coordonează activităţile de cooperare judiciară în aceste situaţii. România are un membru naţional în Eurojust de la 1 ianuarie 2007, anterior acelei date, în baza Acordului de cooperare cu Eurojust semnat la Bruxelles la 2 decembrie 2005, un magistrat de legătură român fiind trimis la sediul Eurojust.

De asemenea, în cadrul Parchetului de pe lângă înalta Curte de Casaţie şi Justiţie există mai mulţi corespondenţi naţionali cu Eurojust.

Potrivit prevederilor legii 302/2004 asistenţa judiciară internaţională cuprinde îndeosebi următoarele forme:

- comisiile rogatorii internaţionale;
- audierile prin videoconferinţe;
- transmiterea spontană de informaţii;
- livrările supravegheate;
- anchetele sub acoperire;
- supravegerea transfrontalieră;
- interceptarea şi înregistrarea convorbirilor şi comunicărilor etc.

Încă din anul 2006, România a semnat Convenţia de cooperare poliţienească pentru Europa de Sud-Est[1] în care sunt specificate procedurile de utilizare a tehnicilor speciale de investigare transfrontaliere. Astfel, se face referire la livrările supravegheate şi la utilizarea investigatorilor sub acoperire pentru cercetarea infracţiunilor[2].

În acest sens, conform Convenţiei, pe parcursul cercetării infracţiunilor, o parte contractantă poate, pe baza unei solicitări primite în prealabil, să-şi dea acordul pentru trimiterea în misiune a ofiţerilor părţii contractante solicitante, în condiţiile permise de legislaţia acesteia, care pot îndeplini rolul unui agent sau al unei persoane care poate realiza tranzacţii controlate (denumite în continuare *investigator sub acoperire)*[3]. Partea contractantă solicitantă va face o asemenea cerere, numai în cazul în care cercetarea infracţiunii ar fi altfel imposibilă sau ar fi mult îngreunată. Identitatea reală a ofiţerului nu trebuie dezvăluită în conţinutul cererii.

Investigaţiile sub acoperire ce au loc pe teritoriul părţii contractante solicitate vor fi limitate la operaţiuni unice, temporare. Pregătirea acestor operaţiuni se va realiza prin coordonarea între ofiţerii părţilor contractante implicaţi. Trimiterea în misiune a unui

---

4. livrare supravegheată - activitatea disimulată a organelor de combatere a infracţionalităţii în cursul căreia, în cadrul colaborării internaţionale, în condiţiile unui control permanent şi mărit, permit introducerea pe teritoriul statelor părţilor contractante, scoaterea îndreptată spre teritoriul unui alt stat, tranzitul pe teritoriul statelor părţilor contractante a obiectului aflat sub observaţie sau a obiectului aflat în stăpânirea persoanei aflate sub observaţie, în scopul îndeplinirii în cea mai deplină măsură posibilă a obiectivului descoperirii infracţiunilor, respectiv al identificării persoanelor participante la săvârşirea infracţiunilor.

[1] Convenţia încheiată cu Republica Albania, Bosnia şi Herţegovina, Republica Macedonia şi Uniunea Statală Serbia şi Muntenegru - publicată în M.Of. nr. 475 din 16 iulie 2007.

[2] Radu Florin Răzvan, *Legea nr. 302/2004 privind cooperarea judiciară în materie penală, un pas important spre integrarea României în spaţiul de libertate, securitate şi justiţie al Uniunii Europene şi un răspuns ferm la noile provocări ale criminalităţii transnaţionale*, în Dreptul, nr.2/2005, p. 25.

[3] M. Udroiu, R. Slăvoiu, O. Predescu, *Tehnici speciale de investigare în justiţia penală*, Ed. C.H.Beck, Bucureşti, 2009, p. 96.

investigator sub acoperire şi executarea acţiunilor de un investigator sub acoperire vor fi conduse de partea contractantă solicitată.

Partea contractantă solicitată este responsabilă pentru acţiunile investigatorului sub acoperire al părţii contractante solicitante şi poate cere în orice moment încetarea operaţiunii. În cazurile extrem de urgente în care există un pericol serios ca identitatea investigatorului sub acoperire să fie dezvăluită, desfăşurarea activităţii acestuia pe teritoriul celeilalte părţi contractante este permisă tară consimţământ prealabil.

În aceste cazuri trebuie îndeplinite condiţiile premergătoare trimiterii investigatorului sub acoperire pe teritoriul celeilalte părţi contractante.

Activităţile investigatorului sub acoperire trebuie să fie limitate la măsurile absolut esenţiale necesare menţinerii acoperirii sau securităţii sale. Partea contractantă solicitată va fi notificată despre trimitere tară întârziere şi poate cere în orice moment încetarea operaţiunii.

În Jurnalul Oficial al Uniunii Europene (JOUE) nr. L 307 din 24 noiembrie 2007 a fost publicată Decizia Consiliului nr. 2007/63/CE din 8 noiembrie 2007 privind aderarea Bulgariei şi a României la Convenţia cu privire la asistenţa judiciară reciprocă în materie penală între statele membre ale Uniunii Europene, adoptată de către Consiliu în temeiul articolului 34 din Tratatul privind Uniunea Europeană. Ca urmare, în conformitate cu dispoziţiile art. 1 din Decizie, începând cu data de 1 decembrie 2007, Convenţia din 29 mai 2000 privind asistenţa judiciară reciprocă în materie penală între statele membre ale Uniunii Europene şi Protocolul adiţional la aceasta, din 16 octombrie 2001, au intra în vigoare pentru România. Intrarea în vigoare pentru ţara noastră a acestor instrumente juridice ale Uniunii Europene constituie un nou pas spre integrarea deplină a României în spaţiul judiciar comun european.

Convenţia din 29 mai 2000 prevede, ca regulă, contactul direct între autorităţile judiciare ale statelor membre în ceea ce priveşte transmiterea cererilor de asistenţă judiciară şi comunicarea prin poştă, direct către destinatar, a actelor de procedură. Totodată, Convenţia din 29 mai 2000 reglementează forme moderne de asistenţă judiciară, precum audierile prin videoconferinţă, anchetele sub acoperire, livrările supravegheate, interceptările de telecomunicaţii. Protocolul din 2001 extinde aria de aplicare a Convenţiei la informaţiile privind conturile bancare[1].

Convenţia UE[2] de asistenţă judiciară reciprocă este transpusă integral în Titlul VII al Legii 302/2004 privind cooperarea judiciară internaţională în materie penală, astfel cum a fost modificată şi completată prin Legea nr. 224/2006.

Convenţia de asistenţă judiciară a intrat în vigoare, în Uniunea Europeană, la 23 august 2005. Ea este aplicabilă între România şi statele membre care au ratificat-o. Dispoziţiile acestei noi convenţii de asistenţă judiciară în materie penală au drept obiectiv ajungerea la o asistenţă judiciară cât se poate de rapidă, eficientă şi completă între statele Uniunii pentru a lupta cât mai bine împotriva criminalităţii.

Vom face mai jos o prezentare a formelor de asistenţă juridică introduse în legislaţiile ţărilor membre UE şi nu numai.

---

[1] Zimmermann R., La cooperation judiciaire internationale en matiere penale, Staemplifi Edition, Berna, 1999, p. 182.

[2] Aurel Ciobanu Dordea – Legislaţia *Comunitară privind cooperarea judiciară în materie civilă şi penală*, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2007.

Anchete sub acoperire sau infiltrări (articolul 14 al convenţiei)

Este vorba pentru statul solicitat de a permite prezenţa şi acţiunea pe teritoriul său a unui agent al statului solicitant care efectuează o operaţiune de infiltrare sub o identitate falsă. Dispoziţiile introduse de articolul 14 al Convenţiei nu au caracter de constrângere. România a ales să introducă această posibilitate de asistenţă în dreptul său prin art. 168 din Legea nr. 302/2004. Prin contrast cu livrările supravegheate, anchetele sub acoperire nu se limitează la infracţiunile pentru care se poate solicita extrădarea; cu toate acestea, în practică se vor limita la cele mai grave infracţiuni. în lumina aplicării principiilor legalităţii, subsidiarităţii şi proporţionalităţii, anchetele sub acoperire ar trebui să fie o excepţie.

Dezvoltarea crimei organizate şi în special a traficului ilicit de droguri, caracterul transfrontalier al acestor tipuri de infracţiuni au determinat legiuitorul să adopte o serie de măsuri procesuale, întrucât mijloacele clasice de cercetare a infracţiunilor au fost depăşite prin caracterul închis al acestor activităţi ilicite, astfel că s-a impus ca anumite persoane să fie infiltrate în rândul traficanţilor, a grupurilor de crimă organizată, de unde să culeagă informaţii, să adune probe care, ulterior, să poată fi folosite în cadrul procedurii judiciare. Anchetele sub acoperire vor avea loc în conformitate cu legile şi procedurile naţionale din Statele Membre pe teritoriul cărora au loc anchete sub acoperire[1].

Statele membre implicate vor coopera pentru a se asigura că investigaţia sub acoperire este pregătită şi supravegheată să ia măsurile necesare pentru siguranţa ofiţerilor care acţionează sub acoperire sau sub o identitate falsă.

Această formă de asistenţă judiciară în materie penală este menţionată şi în cel de-al doilea Protocol adiţional la Convenţia europeană de asistenţă judiciară în materie penală, unde se arată că partea solicitantă şi partea solicitată pot conveni să îşi acorde asistenţă reciprocă pentru desfăşurarea de anchete penale de către agenţii sub acoperire sau sub o identitate fictivă[2].

Livrările supravegheate (articolul 12 al Convenţiei)

Articolul 73 al convenţiei de aplicare a acordurilor Schengen care limita livrările supravegheate în cazul infracţiunilor legate de traficul de stupefiante a fost abrogat şi înlocuit de articolul 12 al Convenţiei din 29 mai 2000, care impune statelor părţi să prevadă în dreptul lor intern posibilitatea de a proceda la livrări supravegheate pentru orice infracţiune care dă loc la extrădare. Acest lucru s-a realizat în cazul României prin art. 167 din Legea nr. 302/2004. Articolul 168 al Legii nr. 302/2004 modificate prevede posibilitatea anchetelor sub acoperire: România şi un stat străin pot cădea de acord să se asiste unul pe celălalt în situaţii de anchete desfăşurate de ofiţeri sub acoperire (Articolul 168.1 al Legii nr. 302/2004 modificate). Autorităţile competente române iau decizia, în fiecare situaţie individuală, în conformitate cu legislaţia română (Articolul 168.2 al Legii nr. 302/2004 modificate).

Conform legislaţiei române, România şi autorităţile judiciare străine trebuie să convină asupra modalităţilor concrete de desfăşurare a anchetei şi asupra statutului

---

[1] Jean Pradel, G. Cortens, Droit Penal europeen, Edition Dalloz, Paris, 1999, p. 135

[2] Gh. Mateuţ, Investigatorii sub acoperire. Utilizarea lor în faza actelor premergătoare, Dreptul, nr.1/2005; A Hărăstăşanu, O. Predescu, Investigatorul sub acoperire. Rolul instanţelor de judecată privind activitatea acestuia, Dreptul, nr. 5/2004, p. 14

juridic al ofiţerilor implicaţi (Articolul 168.3 al Legii nr. 302/2004 modificate). Statul solicitat este cel care decide dacă o livrare supravegheată trebuie sau nu să aibă loc pe teritoriul său în conformitate cu procedurile prevăzute de dreptul său.

Convenţia din 29 mai 2000 privind Asistenţa Judiciară în Materie Penală între Statele Membre ale Uniunii Europenei prevede posibilitatea realizării unor asemenea activităţi la solicitarea unui stat membru. Astfel, fiecare stat membru se angajează să asigure ca la cererea unui stat membru, livrările supravegheate să fie permise pe teritoriul său în cadrul investigaţiilor penale în legătură cu delictele extrădabile.

Decizia de a efectua livrări supravegheate va fi luată în fiecare caz individul de autorităţile competente ale statului membru solicitat, cu respectarea legilor naţionale ale acelui stat membru. Livrările supravegheate vor avea loc în conformitate cu procedurile statului membru solicitat. Dreptul de a acţiona şi de a conduce şi controla operaţiunile va aparţine autorităţilor competente ale acelui stat membru.

Pentru a fi considerate ca atare, livrările supravegheate trebuie să îndeplinească următoarele condiţii:

- existenţa unei cereri din partea unor instituţii sau organe abilitate. Conform legii, instituţiile sau organele abilitate care pot formula cereri sunt structurile specializate din cadrul Parchetului de pe lângă înalta Curte de Casaţie şi Justiţie, Inspectoratul General al Poliţiei Române, Inspectoratul General al Poliţiei de Frontieră, Autoritatea Naţională a Vămilor;
- autorizarea procurorului, livrările supravegheate pot fi autorizate de către procurorul din cadrul DIICOT, direcţie ce funcţionează ca o structură cu personalitate juridică, specializată în combaterea infracţiunilor de crimă organizată şi terorism, în cadrul Parchetului de pe lângă înalta Curte de Casaţie şi Justiţie.

Pentru obţinerea autorizaţiei sunt necesare următoarele date:

- solicitarea de efectuare a unei livrări supravegheate venită din partea unei autorităţi străine competente, a Direcţiei Generale a Vămilor sau propuneri ale organelor de poliţie care doresc o livrare supravegheată de droguri;
- date referitoare la tipul şi la cantitatea de droguri ce face obiectul acestei măsuri;
- data la care transportul urmează să intre în România şi, eventual, punctul de trecere al frontierei folosit;
- mijlocul de transport şi ruta de deplasare propusă;
- date despre suspecţii implicaţi în transportul de droguri ce face obiectul livrării supravegheate;
- numele ofiţerilor de politie care coordonează activitatea;
- date referitoare la poliţiştii sub acoperire sau străini sau la informatorii care, eventual, sunt infiltraţi în caz, în situaţia când legea permite.

Procurorul poate, în funcţie de datele existente, să propună sau nu eliberarea autorizaţiei în vederea efectuării unei livrări supravegheate cu droguri sau precursori.

Autorizarea se dă de către procurorul-sef al DIICOT ori de către o altă persoană împuternicită de el în acest scop

Supravegherea transfrontalieră

Această formă de asistenţă este prevăzută în cel de-al doilea Protocol adiţional la Convenţia europeană de asistenţă judiciară în materie penală, unde se precizează că agenţii uneia dintre părţi care, în cadrul unei anchete judiciare, supraveghează în tara lor o persoană ce se presupune că a participat la săvârşirea unei fapte pasibile de pedeapsă,

care dă loc la extrădare, sau o persoană faţă de care sunt motive serioase să se creadă că poate duce la identificarea sau localizarea persoanei sus menţionate sunt autorizaţi să continue această supraveghere pe teritoriul unei alte părţi, atunci când aceasta a autorizat supravegherea transfrontalieră pe baza unei cereri de asistenţă judiciară prezentate în prealabil.

Cererea de asistenţă judiciară trebuie adresată organelor competente să o aprobe, autorizarea putând fi supusă unor condiţii. Atunci când din considerente de urgenţa, autorizarea prealabilă a celeilalte părţi nu poate fi cerută, agenţii observatori care acţionează în cadrul anchetei judiciare sunt autorizaţi să continue dincolo de frontieră supravegherea unei persoane bănuite că a comis fapte pasibile de pedeapsă în condiţiile următoare: trecerea frontierei va fi comunicată imediat în timpul supravegherii autorităţii părţii desemnate pe teritoriul cărei continuă supravegherea şi o cerere de asistenţă judiciară care expune motivele ce justifică trecerea frontierei, fără autorizarea prealabila să fie transmisă tară întârziere.

Supravegherea transfrontalieră, ca formă de asistenţă judiciară în materie penală nu se poate desfăşura decât în condiţiile următoare: ca agenţii observatori să respecte dreptul părţii pe teritoriul cărei operează şi să se supună ordinelor autorităţilor locale competente; pe timpul supravegherii să aibă asupra lor un document care să ateste că le-a fost acordată permisiunea precum şi să justifice calitatea lor oficială.

Agenţii observatori pot purta arma de serviciu în timpul supravegherii, în afara deciziei contrare exprese a părţii solicitatele va fi interzis să pătrundă în domiciliul unei persoane şi în alte locuri inaccesibile publicului,nu vor putea reţine şi nici aresta persoana supravegheată.

Infracţiunile pentru care supravegherea transfrontalieră poate avea loc sunt: asasinat, viol, falsificare de monedă, delapidare, trafic de fiinţe umane, trafic ilegal de stupefiante şi substanţe psihotrope, infracţiuni referitoare la regimul legal în materie de arme şi muniţii, transport ilegal de deşeuri toxice şi dăunătoare, traficul de migranţi etc. Cererea de asistenţă judiciară internaţională în materie penală fi adresată Parchetului de pe lângă înalta Curte de Casaţie şi Justiţie şi va cuprinde toate informaţiile pertinente în cauză, în conformitate cu prevederile convenţiei aplicabile. Supravegherea va fi încetată imediat de partea pe teritoriul căreia are loc o cerere dacă autorizaţia nu este obţinută la 5 ore după trecerea frontierei[1].

Pentru încurajarea cooperării judiciare internaţionale în această materie, Consiliul Europei a adoptat **Recomandarea Rec (2005) 10 a Comitetului de Miniştri către statele membre cu privire la "Tehnici speciale de investigaţie" în legătură cu infracţinni grave, inclusiv actele de terorism**[2] care prevede în Capitolul III –**Cooperare Internaţională** că Statele membre ar trebui să facă uz în cea mai mare măsură posibilă existentă internaţional la măsurile de poliţie judiciară sau de cooperare în ceea ce priveşte utilizarea tehnici speciale de investigaţie. Dacă este cazul, statele membre trebuie, de asemenea, să identifice şi să dezvolte suplimentar metode pentru o astfel de cooperare.

Statele membre sunt încurajate să semneze, să ratifice şi să pună în aplicare convenţiile existente sau instrumentele în materie de cooperare internaţională în materie penală în domenii cum ar fi schimbul de informaţii, livrări supravegheate, investigaţii sub acoperire, echipe comune de anchetă, operaţiunile transfrontaliere.

---

[1] Alexandru Boroi, Ion Rusu, *op. cit.*, p. 464-467.
[2] Adoptată de Comitetul de Miniştri la 20 aprilie 2005.

Statele membre ar trebui să promoveze conformitatea echipamentelor tehnice cu standardele convenite la nivel internaţional în vederea depăşirii obstacolelor tehnice în utilizarea tehnicilor speciale de investigaţie într-un context internaţional, inclusiv cele legate de interceptări de telecomunicaţii mobile. Statele membre sunt încurajate să ia măsuri adecvate pentru a promova încrederea între autorităţile lor competente responsabile de luarea deciziei de a utiliza, mijloace de supraveghere sau folosirea de tehnici speciale de investigare în vederea îmbunătăţirii eficienţei lor într-un context internaţional, asigurând în acelaşi timp respectarea deplină a drepturilor omului.

Legea nr. 565/2002[1] prevede în art.20 că dacă principiile fundamentale ale sistemului său juridic naţional permit, fiecare stat în parte, ţinând seama de posibilităţile sale şi conform condiţiilor prevăzute de dreptul său intern, ia măsurile necesare pentru a permite să se recurgă în mod corespunzător la livrările supravegheate şi, când consideră potrivit, la alte tehnici de anchete speciale, cum sunt supravegherea electronică sau alte forme de supraveghere şi operaţiunile de infiltrare, de către autorităţile sale competente pe teritoriul său în vederea combaterii eficiente a criminalităţii organizate.

În scopurile anchetelor asupra infracţiunilor prevăzute de prezenta convenţie, statele părţi sunt încurajate să încheie, dacă este necesar, acorduri sau aranjamente bilaterale sau multilaterale corespunzătoare pentru recurgerea la tehnici de anchete speciale în cadrul cooperării internaţionale. Aceste acorduri sau aranjamente sunt încheiate şi aplicate cu respectarea deplină a principiului egalităţii suverane a statelor şi sunt puse în aplicare cu respectarea strictă a dispoziţiilor pe care le conţin.

În absenţa acordurilor sau aranjamentelor prevăzute la paragraful 2 al prezentului articol, deciziile de a se recurge la tehnici de anchete speciale la nivel internaţional sunt luate de la caz la caz şi pot, dacă este necesar, să ţină seama de înţelegeri şi aranjamente financiare în ceea ce priveşte exercitarea competenţei lor de statele părţi interesate.

Livrările supravegheate la care s-a hotărât să se recurgă la nivel internaţional pot include, cu consimţământul statelor părţi respective, metode de interceptare a mărfurilor şi de autorizare a urmăririi dirijării lor, tară modificare sau după sustragerea ori înlocuirea în întregime sau în parte a acestora.

Concluzii

Obiectivul menţinerii şi dezvoltării unui spaţiu de libertate, securitate şi justiţie nu poate fi atins decât în condiţiile realizării unei activităţi specifice de cooperare în materie penală între statele membre în deplin acord cu noile mutaţii intervenite în domeniul criminalităţii.

Tehnicile speciale de investigare reprezintă o necesitate care să corespundă cu interesul general de combatere a infracţionalităţii în vederea unei reale şi eficace represiuni penale, dar şi cu respectarea strictă a drepturilor şi libertăţilor cetăţenilor.

---

[1] Legea nr. 565/2002 pentru ratificarea Convenţiei naţiunilor Unite împotriva criminalităţii transnaţionale organizate, a Protocolului privind prevenirea, reprimarea şi pedepsirea traficului de persoane, în special al femeilor şi copiilor, adiţional la Convenţia Naţiunilor Unite împotriva criminalităţii transnaţionale organizate, precum şi a Protocolului împotriva traficului ilegal de migranţi pe cale terestră, a aerului şi pe mare, adoptate la New York la 15 noiembrie 2000- Publicată în M.Of. nr. 813 din 8 noiembrie 2002.

Bibliografie

1. **Alexandru Boroi, Ion Rusu**, Cooperare judiciară internaţională în materie penală, Editura C.H.Beck, Bucureşti, 2008

2. **Aurel Ciobanu Dordea** – Legislaţia Comunitară privind cooperarea judiciară în materie civilă şi penală, Editura C.H.Beck, Bucureşti, 2007

3. **Hărăstăşanu, O. Predescu**, Investigatorul sub acoperire. Rolul instanţelor de judecată privind activitatea acestuia, Dreptul, nr. 5/2004

4. **Gh. Mateuţ**, Investigatorii sub acoperire. Utilizarea lor în faza actelor premergătoare, Dreptul, nr.1/2005

5.**Theodor Mrejeru, Bogdan Mrejeru**, Cooperarea judiciară internaţională în materie penală. Asistenţa judiciară – Extrădare. Doctrină şi jurisprudenţă, Editura Universitară, Bucureşti, 2008

6. **Jean Pradel, G. Cortens**, Droit Penal europeen, Edition Dalloz, Paris, 1999

7. **Radu Florin Răzvan**, Legea nr. 302/2004 privind cooperarea judiciară în materie penală, un pas important spre integrarea României în spaţiul de libertate, securitate şi justiţie al Uniunii Europene şi un răspuns ferm la noile provocări ale criminalităţii transnaţionale, în Dreptul, nr.2/2005

8. **M. Udroiu, R. Slăvoiu, O. Predescu**, Tehnici speciale de investigare în justiţia penală, Editura C.H.Beck, Bucureşti, 2009

9. **Zimmermann R.**, La cooperation judiciaire internationale en matiere penale, Staemplifi Edition, Berna, 1999

Modificările principale aduse de Noul cod de procedură penală: judecătorul de drepturi şi libertăţi, judecătorul de cameră preliminară

*Prof.univ.dr. Carmen **PARASCHIV***
*Asist.univ.drd. Maria-Georgiana **TEODORESCU***

Abstract: *Noul Cod de Procedură Penală*

Cuvinte cheie: *Noul cod de procedură penală, judecător de drepturi şi libertăţi, judecător de cameră preliminară*

Noul Cod de Procedură penală modifică consistent procedura penală română, dorindu-se respectarea unor cerinţe actuale, precum accelerarea duratei procedurilor penale, simplificarea acestora şi crearea unei jurisprudenţe unitare, în acord cu jurisprudenţa Curţii Europene a Drepturilor Omului.

În egală măsură, proiectul Noului Cod de Procedură Penală urmăreşte să răspundă şi exigenţelor de previzibilitate a procedurilor judiciare ce decurg din Convenţia europeană pentru apărarea drepturilor omului şi a libertăţilor fundamentale şi, implicit, din cele statuate în jurisprudenţa Curţii Europene a Drepturilor Omului.

Obiectivele urmărite de proiectul noului Cod de procedură penală sunt următoarele:

1. crearea unui cadru legislativ în care procesul penal să fie mai rapid şi mai eficient, prin urmare, în mod semnificativ mai puţin costisitor;

2. protecţia unitară a drepturilor omului şi a libertăţilor garantate de Constituţie şi de instrumentele juridice internaţionale;

3. armonizarea conceptuală cu prevederile proiectului noului Cod penal, o atenţie deosebită fiind acordată noii definiţii a faptei care constituie infracţiune;

4. reglementarea adecvată a obligaţiilor internaţionale asumate de ţara noastră privind actele normative din domeniul dreptului procesual penal;

5. stabilirea unui echilibru corespunzător între cerinţele pentru o procedură penală eficientă, protejarea drepturilor procedurale elementare, dar şi a celor fundamentale ale omului pentru participanţii la procesul penal şi respectarea unitară a principiilor care privesc desfăşurarea echitabilă a procesului penal.[1]

În raport cu actuala reglementare, proiectul noului Cod de procedură penală îşi propune o echilibrare a competenţei materiale a instanţelor judecătoreşti, în paralel cu o reaşezare a căilor de atac şi cu aplicarea principiului apropierii justiţiei de cetăţean.

Dintre instituţiile nou introduse prin Noul Cod de Procedură Penală vom analiza în cele ce urmează judecătorul de drepturi şi libertăţi şi judecătorul de cameră preliminară.

---

[1] Expunerea de motive a proiectului Noului Cod de Procedură Penală.

1. Judecătorul de drepturi şi libertăţi

Instituţia judecătorului de drepturi şi libertăţi este una noua în materia procedurii penale române. Ea înglobează potrivit art. 52 soluţionarea cererilor, propunerilor, plângerilor, contestaţiilor sau oricăror alte sesizări referitoare la măsurile preventive, la măsurile asigurătorii, la măsurile de siguranţă cu caracter provizoriu, la actele procurorului, în cazurile prevăzute de lege, la autorizarea percheziţiilor, a tehnicilor speciale de supraveghere sau de cercetare ori a altor procedee probatorii potrivit legii, la administrarea anticipată a probelor, precum şi orice alte cazuri prevăzute de lege.

În ceea ce priveşte incompatibilităţile, conform art. 63 judecătorul de drepturi şi libertăţi şi cel de cameră preliminară nu pot participa la soluţionarea pe fond a cauzei, iar judecătorul de drepturi şi libertăţi nu poate fi şi judecător de cameră preliminară în aceeaşi cauză.

Noutatea este că se pot formula plângeri împotriva tuturor actelor procurorului în faţa judecătorului de drepturi şi libertăţi, inclusiv în materia măsurilor asiguratorii. Conform procedurii actuale, actele procurorului se pot ataca doar la procurorul ierarhic superior, nu şi mai departe, la instanţa de judecată, cu excepţia unor cazuri expres şi limitativ prevăzute de lege (cum ar fi luarea măsurii obligării de a nu părăsi localitatea/ţara).

Introducerea acestei modalităţi de contestare a actelor procurorului era vitală având în vedere prevederile art. 6 CEDO, respectiv dreptul la un proces echitabil al inculpatului care include şi dreptul de a te adresa unui tribunal imparţial.

Dintre competenţele judecătorului de drepturi şi libertăţi amintim încuviinţarea supravegherii tehnice, conform art. 137 prin emiterea unui mandat de supraveghere tehnică, precum şi percheziţia domiciliară prin emiterea mandatului de percheziţie, potrivit art. 156 şi percheziţia informatică, conform art. 166.

De asemenea, conform art. 183 judecătorul de drepturi şi libertăţi poate dispune internarea nevoluntară în vederea efectuării expertizei psihiatrice, iar conform art. 189 decide examinarea fizică a unei persoane.

În ceea ce priveşte măsurile preventive, potrivit art. 211-215 judecătorul de drepturi şi libertăţi este competent să se pronunţe asupra luarea măsurii controlului judiciar de către procuror şi a controlului judiciar pe cauţiune, potrivit art. 218 asupra arestului la domiciliu, iar potrivit art. 223 asupra arestării preventive.

Practic, pentru toate cererile cu care era învestită instanţa de judecată în cursul urmăririi penale (i.e. cererile privind măsurile preventive), precum şi pentru plângerile împotriva măsurilor luate de procurori s-a înfiinţat instituţia judecătorului de drepturi şi libertăţi.

2. Judecătorul de cameră preliminară

Conform expunerii de motive a proiectului NCPP, *în procedura de cameră preliminară, judecătorul de cameră preliminară verifică legalitatea administrării probelor în faza de urmărire penală şi a trimiterii în judecată, soluţionează plângerile împotriva soluţiilor de netrimitere în judecată, precum şi orice alte cauze prevăzute de lege.*

Pentru a înţelege rolul judecătorului de cameră preliminară trebuie analizat principiul Separării funcţiilor procesuale, care stabileşte că:

Art. 2. (1) În procesul penal se exercită următoarele funcţii judiciare:

a) funcţia de urmărire penală;

b) funcţia de dispoziţie asupra drepturilor şi libertăţilor fundamentale ale persoanei în faza de urmărire penală;

c) funcţia de verificare a legalităţii trimiterii sau netrimiterii în judecată;

d) funcţia de judecată.

(2) Funcţiile judiciare se exercită din oficiu, afară de cazul când, prin lege se dispune altfel.

(3) În desfăşurarea procesului penal exercitarea unei funcţii judiciare este incompatibilă cu exercitarea unei alte funcţii judiciare

(4) În exercitarea funcţiei de urmărire penală, procurorul şi organele de cercetare ale poliţiei judiciare strâng probele necesare pentru a se constata dacă există sau nu temeiuri de trimitere în judecată.

(5) Asupra actelor şi măsurilor din cadrul urmăririi penale, care restrâng drepturile şi libertăţile fundamentale ale persoanei, dispune judecătorul desemnat cu atribuţii în acest sens, cu excepţia cazurilor prevăzute de lege.

(6) Asupra legalităţii actului de trimitere în judecată, a probelor pe care se bazează acesta, precum şi a legalităţii soluţiilor de netrimitere în judecată se pronunţă judecătorul de cameră preliminară, în condiţiile legii.

Aşadar, funcţia de verificare a legalităţii trimiterii în judecată (adică procedura camerei prealabile) este o instituţie de sine stătătoare, separată atât de urmărirea penală cât şi de faza de judecată[1].

Instituţia este de provenienţă anglo-saxonă, cunoscându-se faptul că în sistemul procedural penal american există o procedură similară, a "audierii prealabile", care are drept scop determinarea aspectului dacă procurorul a obţinut suficiente probe care să justifice acuzarea inculpatului. Audierea are loc în faţa unui judecător, care după ce ascultă atât pe procuror cât şi pe inculpat (prin apărător), decide dacă există motive întemeiate pentru judecarea inculpatului în faţa unui juriu. Dezavantajul acestei proceduri este că în caz de respingere a dosarului, se poate formula o nouă acuzare împotriva inculpatului, la o dată ulterioară, pentru aceeaşi faptă. Aceeaşi procedură a audierii prealabile există şi în Marea Britanie, precum şi în Germania sau Italia (aici fiind uzitată noţiunea de *judecător intermediar*), precum şi Franţa (unde regăsim *judecătorul de instrucţie*).

În ceea ce priveşte noutatea instituţiei în peisajul procesual penal român, trebuie precizat faptul că nu ne regăsim în prezenţa unei instituţii complet noi. Amintim în acest sens instituţia "şedinţei pregătitoare" care a existat în perioada 1953-1957[2].

Conform expunerii de motive a proiectului, "*Camera preliminară este o instituţie nouă, inovatoare, ce are ca scop crearea unui cadru legislativ modern, care să înlăture durata excesivă a procedurilor în faza de judecată. Prin reglementarea procedurii camerei preliminare se urmăreşte rezolvarea chestiunilor ce ţin de legalitatea trimiterii în judecată şi de legalitatea administrării probelor, asigurându-se premisele pentru soluţionarea cu celeritate a cauzei în fond. În acest mod, sunt eliminate unele dintre deficienţele care au condus la condamnarea României de către Curtea Europeană a Drepturilor Omului pentru încălcarea duratei excesive a procesului penal.*

Această instituţie de drept procesual penal produce un efect direct, pozitiv asupra celerităţii soluţionării unei cauze penale şi înlătură o lacună a actualelor dispoziţii

---

[1] Versavia Brutaru, *Camera preliminară, o nouă instituţie de drept procesual penal. Precedente legislative. Drept comparat*.

[2] N. Volonciu, *Modificările Codului de procedură penală al PPR* în Analele Univ. Bucureşti CI Parhon, Revista de Ştiinţe Sociale - Ştiinţe Juridice nr. 6/1956, p. 161-162.

procesual penale, în care examinarea legalităţii rechizitoriului, a probelor administrate în cursul urmăririi penale împiedică pe durată nedeterminată începerea cercetării judecătoreşti. În acest context procedura camerei preliminare cuprinde reguli care elimină posibilitatea restituirii ulterioare, în faza de judecată, a dosarului la parchet, datorită faptului că legalitatea probatoriului şi a trimiterii în judecată sunt soluţionate în această fază.

Proiectul instituie competenţa judecătorului de cameră preliminară în verificarea conformităţii probelor administrate în cursul urmăririi penale cu garanţiile de echitabilitate a procedurii. Sub acest aspect, legalitatea administrării probelor este strâns şi exclusiv legată de asigurarea caracterului echitabil al procesului penal.

În acest context, dacă judecătorul va constata că se impune înlăturarea mijlocului de probă, deoarece a produs o vătămare esenţială drepturilor procesuale ale unei părţi, va exclude acel mijloc de probă.

Proiectul urmăreşte să răspundă obiectivului legat de îmbunătăţirea calităţii actului de justiţie, prin reglementarea punctuală, atât sub aspectul termenului (maxim 30 zile de la înregistrarea cauzei şi nu mai puţin de 10 zile de la aceeaşi dată) în care judecătorul de cameră preliminară se pronunţă, cât şi sub aspectul condiţiilor în care acesta dispune începerea cercetării judecătoreşti.

Aşadar, prin conţinutul dispoziţiilor care reglementează camera preliminară, prin soluţiile care pot fi dispuse, sunt prevăzute criteriile în baza cărora se stabileşte dacă procedura în cursul urmăririi penale a avut un caracter echitabil pentru a se putea proceda la judecata pe fond."

Camera preliminară este reglementată de art. 341 şi următoarele, obiectul fiind *verificarea legalităţii trimiterii în judecată, precum şi verificarea legalităţii administrării probelor ori efectuării actelor procesuale de către organele de urmărire penală.*

Durata este de cel mult 30 de zile de la data înregistrării cauzei la instanţa dar nu poate fi mai mică de 10 zile.

Procedura de judecată, conform art. 344, este:

(1) Judecătorul de cameră preliminară hotărăşte prin încheiere motivată, în camera de consiliu, fără participarea inculpatului şi a procurorului.

(2) La termenul stabilit potrivit art. 343 alin. (2) judecătorul de cameră preliminară verifică competenţa instanţei sesizate şi se pronunţă asupra cererilor formulate şi excepţiilor ridicate.

(3) Dacă apreciază că instanţa sesizată nu este competentă, judecătorul de cameră preliminară procedează potrivit art. 49 şi 50, care se aplică în mod corespunzător.

(4) Probele administrate cu încălcarea prevederilor legale sunt excluse în condiţiile art. 100.

(5) Probele excluse nu pot fi avute în vedere la judecata în fond a cauzei.

Soluţiile pe care le poate da judecătorul de cameră preliminară sunt:

(1) Judecătorul de cameră preliminară dispune prin încheiere începerea judecăţii dacă în cursul urmăririi penale probele au fost administrate în mod legal şi sesizarea instanţei este legală. Legalitatea sesizării nu mai poate fi contestată pe parcursul soluţionării cauzei.

(2) Judecătorul de cameră preliminară dispune restituirea cauzei la parchet prin încheiere dacă:

a) în urma sesizării conducătorului parchetului care a emis rechizitoriul, în condiţiile art. 343 alin. (5), nu s-au luat măsuri pentru acoperirea omisiunilor;

b) toate probele din cursul urmăririi penale au fost administrate cu încălcarea prevederilor legale;

c) sesizarea instanţei este nelegală.

(3) În cazul în care rechizitoriul priveşte mai multe fapte sau persoane, dispoziţia de începere a judecăţii se limitează numai la faptele şi persoanele pentru care judecătorul de cameră preliminară a constatat îndeplinirea condiţiilor prevăzute în alin. (1).

(4) În cazul în care judecătorul de cameră preliminară exclude una sau mai multe probe administrate cu încălcarea dispoziţiilor legale, dispune informarea conducătorului parchetului care a emis rechizitoriul. În termen de 24 de ore de la informare, conducătorul parchetului comunică judecătorului de cameră preliminară dacă menţine cererea de începere a judecăţii.

(5) În cazul în care conducătorul parchetului menţine cererea de începerea judecăţii, judecătorul de cameră preliminară dispune prin încheiere începerea judecăţii.

(6) În cazul în care conducătorul parchetului nu răspunde în termenul prevăzut la alin. (4) ori arată că nu menţine cererea de începere a judecăţii, judecătorul de cameră preliminară dispune prin încheiere restituirea cauzei la parchet.

(7) Întocmirea minutei este obligatorie.

Soluţia se poate contesta în termen de 3 zile de la comunicare, iar contestaţia se judecă de către judecătorul de cameră preliminară de la instanţa ierarhic superioară celei sesizate. Când instanţa sesizată este Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie, contestaţia se judecă de către completul competent, potrivit legii.

Judecătorul de cameră preliminară este competent şi în materia măsurilor preventive, putându-se pronunţa la cerere sau din oficiu, cu privire la luarea, menţinerea, înlocuirea, revocarea sau încetarea de drept a măsurilor preventive.

Deşi aparent o noutate, instituţiile prezentate nu sunt în principal decât o rearanjare a rolurilor judecătorilor şi reprezintă alocarea unei denumiri a ceea ce făcea înainte, spre exemplu, judecătorul care analiza în cursul urmăririi penale cererile privind măsurile preventive.

Introducerea incompatibilităţilor între judecătorul de cameră preliminară, cel de drepturi şi libertăţi şi cel de fond va conduce implicit la o necesitate de sporire a numărului de cadre, efectivul instanţelor judecătoreşti fiind insuficient (în special în cazul instanţelor ale căror secţii penale sunt formate din foarte puţini judecători).

Bibliografie

- Codul de procedură penală actual
- Noul Cod de Procedură Penală cu expunerea de motive
- **Versavia Brutaru**, Camera preliminară, o nouă instituţie de drept procesual penal. Precedente legislative. Drept comparat.
- **N. Volonciu**, Modificările Codului de procedură penală al PPR în Analele Univ. Bucureşti CI Parhon, Revista de Ştiinţe Sociale - Ştiinţe Juridice nr. 6/1956, p. 161-162.

Reflectarea principiului privind interzicerea sclaviei şi a muncii forțate din Convenția europeană a drepturilor omului în legislația penală română

Ion ***RISTEA***[*]

Abstract: *Conform art. 4 din Convenţia europeană a drepturilor omului, nimeni nu poate fi ţinut în sclavie sau în condiţii de aservire. De asemenea, nimeni nu poate fi constrâns să execute o muncă forţată sau obligatorie.*

Nu este considerată muncă forţată sau obligatorie în sensul prezentului articol: orice muncă impusă în mod normal unei persoane supusă detenţiei, în condiţiile prevăzute de art. 5 din prezenta convenţie sau în timpul în care se află în liberare condiţionată; orice serviciu cu caracter militar sau, în cazul celor care refuză să satisfacă serviciul militar din motive de conştiinţă, în ţările în care acest lucru este recunoscut ca legitim, un alt serviciu în locul serviciului militar obligatoriu; orice serviciu impus în situaţii de criză sau de calamităţi care ameninţă viaţa sau bunăstarea comunităţii; orice muncă sau serviciu care face parte din obligaţiile civile normale.

Cuvinte cheie: *Convenţia Europeană a Drepturilor Omului; Codul penal român; muncă forţată; muncă obligatorie; sclavie.*

Introducere

Convenţia Europeană a Drepturilor Omului semnată la Roma la 4.11.1950, intrată în vigoare la 3.09.1953 (ratificată de Parlamentul României prin Legea nr. 30/1994), constituie cel mai important document elaborat de Consiliul Europei (organizaţie care a luat fiinţă în anul 1949 şi a cărei componenţă s-a lărgit treptat după anul 1980, cuprinzând în prezent 47 de state europene), în vederea apărării şi dezvoltării drepturilor omului şi a libertăţilor sale fundamentale.

Principiile consacrate în cuprinsul Convenţiei, de largă inspiraţie umanistă, sunt de natură să creeze un cadru juridic adecvat dezvoltării personalităţii umane şi a ocrotirii acesteia, împotriva oricăror abuzuri ale autorităţii.

Aceste principii influenţează hotărâtor legislaţia ţărilor europene, statele membre ale Consiliului Europei (România a fost admisă cu drepturi depline în Consiliul Europei la 4.10.1993), depunând eforturi să-şi modifice corespunzător legislaţia, în raport cu aceste principii profund umaniste şi corespunzătoare stadiului actual al dezvoltării relaţiilor sociale.

Procesul de adaptare a legislaţiei naţionale la principiile Convenţiei Europene are loc şi în ţara noastră.

Astfel, începând cu Constituţia (în vigoare din luna decembrie 1991, revizuită prin Legea nr. 429/2003), care a consacrat multe din principiile Convenţiei Europene, toate

[*] Conferenţiar universitar doctor la Universitatea din Piteşti; cercetător ştiinţific asociat al Institutului de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu" din cadrul Academiei Române; Procuror la Parchetul de pe lângă Curtea de Apel Piteşti.

actele normative importante sunt în concordanţă cu soluţiile prevăzute în Convenţia Europeană.

De asemenea, în doctrina penală au apărut studii consacrate Convenţiei Europene[1].

Cuprins

Preocupările autorităţilor române de adaptare a legislaţiei penale la cerinţele Convenţiei europene sunt elocvente şi în domeniul apărării şi garantării respectării drepturilor omului.

1. Unul dintre aceste drepturi îl constituie ocrotirea persoanei împotriva acţiunilor menite să o ţină în sclavie sau servitute ori împotriva acţiunilor de a i se impune exercitarea unei anumite munci.

Conform art. 4 (paragraful 1) din Convenţie, nimeni nu poate fi ţinut în sclavie sau în condiţii de aservire. De asemenea, nimeni nu poate fi constrâns să execute o muncă forţată sau obligatorie (paragraful 2).

Potrivit paragrafului 3, nu este considerată ca muncă forţată sau obligatorie în sensul prezentului articol:

a) orice muncă impusă în mod normal unei persoane supusă detenţiei, în condiţiile prevăzute de art. 5 din prezenta convenţie sau în timpul în care se află în liberare condiţionată;

b) orice serviciu cu caracter militar sau, în cazul celor care refuză să satisfacă serviciul militar din motive de conştiinţă, în ţările în care acest lucru este recunoscut ca legitim, un alt serviciu în locul serviciului militar obligatoriu;

c) orice serviciu impus în situaţii de criză sau de calamităţi care ameninţă viaţa sau bunăstarea comunităţii;

d) orice muncă sau serviciu care face parte din obligaţiile civile normale (paragr. 3).

2. În practica Curţii Europene s-a ridicat problema înţelesului noţiunii de muncă forţată sau obligatorie.

Cu privire la acest aspect, Curtea a decis că nu constituie muncă forţată sau obligatorie, obligarea unui avocat la asistenţă juridică gratuită în favoarea unui inculpat fără mijloace financiare, în sensul art. 4 paragraful 2 din Convenţie, deoarece serviciul prestat nu a excedat limitelor activităţii normale ale unui avocat şi a fost compensat de avantajele care decurg pentru profesie (a contribuit la pregătirea petiţionarului aflat în perioada de stagiatură). Pe de altă parte, aceste sarcini nu au impus un volum de muncă excesivă şi nu există o disproporţie vădită între lipsa remuneraţiei şi obligaţia oricărui avocat de a acorda asistenţă juridică (Van der Mussele – contra Belgia).

3. Exigenţele Convenţiei, sub aspectele arătate se regăsesc în dispoziţiile cuprinse în legislaţia română.

În primul rând, Constituţia Română consacră în art. 39 principiul potrivit căruia este interzisă munca forţată; în acest sens, se prevede că nu constituie muncă forţată, serviciul cu caracter militar sau activităţile în locul acestuia, de cei care, potrivit legii, nu prestează serviciul militar obligatoriu, din motive religioase; munca unei persoane

---

[1] G. Antoniu, *Implicaţii asupra legii penale române a Convenţiei Europene a Drepturilor Omului*, în „Studii de Drept Românesc", Vol. IV (37), 1992 nr. 1, p. 5-13; G. Antoniu, art. 5 din convenţia Europeană a Drepturilor Omului „Studii de drept românesc" Vol.5 (38), 1993, nr. 2, p. 167-184; G. Antoniu, Articolul 6 din Convenţia Europeană a Drepturilor Omului, în „Studii de Drept Românesc", Vol. 5 (38), 1993, nr. 3, p. 257-270; O. Predescu, Convenţia Europeană a Drepturilor Omului, Implicaţii asupra dreptului penal român, Bucureşti, Ed. Lumina Lex 1998, p. 20 şi următoarele.

condamnate, prestată în condiţii normale, în perioada de detenţie sau de libertate condiţionată; prestaţiile impuse în situaţia creată de calamităţi ori de alt pericol, precum şi cele care fac parte din obligaţiile civile normale stabilite de lege.

Codul penal român incriminează în art. 191 „fapta de a supune o persoană, în alte cazuri decât cele prevăzute de dispoziţiile legale, la prestarea unei munci contra voinţei sale sau la o muncă obligatorie" (Infracţiunea de supunere la muncă forţată sau obligatorie).

Acest text a fost introdus în legea penală ca urmare a unor obligaţii internaţionale asumate de România şi anume, Convenţia nr. 39 din 1950 privind munca forţată sau obligatorie, ratificată de statul român prin Decretul nr. 213 din 1957.

Munca forţată a fost definită în literatura de specialitate ca fiind silirea unei persoane prin constrângere (împotriva voinţei sale) să îndeplinească o anumită muncă, iar prin supunerea unei persoane la o muncă obligatorie se înţelege impunerea abuzivă a acesteia să presteze o muncă oarecare ca şi când i-ar reveni ca o obligaţie, deşi o atare muncă nu face parte din obligaţiile normale ale persoanei şi nici nu este inclusă printre cazurile când, potrivit legii, o atare muncă ar putea fi cerută. În ambele situaţii, acţiunea de impunere a unei munci are caracter ilicit, deoarece este încălcată libertatea de voinţă a persoanei; nu interesează ce muncă se cere a fi efectuată şi cât durează aceasta[1].

De asemenea, Codul penal incriminează în art. 190 punerea sau ţinerea unei persoane în stare de sclavie, precum şi traficul de sclavi (infracţiunea de sclavie). Acest text a fost introdus în legea penală română, ca urmare a unor convenţii internaţionale la care a aderat ţara noastră şi anume: Convenţia pentru reprimarea traficului femeilor şi copiilor, semnată la Geneva la 30.09.1921; Convenţia privitoare la sclavie, semnată la Geneva la 25.09.1926 şi ratificată prin Decretul nr. 988/1931; Convenţia suplimentară privitoare la abolirea sclaviei, a traficului de sclavi şi a instituţiilor şi practicilor similare sclaviei, semnată la Geneva la 6.09.1956 şi ratificată prin Decretul nr. 375/1957.

4. Din confruntarea prevederilor legii penale române cu soluţia Curţii Europene, la care am făcut referire, se constată că rezolvarea dată, corespunde sub multe aspecte, şi cu dispoziţiile în vigoare din ţara noastră.

Astfel, în Constituţia României se prevede în art. 24 alin. 1, că dreptul la apărare este garantat, în tot cursul procesului, părţile au dreptul să fie asistate de un avocat ales sau numit din oficiu. De asemenea, în art. 171 alin. 4 din Codul de procedură penală, se arată că în toate cazurile în care asistenţa juridică este obligatorie, dacă învinuitul sau inculpatul nu şi-a ales un apărător, se iau măsuri pentru desemnarea unui apărător din oficiu; sarcina încredinţată apărătorului din oficiu este o obligaţie legală de la care acesta nu se poate sustrage fără pericolul unor sancţiuni. În conformitate cu prevederile art. 198 lit. c din Codul de procedură penală, lipsa nejustificată a apărătorului din oficiu în cursul procesului penal, atrage aplicarea unei amenzi judiciare, aşa cum prevăd dispoziţiile art. 199 din Codul de procedură penală.

Însă, se observă că în speţa soluţionată de Curtea Europeană, petiţionarul nu critică, caracterul obligatoriu al mandatului de apărător din oficiu încredinţat de tribunal, ci, caracterul său gratuit, asimilând sarcina primită cu exercitarea unei munci forţate sau obligatorii.

O astfel de obiecţie nu ar putea fi adresată şi legii procesuale române care nu admite, în prezent, gratuitatea serviciului prestat de apărătorul din oficiu. În toate cazurile, sumele cuvenite apărătorului din oficiu se avansează de stat şi sunt incluse ulterior în cheltuielile judiciare suportate, după caz, de inculpat (dacă a fost condamnat ori i s-a reţinut o culpă civilă), de partea vătămată, de partea civilă sau rămân în sarcina statului.

---

[1] V. Dongoroz şi colaboratorii, *Explicaţii teoretice ale Codului penal român*, Vol. III, p. 304.

În acest sens au fost pronunţate soluţii şi de instanţele române. Astfel, inculpatul care a beneficiat de apărare din oficiu va plăti integral onorariu de avocat, dacă are posibilităţi de plată, în caz contrar, onorariul va fi avansat de Ministerul Justiţiei, iar suma avansată se va include în cheltuielile judiciare ce vor fi suportate de inculpat[1]; dacă inculpatul nu este obligat la cheltuieli judiciare, onorariul apărătorului din oficiu se plăteşte de Ministerul Justiţiei[2].

Această reglementare a legislaţiei române este în contradicţie însă cu prevederile Convenţiei Europene (art. 6 paragraful 3 lit. c), potrivit cărora avocatul din oficiu exercită întotdeauna un serviciu gratuit, deoarece el acordă asistenţă juridică numai persoanelor are nu au posibilităţi materiale pentru remunerarea apărătorului ales. Din acest punct de vedere, argumentele Curţii devin pertinente, în sensul că mandatul de apărător din oficiu, deşi este gratuit, nu constituie o muncă forţată sau obligatorie, interzisă de Convenţie, ci face parte din obligaţiile normale ale oricărui avocat.

Concluzii

Ar fi de reflectat dacă, într-o reglementare viitoare a materiei, nu ar trebui prevăzută şi în legislaţia noastră gratuitatea serviciilor prestate de apărătorul din oficiu, atunci când instanţa apreciază că interesele justiţiei impun prezenţa unui apărător iar persoana beneficiară a unei asemenea asistenţe nu ar avea mijloacele materiale necesare pentru plata unui apărător ales. Nu am fi însă de părere ca mandatul de apărător din oficiu, gratuit în ceea ce-l priveşte pe inculpat, să devină o sursă de prejudicii pentru apărător (care ar putea susţine că i se propune o muncă asimilată celei forţate sau obligatorii). Mai curând, ar trebui să se menţină parţial sistemul actual, în sensul că onorariul apărătorului să fie avansat de Ministerul Justiţiei, iar dacă cel care a beneficiat de apărare nu are mijloace de plată, sumele respective să rămână întotdeauna în obligaţia statului[3].

Referinţe bibliografice

1) **Antoniu George**, „Implicaţii asupra legii penale române a Convenţiei Europene a Drepturilor Omului”, în „Studii de Drept Românesc”, vol. IV (37), 1992, nr. 1, p. 5-13;

2) **Antoniu George**, Articolul 5 din Convenţia Europeană a Drepturilor Omului „Studii de drept românesc”, Vol.5 (38), 1993, nr. 2, p. 167-184;

3) **Antoniu George**, Articolul 6 din Convenţia Europeană a Drepturilor Omului, în „Studii de Drept Românesc”, Vol. 5 (38), 1993, nr. 3, p. 257-270;

4) **Antoniu George** şi colaboratorii, „Reforma legislaţiei penale” Editura Academiei Române, Bucureşti 2003, p. 262.

5) **Predescu Ovidiu**, Convenţia Europeană a Drepturilor Omului, Implicaţii asupra dreptului penal român, Bucureşti, Ed. Lumina Lex 1998, p. 20 şi următoarele.

6) **Dongoroz Vintilă** şi colaboratorii, „Explicaţii teoretice ale Codului penal român”, Ed. Academiei, vol. III, p. 304.

7) C.S.J., dec. nr. 8/1972, Revista Română de Drept nr. 4/1973, p. 134.

8) C.S.J., dec. nr. 1568/1988, Revista Română de Drept nr. 7/1989, p. 77.

---

[1] C.S.J., dec. nr. 1568/1988, Revista Română de Drept nr. 7/1989, p. 77.

[2] CSJ, dec. nr. 8/1972, Revista Română de Drept nr. 4/1973, p. 134.

[3] G. Antoniu şi colaboratorii, *„Reforma legislaţiei penale” Ed.* Academiei Române, Bucureşti 2003, p. 262.

Aplicarea legii penale în timp în raport cu noua legislație penală

dr. Constantin ***DUVAC****

Abstract: *The author examines comparatively the criminal law provisions relating to the application of more favorable new criminal law than those provided în previous criminal law, highlighting the merits and shortcomings of the new Criminal Code, explanation accompanied by examples, own ideas and suggestions to improve the text analyzed.*

Finally, the author presents his own conclusions drawn about the matter under investigation to which he adds, în a synthetic form, the main de lege ferenda proposals for improving the new criminal legislation.

Keywords: *Criminal Code of 1969; the new Criminal Code from 2009; criminal law enforcement over time; enforcement of the more favourable criminal law prior to the final judgment of the case; enforcement of the more favourable criminal law after the final judgment of the case.*

I. Noţiuni introductive

Noul Cod penal (denumit în continuare şi Codul penal din 2009), adoptat prin Legea nr. 286/2009 privind Codul penal[1], potrivit art. 246 din Legea nr. 187/2012 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 289/2009 privind Codul penal[2], va intra în vigoare la data de 1 februarie 2014, dată la care va fi abrogată Legea nr. 15/1969 privind Codul penal al României, republicată[3] (denumită în continuare Codul penal din 1969 sau Codul penal anterior ori legea penală anterioară).

Raţiunile principale care au stat la baza elaborării noului Cod penal au fost precizate în expunerea de motive a proiectului de Cod penal[4] (denumit în continuare Proiectul), realizat în perioada 2006-2008 de către o comisie formată din reputaţi penalişti (teoreticieni şi practicieni) şi în Hotărârea Guvernului nr. 1183/2008 pentru aprobarea tezelor prealabile ale proiectului Codului penal[5].

În elaborarea noii legi penale comisia a urmărit pe de o parte, valorificarea tradiţiei legislaţiei penale române, iar pe de altă parte punerea de acord a acesteia cu unele

---

* Conf. univ. – Facultatea de Drept şi Ştiinţe Economice, Universitatea "Agora" din Oradea; Cercetător asociat – Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu" al Academiei Române; e-mail: ctinduvac@yahoo.com.

[1] Publicată în „Monitorul oficial al României", partea I, nr. 510 din 24 iulie 2009, cu modificările şi completările ulterioare.

[2] Publicată în „Monitorul oficial al României", partea I, nr. 757 din 12 noiembrie 2012.

[3] Republicată în „Monitorul oficial al României", partea I, nr. 65 din 16 aprilie 1997, cu modificările şi completările ulterioare.

[4] Proiectul noului Cod penal este disponibil la adresa http://www.just.ro/ Meniu Stanga/ Normativepapers/ Proiecte deactenormativeaflate%C3%AEndezbatere/tabid/93/Default.aspx, postat pe site-ul Ministerului Justiţiei la 24 ianuarie 2008 (ultima accesare la data de 10 martie 2012).

[5] Publicată în „Monitorul oficial al României", partea I, nr. 686 din 8 octombrie 2008.

sisteme juridice de referinţă în dreptul penal european. Aceste două direcţii, avute în vedere la elaborarea codului, au putut fi conciliate prin analiza atentă a evoluţiei legislaţiei penale române.

În *valorificarea tradiţiei legislaţiei noastre penale* s-a pornit de la prevederile Codului penal din 1937 (de inspiraţie italiană şi austriacă), multe dintre ele menţinute şi de Codul penal din 1969, considerându-se că şi în prezent reglementările penale cu cea mai largă influenţă în dreptul european aparţin spaţiului german şi italian. Convergenţa reglementărilor din noul Cod penal cu cele din aceste legislaţii, precum şi cu cele pe care acestea le-au inspirat (dreptul spaniol, elveţian, portughez), fără ca redactorii să ignore soluţiile adoptate de alte sisteme europene, cum este cazul dreptului francez, belgian, olandez sau cel al unora dintre ţările scandinave, a permis valorificarea creativă a tradiţiei naţionale concomitent cu realizarea unor reglementări conforme cu tendinţele actuale ale dreptului penal din statele europene cu o experienţă avansată în această materie.

O parte dintre instituţiile specifice legislaţiei penale române (unele introduse prin Codul penal din 1969) au fost *păstrate* întrucât şi-au dovedit, în opinia comisiei, funcţionalitatea [spre exemplu, a fost menţinută aplicarea (obligatorie) legii penale mai favorabile după judecarea definitivă a cauzei ori participaţia improprie, deşi majoritatea legislaţiilor operează în aceste ipoteze cu instituţia autorului mediat].

Ca atare, noul Cod penal a fost elaborat după o cercetare aprofundată a soluţiilor tradiţionale, prevăzute în codurile noastre penale anterioare (aşa se explică de ce multe dintre textele Codului penal din 1937 au fost „reînviate", de pildă incriminările referitoare la uciderea la cererea victimei – art. 190[1] sau la înşelăciunea privind asigurările – art. 245 ori la exploatarea patrimonială a unei persoane vulnerabile – art. 247 etc.), după identificarea experienţei şi a altor legislaţii penale (sub acest aspect este lăudabil efortul redactorilor noii legi penale de a indica în expunerea de motive, în cazul anumitor texte noi, sursa de inspiraţie străină).

II. Caracterizare generală a Titlului I al părţii generale a noului Cod penal

Titlul I al **părţii generale** a noului Cod penal din anul 2009 – ce va intra în vigoare la data de 1 februarie 2014 – intitulat „***Legea penală şi limitele ei de aplicare***" este sistematizat, la fel ca titlul I din partea generală a Codului penal de la 1969, în două capitole: *principii generale* (capitolul I) şi *aplicarea legii penale* (capitolul II), însă, faţă de legea penală anterioară, cuprinde mai multe elemente de noutate.

În mod corect, la semnalările repetate ale doctrinei[2], noul Cod penal reglementează mai întâi aplicarea legii penale în timp, după care prevede dispoziţiile referitoare la

---

[1] Din considerente de spaţiu, în conţinutul acestei lucrări acolo unde nu este indicat actul normativ după numărul unui articol, avem în vedere Codul penal adoptat prin Legea nr. 286/2009, cu modificările şi completările ulterioare.

[2] A se vedea: George Antoniu, *Aplicarea legii penale în timp şi spaţiu*, în „Revista de drept penal" nr. 4/2001, p. 9-10; George Antoniu, *Un nou pas pe calea reformei penale,* în „Revista de drept penal" nr. 3/2002, p. 11; Idem, *Examen critic al unor dispoziţii din Codul penal. Partea generală (Reforma penală şi unele aspecte critice ale legislaţiei penale în vigoare),* în „Reforma legislaţiei penale" de George Antoniu (coordonator), Emilian Dobrescu, Tiberiu Dianu, Gheorghe Stroe, Tudor Avrigeanu, Ed. Academiei Române, Bucureşti, 2003, p. 83; Idem, *Noul Cod penal. Codul penal anterior. Studiu comparativ*, Ed. All Beck, Bucureşti, 2004, p. 6. În acelaşi sens, a se vedea: Rodica Mihaela Stănoiu, *Teritorialitatea legii penale (Aplicarea legii penale)*, în „Noul Cod penal comentat", vol. I de George Antoniu (coordonator), Constantin Mitrache, Rodica Mihaela Stănoiu, Ioan Molnar, Viorel Paşca,

aplicarea legii penale în spaţiu, întrucât legiuitorul, înainte de a determina limitele aplicării legii penale în spaţiu, trebuie să se pronunţe asupra condiţiilor referitoare la existenţa acesteia, sub aspect temporal. Or, existenţa legii penale presupune a examina momentul (dintr-o durată de timp) în care voinţa legiuitorului devine lege şi efectele ce se produc în timp, determinate de existenţa legii, acestea având prioritate faţă de problematica aplicării în spaţiu a legii penale.

Pe de altă parte, s-a spus că o atare opţiune legislativă este menită să asigure o continuitate a principiului legalităţii incriminării şi sancţiunilor de drept penal, prevăzut în art. 1 şi 2, principiu care-şi fundamentează existenţa şi rolul în raport cu timpul de existenţă al legii şi al actelor de conduită ale destinatarilor legii penale[1].

Legiuitorul din 2009 a renunţat întemeiat la aplicarea facultativă a legii penale mai favorabile în cazul pedepselor definitive, menţinerea unei atare soluţii neputând fi justificată prin raportare la respectarea deplină a principiului intangibilităţii autorităţii de lucru judecat de care trebuie să se bucure hotărârile judecătoreşti penale rămase definitive.

Totodată, conţinutul unor principii este mai bine fixat şi completat în raport cu sugestiile doctrinei, dar şi cu soluţii existente în alte sisteme de drept penal din Uniunea Europeană.

Prin Legea nr. 187/2012 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 289/2009 privind Codul penal[2] au fost adoptate mai multe norme ce au ca obiect principal de reglementare soluţionarea conflictelor de legi în timp determinate de intrarea în vigoare a noului Cod penal – Legea nr. 286/2009 – şi care nu pot fi soluţionate prin simpla utilizare a normelor generale în materie cuprinse în cod.

Capitolul II („*Aplicarea legii penale*”), ce avea denumirea în reglementarea anterioară „Limitele aplicării legii penale”, este împărţit în două secţiuni: secţiunea I – „Aplicarea legii penale în timp” (art. 3-7) şi secţiunea II – „Aplicarea legii penale în spaţiu” (art. 8-14).

III. În cadrul secţiunii I – **Aplicarea legii penale în timp** – sunt reglementate principiile care guvernează aplicarea legii penale române în timp: activitatea legii penale (art. 3), aplicarea legii penale de dezincriminare (art. 4), aplicarea legii penale mai favorabile până la judecarea definitivă a cauzei (art. 5), aplicarea legii penale mai favorabile după judecarea definitivă a cauzei (art. 6) şi aplicarea legii penale temporare (art. 7).

3.1. Art. 3 – „*Activitatea legii penale*” – instituie regula conform căreia „Legea penală se aplică infracţiunilor săvârşite în timpul cât ea se află în vigoare”, adică aceasta este activă. Textul este identic cu cel din art. 10 al legii penale anterioare astfel încât nu necesită precizări suplimentare.

Avram Filipaş, Nicoleta Iliescu, Matei Basarab, Ed. C. H. Beck, Bucureşti, 2006, p. 94; Marin Făgăraş, *Aplicarea legii penale în spaţiu*, teză de doctorat susţinută la Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române sub conducerea ştiinţifică a prof. univ. dr. George Antoniu, Bucureşti, 2009, p. 26-27.

[1] A se vedea: Constantin Mitrache, *Activitatea legii penale* (Comentarii), în „Explicaţii preliminare ale noului Cod penal”, vol. I, articolele 1-52 de George Antoniu (coordonator), Costică Bulai, Constantin Duvac, Ioan Griga, Gheorghe Ivan, Constantin Mitrache, Ioan Molnar, Ilie Pascu, Viorel Paşca, Ovidiu Predescu, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2010, p. 41; Idem, *Reflecţii asupra unor reglementări de aplicare în timp a legii penale prevăzute în noul Cod penal*, în „Noua legislaţie penală: tradiţie, recodificare, reformă, progres juridic”, vol. I, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2012, *p.* 52.

[2] Publicată în „Monitorul oficial al României”, partea I, nr. 757 din 12 noiembrie 2012.

În cadrul acestei secţiuni, *de lege ferenda* s-ar impune introducerea unei norme prin care să se disciplineze conţinutul şi principiile de soluţionare a concursului de norme penale sau de texte, fie prin preluarea modelului italian (art. 15 din Codul penal italian) sau a celui spaniol (art. 8 din Codul penal spaniol), adaptat la realităţile juridico-sociale de la noi, fie într-o redactare proprie, având în vedere faptul că această chestiune nu este tratată în mod unitar în doctrină şi jurisprudenţă.

O atare dispoziţie ar fi cu atât mai necesară cu cât după anul 1989 s-a manifestat o tendinţă de sporire artificială a concursului de texte penale, ceea ce relevă o tehnică legislativă defectuoasă, susceptibilă de controverse şi dificultăţi în aplicarea legii penale[1]. Această tendinţă este recunoscută în mod expres de către legiuitorul român atunci când în Hotărârea Guvernului nr. 1183/2008 pentru aprobarea tezelor prealabile ale proiectului Codului penal[2] a menţionat că „există în prezent circa 250 de legi speciale sau extrapenale conţinând dispoziţii penale, cu numeroase suprapuneri de texte, cu abrogări implicite asupra cărora planează incertitudinea, cu pedepse legale între care există diferenţe flagrante în pofida naturii similare a faptelor incriminate, ceea ce le face dificil de aplicat pentru organele judiciare şi foarte puţin previzibile pentru cetăţeni" pentru ca, numai după 3 ani, în expunerea de motive[3] a Legii nr. 187/2012 să afirme că numărul acestora a ajuns la aproximativ 300 de legi penale speciale sau extrapenale conţinând dispoziţii penale.

Excesul de norme penale concurente împiedică o bună funcţionare a sistemului juridic penal, fiind generator de confuzii în practica judiciară şi constituie una din modalităţile de „poluare juridică" prin exces de incriminare, fenomen manifestat şi în dreptul pozitiv român[4].

Întrucât legea penală română (nici cea veche şi nici cea nouă) nu cuprinde dispoziţii explicite privind modul de soluţionare a concursului de texte, doctrina şi jurisprudenţa de la noi nu au reuşit să elaboreze criterii unitare de identificare a normei penale aplicabile atunci când există o pluralitate de dispoziţii penale care par să se aplice unei fapte concrete, deoarece în realitate numai una din norme devine aplicabilă.

Problema centrală cu care se confruntă interpretul în cazul concursului de norme este aceea a criteriilor (principiilor) după care se alege dintre normele concurente norma aplicabilă. Deşi reglementează aceeaşi materie, între normele concurente pot exista unele diferenţieri obiective: de pildă, o normă concurentă să fie mai recentă decât alta (criteriul cronologic) ori o normă concurentă să aibă un conţinut mai general cuprinzând şi ipoteza particulară reglementată printr-o altă normă (criteriul specialităţii), sau o normă concurentă să prevadă o sancţiune mai grea decât alta (criteriul subsidiarităţii), ori o normă concurentă ar putea să se afle în asemenea relaţii cu altă normă concurentă încât să devină aplicabilă etc. Asemenea diferenţieri nu numai că permit individualizarea normei concurente aplicabile, dar contribuie şi la sublinierea aparenţei întregului concurs.

---

[1] Pentru detalii, a se vedea Constantin Duvac, *Pluralitatea aparentă de infracţiuni*, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2008, p. 53-109.

[2] Publicată în „Monitorul oficial al României", partea I, nr. 686 din 8 octombrie 2008.

[3] Disponibilă la adresa http://www.just.ro/ Sections/PrimaPagina_MeniuDreapta/LegeAplicareCP/tabid/1438/Default.aspx.

[4] A se vedea Sofia Popescu, *Statul de drept în dezbaterile contemporane*, Ed. Academiei Române, Bucureşti, 1998, p. 150-152. În acelaşi sens, Constantin Duvac, *op. cit.*, p. 56; Andreea-Alexandra Popa, *Contrafacerea obiectului unui brevet de invenţie*, în „Revista română de dreptul proprietăţii intelectuale", nr. 3/2008, p. 133.

Raţiunea soluţionării corecte a concursului de norme penale (texte) prin aplicarea principiilor specialităţii, subsidiarităţii, consumpţiunii şi alternativităţii fiind aceea de a evita ca o persoană să răspundă penal de două ori pentru aceeaşi faptă (*ne bis în idem*), ar fi de dorit ca legea română, întocmai ca şi alte legi penale străine, să reglementeze în viitor modurile de rezolvare a concursului de norme[1].

Introducerea unei norme de drept penal care să fixeze mijloacele prin care se asigură respectarea principiului *ne bis în idem* s-ar impune cu atât mai mult cu cât recunoscând importanţa acestui principiu, legiuitorul român l-a consacrat explicit prin art. 6 din noul Cod de procedură penală, adoptat prin Legea nr. 135/2010 privind Codul de procedură penală[2].

Textul cu denumirea marginală „Concursul de norme penale" ar putea avea următoarea formulare „Când mai multe norme penale din Codul penal ori din legi penale speciale sau din legi speciale extrapenale reglementează aceeaşi materie, norma penală specială se aplică derogând de la norma penală generală, dacă nu este prevăzut altfel".

3.2. *Aplicarea legii penale de dezincriminare* (art. 4). Sub această denumire legiuitorul din 2009 reproduce integral dispoziţiile din art. 12 alin. 1 al legii penale anterioare, fără a prelua şi dispoziţiile alin. 2 al acestui text. Astfel, potrivit art. 4, „Legea penală nu se aplică faptelor săvârşite sub legea veche, dacă nu mai sunt prevăzute de legea nouă. În acest caz, executarea pedepselor, a măsurilor educative şi a măsurilor de siguranţă, pronunţate în baza legii vechi, precum şi toate consecinţele penale ale hotărârilor judecătoreşti privitoare la aceste fapte încetează prin intrarea în vigoare a legii noi".

Expresia „faptelor săvârşite" are înţelesul arătat în art. 174, unde se prevede că prin „*săvârşirea unei infracţiuni*" sau „*comiterea unei infracţiuni*" se înţelege săvârşirea oricăreia dintre faptele pe care legea le pedepseşte ca infracţiune consumată sau ca tentativă, precum şi participarea la comiterea acestora în calitate de coautor, instigator sau complice.

De altfel, cu ocazia explicării textului art. 174, s-a afirmat că expresia „săvârşirea unei infracţiuni" este folosită în mod generic de legiuitor atunci când se referă la *săvârşirea unei infracţiuni nedeterminate* (neindividualizate), oricare ar fi ea, susceptibilă de *anumite consecinţe* cum ar fi aplicarea legii penale în timp şi spaţiu, efectele circumstanţelor atenuante sau agravante, consecinţele răspunderii penale a minorului, efectele amnistiei, calculul termenului de prescripţie a răspunderii penale etc.[3].

Denumirea marginală a acestui text este schimbată, legiuitorul din 1969 utilizând formularea „retroactivitatea legii penale". În legătură cu acest aspect, în doctrină s-a observat[4], pe drept cuvânt, că denumirea marginală a art. 4 sugerează că legea nouă de

---

[1] Pentru detalii, a se vedea Constantin Duvac, *op. cit.*, p. 53-203, 276.

[2] Publicată în „Monitorul oficial al României", partea I, nr. 486 din 15 iulie 2010.

[3] A se vedea Constantin Duvac, *Funcţionar public* (Comentarii), în „Explicaţii preliminare ale noului Cod penal", vol. II, articolele 53-187 de George Antoniu (coordonator), Alexandru Boroi, Bogdan-Nicolae Bulai, Costică Bulai, Ştefan Daneş, Constantin Duvac, Mioara-Ketty Guiu, Constantin Mitrache, Cristian Mitrache, Ioan Molnar, Ion Ristea, Constantin Sima, Vasile Teodorescu, Ioana Vasiu, Adina Vlăsceanu, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2011, *p.* 504.

[4] A se vedea Constantin Mitrache, *Aplicarea legii penale de dezincriminare* (Comentarii), în „Explicaţii preliminare ale noului Cod penal", vol. I, articolele 1-52 de George Antoniu (coordonator), Costică Bulai, Constantin Duvac, Ioan Griga, Gheorghe Ivan, Constantin Mitrache, Ioan Molnar, Ilie Pascu, Viorel Paşca, Ovidiu Predescu, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2010, p. 52-53. În condiţiile menţinerii acestei denumiri marginale, autorul propune armonizarea acesteia cu conţinutul art. 4 care

dezincriminare se aplică faptelor săvârşite sub legea veche care incrimina acele fapte, deşi dispoziţiile din art. 4 prevăd nu „aplicarea", ci dimpotrivă „neaplicarea" acesteia. Se creează astfel o neconcordanţă între conţinutul art. 4 şi denumirea sa marginală. Pentru rezolvarea acestei discrepanţe, s-a propus fie, în cazul în care se păstrează denumirea actuală, reformularea textului în sensul „Legea penală de dezincriminare se aplică şi faptelor săvârşite înainte de intrarea ei în vigoare", fie redenumirea sa în „Retroactivitatea legii penale"[1].

Nepreluarea alin. 2 al art. 12 din Codul penal de la 1969 a fost justificată prin aceea că reglementarea veche permitea retroactivitatea măsurilor de siguranţă şi a măsurilor educative, fără niciun fel de circumstanţiere[2], fiind posibil ca măsurile noi să fie mai grave decât cele prevăzute în legea veche[3], fie prin faptul că art. 12 alin. 2 din Codul penal anterior contravenea principiului legalităţii sancţiunilor de drept penal[4].

Menţinerea alin. 2 al art. 12 din Codul penal de la 1969, dispoziţie ce consacra caracterul întotdeauna retroactiv al legii ce prevede măsuri de siguranţă şi măsuri educative[5], ar fi contravenit principiului desprins din art. 15 alin. (2) din Constituţia României, republicată, conform căruia numai legea penală sau contravenţională mai favorabilă poate dispune şi pentru trecut (în celelalte cazuri legea dispunând numai

---

ar trebui să aibă o formulare afirmativă în sensul: „Legea penală de dezincriminare se aplică şi faptelor săvârşite înainte de intrarea ei în vigoare (retroactivitate)".

[1] A se vedea Constantin Mitrache, *Reflecţii asupra unor reglementări de aplicare în timp a legii penale prevăzute în noul Cod penal, cit. supra*, p. 53.

[2] A se vedea Mihai Adrian Hotca, *Noul Cod penal şi Codul penal anterior – aspecte diferenţiale şi situaţii tranzitorii*, Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2009, p. 6.

[3] A se vedea: Matei Basarab, *Probleme actuale ale dreptului penal*, în „Revista de drept penal" nr. 1/1994, p. 50. Semnalând această posibilitate, autorul admitea retroactivitatea măsurilor de siguranţă (contrar doctrinei majoritare care susţinea în acest caz principiul aplicării legii mai oportune sau mai conforme cu nevoile de apărare socială a societăţii), dar numai atunci când acestea sunt mai favorabile făptuitorului; George Antoniu, *Noul Cod penal. Codul penal anterior. Studiu comparativ, cit. supra*, p. 7; Traian Dima, *Aplicarea legii penale de dezincriminare* (Comentariu), în „Noul Cod penal comentat. Partea generală", vol. I de Ilie Pascu, Vasile Dobrinoiu, Traian Dima, Mihai Adrian Hotca, Costică Păun, Ioan Chiş, Mirela Gorunescu, Maxim Dobrinoiu, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2012, p. 36.

[4] A se vedea: Ilie Pascu, Petre Buneci, *Noul Cod penal, partea generală, şi Codul penal, partea generală, în vigoare – prezentare comparativă*, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2010, p. 16; Valentin Mirişan, *Aplicarea legii penale române în timp. Prezentare comparativă a dispoziţiilor Codului penal în vigoare şi ale noului Cod penal*, în lucrarea colectivă „Noua legislaţie penală în discuţia membrilor Asociaţiei Române de Ştiinţe Penale", Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2012, p. 39.

[5] Această prevedere a fost criticată în doctrină, pe bună dreptate, semnalându-se posibilitatea ca unele măsuri de siguranţă ori măsuri educative, cu tot caracterul lor preventiv, să aibă şi un caracter represiv evident, şi chiar să constea în privaţiunea de libertate a făptuitorului, ipoteză în care ar fi discutabil să se susţină că aplicarea cu caracter retroactiv a unei asemenea măsuri reprezintă o soluţie echitabilă şi conformă cu principiul legalităţii incriminării şi pedepsei. În această concepţie, mai potrivit ar fi ca, şi în cazul măsurilor de siguranţă, precum şi al măsurilor educative să se facă aplicarea legii mai favorabile (în totalitate sau, cel puţin, numai cu privire la acele măsuri care ar implica o restrângere a libertăţii persoanei). A se vedea, în acest sens George Antoniu, *Retroactivitatea legii penale* (Comentariul 10), în „Practica judiciară penală. Partea generală (art. 1-51 Codul penal)", vol. I de George Antoniu (coordonator), Constantin Bulai (coordonator), Rodica Mihaela Stănoiu, Avram Filipaş, Constantin Mitrache, Vasile Papadopol, Cristiana Filişanu, Ed. Academiei Române, Bucureşti, 1988, p. 24-25; George Antoniu, *Reforma penală la primul pas (I), cit. supra*, p. 17. Cu acest prilej, profesorul a propus modificarea textului astfel încât în cazurile în care asemenea măsuri sunt privative de libertate, acestea se aplică numai faptelor prevăzute de legea penală săvârşite după intrarea în vigoare a legii, în afară de cazul când sunt mai blânde; În acelaşi sens, a se vedea Vasile Dobrinoiu, Ilie Pascu, *Constituţia şi legea penală*, în „Revista de drept penal" nr. 2/1995, p. 59-61.

pentru viitor, adică este neretroactivă), în cazurile în care, cu privire la aceste măsuri, legea nouă este mai gravă. Prin renunţarea la această dispoziţie, cu privire la care deja se exprimase opinia că este abrogată implicit după intrarea în vigoare a Constituţiei din 1991[1], o lege viitoare ce ar prevedea măsuri de siguranţă sau educative va urma regula generală a neretroactivităţii legii penale, cu excepţia cazului când constituie o dispoziţie mai favorabilă.

După alţi autori, art. 4 ar trebui completat cu prevederea din art. 12 alin. 2 din Codul penal anterior în privinţa măsurilor de siguranţă şi a măsurilor educative, acestea, în principiu, trebuind să retroactiveze, legea nouă fiind, de regulă, mai adecvată. După preluarea acestui text, s-ar mai impune, în această concepţie, adăugarea menţiunii „în afară de cazul când legea prevede altfel”[2], spre a evita unele excese posibile ale legii noi, soluţie promovată şi în anteproiectul Institutului de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” din anul 2002[3].

Legiuitorul din 2009 nu şi-a însuşit această propunere *de lege ferenda* şi a decis să renunţe complet la caracterul retroactiv al acestor măsuri, prevăzute în art. 12 alin. 2 din legea penală anterioară, urmând ca şi în aceste cazuri să se aplice întotdeauna regulile legii penale mai blânde (*mitior lex*), soluţie pe deplin justificată şi în acord cu art. 15 alin. (2) din Constituţia României, republicată.

3.3. *Aplicarea legii penale mai favorabile până la judecarea definitivă a cauzei* (art. 5). Dispoziţia art. 5 alin. (1) – „În cazul în care de la săvârşirea infracţiunii până la judecarea definitivă a cauzei au intervenit una sau mai multe legi penale, se aplică legea mai favorabilă.” – reprezintă o preluare fără modificări semnificative (s-a renunţat la termenul „cea” ataşat cuvântului legea, deşi acest calificativ fusese prevăzut tocmai pentru a evidenţia faptul că dacă apar mai mult de două legi penale, fiecare putând fi mai favorabilă faţă de cealaltă, dar nu şi faţă de o a treia ori a patra ş.a, va fi aplicată în cele din urmă legea cea mai favorabilă, motiv pentru care termenul trebuia menţinut) a textului alin. 1 al art. 13 din legea penală anterioară.

Aşadar, *de lege ferenda* s-ar impune reintroducerea termenului „cea” în conţinutul alin. (1) astfel încât acesta să prevadă că „se aplică legea *cea* mai favorabilă”.

De asemenea, legiuitorul a modificat şi denumirea marginală a acestui text din „Aplicarea legii penale mai favorabile” în „Aplicarea legii penale mai favorabile până la judecarea definitivă a cauzei”, acesta fiind un *nomen iuris* mai complet şi mai sugestiv în ceea ce priveşte delimitarea sa de cel atribuit art. 6.

---

[1] A se vedea Florin Streteanu, *op. cit.*, p. 253. Într-un studiu anterior, autorul a afirmat, pe bună dreptate, că dispoziţia art. 12 alin. 2 din Codul penal de la 1969 va retroactiva numai în cazul în care prevederile sale sunt mai favorabile (În acest sens, a se vedea Florin Streteanu, *Retroactivitatea legii penale în condiţiile art. 15 alin. 2 din Constituţie*, în Studia Univesitatis „Babeş-Bolyai”, seria Iurisprudentia, nr. 2/1992, p. 64-65). În acelaşi sens, a se vedea: Viorel Paşca, *Măsurile de siguranţă şi aplicarea legii penale în timp*, în „Revista de drept penal”, nr. 1/1997, p. 42; Florean Ivan, *op. cit.*, p. 135; Valentin Mirişan, *op. cit.*, p. 39.

[2] A se vedea George Antoniu, *Observaţii cu privire la anteproiectul unui al doilea nou Cod penal (I), cit. supra*, p. 10. În acelaşi sens, a se vedea Constantin Mitrache, *Aplicarea legii penale de dezincriminare* (Comentarii), *cit. supra*, p. 53. Autorul este de părere că era mai bine dacă art. 4 ar fi reprodus integral conţinutul art. 12 din Codul penal anterior, menţinând şi denumirea marginală „retroactivitatea legii penale”, cu atât mai mult cu cât modificarea textului examinat n-a fost cerută nici de doctrină şi nici de jurisprudenţă.

[3] Publicat în „Revista de drept penal” nr. 3/2002, p. 127-156.

Dispoziţia art. 13 alin. 2 din Codul penal anterior nu a mai fost preluată deoarece putea sugera[1] faptul că dispoziţiile legii noi referitoare la pedepsele complementare se aplică retroactiv indiferent dacă acestea sunt mai favorabile sau mai severe decât cele din legea veche, legea mai favorabilă fiind cea determinată în raport cu pedeapsa principală, interpretare care contravenea art. 15 alin. (2) din Constituţia României, republicată, chiar dacă autori mai vechi[2] au afirmat că textul în discuţie s-ar aplica numai în cazul în care pedeapsa complementară din legea nouă este mai favorabilă.

În raport cu situaţiile noi, ivite în viaţa noastră juridică după apariţia Constituţiei României în anul 1991, şi la solicitarea doctrinei[3], dispoziţiile privind aplicarea legii penale mai favorabile în cursul procesului penal au fost completate cu prevederea din art. 5 alin. (2), referitoare la situaţia actelor normative ori prevederilor din acestea declarate neconstituţionale, precum şi ordonanţelor de urgenţă aprobate de Parlament cu modificări sau completări ori respinse, dacă în timpul când acestea s-au aflat în vigoare au cuprins dispoziţii penale mai favorabile, caz în care aceste acte, deşi îşi încetează – în tot sau în parte, după caz – incidenţa, continuă să se aplice situaţiilor juridice aflate la un moment dat sub imperiul lor, reglementare în concordanţă cu dispoziţiile art. 15 alin. (2) din Constituţia României, republicată.

Soluţia noului Cod penal de a extinde şi în acest caz prevederile legii penale mai favorabile este pe deplin justificată şi rezolvă astfel, într-un mod fericit şi în concordanţă cu art. 15 alin. (2) din Constituţia României, republicată, o chestiune profund controversată[4] apărută după 1991.

În aceste cazuri, în temeiul art. 5 alin. (2), eventualele schimbări aduse unui act normativ de către Parlament ori în urma declarării unor prevederi din acestea ca fiind neconstituţionale îşi vor produce efectele *ex nunc* (de la data modificărilor aduse actului normativ) şi nu *ex tunc* (de la data iniţială a actului normativ).

Legiuitorul român consacră explicit şi în mod complet, prin art. 5, teoria *extra-activităţii legii penale mai favorabile*, legea mai blândă urmând a se aplica, fie că este legea anterioară (în acest caz legea va ultraactiva), fie că este legea nouă (în acest caz legea va retroactiva).

---

[1] A se vedea, în acest sens Florin Streteanu, *Tratat de drept penal. Partea generală,* vol. I, Ed. C. H. Beck, Bucureşti, 2008, p. 288. În sens contrar, a se vedea Constantin Mitrache, *Aplicarea legii penale mai favorabile până la judecarea definitivă a cauzei* (Comentarii), în „Explicaţii preliminare ale noului Cod penal. Articolele 1-52", vol. I, de G. Antoniu (coordonator), *cit. supra*, p. 79. Autorul consideră că soluţia aleasă nu este la adăpost de critică şi nu rezolvă problematica pedepselor complementare care este complexă, fiindcă este posibil, de pildă, ca legea nouă să nu mai prevadă acele pedepse complementare şi atunci este necesară supravieţuirea unor organisme care să asigure executarea pedepselor complementare prevăzute de legea veche. *De lege ferenda*, autorul propune introducerea unei reglementări asemănătoare celei din art. 13 alin. 2 al legii penale anterioare, fiindcă în absenţa acesteia s-ar ajunge la situaţii grele, dacă nu imposibil de rezolvat şi cu încălcarea gravă a principiului legalităţii şi a aplicării legii penale mai favorabile infracţiunilor nedefinitiv judecate. Această poziţie doctrinară pare să-l fi influenţat pe legiuitorul romând din 2012 cu ocazia edictării art. 12 alin. (1) din Legea nr. 187/2012.

[2] A se vedea Constantin Barbu, *Aplicarea legii penale în spaţiu şi timp*, Ed. Ştiinţifică, Bucureşti, 1972, *p.* 239-240.

[3] A se vedea George Antoniu, *Examen critic al unor dispoziţii din Codul penal. Partea generală (Reforma penală şi unele aspecte critice ale legislaţiei penale în vigoare), cit. supra*, p. 90-92. O idee asemănătoare exprimase profesorul şi în lucrări mai vechi. A se vedea, în acest sens George Antoniu, *Aplicarea legii penale în timp şi spaţiu, cit. supra*, p. 15-16; Idem, *Un nou pas pe calea reformei penale, cit. supra*, p. 11.

[4] Pentru a examinare amplă a acestei materii, a se vedea Florin Streteanu, *op. cit.*, p. 301-311.

Practic, criteriul[1] hotărâtor în alegerea legii penale aplicabile dintre cele aflate în conflict, este crearea unei situaţii concrete mai favorabile făptuitorului, originea acestui criteriu fiind în principiul procesual în *dubio pro reo*.

3.4. Aplicarea legii penale mai favorabile după judecarea definitivă a cauzei (art. 6). Acest principiu presupune ca, atunci când după rămânerea definitivă a hotărârii de condamnare şi până la executarea completă a pedepsei închisorii sau amenzii a intervenit o lege care prevede o pedeapsă mai uşoară, sancţiunea aplicată, dacă depăşeşte maximul special prevăzut de legea nouă pentru infracţiunea săvârşită, să se reducă la acest maxim în mod obligatoriu.

Dispoziţia din alin. (1) al textului reprezintă o preluare fără modificări a conţinutului art. 14 alin. 1 din legea penală anterioară[2], legiuitorul din 2009 schimbând însă denumirea marginală a art. 6 din „Aplicarea obligatorie a legii penale mai favorabile în cazul pedepselor definitive" în „Aplicarea legii penale mai favorabile după judecarea definitivă a cauzei".

În conţinutul alin. (2) al art. 6 este reprodus alin. 2 al art. 14 din Codul penal anterior cu precizarea că textul este incident doar dacă legea nouă prevede pentru aceeaşi faptă *numai* pedeapsa închisorii. Prin introducerea acestui termen – „numai" – legiuitorul a înlăturat un neajuns al reglementării anterioare care nu oferea soluţii clare atunci când pedeapsa prevăzută în legea nouă era tot detenţiunea pe viaţă, dar alternativ cu pedeapsa închisorii în limite însă mai mici decât cele prevăzute în legea veche.

Dispoziţia din alin. (2) nu este incidentă, legea penală fiind de strictă interpretare, dacă legea nouă prevede pentru aceeaşi faptă închisoarea, dar alternativ cu detenţiunea pe viaţă ori numai amenda (chiar dacă aceasta din urmă este o ipoteză mai mult teoretică). O aplicare *a fortiori* a textului[3] ar fi contrară, după părerea noastră, uneia dintre laturile principiului legalităţii (*nullum crimen sine lege stricta*).

De lege ferenda, s-a propus reformularea alin. (2) pentru a acoperi şi aceste situaţii, respectiv „Dacă după rămânerea definitivă a hotărârii de condamnare la pedeapsa detenţiunii pe viaţă şi până la executarea ei a intervenit o lege care prevede pentru aceeaşi faptă pedeapsa închisorii ori pedeapsa închisorii alternativ cu amenda, pedeapsa detenţiunii pe viaţă se înlocuieşte cu maximul închisorii prevăzut pentru aceeaşi infracţiune"[4].

Şi dispoziţiile din alin. (3) al art. 6 reprezintă o preluare fără modificări a conţinutului alin. 3 al art. 14 din Codul penal de la 1969.

Cu ocazia explicării acestora, s-a avansat ideea potrivit căreia instanţa de judecată trebuie să înlocuiască închisoarea cu maximul special al amenzii prevăzut de legea

---

[1] Pentru o examinare detaliată a criteriilor de determinare a legii penale mai favorabile, a se vedea Florin Streteanu, *op. cit.*, p. 280-283.

[2] De menţionat că în art. 2 alin. (2) din Codul penal spaniol se prevede că au efect retroactiv legile penale care îl favorizează pe infractor chiar şi atunci când a fost pronunţată o hotărâre definitivă şi condamnatul se află în curs de executare.

[3] În acest sens, a se vedea Constantin Mitrache, *Aplicarea legii penale mai favorabile până la judecarea definitivă a cauzei* (Comentarii), în „Explicaţii preliminare ale noului Cod penal", vol. I, articolele 1-52 de George Antoniu (coordonator), Costică Bulai, Constantin Duvac, Ioan Griga, Gheorghe Ivan, Constantin Mitrache, Ioan Molnar, Ilie Pascu, Viorel Paşca, Ovidiu Predescu, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2010, p. 84.

[4] A se vedea Constantin Mitrache, *Reflecţii asupra unor reglementări de aplicare în timp a legii penale prevăzute în noul Cod penal,* în „Noua legislaţie penală: tradiţie, recodificare, reformă, progres juridic", vol. I, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2012, p. 55.

nouă, fiindcă nu se poate stabili amenda într-un cuantum mai mic, deoarece judecătorul în această etapă nu face o reindividualizare a pedepsei, dar are această posibilitate în etapa următoare când va dispune executarea amenzii şi luând în calcul cât a executat din pedeapsa închisorii va putea dispune înlăturarea executării amenzii în parte ori chiar înlăturarea executării amenzii în întregime[1].

De asemenea, alin. (3) nu va fi aplicabil dacă legea nouă prevede pedeapsa amenzii, dar alternativ cu închisoarea. În doctrina penală recentă[2] s-a propus – cu referire la art. 6 alin. (2) – o extindere a textului şi la această ipoteză în următoarea formulare „... o lege care prevede pentru aceeaşi faptă pedeapsa închisorii singură sau alternativ cu pedeapsa amenzii”.

Practic, aplicarea legii penale mai favorabile după judecarea definitivă a cauzei se va realiza în cazul în care legea nouă prevede o pedeapsă principală mai uşoară fie ca durată (maximul special este mai mic decât pedeapsa aplicată în baza legii vechi), fie ca natură (închisoare în loc de detenţiune pe viaţă sau amendă în loc de închisoare).

Faţă de reglementarea anterioară au fost aduse mai multe modificări pentru a înlătura dificultăţile de aplicare a textului. În acest sens, ipoteza măsurilor educative a primit o reglementare distinctă, ele fiind sancţiuni principale şi neputând fi asimilate pedepselor complementare. Astfel, „măsurile educative neexecutate şi neprevăzute în legea nouă nu se mai execută, iar cele care au corespondent în legea nouă se execută în conţinutul şi în limitele prevăzute de aceasta, dacă este mai favorabilă” – alin. (4).

Totodată, în alin. (5) s-a introdus o dispoziţie nouă conform căreia „când legea nouă este mai favorabilă în condiţiile alin. (1) – (4), pedepsele complementare şi măsurile de siguranţă neexecutate şi neprevăzute în legea nouă nu se mai execută, iar cele care au corespondent în legea nouă se execută în conţinutul şi limitele prevăzute de aceasta”.

Prin această dispoziţie s-a avut în vedere că legea mai favorabilă intervenită după condamnarea definitivă a unui inculpat se apreciază în primul rând prin raportare la sancţiunea principală, chiar dacă pedeapsa complementară sau măsura de siguranţă ar fi mai severă, astfel încât pedepsele complementare din legea veche care au corespondent în legea nouă se execută în conţinutul şi limitele prevăzute de aceasta.

Dacă pedepsele complementare ori măsurile de siguranţă au fost executate până la intrarea în vigoare a legii penale noi mai favorabile, acestea rămân executate şi nu se pune problema revenirii asupra lor, prin lege stipulându-se expres că sunt luate în considerare numai cele neexecutate. Aşadar, legea nouă mai favorabilă nu conduce la o restabilire a situaţiei anterioare condamnării, ci doar înlătură executarea sancţiunilor (pedepselor complementare şi a măsurilor de siguranţă, care nu mai au corespondent în legea nouă, producând efecte doar în viitor)[3].

Când însă legea nouă nu modifică pedeapsa principală, pedepsele complementare sau măsurile de siguranţă, prevăzute de ambele legi, se execută în conţinutul şi limitele legii noi, dacă acestea din urmă sunt mai favorabile [alin. (6)], soluţie fără corespondent în legea penală anterioară. Aceasta este o extindere a aplicării legii penale mai

---

[1] A se vedea: Constantin Mitrache, *Aplicarea legii penale mai favorabile până la judecarea definitivă a cauzei* (Comentarii), *cit. supra*, p. 84; Idem, *Reflecţii asupra unor reglementări de aplicare în timp a legii penale prevăzute în noul Cod penal, cit. supra*, p. 55-56.

[2] A se vedea Constantin Mitrache, *Aplicarea legii penale mai favorabile după judecarea definitivă a cauzei (Comentarii), cit. supra,* p. 83-84.

[3] A se vedea Constantin Mitrache, *Reflecţii asupra unor reglementări de aplicare în timp a legii penale prevăzute în noul Cod penal, cit. supra*, p. 57.

favorabile şi în cazul în care aceasta este mai blândă doar în ceea ce priveşte pedepsele complementare sau măsurile de siguranţă.

În alin. (7) al art. 6 a fost preluată dispoziţia din alin. 5 al art. 14 din Codul penal anterior, ceea ce însemnă că vor beneficia de dispoziţiile legii penale mai favorabile şi foştii condamnaţi care au executat în întregime pedeapsa aplicată sau pentru care pedeapsa se consideră executată (de pildă, în caz de graţiere) în raport cu anumite consecinţe pe care le-ar mai putea avea asupra acestora pedeapsa aplicată [de exemplu, termenele de reabilitare se vor socoti în acest caz de la data executării pedepsei redusă sau înlocuită potrivit art. 6 alin. (1) – (6) şi nu de la data executării în fapt a pedepsei].

Deşi comisia a admis că, după intrarea în vigoare a Constituţiei României din 1991, republicată, principiul constituţional al separaţiei puterilor în stat impune reducerea la minimul necesar a atingerilor aduse autorităţii de lucru judecat, aceasta a optat, în mod discutabil, pentru menţinerea reglementării aplicării obligatorii a legii penale mai favorabile după judecarea definitivă a cauzei, chiar dacă s-ar putea susţine că o atare atingere se justifică în măsura în care are la bază tot un principiu de natură constituţională, cum este cazul principiului legalităţii pedepsei ori că numai în acest mod s-ar evita ca un plus de pedeapsă executat de condamnat să nu-şi aibă corespondent în lege.

Această soluţie proprie legii penale române, ce nu reprezintă în esenţă decât o imixtiune (chiar şi generală, cum susţin unii autori, dar tot o imixtiune rămâne) a legiuitorului în activitatea puterii judecătoreşti prin încălcarea principiului intangibilităţii lucrului judecat, ne izolează de restul reglementărilor din codurile penale din ţările cu tradiţie în domeniul ştiinţelor penale (de pildă, Germania, Italia, Franţa), şi, prin urmare, *de lege ferenda* reiterăm[1] propunerea de eliminarea textului.

Criticându-se soluţia extinderii principiului legii penale mai favorabile şi asupra pedepselor rămase definitive, în doctrină s-a mai afirmat că aceasta încalcă şi principiul separaţiei puterilor în stat şi deschide calea unor posibile abuzuri ale legiuitorului care, din motive politice, ar adopta o lege mai favorabilă pentru a elibera din închisoare pe partizanii săi politici înainte de termenul prevăzut în hotărârea de condamnare[2].

Singura derogare de la respectarea principiului intangibilităţii lucrului judecat ce ar putea fi admisă ar fi legea de dezincriminare care ar putea produce efecte atât asupra condamnării definitive, cât şi asupra celorlalte consecinţe penale ce ar putea decurge din aceasta.

---

[1] În acest sens, a se vedea Constantin Duvac, *Unele observaţii critice cu privire la proiectul unui al doilea nou Cod penal,* în: „Revista română de criminalistică" nr. 4/2009, *p.* 150. În sens contrar, a se vedea Constantin Mitrache, *Aplicarea legii penale mai favorabile după judecarea definitivă a cauzei* (Comentarii), în „Explicaţii preliminare ale noului Cod penal", vol. I, articolele 1-52 de George Antoniu (coordonator), Costică Bulai, Constantin Duvac, Ioan Griga, Gheorghe Ivan, Constantin Mitrache, Ioan Molnar, Ilie Pascu, Viorel Paşca, Ovidiu Predescu, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2010, p. 81-82. Autorul consideră această soluţie pe deplin justificată.

[2] A se vedea, în acest sens George Antoniu, *Aplicarea legii penale în timp şi spaţiu, cit. supra*, p. 14.

În acest context, menţionăm că nu trebuie omis abuzul legislativ comis în anul 1997 în ceea ce priveşte infracţiunea de bancrută frauduloasă, când această faptă penală, prevăzută, la acea dată, în art. 208 din Legea nr. 31/1990 privind societăţile comerciale, republicată în „Monitorul oficial al României", partea I, nr. 1066 din 17 noiembrie 2004, cu modificările şi completările ulterioare, a fost abrogată fără niciun temei prin Ordonanţa de urgenţă a Guvernului nr. 32/1997 pentru modificarea şi completarea Legii nr. 31/1990 privind societăţile comerciale, publicată în „Monitorul oficial al României", partea I, nr. 133 din 27 iunie 1997, pentru ca la scurt timp să fie reincriminată, cu acelaşi conţinut, dar cu o pedeapsă mărită, prin Legea nr. 195/1997 privind aprobarea Ordonanţei de urgenţă a Guvernului nr. 32/1997 pentru modificarea şi completarea Legii nr. 31/1990 privind societăţile comerciale, publicată în „Monitorul oficial al României", partea I, nr. 335 din 28 noiembrie 1997.

Cu privire la incidenţa art. 15 din Codul penal anterior şi după intrarea în vigoare a noului Cod penal, s-a afirmat, pe drept cuvânt, că neavând corespondent în noua lege penală aceste dispoziţii nu mai pot fi invocate, nefiind temeiuri juridice pentru a soluţie afirmativă. La intrarea în vigoare a noului Cod penal, o persoană condamnată definitiv în baza legii vechi se află în ipoteza de a-i fi aplicat art. 6 sau nu se află într-o astfel de situaţie[1]. Sub influenţa acestei poziţii doctrinare, în mod corect, prin art. 4 din Legea nr. 187/2012 s-a stabilit că pedeapsa aplicată pentru o infracţiune printr-o hotărâre ce a rămas definitivă sub imperiul Codului penal din 1969, care nu depăşeşte maximul special prevăzut de noul Cod penal, nu poate fi redusă în urma intrării în vigoare a acestei legi.

3.5. *Aplicarea legii penale temporare* (art. 7). Acest principiu presupune că legea penală temporară se aplică infracţiunii săvârşite în timpul când era în vigoare, chiar dacă fapta nu a fost urmărită sau judecată în acel interval de timp [alin. (1)]. Sub aspectul conţinutului, observăm că principiul este identic cu cel care se desprinde din art. 16 al legii penale anterioare.

O noutate în această materie este reprezentată de introducerea unei norme explicative contextuale cu privire la înţelesul noţiunii de lege penală temporară, prin aceasta înţelegându-se „legea penală care prevede data ieşirii ei din vigoare sau a cărei aplicare este limitată prin natura temporară a situaţiei care a impus adoptarea sa”.

Prin această normă se consacră explicit ambele forme sub care se poate înfăţişa legea penală temporară, respectiv formală sau propriu-zisă şi prin natura ei sau excepţională.

În doctrină, s-a propus completarea acestei norme explicative cu menţiunea „caracterul inevitabil temporar sau excepţional al situaţiei care a impus adoptarea sa” întrucât astfel s-ar sublinia deosebirea între caracterul temporar al legii penale determinat de o situaţie temporară şi caracterul temporar al legii penale determinat de o situaţie excepţională (de pildă, starea de asediu)[2].

Pe aceeaşi linie de gândire, s-a mai propus adăugarea după alin. (2) a unui nou alineat cu următorul conţinut „Data încetării caracterului excepţional al situaţiei care a impus adoptarea legii temporare, va fi stabilită printr-o lege ulterioară”.

De altfel, art. 55 alin. (3) din Legea nr. 24/2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative, republicată[3] impune regula ca la actul normativ cu caracter temporar să se prevadă şi perioada de aplicare sau data încetării aplicării sale.

IV. Dispoziţii relative la *mitior lex* prevăzute în Legea nr. 187/2012

A. În vederea pregătirii intrării în vigoare a noului Cod penal, din punct de vedere legislativ a fost necesară elaborarea unei legi de punere în aplicare a acestuia, respectiv

---

[1] A se vedea Constantin Mitrache, *Reflecţii asupra unor reglementări de aplicare în timp a legii penale prevăzute în noul Cod penal, cit. supra*, p. 58. În sens contrar, a se vedea Valentin Mirişan, *Aplicarea legii penale române în timp. Prezentare comparativă a dispoziţiilor Codului penal în vigoare şi ale noului Cod penal*, în lucrarea colectivă „Noua legislaţie penală în discuţia membrilor Asociaţiei Române de Ştiinţe Penale”, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2012, p. 44-45.

[2] A se vedea George Antoniu, *Observaţii cu privire la anteproiectul unui al doilea nou Cod penal (I), cit. supra*, p. 11.

[3] Republicată în „Monitorul oficial al României”, partea I, nr. 260 din 21 aprilie 2010, cu modificările şi completările ulterioare.

Legea nr. 187/2012 (denumită în continuare Lege), care să cuprindă şi soluţii legislative pentru situaţii tranzitorii determinate de existenţa unor raporturi juridice de conflict născute sub imperiul legii vechi, ce nu au fost complet soluţionate până la data de 1 februarie 2014.

B. În capitolul II al titlului I din Lege – „**Dispoziţiile generale referitoare la aplicarea în timp a legii penale**" – au fost instituite câteva *reguli* aplicabile pentru reglementarea *situaţiilor tranzitorii* dintre care prezintă interes pentru demersul nostru cele prevăzute în art. 4 şi 8.

1. Conform art. 4 din Lege, pedeapsa aplicată pentru o infracţiune printr-o hotărâre ce a rămas definitivă sub imperiul Codului penal din 1969, care nu depăşeşte maximul special prevăzut de noul Cod penal, nu poate fi redusă în urma intrării în vigoare a acestei legi.

Această dispoziţie, cu care suntem de acord, se înscrie pe linia impusă de legiuitor la adoptarea Codului penal din 2009 referitoare la excluderea ipotezelor de aplicare facultativă a legii penale mai favorabile, inclusiv în situaţii tranzitorii. Soluţia se impune nu doar din motive de consecvenţă, ci şi pentru a evita riscul unor reduceri de pedeapsă nejustificate în contextul reaşezării pedepselor în noul Cod penal.

Reducerea pedepsei aplicate nu poate opera nici dacă aceasta este egală cu maximul special prevăzut în noul Cod penal pentru acea infracţiune.

În cazul pedepsei cu închisoarea, comparaţia între cuantumul pedepsei aplicate şi limita specială maximă prevăzută pentru acea infracţiune este facil de realizat. Acest lucru devine dificil de realizat atunci când ceea ce se compară sunt pedepsele cu amenda, caz în care pe lângă limitele speciale de pedeapsă prevăzute de noua legislaţie penală pentru acea faptă penală, trebuie să se ţină seama, după caz, şi de prevederile art. 61 (stabilirea amenzii) sau art. 137 (stabilirea amenzii pentru persoana juridică).

2. Potrivit art. 8 din acelaşi act normativ, dispoziţiile art. 4 din Lege se aplică în mod corespunzător şi pedepselor aplicate prin hotărâri care au rămas definitive anterior intrării în vigoare a Legii nr. 187/2012, pentru fapte incriminate prin actele normative prevăzute în titlul II al acesteia („Dispoziţii privind modificarea şi completarea unor acte normative care cuprind dispoziţii penale"), normă pe deplin justificată şi în acord cu poziţia adoptată de autorii lucrării *Explicaţii preliminare ale noului Cod penal*.

Prin urmare, nici aceste pedepse aplicate pentru fapte incriminate prin legi speciale (penale sau extrapenale), în cazul în care nu depăşesc maximul special instituit prin Legea nr. 187/2012, nu pot fi reduse în urma intrării în vigoare a acestei legi la data de 1 februarie 2014.

Sub aspectul tehnicii legislative ar fi de reflectat dacă cele două prevederi (art. 4 şi art. 8 din Lege) nu ar putea fi contopite într-una singură folosindu-se ca bază de raportare expresiile „legislaţia penală anterioară" şi „noua legislaţie penală, intrată în vigoare la 1 februarie 2014".

C. Capitolul III al Titlului I prevede **dispoziţii privind aplicarea şi executarea sancţiunilor penale** dintre care unele se referă şi la aplicarea legii penale mai favorabile, normele înscrise în acest capitol fiind impuse de modificările aduse de noul Cod penal în materia sancţiunilor de drept penal, însă, din considerente de spaţiu, ne vom opri doar asupra unora dintre acestea.

1. Mai întâi, legiuitorul din 2012 a prevăzut că dispoziţiile art. 62 privind amenda care însoţeşte pedeapsa închisorii nu se aplică în cazul infracţiunilor săvârşite anterior intrării în vigoare a acestuia şi nu vor fi avute în vedere pentru determinarea legii penale mai favorabile (art. 11 din Lege). De observat că legea penală anterioară nu prevedea în

niciun caz posibilitatea aplicării a două pedepse principale cumulativ, pentru o singură infracţiune.

2. În practica legislativă este posibil ca pedepsele complementare să se înfăţişeze diferit în cuprinsul legilor succesive, atât între ele, cât şi în raport cu pedepsele principale, fiind posibil ca regimul juridic instituit pentru acestea din urmă să nu corespundă cu cel prevăzut pentru pedepsele complementare (de pildă, este posibil ca o lege să fie mai favorabilă în ceea ce priveşte pedeapsa principală şi mai aspră cu privire la pedeapsa complementară şi viceversa). În aceste cazuri se va pune întrebarea ce pedeapsă complementară se va aplica?

Noul Cod penal nu a mai reprodus art. 13 alin. 2 din Codul penal 1969 referitor la aplicarea legii penale mai favorabile în cazul pedepselor complementare (acestea având un caracter subsecvent faţă de cele principale), soluţie ce ar putea să sugereze că şi acestea trebuie să urmeze soarta pedepsei principale care, când este mai uşoară, se va aplica în totalitate, chiar dacă pedeapsa complementară aferentă ar fi mai grea. O atare teză este infirmată de prevederile art. 12 alin. (1) din Lege, conform cărora „În cazul succesiunii de legi penale intervenite până la rămânerea definitivă a hotărârii de condamnare, pedepsele accesorii şi complementare se aplică potrivit legii care a fost identificată ca lege mai favorabilă în raport cu infracţiunea comisă”. O atare rezolvare ni se pare înţeleaptă.

Raportând criteriul legii mai favorabile la infracţiunea comisă şi nu la pedeapsa principală aplicată inculpatului, legiuitorul din 2012 a decis ca, în toate cazurile, principiul legii penale mai favorabile să se reţină independent (separat) şi pentru pedepsele accesorii şi complementare, indiferent de regimul prevăzut pentru pedeapsa principală.

În acest mod se consacră legislativ o anumită autonomie funcţională a pedepselor complementare faţă de cele principale, putând fi aplicate independent de situaţia pedepselor principale, fără a se putea susţine că se creează o *lex tertia* în favoarea celui acuzat, deoarece o atare interdicţie a combinării diferitelor dispoziţii penale din legile succesive care pot fi incidente într-o anumită cauză pentru a crea o situaţie mai blândă inculpatului este opozabilă numai organului judiciar penal în procesul de tragere la răspundere penală a celor care au comis infracţiuni, nu şi legiuitorului care din considerente de politică penală ori alte raţiuni superioare celor existente la data elaborării legii concurente poate să instituie astfel de norme care să se aplice diferenţiat.

Textul art. 12 alin. (1) din Lege corelat cu art. 5 prevede, aşadar, aplicarea legii penale mai favorabile, în cazul succesiunii de legi penale intervenite până la rămânerea definitivă a hotărârii de condamnare, în ceea ce priveşte toate categoriile de pedepse prevăzute în dreptul penal pozitiv, chiar şi în situaţii asimetrice (când condiţiile referitoare la acestea pot să difere de la o lege la alta sau de la o specie la alta).

În acord cu principiul legalităţii sancţiunilor de drept penal, în art. 12 alin. (2) din Lege se prevede că pedeapsa complementară prevăzută în art. 55 lit. c) din Codul penal de la 2009 („publicarea hotărârii de condamnare”) nu se aplică în cazul infracţiunilor comise anterior intrării în vigoare a acestuia, soluţie firească ce ţine seama de faptul că o atare pedeapsă nu era prevăzută în art. 53^1 alin. 3 lit. e) din Codul penal din 1969 decât în ceea ce priveşte persoanele juridice sub forma afişării sau difuzării hotărârii de condamnare.

V. Concluzii

Aplicarea legii penale în timp a primit, în general, o sistematizare şi un conţinut superioare celor existente în legea penală anterioară. Am menţiona în acest sens reglementarea mai întâi a aplicării legii penale în timp urmată de dispoziţiile privind aplicarea legii penale în spaţiu, renunţarea la aplicarea facultativă a legii penale mai favorabile în cazul pedepselor definitive, îmbunătăţirea conţinutului mai multor dispoziţii şi limitarea incidenţei art. 6 prin art. 15 şi 16 alin. (1) din Legea nr. 187/2012.

Remarcăm totodată preocuparea legiuitorului român din 2012 de a oferi cât mai multe soluţii legislative (uneori chiar excesiv) pentru soluţionarea situaţiilor tranzitorii determinate de existenţa unor raporturi juridice de conflict născute sub imperiul legii vechi, ce nu au fost complet soluţionate până la data de 1 februarie 2014. Astfel, prin Legea nr. 187/2012, în titlul I al acesteia au fost prevăzute în 20 de texte mai multe dispoziţii privind aplicarea în timp a legii penale, aplicarea şi executarea sancţiunilor penale şi regimul sancţionator aplicabil minorilor.

Globalizarea şi marea criminalitate

*Conf. Univ. Dr. Constantin **SIMA***

1. Globalizarea şi escaladarea fenomenului infracţional

După cum remarca un reputat sociolog, globalizarea este cuvântul cel mai des folosit şi cel mai rar definit[1].

Globalizarea este un concept pluridimensional.

Unii autori abordează fenomenul globalizării sub aspect politic arătând că globalizarea este acel proces de depăşire a graniţelor apărute în decursul istoriei, odată cu procesul de eroziune a conceptului de suveranitate a statului naţional[2].

Alţi autori abordează globalizarea din perspectivă economică subliniind că reprezintă o detaşare a economiei de piaţă faţă de normele morale şi legăturile instituţionalizate dintre societate[3] şi o denaturare a pieţei mondiale odată cu slăbirea puterii economice a statului[4].

În orice caz, cea mai mare parte a autorilor sunt de acord că globalizarea reprezintă intensificarea relaţiilor sociale de pretutindeni, prin care locuri aflate la mare distanţă unele de altele ajung să interconecteze, astfel încât evenimente dintr-un loc să fie determinate de procese care se petrec într-un alt loc, aflat la mare distanţă[5].

Globalizarea nu influenţează însă numai relaţiile economice ci în egală măsură şi dreptul. Dreptul a început să depăşească frontierele naţionale, regulile care guvernează viaţa noastră comună sunt concepute în altă parte, iar cele concepute aici servesc construcţiei dreptului în alte ţări. Modul în care decidem în mod colectiv reglarea relaţiilor dintre oameni şi delimitarea a ceea ce este permis de ceea ce este interzis a devenit permeabil la influenţe străine[6].

Globalizarea nu influenţează numai evoluţia fenomenelor constructive ci şi modul de gestionare a factorilor de risc iar într-o societate globală riscul major este reprezentat de crizele ecologice (Cernobîl, Fukushima), crizele globale ale economiei şi finanţelor şi marea criminalitate.

Conceptul de mare criminalitate include terorismul, crima organizată, corupţia[7].

În cele ce urmează ne vom opri asupra primelor două forme de criminalitate care intră în competenţa noii structuri înfiinţate prin Legea nr. 508/2004.

„*Terorismul, sub orice formă ar fi, este flagelul ultim al justiţiei şi drepturilor omului. Este o violare a principiilor fundamentale ale umanităţii, un dispreţ exprimat faţă de codurile morale ale tuturor culturilor şi un păcat faţă de religiile întregii lumi.*

---

[1] Ch. Beck, *What is globalization*, Cambridge Polity Press, 1999, p. 5.

[2] E. Alvator, B. Mankopf, *The limits of Globalization*, apud R. Stănoiu, *op. cit.*, p. 14.

[3] *Ibidem*, p. 14.

[4] p. Martin, H. Schuman, *Capcana Globalizării, Atac la democraţie şi bunăstare*, Ed. Economica, Bucureşti, 1999.

[5] A. Giddems, *Sociology*, Cambridge, Polity Press, 1991, p. 7.

[6] J. Allard, A. Garapon, *Judecătorii şi globalizarea*, Ed. Rosetti, Bucureşti, 2010, p. 7.

[7] R. Stănoiu, *op. cit.*, p. 18.

Terorismul este un atac contra democraţiei, drepturilor omului şi Statului de drept…", arăta Terry Davis, ex-secretar general al Consiliului Europei în prefaţa unei culegeri de norme privind combaterea terorismului[1].

Odată cu sfârşitul războiului rece ameninţările aşa zis «non-militare» - crima organizată, terorismul, traficul de droguri, fiinţe umane, arme, substanţe prohibite – au luat locul ameninţărilor create de confruntarea blocurilor militare[2]. Acest imens pericol destabilizează ţări şi continente, ignoră statul de drept şi traversează frontiere. Criminologi, sociologi, politologi, economişti, cu toţii sunt de acord că organizaţiile criminale s-au adaptat rapid la noile oportunităţi apărute în economia mondială şi au ştiut să tragă maximum de profit din schimbul de mărfuri şi capitaluri impulsionat de globalizare. Acestea şi-au diversificat investiţiile pentru a se orienta către activităţi legitime, care să le asigure respectabilitatea necesară acoperirii activităţilor lor infracţionale[3].

Deşi în aparenţă crima organizată are ca scop obţinerea profitului iar terorismul este o formă de violenţă politică specialiştii atrag atenţia că nu este posibilă o delimitare clară între criminalitate organizată şi terorism[4].

Spălarea şi reciclarea fondurilor de origine infracţională au devenit elemente ale unui sistem global a cărui formare este facilitată de circulaţia fondurilor infracţionale în aceleaşi condiţii cu celelalte capitaluri. Azi s-a ajuns la un veritabil consens că nu se poate lupta împotriva terorismului fără a-i distruge sursele de finanţare iar în SUA avocaţii victimelor de la World Trade Center sunt preocupaţi să dezvăluie secretele finanţării grupurilor care au organizat atentatul.

Mileniul III a debutat sub spectrul ameninţării hyperterorismului: atentatele din 11 septembrie 2001 care au provocat panică, derută, îngrijorare la nivel mondial dar au indus şi sentimentul necesităţii luptei ferme împotriva acestui flagel[5].

2. Conţinutul noţiunii de mare criminalitate

Profesorul R. Gassin[6] distinge trei poli ai criminalităţii transnaţionale: profitul, violenţa teroristă şi violenţa contestatară.

Criminalitatea determinată de nevoia de profit are la bază două varietăţi de acte infracţionale: cele efectuate în scopul procurării veniturilor ilicite şi cele care au ca obiectiv trecerea veniturilor ilicite în circuitul financiar legal.

Primele sunt extrem de variate: de la corupţie şi trafic de influenţă la trafic de droguri şi proxenetism, trafic de arme şi maşini furate, trafic de imigranţi.

Chiar dacă activităţile sunt impuse de realizarea profiturilor financiare, autorii lor nu ezită să recurgă, după caz, la violenţă când este necesar să protejeze activitatea infracţională şi să-şi asigure impunitatea.

Violenţa teroristă constituie o manifestare diferită de orice manifestări infracţionale. Îndreptată contra ţărilor occidentale şi în special contra SUA de către organizaţii musulmane fundamentaliste, violenţa teroristă a atins punctul culminant la 11

---

[1] *La lutte contre le terrorisme*, 3e edition, Edition du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2005.

[2] Marie-Christine Dupuis-Danon, *Finance criminelle*, 2e edition, revue et augmentée, PUF, Paris, 2004, p. 5.

[3] *Ibidem*, p. 6.

[4] C. Chocquet, *Terrorisme et criminalité organisée*, L'Harmattan, 2003, p. 5.

[5] L. Francois, p. Chaigneau, M. Chesney, *Blanchiment et financement du terrorisme*, Ellipses, Paris, 2004, p. 9.

[6] R. Gassin, *Criminologie*, Dalloz, 2003, p. 300.

septembrie 2001 prin atentatele de la World Trade Center, dar continuă şi în prezent să constituie o ameninţare a vieţii politice internaţionale.

În ceea ce priveşte violenţa contestatară, aceasta este opera grupărilor violente care se insinuează în rândurile manifestărilor antimondializare, provocând confruntări grave cu forţele de securitate.

Când la 28 februarie 2002 Consiliul European a emis Decizia 187[1] în Paragraful 819 din Expunerea de motive s-a consemnat „*Este necesar să se îmbunătăţească mai mult cooperarea judiciară între statele membre în lupta contra formelor grave de criminalitate care sunt adesea produsul organizaţiilor transnaţionale*".

Se năştea astfel un nou concept de criminalitate gravă sau mare criminalitate.

În art. 4 referitor la competenţe erau enumerate infracţiunile care intră în competenţa Europol, criminalitatea informatică, fraudele, corupţia şi orice infracţiuni care aduc atingere intereselor financiare ale comunităţii europene:

- spălarea produselor infracţiunii;
- criminalitate împotriva mediului înconjurător;
- participare la o organizaţie criminală;
- orice infracţiuni comise în legătură cu tipurile de criminalitate şi infracţiunile vizate.

În art. (13) din Decizia privind consolidarea Eurojust nr. 246 din 2009[2] referitor la schimbul de informaţii sunt nominalizate următoarele infracţiuni:

- traficul de fiinţe umane;
- exploatarea sexuală a copiilor;
- traficul de droguri;
- traficul de arme;
- corupţia;
- frauda care aduce atingere intereselor, precum ale comunităţilor europene;
- falsificarea monedei euro;
- atacurile împotriva sistemului informatic;
- combaterea marii criminalităţii în România.

3. Prin Legea nr. 508/2004 România a înfiinţat cea mai mare structură la nivel de parchet specializată în combaterea crimei organizate şi terorismului, manifestând receptivitate la sugestiile unor criminologi de nivel mondial[3].

În cele ce urmează vom încerca să examinăm eficienţa unei astfel de decizii, dacă înfiinţarea acestei structuri care conferă prioritate României pe plan mondial, aşa cum s-a mai întâmplat în decursul istoriei în domeniile exploatării şi prelucrării petrolului, geriatriei, endocrinologiei, a fost sau nu rezultatul unor necesităţi social-istorice.

Direcţia de Investigare a Infracţiunilor de Criminalitate Organizată şi Terorism – o structură flexibilă, competentă să combată criminalitatea organizată şi terorismul.

Prin art. 1 din Legea nr. 508/2004[4] a fost înfiinţată Direcţia de Investigare a Infracţiunilor de Criminalitate Organizată şi Terorism ca structură cu personalitate juridică, specializată în combaterea infracţiunilor de criminalitate organizată şi terorism în cadrul Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie.

---

[1] J.O. L. nr. 63/1 din 6 martie 2002.

[2] J.O. L. nr. 138/14 din 4 iunie 2009.

[3] Rodica Stănoiu, *Societatea riscului global şi marea criminalitate* în volumul Marea criminalitate în contextul globalizării, Universul juridic, Bucureşti, 2012, p. 14.

[4] Publicată în Monitorul Oficial al României, partea I, nr. 1089 din 23.11.2004.

Direcţia este condusă de procurorul general al Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie prin intermediul procurorului şef, conferind acestei structuri autonomia funcţională. Aceasta înseamnă că procurorul general intervine direct în probleme ce ţin de conducerea şi administrarea direcţiei ci exclusiv prin intermediul procurorului şef. Mai mult, aceste intervenţii se limitează la probleme generale, sesizări, informări, rapoarte şi nu priveşte probleme ale conducerii operative curente.

Aceste relaţii ierarhice sunt confirmate de art. 1 alin. (4) din Legea nr. 508/2004 în care se arată că procurorul şef al Direcţiei de Investigare a Infracţiunilor de Criminalitate Organizată şi Terorism este ordonator secundar de credite şi, în exercitarea atribuţiilor sale, emite ordine cu caracter intern. Pentru a elimina orice confuzii sau speculaţii cu privire la relaţiile dintre procurorul general al Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie şi procurorul şef al Direcţiei de Investigare a Infracţiunilor de Criminalitate Organizată şi Terorism art. 3 din legea privind organizarea şi funcţionarea acestei structuri a prevăzut că procurorul şef este asimilat prim adjunctului procurorului general al Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie.

Totodată, pentru a conferi autoritate procurorului şef, autonomie funcţională şi flexibilitate structurată acestei direcţii, art. 4 alin. (2) a prevăzut că serviciile, birourile şi compartimentele se organizează prin ordin al procurorului şef al Direcţiei de Investigare a Infracţiunilor de Criminalitate Organizată şi Terorism.

Direcţia de Investigare a Infracţiunilor de Criminalitate Organizată şi Terorism funcţionează ca o structură centrală şi o structură teritorială.

Structura centrală este formată din servicii specializate în combaterea criminalităţii organizate, traficului de droguri, criminalităţii economico-financiare, criminalităţii informatice, infracţiunilor de terorism şi a celor contra siguranţei statului, la care se adaugă un serviciu judiciar şi compartimente auxiliare.

Structura teritorială este formată din 15 servicii corespunzătoare competenţei teritoriale a curţilor de apel care, la nivelul lor, cuprind între unul şi trei birouri teritoriale.

Organigrama Direcţiei de Investigare a Infracţiunilor de Criminalitate Organizată şi Terorism cuprinde 280 posturi de procuror, grad de ocupare 88,5%, 200 posturi de personal auxiliar, grad de ocupare 94% şi 40 posturi specialişti, grad de ocupare 50%.

În competenţa acestei structuri intră toate infracţiunile la care facem referire în acest studiu sub denumirea generică de mare criminalitate.

4. Combaterea marii criminalităţi în România

În România, marea criminalitate, cu excepţia infracţiunilor de spălare a banilor şi terorism, cunoaşte o creştere lentă, dar constantă.

Astfel, criminalitatea organizată a crescut de la 334 cauze în anul 2007 la 588 în anul 2012, reprezentând o creştere de 76%.

Infracţiunea de trafic de persoane a crescut de la 580 cauze în 2005 la 676 în 2012 marcând o creştere de 16,6%.

Traficul de droguri a crescut de la 1233 cauze în 2005 la 3775 cauze în 2012, cu 206%.

Infracţiunea de contrabandă a crescut de la 35 cauze în 2005 la 56 cauze în 2012, cu 56%.

Din fericire, infracţiunea de terorism pe teritoriul României este o raritate. În anul 2007 s-au înregistrat 7 trimiteri în judecată, iar în anul 2011 o singură trimitere în judecată, niciuna în 2012.

Tot rare sunt şi infracţiunile de spălare a banilor descoperite de organele de urmărire penală: în anul 2012 s-au înregistrat 7 trimiteri în judecată, cu 27 de inculpaţi faţă de anul 2005 când s-au înregistrat 8 trimiteri de judecată cu 34 inculpaţi.

Un număr extrem de redus de cauze se înregistrează şi la ceea ce priveşte evaziunea fiscală unde în anul 2011 s-au înregistrat doar 40 cauze, din care 9 trimiteri în judecată, ceea ce dovedeşte anumite carenţe în capacitatea de combatere a criminalităţii financiare la nivelul organelor de urmărire penală.

În anul 2012 s-au soluţionat 35 cauze cu 8 trimişi în judecată şi 53 de inculpaţi.

În ceea ce priveşte marea criminalitate la nivelul României, în prezent nu afectează ordinea de drept, nu ameninţă securitatea ţării, se menţine în limite rezonabile.

Putem spune, fără teama de a greşi, că înfiinţarea în România, la nivelul anului 2004, a unui structuri de magistraţi specializată în combaterea marii criminalităţi a fost o decizie necesară iar rezultatele acesteia pot fi constatate în relativul echilibru în care este menţinută marea criminalitate în ţara noastră.

Cu toate acestea, sistemul judiciar trebuie să aloce un buget superior ca resurse şi timp de pregătire pentru combaterea acestui gen de criminalitate.

Recrudescenţa fenomenelor de violenţă externă în şcolile şi campusurile universitare din SUA precum şi a actelor de terorism fără mobil aparent, organizarea unui atac terorist pentru prima dată în zona ţărilor balcanice constituie un serios semnal de alarmă pentru România, ca stat angajat direct şi profund în combaterea marii criminalităţi dar şi în general pentru ţările europene, pentru opinia publică mondială.

Reflecții asupra unor expresii folosite în legea penală

dr. Adrian-Milutin ***TRUICHICI***[*]

Abstract: *În articol sunt analizate expresiile „timp de război" „stare de urgenţă" şi „stare de asediu" relevându-se particularităţile acestor concepte.*

Cuvinte cheie: *„timp de război", „stare de urgenţă", „stare de asediu".*

1. Infracţiunea de trădare prin ajutarea inamicului este prevăzută în art. 156 Cod penal[1], având mai multe modalităţi (normative) de comitere, pentru fiecare dintre ele trebuind îndeplinită condiţia ca activitatea materială să se realizeze în „*timp de război*".

Potrivit art. 153 Cod penal, prin „*timp de război*" se înţelege intervalul de timp de la data declarării mobilizării sau de la începerea operaţiilor de război până la data trecerii armatei la starea de pace[2]. Nu interesează dacă mobilizarea a fost declarată datorită agresiunii unor trupe regulate aparţinând unui stat străin sau unor trupe de mercenari. De asemenea, nu interesează dacă s-a declarat mobilizarea generală sau numai parţială. Cerinţa săvârşirii faptei în timp de război deşi expres prevăzută în text, rezultă chiar din denumirea infracţiunii – trădarea prin ajutarea inamicului – deoarece despre inamic se poate vorbi numai în timp de război[3]. Condiţia de faţă are un dublu rol. În primul rând îndeplinirea acestei condiţii creează situaţia premisă săvârşirii acestei infracţiuni. Afirmăm acest lucru deoarece numai existenţa „*stării de război*" impune o anumită conduită care în condiţii normale nu ar fi necesară; în alte cazuri nesocotirea acestei conduite ar putea atrage existenţa unei alte infracţiuni. *Pe de altă parte această condiţie apare şi ca un element constitutiv al infracţiunii care priveşte în mod direct activitatea infracţională desfăşurată de către subiectul activ. Cu alte cuvinte se impune în mod*

---

[*] Conf. univ. – Facultatea de Drept, Universitatea „Titu Maiorescu", Bucureşti; Cercetător ştiinţific asociat, Institutul de Cercetări Juridice „Acad Andrei Radulescu" al Academiei Române; Avocat – Baroul Bucureşti

[1] În noul Cod penal această infracţiune este prevăzută în art. 396 şi are următorul conţinut legal: Fapta cetăţeanului român care, în timp de război:

a) predă teritorii, oraşe, poziţii de apărare, depozite ori instalaţii ale forţelor armate române sau care servesc apărării;

b) predă nave, aeronave, maşini, aparate, armament sau orice alte materiale care pot servi purtării războiului;

c) procură inamicului oameni, valori sau materiale de orice fel;

d) trece de partea inamicului sau efectuează alte acţiuni care sunt de natură să favorizeze activitatea inamicului ori să slăbească puterea de luptă a forţelor armate române sau a armatelor aliate;

e) luptă sau face parte din formaţii de luptă împotriva statului român sau a aliaţilor săi se pedepseşte cu detenţiune pe viaţă sau cu închisoare de la 15 la 25 de ani şi interzicerea exercitării unor drepturi".

Potrivit art. 185 din noul cod penal prin timp de război se înţelege durata stării de mobilizare a forţelor armate sau durata stării de război.

[2] Gh. Nistoreanu, Al. Boroi, *Drept Penal. Partea specială*, Ed. All Beck, Bucureşti, 2002, p. 17.

[3] O. Loghin, T. Toader, *Drept Penal Român. Partea specială,* ediţia a IV-a revăzută şi adăugită, Casa de Editură şi Presă „Şansa", Bucureşti, 2001, p. 42.

imperios pentru existenţa acestei infracţiuni săvârşirea elementului material doar în acel interval de timp desemnat de expresia,,în timp de război".

Considerăm că această condiţie apare ca o condiţie implicită şi în consecinţă nu mai era necesar ca în cuprinsul textului de lege să se prevadă ca „ajutarea" să se realizeze în „*timp de război*". Aşa cum s-a mai spus, despre inamic se poate vorbi doar în „*timp de război*", acesta putând fi statul care a declarat agresiunea împotriva statului nostru sau un stat aliat cu acesta.

Dacă infractorul dă ajutor unui stat cu care ţara noastră nu se află în război, dar care ar putea ulterior să devină inamic prin alierea cu un stat cu care ţara noastră s-ar afla în război, fapta nu constituie infracţiunea de trădare prin ajutarea inamicului, dar ar putea, când este cazul să constituie infracţiunea de trădare prevăzută de art. 155 Cod penal[1].

Dacă am analiza variantele normative în lipsa condiţiei de timp nu se poate vorbi despre o infracţiune pentru că toate modalităţile de comitere privesc fapte posibile doar în „*timp de război*".

S-ar putea susţine că „*timpul de război*" creează premisele, condiţiile, împrejurările de comitere a acestei infracţiuni. În acest fel condiţia pe care o analizăm ar deveni o condiţie referitoare la împrejurări, adică „*timpul de război*"generează o anumită stare de fapt în prezenţa căreia se poate săvârşi această infracţiune.

În concluzie propunem ca în cuprinsul art. 156 Cod penal să nu mai fie inserată condiţia referitoare la timp, deoarece denumirea marginală a infracţiunii, evidenţiază şi chiar impune existenţa acestei condiţii. În Codul penal, partea specială, există infracţiuni unde de asemenea o condiţie reprezintă o cerinţă esenţială a infracţiunii, dar care nu este inserată în text – de exemplu, pentru existenţa faptei de la art. 241 Cod penal, activitatea descrisă şi interzisă în norma de incriminare trebuie săvârşită în public. Având în vedere denumirea infracţiunii şi specificul acesteia condiţia de loc este una implicită şi legiuitorul nu a prevăzut-o în textul de lege.

În felul acesta ar trebui să se procedeze şi în cazul infracţiunii de trădare prin ajutarea inamicului.

2. În legislaţia noastră alături de expresia în,,*timp de război*,, mai există alte două expresii desemnând anumite intervale de timp, care uneori pot să preceadă stării de război („*starea de asediu*" şi,,*starea de urgenţă*").

În cazul,,*stării de urgenţă*" sau de asediu este vorba despre anumite intervale de timp marcate de un început şi un sfârşit întotdeauna fiind nevoie de un act normativ care să consacre legal că s-a instaurat starea de urgenţă sau de asediu precum şi momentul când aceste stări au încetat.

Conceptele,,*starea de asediu*" şi,,*starea de urgenţă*" sunt prevăzute şi definite în Legea[2] nr. 453 din 1 noiembrie 2004 pentru aprobarea Ordonanţei de urgenţă a Guvernului[3] nr. 1/1999 privind regimul stării de asediu şi regimul stării de urgenţă.

Potrivit art. 1 din Lege, starea de asediu şi starea de urgenţă privesc situaţii de criză ce impun măsuri excepţionale care se instituie în cazuri determinate de apariţia unor pericole grave la adresa apărării ţării şi securităţii naţionale, a democraţiei constituţionale ori pentru prevenirea, limitarea sau înlăturarea urmărilor unor dezastre.

---

[1] V. Dongoroz şi colaboratorii, *Explicaţii teoretice ale Codului penal român partea specială*,Ed. Academiei Bucureşti vol. III, 1971, p. 47.

[2] Publicată în M. Of. nr. 1.052 din 12 noiembrie 2004.

[3] Publicată în M. Of. nr. 22 din 21 ianuarie 1999.

Potrivit dispoziţiilor art. 2 din acelaşi act normativ „*starea de asediu*” reprezintă ansamblul de măsuri excepţionale de natură politică, militară, economică, socială şi de altă natură aplicabile pe întreg teritoriul ţării ori în unele unităţi administrativ-teritoriale, instituite pentru adaptarea capacităţii de apărare a ţării la pericole grave, actuale sau iminente, care ameninţă suveranitatea, independenţa, unitatea ori integritatea teritorială a statului.

Conform prevederilor art. 3 „*starea de urgenţă*” reprezintă ansamblul de măsuri excepţionale de natură politică, economică şi de ordine publică aplicabile pe întreg teritoriul ţării sau în unele unităţi administrativ-teritoriale care se instituie în următoarele situaţii:

a) existenţa unor pericole grave actuale sau iminente privind securitatea naţională ori funcţionarea democraţiei constituţionale;

b) iminenţa producerii ori producerea unor calamităţi care fac necesară prevenirea, limitarea sau înlăturarea, după caz, a urmărilor unor dezastre.

După cum se observă, „*starea de urgenţă*“ se poate dispune şi în cazul existenţei unei calamităţi.

Potrivit art. 5 din Ordonanţa de Urgenţă a Guvernului nr. 1 din 21 ianuarie 1999 privind regimul stării de asediu şi regimul stării de urgenţă, starea de asediu se poate institui pe o perioada de cel mult 60 de zile, iar starea de urgenţă, pe o perioadă de cel mult 30 de zile.

„*Starea de asediu*” sau „*starea de urgenţă* “se instituie de preşedintele României prin decret[1], contrasemnat de primul-ministru şi publicat de îndată în Monitorul Oficial al României. Decretul de instituire a „*stării de asediu*” sau a „*stării de urgenţă*” se aduce neîntârziat la cunoştinţa populaţiei prin mijloacele de comunicare în masă, împreună cu măsurile urgente de aplicare, care intră imediat în vigoare. Decretul se difuzează pe posturile de radio şi de televiziune, în cel mult două ore de la semnare, şi este transmis în mod repetat în primele 24 de ore de la instituirea„*stării de asediu*” sau de urgenţă[2]. Potrivit prevederilor art. 15 din Ordonanţă în funcţie de evoluţia situaţiilor de pericol, preşedintele României, cu încuviinţarea Parlamentului, poate prelungi durata stării instituite şi poate extinde sau restrânge aria de aplicare a acesteia.

Conform art. 16 alin. (1) încetarea„*stării de asediu*” sau de urgenţă are loc la data stabilită în decretul de instituire sau în decretul de prelungire. Potrivit art. 16 alin. 2 în cazul înlăturării situaţiilor de pericol, înainte de expirarea termenului stabilit, încetarea aplicării măsurii excepţionale se dispune prin decret, cu încuviinţarea prealabilă a Parlamentului[3]. Din interpretarea acestor dispoziţii legale se desprinde faptul că„*starea de asediu*” şi„*starea de urgenţă*” presupun un anumit interval de timp stabilindu-se cu exactitate data de în*ceput* precum şi cea de sfârşit.

---

[1] Decretul de instituire a stării de asediu sau a stării de urgenţă trebuie să prevadă următoarele:

a) motivele care au impus instituirea stării;

b) zona în care se instituie;

c) perioada pentru care se instituie;

d) drepturile şi libertăţile fundamentale al căror exerciţiu se restrânge, în limitele prevederilor constituţionale şi ale art. 4 din prezenta ordonanţă de urgenţă;

e) autorităţile militare şi civile desemnate pentru executarea prevederilor decretului şi competenţele acestora;

f) alte prevederi, dacă se consideră necesare.

[2] A se vedea art. 10-13 din Ordonanţa de urgenţă nr. 1 din 21 ianuarie 1999, privind regimul stării de asediu şi regimul stării de urgenţă.

[3] Art. 16 alin. 2 a fost modificat prin Legea nr. 453/2004.

Concluzii:

Socotim că vor fi necesare încă unele cercetări pentru clarificarea mai profundă a acestor expresii în vederea identificării celor mai bune soluţii de reglementare în materie.

Bibliografie:

1. **Cioclei Valerian, Rotaru Cristina**, Drept penal. Partea special, Editura C.H. Beck, 2009; 2.Dongoroz Vintilă şi colaboratorii, Explicaţii teoretice ale Codului penal român partea specială, vol. III, Editura Academiei, 1971;

3. **Filipaş Avram**, Drept penal român. Partea specială,Editura Universul Juridic, 2008;

4. **Loghin Octavian,Toader Tudorel**, Drept penal român. Partea specială, ediţia a IV-a revăzută şi adăugită, Casa de Editură şi Presă „Şansa”, 2001;

5. **Nistoreanu Gheorghe, Boroi Alexandru**, Drept penal. Partea specială, Editura All Beck, 2002;

6. **Toader Tudorel**, Drept penal român. Partea specială, Ediţia a III-a, revizuită şi actualizată, Editura Hamangiu, 2008.

O abordare integrată a traficului de persoane, în vederea prevenției consolidate

Monica ***POCORA***[*]
Mihail-Silviu ***POCORA***[**]

Abstract: *Traficul de persoane se manifestă ca un fenomen de criminalitate organizată ce nu cunoaşte graniţe, o problemă de maxim interes la nivel naţional şi internaţional. Datorită faptului ca veniturile ilicite generate de acest fenomen se situează după vânzarea ilegală de droguri, una dintre propunerile acestui studiu este implementarea unor programe cu finanţare nerambursabilă, în contracarare, suport şi compensare materială. O altă raţiune a utilizării unui astfel de instrument este aceea de a reduce dimensiunile exploatării prin muncă, în ţările de origine, tranzit şi destinaţie, prin identificarea celor mai eficiente soluţii, din perspectiva îmbunătăţirii sistemului de identificare, referire şi asistenţă a victimelor, cât şi din perspectiva informării publicului larg şi a factorilor de decizie implicaţi. Astfel, se absoarbe schimbul de bune practici şi contactul direct între factori decizionali. Studiul îşi propune aşadar a furniza noi instrumente de prevenţie, dar şi a fi o abordare socio-criminologico-penală, din perspectiva impactului sociale, a implicaţiilor penale şi deopotrivă a cauzelor generatoare de fenomen criminal. Abordarea se bazează pe metoda observaţiei, având caracter mixt, teoretico-aplicativ.*

Keywords: *Criminalitate, exploatare, vulnerabilitate, programe, finanţare*

Introducere

În ultimul deceniu, traficul de fiinţe umane, un fenomen aproape necunoscut şi în mare măsură nedeclarat a devenit un domeniu celebru, motivat de senzaţional şi de poveşti tulburătoare, raportate zi de zi în mass-media. Traficul de persoane se manifestă în societatea noastră ca un fenomen de criminalitate organizată[1] ce nu cunoaşte graniţe fiind una dintre problemele de maxim interes şi dezbatere pentru guvernele naţionale cât şi la nivel internaţional. Sintagma „trafic de fiinţe umane" este utilizată pentru a denomina o infracţiune, un fenomen social, dar, cu deosebire, o varietate de forme de violare a drepturilor fundamentale ale oamenilor, asociate cu recrutarea, vânzarea şi situarea acestora în multiple situaţii de exploatare inumană.

De la o zi la alta traficul este responsabil pentru zeci de mii de drame umane, constituind o violare a drepturilor omului şi o atingere adusă demnităţii şi integrităţii fiinţei umane, o ameninţare asupra securităţii individului şi a valorilor sociale şi morale, ce evoluează în toate ţările lumii indiferent de gradul de dezvoltare şi împotriva căruia

[*] Lect. univ. dr., Universitatea "Danubius" din Galaţi.
[**] Asist. univ. drd., Universitatea Tomis Constanta.

[1] Ioan Lascu, *Prevenirea şi combaterea fenomenului de criminalitate organizata*, Dreptul nr 9/2003, pag 197-198

statele lupta la nivel internaţional pentru a-i pune capăt.[1] Statisticile guvernamentale arată că fondurile ilicite generate de traficul de fiinţe umane ocupă locul doi după vânzarea ilegală de droguri în întreaga lume şi există sclavi mai mult acum, decât în orice alt moment din istorie.

Pentru a veni în sprijinul acestui fenomen, o serie de instituţii, agenţii guvernamentale, organizaţii internaţionale şi organizaţii non-guvernamentale, s-au mobilizat în scopul de a găsi resursele necesare pentru a combate acest flagel. Remarcabil este faptul ca marea majoritate a banilor proveniţi din resursele organizaţiilor implicate,sunt investiţi în activităţile de salvare şi reabilitare a victimelor traficului de persoane, şi mai puţin pentru a susţine proiectele de cercetare, colectare şi analiză a datelor în scopul de a preveni traficul. În consecinţă, guvernele şi organizaţiile internaţionale sunt obligate să ia decizii importante bazate pe o analiză substanţială redusă a problemei. O trecere în revistă a literaturii asupra traficului de persoane, în fiecare ţară, regiune, judeţ ar fi primul pas critic pentru înţelegerea domeniului de aplicare al problemei, şi găsirea lacunelor în baza de cunoştinţe, evitând printr-o cercetare coordonată luarea unor decizii eronate.[2]

Noţiunea de trafic de persoane a existat dintotdeauna, nu este un concept nou, suferind modificări de-a lungul istoriei. Astfel noţiunea de trafic apare pentru prima dată ca sinonim pentru activitatea de comerţ. Odată cu trecerea timpului, noţiunea de trafic a fost percepută în sens negativ, fiind asociată vânzării ilicite de droguri, marfă arme, iar mai târziu, comerţului cu fiinţe umane tratate ca bunuri şi vândute în sclavie. Actualmente, prin trafic se înţelegea comerţul cu sclavi albi, circulaţia peste frontiere a femeilor şi copiilor în scopul de a practică prostituţia.[3]

În România, primul act normativ ce reglementează traficul de persoane este reprezentat de Legea nr 678/2001[4] modificată şi completată privind prevenirea şi combaterea traficului de persoane definit în art. 12 ca fiind "recrutarea transportarea transferarea,cazarea sau primirea unei persoane, prin ameninţare, violenţă sau alte forme de constrângere, prin răpire fraudă sau înşelăciune abuz de autoritate sau profitând de imposibilitatea acelei persoane de a se apăra sau de a-şi exprima voinţa, ori prin oferirea, darea, acceptarea sau primirea de bani ori de alte foloase pentru obţinerea consimţământului persoanei care are autoritate asupra altei persoane, în scopul exploatării acestei persoane". Legea privind prevenirea şi combaterea traficului de persoane reprezintă principalul reper în materia traficului de fiinţe umane deoarece ea reglementează atât norme de incriminare, definiţii şi expresii utilizate, instituţiile responsabile, dispoziţii speciale în materia confiscării, pedepsirii, reducerii pedepselor, dispoziţii speciale privind procedura judiciară protecţia şi asistenţa victimelor traficului de persoane cât şi aspecte privind cooperarea internaţională.[5]

Traficul de fiinţe umane a fost definit atât de Convenţia de la Palermo împotriva criminalităţii transnaţionale organizate, precum şi de Protocolul privind prevenirea, reprimarea şi pedepsirea traficului de persoane, în special al femeilor şi copiilor, adi-

---

[1] Jean François Renucci, *Tratat de drept european al drepturilor omului*, Ed. Hamangiu, Bucuresti, p. 733.

[2] Claude d'Estrée, M.T.S., J.D, *Human Rights and Human Trafficking*, Josef Korbel School of International Studies, p. 1-2.

[3] Mariska N J van der Linden, *Traficul de fiinţe umane în scopul exploatării economice*, Manual pentru traininguri, ILO 2005, p. 9-10.

[4] Publicată în Monitorul Oficial nr 783 din 11 decembrie 2001.

[5] Olteanu Gabriel Ion,*Structurile infracţionale şi activităţile ilicite desfăşurate de către acestea,* Metodologie Criminalistică, 2008 AIT Laboratoires, p. 125-126.

ţional la Convenţia Naţiunilor Unite împotriva criminalităţii transnaţionale organizate, pe care România le-a ratificat[1] în anul 2002, definiţie preluată de Legea nr. 678/2001.

Următoarele circumstanţe sunt considerate drept agravante în determinarea pedepsei pentru infracţiunea de traficare: atunci când traficantul a pus în pericol în mod deliberat sau prin neglijenţă brutală viaţa victimei; atunci când infracţiunea a fost comisă împotriva unui copil; dacă infracţiunea a fost comisă de un funcţionar public în exerciţiul funcţiei şi în situaţii când infracţiunea a fost comisă în cadrul unei organizaţii criminale.

Traficarea fiinţelor umane reprezintă un proces complex ce se realizează prin parcurgerea mai multor etape şi desfăşurarea unor activităţi specifice.

Potrivit unor opinii legiuitorul a reglementat în lege actele de trafic de persoane ca fapte penale distincte şi nu o singură infracţiune cu mai multe modalităţi alternative de incriminare şi în consecinţă dacă se comit mai multe fapte din cele descrise de lege se va reţine un concurs real de infracţiuni şi nu o singură infracţiune.[2] În aceeaşi manieră, Înalta Curte de Justiţie şi Casaţie a apreciat că înlesnirea, îndemnarea sau tragerea de foloase ori recrutarea sau traficarea unei persoane majore în vederea practicării de bunăvoie a prostituţiei iar ulterior acţionarea asupra aceleiaşi persoane şi prin modalităţile arătate în conţinutul textului art. 12 din Legea nr. 678/2001, întruneşte elementele infracţiunii prevăzute de art. 329 alin. 1 sau 2 din Codul penal, în concurs real cu infracţiunea de trafic de persoane prevăzută de art. 12 din Legea nr. 678/2001[3].

Cu excepţia stării de pericol create ce constituie urmarea imediată a infracţiunii traficul de persoane poate avea uneori şi anumite consecinţe obiective în cazul unei infracţiuni de rezultat cum ar fi lezarea adusă corpului victimei prin vătămare gravă a integrităţii corporale sau sănătăţii, contaminare venerică,avortul provocat ilegal moartea sau sinuciderea victimei. Aceste consecinţe determină reţinerea unor forme agravate ale infracţiunii.

O situaţie controversată în practica judiciară este aceea în care persoana, lipsită de capacitate de exerciţiu sau cu capacitate de exerciţiu restrânsă, doreşte să facă plângere, însă nu o poate introduce din cauza pasivităţii reprezentantului legal. Unii autori[4] sunt de părere că atunci când reprezentantul legal nu confirmă plângerea făcută de persoana cu capacitate de exerciţiu restrânsă, plângerea poate fi apreciată ca denunţ, pe când alţii[5] susţin că, în asemenea cazuri, plângerea poate fi valorificată ca o informaţie, în vederea sesizării din oficiu.

În materia traficului de persoane, în momentul apariţiei Legii nr. 678/2001 nu existau prevederi cu privire la investigatorul sub acoperire, instituţia acestuia fiind introdusă prin Legea nr. 281/20003 de modificare a Codului de procedură penală[6] care în art. 224[1] şi urm. a prevăzut folosirea investigatorilor sub acoperire în materia traficului de persoane, dispoziţiile Codului de procedură penală completându-se cu cele din legile speciale. În acest sens Legea nr.39/2003 privind combaterea şi prevenirea criminalităţii organizate în art. 17 face referire despre poliţiştii sub acoperire din cadrul

---

[1] Legea nr. 565 din 16 octombrie 2002, publicată în M.Of. nr. 813 din 8 noiembrie 2002.

[2] Ioan Lascu, *Incriminări privind traficul de persoane* – Revista de drept penal nr. 3/2002, p. 65.

[3] ICCJ Decizia nr. XVI din 19 martie 2007.

[4] Gheorghiţă Mateuţ, Tiberiu Rudica, V. E Petrescu, Nicoleta Staferoi, Elena Onu, Aurel Dublea, Sofia Luca, Daniela Iovu, Radu Dimitrie Tarniceriu, Georgeta Lăcrămioara Gafta, Cătălin Luca, Raluca Alexandra Prună, *Traficul de fiinţe umane*, *Infractor Victimă Infracţiune*, Iaşi, 2005, p. 90, citat după M. Basarab, *Drept procesual penal*, Universitatea „Babeş – Bolyai", Facultatea de Drept, Cluj Napoca, Vol. II, 1973, p. 368.

[5] I. Neagu, *Drept procesual penal - Tratat*, Global Lex, Bucureşti, 2002, p. 522.

[6] Publicat în Monitorul Oficial 468 din 1 iulie 2003.

structurilor specializate ale Ministerului de Interne care pot fi folosiţi în vederea strângerii datelor privind săvârşirea infracţiunilor şi identificarea făptuitorilor.

Rolul agentului acoperit este de a observa modul cum se desfăşoară activitatea infracţională şi a pune la dispoziţie autorităţilor datelor necesare pentru dovedirea faptelor ilicite şi pentru tragerea la răspundere a făptuitorilor, activitatea investigatorului sub acoperire nu este una lipsită de risc deoarece pentru a-şi menţine credibilitatea trebuie să participe la acţiunile grupării criminale, să convingă că sunt membri activi ai organizaţiei agentul acoperit participând la acţiunile iniţiate de grup, nu la cele determinate de el.

Unele dintre mijloacele utilizate de făptuitori pentru realizarea acţiunilor de traficare constituie prin ele însele infracţiuni – de ex.: ameninţarea, incriminată în art. 193 C. pen., violenţa care poate îmbrăca forma uneia dintre infracţiunile prevăzute de art. 180 – 182 C. pen. – care însă îşi pierd autonomia şi se absorb în conţinutul infracţiunii de trafic de persoane ori trafic de minori, în modalitatea tip prev. de art. 12 alin. (1) din Legea nr. 678/2001 ori în modalităţile agravate, deoarece, prin voinţa legiuitorului, elementul material al acestor fapte este unul complex.

Este de remarcat că în ansamblul acestor procedee nu este inclusă în mod expres infracţiunea de lipsire de libertate, prev. de art. 189 C. pen., fiind menţionată doar răpirea ca modalitate de realizare a activităţilor specifice traficului de persoane. În unele situaţii, lipsirea de libertate este absorbită în mod natural de acţiunile prin care se realizează traficarea, însă este posibil ca în alte cazuri, lipsirea de libertate să depăşească cadrul acestora şi să reprezinte o infracţiune autonomă, care se va reţine în concurs cu cea de trafic de persoane.

În unele cazuri, pentru a determina anumite persoane minore să practice prostituţia, traficanţii le-au atras în anumite locaţii (apartamente sau camere de hotel) unde le-au constrâns să întreţină raporturi sexuale urmate de acte de perversiune, context în care acestea erau fotografiate sau filmate, apoi ameninţate cu difuzarea imaginilor pe Internet ori prezentarea lor părinţilor sau în şcolile unde victimele erau eleve.

Alteori, unele femei sunt convinse de către traficanţi să plece în străinătate pentru a lucra ca prostituate, primind asigurări că vor fi bine plătite, astfel încât pleacă de bună voie, însă chiar dacă ele conştientizează pentru ce tip de activităţi vor fi angajate, respectiv prostituţia, nu este exclus să devină victime ale traficului, deoarece, chiar dacă sunt la curent cu natura lucrului, ar putea fi induse în eroare (prin înşelăciune, impunere, etc.) cu privire la condiţiile de lucru.

Victimelor – vulnerabile din punct de vedere economic şi social datorită nivelului scăzut al educaţiei, sărăciei, dorinţei de a avea o viaţă mai bună şi un loc de muncă în afara ţării, lipsei oricărei informaţii cu privire la condiţiile pentru angajarea în străinătate - li se promite de către traficant un loc de muncă în străinătate, în condiţii mai mult decât avantajoase. Pentru a le capta încrederea, acesta îşi oferă sprijinul şi se ocupă de efectuarea deplasării în ţara de destinaţie, plătind eventual cheltuielile ocazionate, precum şi de trecerea frontierei care multe ori are loc ilegal. Odată ajunse în străinătate, victimelor li se spune doar în ultimul moment că trebuie să renunţe la un organ, în cele mai multe cazuri la un rinichi, iar în caz de refuz sunt ameninţate că vor fi lăsate în stradă fără documente, fără bani, pentru a fi prinse de poliţie, circumstanţe în care, într-o ţară străină a cărei limbă nu o cunosc, fără acte de identitate, lipsite de resurse financiare, acestea cedează presiunii şi acceptă să-şi doneze organele.

Traficul de copii se realizează în mai multe etape: traficul sau separarea copilului de/din comunitatea sa, prezumţia de corecţie, fraudă, înşelăciune sau abuz de putere din partea

traficantului, intenţia de a exploata etc. Mijloacele de traficare a acestei categorii umane reduse astfel la condiţia de marfă sunt multiple: recrutare, transport, transfer, adăpostire sau primirea copilului cu scopul de a fi pus la muncă forţată (agricolă, casnică), la cerşit, furat sau de a fi exploatat sexual sau pentru a fi dat ilegal spre adopţie, pentru transfer de organe. După recrutare şi intrarea în ţara de destinaţie, victimele-copii devin captivi total: nu au acte de identitate, nu au dreptul la liberă circulaţie sau comunicare, sunt continuu ameninţaţi. Cei care preiau copiii le oferă hrană, haine, adăpost, droguri – în perioada exploatării lor, îi obligă să reîntoarcă, prin muncă, valoarea acestora.

Copiii nu primesc bani pentru activităţile lor, sunt abuzaţi fizic, hrăniţi prost şi supuşi perversiunilor sexuale de la 8 la12 ore pe zi (câte 6 – 10 clienţi/zi) 39. Recrutorii acestor victime sunt persoane cunoscute lor: bărbaţi sau femei, cunoştinţe, vecini, părinţi, iubiţi. Unele fete care au fost traficate devin la rândul lor traficanţi, se întorc în locaţiile de unde au plecat şi recrutează alte persoane implicând în trafic (în cazul copiilor foarte mici) membrii familiei (mame, unchi, fraţi). Aceştia însă, nu recunosc acest fapt, ci văd o sursă de protejare a copilului, de supravieţuire a familiei). După recrutare, copiii pot fi traficaţi de-a lungul graniţelor naţionale sau internaţionale.

Statele membre pot decide să nu urmărească penal şi nici să nu sancţioneze victimele traficului de persoane pentru implicarea acestora în activităţi infracţionale pe care au fost obligate să le săvârşească. Statele membre trebuie să asigure că se acordă asistenţă şi sprijin victimelor înainte de începerea procedurilor penale, pe parcursul acestora şi după încheierea lor, pentru a-şi putea exercita drepturile conferite de statutul de victime în cadrul procedurilor penale.

Solicitările privind autorizarea interceptărilor şi înregistrărilor comunicaţiilor sunt frecvente, înregistrările audio sau cele video asigurând dovezi greu de combătut constituind informaţii importante pentru identificarea persoanelor implicate în activitatea infracţională.

În practică, indicii temeinice pentru autorizarea interceptării audio sau video în sensul legii pot fi: frecvente ieşiri-intrări din ţară, transferuri de bani prin intermediul sistemelor bancare, cereri de procurare de paşapoarte a unor persoane care nu justifică din punct de vedere financiar intenţia de a efectua o deplasare în străinătate declarând scopuri turistice, informaţii în legătură cu implicarea anumitor persoane în activitatea infracţională privind traficul de persoane, obţinute în urma interceptării unor convorbiri telefonice. Interceptările audio şi video nu garantează întotdeauna atingerea scopului urmărit deoarece traficanţii sunt conştienţi de posibilitatea organele de urmărire penală de a le intercepta şi monitoriza activitatea întâlnindu-se în locuri publice.

Convenţia Consiliului Europei scoate în evidenţă faptul că victimele traficului de fiinţe umane trebuie iniţial recunoscute ca atare, pentru ca poliţia şi autorităţile publice să nu le trateze ca imigranţi ilegali sau criminali. Dacă identificarea victimei nu a fost făcută corect, s-ar putea ca ulterior acesteia să-i fie negate drepturile fundamentale. Pe perioada de identificare a statutului, persoana respectivă nu poate fi expulzată de pe teritoriul ţării-gazdă. Există prevederi specifice pentru copiii victime (minori cu vârste de până la 18 ani) care sunt vulnerabili în mod special şi care necesită un tratament aparte. În astfel de situaţii trebuie întreprinse măsuri adecvate pentru determinarea identităţii şi cetăţeniei copilului, iar autorităţile vor depune toate eforturile pentru a localiza familia copilului, în cazul în care aceasta este spre binele copilului.

Strategiile de combatere a traficului de persoane ar trebui coordonate cu strategiile pentru combaterea corupţiei şi a sărăciei. Un rol important îl au organizaţiile patronale, sindicatele şi organizaţiile societăţii civile care activează în acest domeniu ar trebui, de asemenea, să coopereze cu autorităţile publice.

Controlul de frontieră şi măsurile destinate să asigure verificarea legalităţii documentelor de călătorie se află de asemenea, printre acţiunile primordiale pentru prevenirea traficului de fiinţe umane.

Concluzii

Traficul de persoane are consecinţe deosebit de grave (materiale şi morale) pentru victime, consecinţe de care nu se ţine cont în cursul anchetelor şi al urmăririi penale împotriva traficanţilor. Victimele care doresc să coopereze prin furnizarea de informaţii, ca martori, trebuie ajutate, încurajate şi asistate permanent.

Dintre programele de prevenţie, cele mai semnificative şi eficiente în contextul actual, sunt programele cu finanţare europeană. Astfel, se stabilesc noi contacte la nivel naţional şi internaţional, se construiesc parteneriate puternice şi durabile între diferite organisme, înfăţişându-se deopotrivă, ca un instrument de măsură al rezultatelor obţinute dar şi de informare continuă. Dintre măsurile de prevenţie oportune şi cu incidenţă asupra programelor financiare europene, se pot menţiona: instituirea de raportori naţionali în scopul monitorizării; crearea sau îmbunătăţirea mecanismelor naţionale de identificare şi de îndrumare către serviciile de sprijinire a victimelor; crearea sau îmbunătăţirea sistemelor de protecţie a copilului; furnizarea de sprijin în favoarea organizaţiilor neguvernamentale active în domeniu; organizarea de cursuri de formare pentru părţile interesate; îmbunătăţirea coordonării anchetelor şi urmăririlor penale; intensificarea cooperării cu ţările terţe partenere ale UE, în domeniul măsurilor de combatere a traficului de fiinţe umane.

References

1. **Basarab M.**, "Drept procesual penal" (*Criminal Procedure Law*), "Babes - Bolyai" University, Faculty of Law, Cluj Napoca, Vol II, 1973

2. **d'Estrée Claude**, MTS, JD, *Human Rights and Human Trafficking*, Josef Korbel School of International Studies

3. **Iovu, Radu Dimitrie Tarniceriu, Georgeta Lăcrămioara Gafta, Cătălin Luca, Raluca Alexandru Prună**, "Traficul de fiinţe umane. Infractor Victimă Infracţiune" (*Human Trafficking, Victim Offender Offense*), Iaşi, 2005, quoted from Neagu Ion, "*Drept procesual penal - tratat*" (*Criminal Procedural Law - the Treaty*), Global Lex, Bucharest, 2002 Mateuţ Gheorghiţă, Tiberiu Rudica, V. E Petrescu, Nicoleta Staferoi, Elena Onu, Aurel Dublea, Sofia Luca, Daniela

4. **Lascu Ioan**, "P*revenirea şi combaterea fenomenului de criminalitate organizată" (Preventing and combating organized crime)*, *Law* magazine No 9/2003

5. **Lascu Ion**, "*Incriminări privind traficul de persoane*" (Charges against human trafficking), Magazine No. 3/2002

6. **Linden Mariska NJ van der**, "*Traficul de fiinţe umane în scopul exploatării economice*"(*Human trafficking for the purpose of economic exploitation*), Textbook for training, ILO, 2005

7. **Olteanu Gabriel Ion**, "*Structurile infracţionale şi activităţile ilicite desfăşurate de către acestea*" (*Illicit criminal structures and activities carried out by them*), Forensics Methodology, 2008 AIT Laboratories

8. **Renucci Jean François**, "*Tratat de drept european al drepturilor omului*" (*Treaty of European Human Rights Law*), Hamangiu Publishing, Bucharest

Unele reflecţii asupra respectării regulii de bază a aflării adevărului în procesul penal în cazul cercetării omorului când cadavrul nu a fost descoperit

Nicolae ***GROFU****

Abstract: *Articolul abordează problematica respectării regulii de bază a aflării adevărului în procesul penal în cazul cercetării unei infracţiuni de omor, când organele de urmărire penală nu au reuşit, în pofida tuturor eforturilor, să descopere cadavrul, cel mai important mijloc material de probă. Autorul pledează pentru o soluţie de conciliere între exagerările cu privire la importanţa probelor materiale şi negarea sau diminuarea importanţei acestora, de principiu, într-o cauză penală, aflarea adevărului putându-se realiza în condiţiile existenţei şi a altor mijloace de probă suficiente pentru aflarea adevărului.*

Cuvinte cheie: *aflarea adevărului, proces penal, omor, mijloace materiale de probă, cadavru nedescoperit*

1. Explicaţii preliminare

Înfăptuirea justiţiei penale nu poate fi concepută fără deplina cunoaştere a adevărului cu privire la cauza penală care face obiectul procesului penal, adică adevărul asupra existenţei sau inexistenţei faptei imputate, asupra vinovăţiei sau nevinovăţiei persoanei inculpate, precum şi asupra tuturor împrejurărilor care servesc la punerea în lumină a acestui adevăr[1].

Adevărul nu se relevă spontan, nici chiar în momentul când o faptă este săvârşită, ci trebuie întotdeauna să fie descoperit şi dovedit, sub toate aspectele sale, numai în felul acesta putându-se considera că adevărul a fost aflat. Asigurarea aflării adevărului implică în mod imperios grija deosebită din partea organelor judiciare ca descoperirea şi administrarea probelor să se efectueze în astfel de condiţii încât să ducă la aflarea unor date reale şi utile pentru cunoaşterea adevărului. Autorităţile judiciare trebuie să cunoască în mod exact şi complet fapta penală şi împrejurările care îl identifică pe făptuitor, având datoria să întreprindă tot ce este posibil pentru aflarea adevărului în fiecare cauză penală. Realizarea acestei cerinţe depinde de eforturile care se depun, de profesionalismul celor care efectuează cercetările şi de procedeele folosite.

2. Corelaţii între aflarea adevărului şi respectarea altor regulii de bază ale procesului penal în cazul dispariţiilor de persoane

Regula de bază a aflării adevărului îşi are asigurată eficienţa datorită corelaţiilor cu alte reguli de bază, cum sunt oficialitatea şi rolul activ.

---

* Lector univ. dr. – Academia de Poliţie „Al. I. Cuza”, Bucureşti; Cercetător asociat – Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu”, Academia Română.

[1] A se vedea V. Dongoroz, S. Kahane, G. Antoniu, C. Bulai, N. Iliescu, R. Stănoiu, *Explicaţii teoretice ale Codului de procedură penală român. Partea generală*, vol. I, Ed. Academiei, Bucureşti, 1975, p. 44.

Organele de urmărire penală, cu o anumită frecvenţă, sunt sesizate despre dispariţia unor persoane, fără ca aceasta să însemne că, în toate cazurile, omorul este cauza dispariţiei.

Pentru a ajunge la concluzia că omorul este cauza dispariţiei, organele de urmărire penală trebuie să desfăşoare activităţi de verificare pentru a lămuri, în primul rând, împrejurările dispariţiei. Cu titlu exemplificativ, organele de urmărire penală trebuie să stabilească cine este persoana dispărută, trăsăturile sale de ordin psihocomportamental, mediul din care provine, ultimul domiciliu şi domiciliul ori reşedinţele anterioare, ocupaţia, locul de muncă, modul în care şi-a îndeplinit obligaţiile profesionale – inclusiv problemele pe care le-a avut pe linie de serviciu, comportarea în familie şi societate, viciile, cercurile de prieteni sau anturajul de moralitate îndoielnică. Aceste probleme pot fi lămurite prin ascultarea rudelor, cunoştinţelor, colegilor de serviciu, vecinilor, insistându-se pe evidenţierea conflictelor de ordin familial, natura şi cauza acestora, frecvenţa lor, precum şi pe degenerarea acestora în molestări, alungarea din locuinţă. Alteori, din depoziţiile acestor martori pot rezulta conflicte de altă natură şi persoanele cu care le-a avut, modul de viaţă, moralitatea – relaţii extraconjugale, frecventarea unor locuri rău famate, părăsirea domiciliului şi întreţinerea unor relaţii de concubinaj, dacă a mai dispărut şi cu alte prilejuri, după cât timp a revenit, dacă şi-a exprimat dorinţa de a întreprinde vreo călătorie – unde, cu cine, în ce scop şi pe ce perioadă. Din investigaţiile la ultimul loc de muncă trebuie urmărite, pe lângă cele expuse, şi alte aspecte: dacă i s-a desfăcut contractul de muncă şi pentru ce motiv, dacă avea gestiune şi situaţia acesteia, cuantumul lipsurilor în gestiune, diferendele avute şi motivele acestora. De asemenea, trebuie stabilită starea psihică şi fizică a persoanei înaintea dispariţiei, când a fost văzută ultima oară, dacă a spus unui prieten despre intenţia de a părăsi domiciliul şi localitatea sau de a se sinucide. Nu în ultimul rând, verificările trebuie să-l vizeze pe cel care a sesizat dispariţia şi pe stabilirea acţiunilor şi comportamentului – atât anterior cât şi după anunţarea dispariţiei – în vederea evidenţierii eventualelor contraziceri dintre declaraţiile acestuia şi restul materialului probator administrat în cauză

În al doilea rând, organele de urmărire penală trebuie să clarifice dacă dispariţia se datorează omorului ori unor cauze de altă natură. Spre exemplu, stabilindu-se traseul parcurs de persoana dispărută, după declaraţiile celor ce au văzut-o ultima oară, în baza semnalmentelor şi a caracteristicilor individuale ale ţinutei vestimentare, vor putea fi identificaţi şi ascultaţi alţi martori care să confirme prezenţa acesteia pe itinerariul indicat, acţiunile întreprinse, persoanele ce o însoţeau sau semnalmentele acestora, starea fizică şi psihică a persoanei în cauză, alte împrejurări care pot contribui la elucidarea momentului şi cauzelor dispariţiei.

Concomitent cu desfăşurarea de investigaţii şi ascultarea de martori trebuie să se procedeze la cercetarea amănunţită a locurilor unde s-ar putea afla cadavrul persoanei dispărute - subsoluri, lacuri, păduri, tufişuri, gropi - mai ales când există indicii că aceasta ar fi putut fi victima unui viol sau a unei tâlhării. Cu atât mai mult se impune cercetarea amănunţită a terenului din jur când drumul parcurs trece printr-o pădure ori printr-un loc pustiu.

Aceeaşi atenţie trebuie acordată cercetării domiciliului persoanei dispărute, insistându-se pe identificarea obiectelor, valorilor şi documentelor ce atestă identitatea şi pe care aceasta trebuia, în mod normal să le ia, dacă plecarea din locuinţă nu s-ar fi făcut în condiţii de constrângere ori ar fi părăsit de bunăvoie imobilul. Cu acest prilej trebuie să se procedeze la descoperirea, relevarea, fixarea şi ridicarea unor urme ce denotă săvârşirea omorului (urme de sânge, modificări recente ale pardoselii, zidurilor

interioare, zugrăveli sau vopsiri proaspete), absenţa unor bunuri de strictă necesitate (covoare, carpete, preşuri, perdele etc.), transformările aduse topografiei terenului înconjurător (astuparea unor gropi, deplasarea unor materiale de construcţie dintr-un loc în altul, împrejmuirea unor suprafeţe)[1].

3. Aflarea adevărului prin mijloacele de probă cu referire la cercetarea omorului când cadavrul nu a fost descoperit

Regula de bază privitoare la aflarea adevărului, prevăzută în art. 3 C. proc. pen., consacră principiul fundamental potrivit căruia aflarea adevărului se poate înfăptui prin orice mijloace de probă – căi legale prin care probele se administrează în procesul penal[2]; aceasta implică obligaţia pentru organele judiciare de a căuta şi cerceta toate probele privitoare la fapta care face obiectul procesului penal, la împrejurările acelei fapte şi la persoana făptuitorului.

Respectarea regulii de bază a aflării adevărului în desfăşurarea activităţii procesuale trebuie să rezulte din materialul probator aflat la dosarul fiecărui proces penal, material care serveşte la verificarea temeiniciei soluţiei date în respectiva cauză penală[3].

Organele judiciare au îndatorirea ca, în baza probatoriului efectuat, să afle adevărul cu privire la obiectul probaţiunii, ceea ce de regulă implică o operaţie logică de reconstituire şi apreciere a unor fapte trecute. Organele judiciare iau însă cunoştinţă de faptele trecute nu în mod direct, ci în mod indirect, ca rezultat al unui proces care constă în compararea şi asocierea unor elemente de fapt izolate procurate prin mijloacele de probă folosite în efectuarea probatoriilor şi tragerea unei concluzii, din aceste elemente de fapt. De la elemente de fapt cunoscute se ajunge astfel la o faptă necunoscută. Procesul dialectic prin care se ajunge de la elemente de fapt cunoscute la fapte necunoscute se bazează, în primul rând, pe analiza şi sinteza probelor, adică pe disecarea fiecărei probe în parte şi apoi tragerea unei concluzii din ansamblul probelor; în al doilea rând, pe cale inductivă (pornirea de la particular pentru a se ajunge la general) şi pe cea deductivă (pornirea de la general pentru a se ajunge la particular), între analiză (descompunerea întregului în părţile sale) şi sinteză (luarea în considerare şi explicarea întregului cu ajutorul părţilor sale) există o concordanţă. La fel, inducţia şi deducţia sunt căi deosebite de cercetare, dar nu sunt exclusive, nu sunt folosite izolat una de alta, ci dialectic, ambele tinzând către aflarea adevărului, aşa că se completează reciproc. Cu alte cuvinte, organele judiciare trebuie să analizeze toate interdependenţele şi legăturile dintre diferitele fapte şi împrejurări rezultate din obiectul probelor[4].

Cadrul mijloacelor de probă

Cadrul mijloacelor de probă, prevăzut în Codul de procedură penală, cuprinde mijloacele materiale de probă, alături de declaraţiile învinuitului sau ale inculpatului, declaraţiile părţii vătămate, ale părţii civile şi ale părţii responsabile civilmente, declaraţiile martorilor, înscrisurile, înregistrările audio sau video, fotografiile, constatările

---

[1] A se vedea, pentru detalii, V. Bercheşan, I. N. Dumitraşcu, *Cercetarea omorului,* secţiunea a III-a şi secţiunea a IV-a, pct. 1 în „Tratat de metodică criminalistică" de C. Aioniţoaie, V. Bercheşan ş. a., Ed. Carpaţi, Craiova, 1994, p. 74-76.

[2] A se vedea N. Volonciu, A. Barbu, *Codul de procedură penală comentat. Art. 62-135. Probele şi mijloacele de probă,* Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2007, p. 11.

[3] A se vedea V. Dongoroz, S. Kahane, G. Antoniu, C. Bulai, N. Iliescu, R. Stănoiu, *op. cit.*, p. 45-46.

[4] *Ibidem*, p. 178-179.

tehnico-ştiinţifice, constatările medico-legale şi expertizele[1]. Mijloacele de probă enumerate în art. 64 alin. 1 C. pr. pen. sunt reglementate distinct, cu excepţia fotografiilor[2], în Titlul III - Probele şi mijloacele de probă din Partea generală a Codului de procedură penală în vigoare[3].

Mijloacele materiale de probă

Mijloacele materiale de probă sunt acele obiecte sau lucruri de orice fel care conţin sau poartă o urmă a faptei săvârşite ori care, datorită legăturii lor cu această faptă, cu persoanele care au săvârşit-o sau cu împrejurările în care fapta a fost săvârşită, pot furniza probe necesare soluţionării cauzei penale[4].

În categoria mijloacelor materiale de probă propriu-zise intră obiectele care conţin urme de orice fel ale săvârşirii faptei (de pildă cadavrul, glontele, otrava, obiecte distruse), precum şi obiectele care poartă urme cu privire la faptă sau la făptuitor (de exemplu urme de mâini, de degete, de picioare, de dinţi, urme lăsate de instrumentele folosite la săvârşirea infracţiunii, resturi sau pete de diferite substanţe cum ar fi petele de sânge, diferite obiecte uitate sau pierdute la locul faptei de vreunul dintre făptuitori)[5].

Urmele materiale ale faptei şi cele lăsate de făptuitor pot constitui elemente preţioase, uneori unice, pentru cunoaşterea adevărului şi soluţionarea justă a cauzei penale.

Obiectele care conţin sau poartă urme ale faptei săvârşite sau care pot servi la aflarea adevărului, sub raportul legăturii lor cu obiectul probaţiunii, pot constitui indicii concrete cu privire la împrejurările săvârşirii infracţiunii sau la persoanele care au săvârşit-o, servind, în general, la stabilirea vinovăţiei sau nevinovăţiei persoanei ori a împrejurărilor în care fapta a fost săvârşită.

Mijloacele materiale de probă ocupă un loc preeminent printre mijloacele de probă datorită largilor posibilităţi de aflare şi strângere a lor, precum şi aportului specific la aflarea adevărului în cauza penală, mai ales acolo unde celelalte mijloace de probă lipsesc sau sunt insuficiente. Aceste mijloace, studiate cu atenţie şi cercetate cu ajutorul procedeelor ştiinţifice şi tehnice moderne, dau la iveală elemente informative de extremă importanţă, fapt pentru care probele materiale au şi fost denumite „martori muţi”[6].

Aflarea adevărului în cazul cercetării omorului când cel mai important mijloc material de probă (cadavrul) nu este descoperit

Problema care se pune este dacă se poate vorbi despre aflarea adevărului câtă vreme, în cazul cercetării unei infracţiuni de omor, organele de urmărire penală nu au reuşit, în pofida tuturor eforturilor, să descopere cadavrul, cel mai important mijloc material de probă.

---

[1] A se vedea art. 64 alin. 1 C. proc. pen. în vigoare.

[2] Fiind pretabile să fie falsificate prin montaj, mixaj, retuşare (de altminteri există produse software dedicate în acest sens), fotografiile pot fi supuse expertizării tehnice, având ca obiectiv confirmarea sau infirmarea realităţii imaginii (a se vedea Gr. Theodoru, *Tratat de Drept procesual penal*, ediţia a 2-a, Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2008, p. 402).

[3] A se vedea N. Volonciu, A. Barbu, *op. cit.*, p. 11.

[4] A se vedea art. 94 C. proc. pen.

[5] A se vedea V. Dongoroz, S. Kahane, G. Antoniu, C. Bulai, N. Iliescu, R. Stănoiu, *op. cit.*, p. 230.

[6] Ibidem, p. 235.

De pildă în Dosarul Henri Désiré Landru[1], care a zguduit Franţa în perioada interbelică, poziţia principalului suspect de săvârşirea unui număr de unsprezece infracţiuni de omor, fără să se descopere vreun cadavru în niciunul dintre cazuri[2], a rămas, până la sfârşitul procesului, aceeaşi: proba revine acuzării şi acuzarea nu se bazează decât pe prezumţii, o persoană dispărută nefiind în mod necesar o persoană asasinată. „Unde sunt cadavrele?" a fost întrebarea – laitmotiv pe care, de mai multe ori, apărarea a adresat-o acuzării. În strălucita sa pledoarie, Vincent de Moro-Giafferi, unul dintre cei mai faimoşi avocaţi ai epocii sale, de renume mondial în materie penală, a arătat că acuzarea nu a putut dovedi cu probe directe niciunul dintre cele unsprezece omoruri imputate, învinuirea rămânând permanent în domeniul infinitului probabil, fără să poată intra în acela al certitudinii, şi, prin urmare, suspectul nu ar fi putut fi condamnat pe un simplu calcul al probabilităţilor; mai mult, lipsa cadavrelor obligă la o verificare temeinică a faptelor; deoarece lipsesc cadavrele, au fost înfăţişate o serie de prezumţii întemeiate pe indicii materiale şi expertize, marea primejdie care îi ameninţă pe judecători fiind nebunia dogmatică, cum o numea Montaigne, izvor (din păcate prea îmbelşugat) al celor mai groaznice erori judiciare[3].

Valoarea şi importanţa probelor directe şi indirecte[4]

Valoarea diferitelor probe nu este statuată *a priori* în Codul de procedură penală român, ci se determină judiciar, fiind rezultatul aprecierii concrete de către organele judiciare a probelor administrate în desfăşurarea procesului penal[5].

Pentru stabilirea existenţei sau inexistenţei faptei ori a vinovăţiei sau nevinovăţiei, o singură probă directă poate fi suficientă, cu excepţia declaraţiilor învinuitului sau inculpatului, părţii vătămate, părţii civile şi părţii responsabile civilmente[6]. O singură probă indirectă nu poate fi niciodată suficientă, ci sunt necesare mai multe probe indirecte, din a căror coroborare să se poată stabili existenţa sau inexistenţa faptei, ori vinovăţia sau nevinovăţia.

Examinarea probelor indirecte se face dialectic în conexiune cu probele directe, separat nefiind unele mai valoroase decât celelalte. Probele directe şi indirecte trebuie

---

[1] A se vedea J. Belin, *L'affaire Landru,* în „Revue internaţionale de criminologie et de police tehnique" nr. 2 şi 3/1953 (J. Belin a fost chiar ofiţerul de poliţie care l-a arestat pe Landru).

[2] Poliţiei i-a fost practic imposibil, neavând niciun cadavru, să ştie ce s-a întâmplat cu victimele date dispărute.

[3] A se vedea, Y. Eminescu, *Procese celebre*, Ed. Lumina Lex, Bucureşti, 1995, p. 90-91.

[4] După legătura lor cu obiectul probaţiunii, probele se împart în probe directe şi probe indirecte. Probele directe semnifică probele care dovedesc nemijlocit vinovăţia ori nevinovăţia învinuitului sau inculpatului (de pildă conţinutul recunoaşterii învinuitului sau inculpatului, prinderea în momentul săvârşirii infracţiunii, arătările martorilor oculari, stabilirea că în momentul când infracţiunea a fost săvârşită învinuitul ori inculpatul se găsea în altă localitate). Prin probe indirecte se înţeleg probele care nu dovedesc direct existenţa ori inexistenţa faptei sau vinovăţia ori nevinovăţia învinuitului sau inculpatului, dar care, prin coroborarea lor duc la concluzia că fapta a fost săvârşită sau că învinuitul ori inculpatul este vinovat sau invers (spre exemplu prezenţa învinuitului sau inculpatului la locul infracţiunii poate fi o probă indirectă a vinovăţiei sale, ameninţările adresate de către învinuit sau inculpat victimei infracţiunii ori găsirea la locul în fracţiunii a unui obiect aparţinând învinuitului sau inculpatului pot constitui probe indirecte). Altfel spus, probele indirecte sunt elemente de fapt legate de alte elemente de fapt împreună cu care pot constitui proba comiterii unei fapte penale sau proba vinovăţiei unui învinuit ori inculpat.

[5] A se vedea art. 63 C. proc. pen.

[6] Potrivit dispoziţiilor art. 69 şi 75 C. proc. pen., declaraţiile nu pot face dovadă prin ele însele, ci numai prin coroborare cu alte probe ale dosarului.

să fie privite ca o reflectare a adevărului rezultată din confruntarea şi armonizarea lor. Probele administrate se verifică fiecare în parte, sunt evaluate în ansamblu, din înlănţuirea lor logică fiind necesar să rezulte o singură concluzie, orice altă posibilitate fiind exclusă.

Probele directe sunt, cu siguranţă, deosebit de importante pentru rezolvarea temeinică a cauzelor penale, însă realitatea judiciară a dovedit că de cele mai multe ori probele indirecte sunt singurele probe în cauză, de unde derivă importanţa curentă a acestora[1].

Obiectul probaţiunii

Problema practică semnificatrivă a sistemului probator o constituie *factum probandum*, în raport cu care folosirea mijloacelor de probaţiune trebuie să servească la stabilirea: existenţei tuturor elementelor care constituie conţinutul infracţiunii; tuturor împrejurărilor care relevă vinovăţia stau nevinovăţia învinuitului ori inculpatului; circumstanţelor care agravează sau atenuează vinovăţia învinuitului ori inculpatului; consecinţelor infracţiunii, cunoaşterea acestora fiind necesară uneori pentru calificarea faptei; datelor referitoare la părţi, îndeosebi interesând cunoaşterea persoanei inculpatului – mobilul faptei sale, atitudinea sa după săvârşirea faptei, gradul său de cultură, viaţa de familie, reputaţia sa; factorilor care au determinat, înlesnit sau favorizat săvârşirea infracţiunii, aceasta fiind de natură să contribuie la înfăptuirea rolului educativ al justiţiei prin aceea că orientează acţiunea de luare a măsurilor de combatere a infracţiunilor[2].

Sarcina probaţiunii

Sarcina de a dovedi existenţa infracţiunii de omor şi a vinovăţiei constituie o obligaţie pentru organele judiciare[3], învinuitul sau inculpatul nefiind ţinut să-şi dovedească nevinovăţia[4], însă fără excluderea sarcinii prezentării probelor de partea care ar deţine mijlocul de probă.

În acest context, organele de urmărire penală au obligaţia de a strânge probele necesare pentru aflarea adevărului şi pentru lămurirea cauzei sub toate aspectele, în vederea justei soluţionări a acesteia[5], scop în care pot efectua percheziţii, cercetări la faţa locului, pot ridica obiecte, pot proceda la reconstituiri, pot chema şi asculta martori, pot dispune efectuarea de constatări tehnico-ştiinţifice şi expertize[6], examinează mijloacele materiale de probă. Tot în scopul identificării persoanelor dispărute trebuie făcute verificări la spitale, morgă, precum şi în evidenţele organelor de poliţie privind cadavrele cu identitate necunoscută şi persoanele cu identitate necunoscută. De asemenea, se vor face verificări în evidenţele Ministerului Afacerilor Interne sau ale Ministerului

---

[1] A se vedea V. Dongoroz, S. Kahane, G. Antoniu, C. Bulai, N. Iliescu, R. Stănoiu, *op. cit.*, p. 172.

[2] Ibidem, p. 173.

[3] Regula *actori incumbit probatio* trebuie înţeleasă în procesul penal în sensul că obligaţia de a dovedi existenţa faptei şi a vinovăţiei cade în sarcina subiecţilor procesuali care exercită acţiunea penală.

[4] A se vedea art. 66 C. pr. pen.

[5] Ibidem, art. 202.

[6] Acestea sunt în realitate procedee probatorii care operează asupra unor mijloace materiale de probă; întrucât însă raportul de constatare tehnico-ştiinţifică şi medico-legală, ca şi raportul de expertiză sunt înscrisuri care relatează existenţa unor probe, ele capătă caracterul de mijloace de probă ca orice înscris, aşa încât se obişnuieşte să se enumere printre mijloacele de probă înseşi procedeele care au dus la întocmirea acestor rapoarte, substituiri de acest fel fiind folosite în terminologia juridică.

Justiţiei pentru a se stabili dacă persoana dispărută nu este cercetată în stare de arest preventiv ori execută o pedeapsă privativă de libertate sau a părăsit ţara.

După identificarea victimei ori când există probe şi indicii temeinice că s-a săvârşit o infracţiune de omor, chiar dacă nu a fost descoperit cadavrul, cercetarea se efectuează după regulile stabilite în literatura de specialitate[1].

Concluzii

Însemnătatea probelor materiale a crescut odată cu progresele realizate în fizică, chimie, medicină, biologie, care au făcut să sporească posibilităţile folosirii eficiente a mijloacelor materiale de probă în activitatea de descoperire şi urmărire a infracţiunilor, aria de utilizare a mijloacelor materiale de probă extinzându-se datorită progreselor realizate în domeniul tehnicii de descoperire, fixare şi ridicare a acestora. În evoluţia sistemului probator în procesul penal, ideea unei faze ştiinţifice a condus la o exacerbare a importanţei probelor materiale.

Suntem de părere că ar fi mai potrivită o soluţie de conciliere între exagerările cu privire la importanţa probelor materiale şi negarea sau diminuarea importanţei acestora. De principiu, într-o cauză penală, aflarea adevărului se poate face şi cu ajutorul altor mijloace de probă.

Descoperirea şi cercetarea mijloacelor materiale de probă nu este obligatorie, chiar dacă este cert că există obiecte încă nedescoperite care conţin sau poartă urme ale faptei săvârşite sau care pot servi la aflarea adevărului (în sensul art. 94 C. proc. pen.), cum ar fi un cadavru, deoarece desfăşurarea şi soluţionarea procesului penal nu pot fi stopate de lipsa probelor materiale[2], în condiţiile existenţei altor mijloace de probă suficiente pentru aflarea adevărului[3].

Adevărul are un caracter obiectiv, dat de concordanţa dintre faptele petrecute în realitate şi faptele reţinute prin hotărârea judecătorească definitivă. Cunoaşterea faptelor şi împrejurărilor cauzei se obţine prin probele administrate în cursul procesului penal; dacă au fost administrate toate probele necesare, iar acestea sunt de bună calitate, adevărul care se obţine în procesul penal – adevărul judiciar – corespunde cu adevărul obiectiv; dacă însă nu au fost administrate toate probele necesare sau probele sunt false, adevărul judiciar care stă la baza hotărârii judecătoreşti nu mai corespunde cu adevărul obiectiv. Această lipsă de suprapunere a adevărului judiciar cu adevărul obiectiv a produs şi va mai putea produce erori judiciare[4].

---

[1] A se vedea V. Bercheşan, I. N. Dumitraşcu, *op. cit.,* secţiunea a III-a şi secţiunea a IV-a, pct. 1.

[2] În limbajul practicii judiciare, termenul de mijloace materiale de probă este mai puţin folosit, în mod curent fiind folosită denumirea de probe materiale, atât cu privire la mijloacele materiale de probă, cât şi pentru probele obţinute cu ajutorul acestor mijloace.

[3] A se vedea V. Dongoroz, S. Kahane, G. Antoniu, C. Bulai, N. Iliescu, R. Stănoiu, *op. cit.*, p. 236.

[4] A se vedea Gr. Theodoru, *op. cit.*, p. 83-84.

Referinţe

1. **J. Belin**, *L'affaire Landru,* în „Revue internationale de criminologie et de police tehnique" nr. 2 şi 3/1953;

2. **V. Bercheşan, I. N. Dumitraşcu**, *Cercetarea omorului,* în „Tratat de metodică criminalistică" de C. Aioniţoaie, V. Bercheşan ş. a., Editura Carpaţi, Craiova, 1994;

3. **V. Dongoroz, S. Kahane, G. Antoniu, C. Bulai, N. Iliescu, R. Stănoiu**, *Explicaţii teoretice ale Codului de procedură penală român. Partea generală*, vol. I, Editura Academiei, Bucureşti, 1975;

4. **Y. Eminescu**, *Procese celebre*, Editura Lumina Lex, Bucureşti, 1995;

5. **Gr. Theodoru**, *Tratat de Drept procesual penal*, ediţia a 2-a, Editura Hamangiu, Bucureşti, 2008;

6. **N. Volonciu, A. Barbu**, *Codul de procedură penală comentat. Art. 62-135. Probele şi mijloacele de probă,* Editura Hamangiu, Bucureşti, 2007.

Principiul legalității incriminării conform art. 7 din Convenția Europeană pentru Apărarea Drepturilor Omului şi a Libertăților Fundamentale

Bogdan ***VÎRJAN****

Abstract: *Principiul legalităţii incriminării stă la baza celor mai multe sisteme juridice, consacrând supremaţia legii în domeniul dreptului penal. Istoric vorbind, acest principiu a apărut ca reacţie la dreptul medieval, care acordă judecătorului puterea suverană de a aprecia care fapte sunt infracţiuni şi care nu, precum şi pedeapsa aplicabilă. În secolul luminilor, arbitrariul judecătorilor devenise sinonim cu capriciul şi injustiţia. De aceea, progresiv, a început să se afirme ideea incriminării doar prin lege a unei fapte.*

Afirmată la început de Montesquieu, reluată de Beccaria, ideea şi-a găsit consacrarea odată cu înscrierea sa în Declaraţia drepturilor omului din 1870 şi în Codul penal francez din 1810, ulterior fiind preluată în legislaţia tuturor statelor europene. În momentul de faţă, pe lângă Convenţia europeană pentru apărarea drepturilor omului şi a libertăţilor fundamentale, acest principiu se regăseşte şi în alte documente internaţionale: Declaraţia universală a drepturilor omului (art. 11 alin. 2) şi Pactul internaţional cu privire la drepturile civile şi politice (art. 15 pct. 1).

Legea penală română consacră principiul legalităţii incriminării în art. 2 din Codul penal, în care se arată că "legea prevede care fapte constituie infracţiuni, pedepsele ce se aplică infractorilor şi măsurile ce se pot lua în cazul săvârşirii acestor fapte".

Cuvinte cheie: *legalitatea incriminării, Convenţia europeană, accesibilitate, previzibilitate, infracţiune*

1. Consideraţii generale privind art. 7 din Convenţia pentru Apărarea Drepturilor Omului şi a Libertăţilor Fundamentale

Convenţia pentru apărarea drepturilor omului şi a libertăţilor fundamentale, cunoscută sub denumirea de Convenţia europeană a drepturilor omului (denumită în continuare Convenţia) a fost semnată la Roma la 4 noiembrie 1950 şi a intrat în vigoare la 2 septembrie 1953.

Fiind adoptată sub egida Consiliului Europei, Convenţia s-a dovedit a fi o modalitate eficientă de apărare a drepturilor pe care aceasta, împreună cu protocoalele adiţionale, le reglementează.

Eficacitatea dispoziţiilor din Convenţie rezultă atât din numărul şi calitatea drepturilor omului pe care le protejează cât şi mai ales din mecanismul jurisdicţional prin care se asigură controlul respectării acestor drepturi de către autorităţile naţionale ale statelor contractante. Practic, mecanismul de protecţie instituit de Convenţie a făcut

* Asistent universitar doctor, Universitatea Titu Maiorescu Bucureşti; Avocat, S.C.A. Vîrjan & Asan; Practician în insolvenţă, C.I.I. Vîrjan Bogdan; Email: bogdan.virjan@scva.ro.

din individ direct un subiect de drept internaţional public, aflat pe poziţie de egalitate procesuală cu statul pârât[1].

Art. 7 din Convenţie consacră două principii fundamentale: principiul legalităţii incriminării şi principiul neretroactivităţii legii penale, care decurge din primul principiu, de la aceste două principii fiind prevăzută o singură excepţie şi anume atunci când este vorba de urmărirea şi pedepsirea unor crime care, la momentul când au fost comise, independent de dispoziţiile legale naţionale din acel moment, erau considerate "crime", potrivit principiilor generale de drept recunoscute de către naţiunile civilizate. Aceste două principii, care stau la baza dreptului penal modern, sunt consacrate şi în alte documente internaţionale generale, cum ar fi Declaraţia universală a drepturilor omului (art. 11 alin. 2) şi Pactul internaţional cu privire la drepturile civile şi politice (art. 15 pct. 1).

Ne vom opri în continuare doar asupra principiului legalităţii incriminării. Acesta prevede practic imposibilitatea de a se aplica o lege nouă care incriminează o faptă comisă sub legea veche, atunci când aceasta nu constituia infracţiune. De asemenea, nu se poate aplica o pedeapsă mai severă decât aceea care era aplicabilă în momentul săvârşirii infracţiunii.

2. Principiul consacrat de art. 7 paragraful 1

În art. 7 paragraful 1 din Convenţie este reglementat principiul legalităţii incriminări. Conform textului de lege, "**Nimeni nu poate fi condamnat pentru o acţiune sau o omisiune care, în momentul în care a fost săvârşită, nu constituia o infracţiune, potrivit dreptului naţional sau internaţional. De asemenea, nu se poate aplica o pedeapsă mai severă decât aceea care era aplicabilă în momentul săvârşirii infracţiunii"**. Articolul dă expresie cunoscutului adagiu "nullum crimen, nulla poena sine lege" şi consacră dreptul persoanei de a nu fi condamnată decât în conformitate cu legile care erau în vigoare la data la care a fost comisă infracţiunea. Garanţiile cuprinse în acest articol reprezintă un element esenţial al preeminenţei dreptului şi ocupă un loc primordial în sistemul de protecţie a drepturilor omului instituit de Convenţie[2]. Textul trebuie interpretat şi aplicat în aşa fel încât să se asigure o protecţie efectivă împotriva urmăririlor şi condamnărilor penale arbitrare.[3]

Curtea Europeană a Drepturilor Omului a făcut aplicarea art. 7 paragraful 1 din Convenţie cu prilejul soluţionării mai multor cauze cu care a fost sesizată.

Astfel, conform instanţei europene, acest articol nu se limitează la interzicerea aplicării retroactive a dreptului penal în defavoarea acuzatului ci consacră, la modul general, principiul legalităţii delictelor şi pedepselor precum şi principiul potrivit cu care o lege penală nu poate fi aplicată extensiv tot în detrimental acuzatului, în special prin analogie, ceea ce se traduce prin aceea că o infracţiune trebuie să fie clar definită prin lege. Această condiţie este îndeplinită atunci când individul poate să ştie, pornind de la prevederea normei pertinente şi, la nevoie, cu ajutorul interpretării care îi este dată

---

[1] Corneliu Bîrsan, *Convenţia europeană a drepturilor omului: comentariu pe articole, vol. I,* Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2007, p. 72-73

[2] Frederic Sudre, *Drept european şi internaţional al drepturilor omului,* Ed. Polirom, Bucureşti, 2006, p. 309

[3] A se vedea: Curtea Europeană a Drepturilor Omului, Hotărârea din 22 noiembrie 1995 pronunţată în cauza C.R. împotriva Regatului Unit, publicată în Serie A, volumul nr. 335-B

de jurisprudenţă, ce acte şi omisiuni sunt de natură să-i angajeze responsabilitatea penală[1].

În acest sens vom prezenta în continuare două cauze în care Curtea europeană a analizat problemele ridicate de aplicarea art. 7 paragraful I din Convenţie.

Astfel, în **cauza Welch împotriva Regatului Unit**[2], cetăţeanul britanic Peter Welch a fost arestat în noiembrie 1986 şi acuzat de săvârşirea unor infracţiuni privind traficul de stupefiante, recunoscute ca fiind săvârşite între 1 ianuarie 1986 şi data arestării. La data de 24 august 1988 Welch a fost condamnat. În afară de aceasta, judecătorul a dispus confiscarea sumei de 66.914 lire sterline, în baza unei legi din 1986. Această lege intrase în vigoare la data de 12 ianuarie 1987, adică după data săvârşirii infracţinnilor. Hotărârea a rămas definitivă iar condamnatul a sesizat Comisia Europeană, susţinând că au fost încălcate prevederile art. 7 din Convenţie, deoarece confiscarea echivalează cu o pedeapsă care i s-a aplicat pentru fapte săvârşite înainte de intrarea în vigoare a legii prin care s-a instituit această măsură.

Având în vedere că nimeni nu a contestat faptul că legea de confiscare s-a aplicat şi unor fapte săvârşite înainte de intrarea în vigoare a acesteia, Curtea europeană a concluzionat că problema care trebui soluţionată în această speţă se reduce la a stabili dacă măsura de confiscare dispusă de instanţă constituie sau nu o pedeapsă în sensul dispoziţiilor art. 7 paragraful 1 fraza 2 din Convenţie.

Mergând mai departe pe firul acestei construcţii logice, Curtea europeană a arătat că pentru a stabili dacă ne aflăm în prezenţa unei pedepse trebuie analizat dacă măsura respectivă a fost dispusă ca urmare a unei condamnări pentru o "infracţiune". În această privinţă pot fi luate în considerare şi alte elemente, cum ar fi natura şi scopul măsurii în cauză, calificarea măsurii dispuse conform dreptului intern, procedurile asociate la adoptarea şi executarea sa ca şi gravitatea acesteia[3].

Instanţa mai arată că, dacă dincolo de aparenţe încercăm să discernem realitatea, independent de calificarea măsurii de confiscare, rămâne faptul că dl. Welch a suferit un prejudiciu mai mare din cauza legii din 1986 decât cel la care era expus în perioada săvârşirii infracţiunilor de care a fost găsit vinovat. Având în vedere combinaţia de elemente represive, măsura de confiscare se traduce într-o veritabilă pedeapsă. În consecinţă, Curtea a constatat că a avut loc o încălcare a art. 7 paragraful 1 din Convenţie.

În decizia pe care a dat-o Curtea a statuat, cu valoare de principiu, că noţiunea de "pedeapsă" din această speţă prezintă un sens distinct, de multe ori diferit de sensul pe care îl au în vedere instanţele naţionale. Din acest motiv, pentru a putea face ca protecţia instituită prin art. 7 din Convenţie să fie efectivă, Curtea trebuie să rămână liberă în a determina sensul şi conţinutul acestei noţiuni, dincolo de aparenţe, şi de a aprecia ea însăşi dacă o anumită măsură adoptată cu privire la o persoană care a comis o faptă penală poate fi analizată, pe fondul ei, ca fiind o pedeapsă.

Această hotărâre a Curţii europene ridică o problemă interesantă şi în raport cu legea penală română. Astfel, conform art. 118 Cod penal, confiscarea specială reprezintă o măsură de siguranţă iar nu o pedeapsă. În literatura noastră de specialitate se arată că în situaţia în care o măsură de siguranţă capătă prin lege caracter represiv, ea devine o

---

[1] Corneliu Bîrsan, *op. cit.*, p. 574

[2] Hotărârea Curţii Europene din 09.02.1994

[3] Ovidiu Predescu, *Convenţia europeană a drepturilor omului şi dreptul penal român*, Ed. Lumina Lex, Bucureşti, 2006, p. 137.

pedeapsă şi ca atare urmează regimul sancţiunilor penale[1]. Prin urmare, nu poate fi aplicată retroactiv decât dacă reprezintă o dispoziţie penală mai favorabilă. În speţa de mai sus, măsura de siguranţă a confiscării speciale dobândind prin lege caracter represiv în mod corect a fost considerată ca pedeapsă şi supusă principiului neretroactivităţii legii penale.

Precizăm însă că potrivit legislaţiei noastre, fiind măsură de siguranţă, confiscarea specială este supusă dispoziţiilor art. 12 lin. 2 din Codul penal, potrivit cu care legea care prevede măsuri de siguranţă sau măsuri educative se aplică şi infracţiunilor care nu au fost definitiv judecate până la intrarea în vigoare a legii noi.

Această soluţie a legii române este criticată de Curtea europeană în speţa analizată mai sus. Iar literatura de specialitate este unanimă în a aprecia că textul art. 7 paragraful 1 fraza 2 din Convenţie, deşi se referă la pedeapsă, are în vedere toate sancţiunile de drept penal, concept care cuprinde atât pedepsele cât şi măsurile educative şi de siguranţă.

Este interesant că prevederile art. 12 alin. 2 din Codul penal par a fi în contradicţie chiar şi cu Constituţia României, care în art. 15 alin. 2 admite retroactivitatea legii penale mai favorabile. Având în vedere cele prezentate este evident că decizia Curţii europene obligă instanţele judecătoreşti din ţara noastră să analizeze mai atent caracterul retroactiv al legii care prevede măsuri de siguranţă. Trebuie spus că noul Cod penal nu a mai reluat prevederile art. 12 alin. 2 din actualul Cod penal, renunţând astfel la caracterul retroactiv al acestor măsuri, cu excepţia legii penale mai favorabile, fiind respectate astfel dispoziţiile art. 15 alin. 2 din Constituţie.

În ceea ce priveşte condiţia impusă de Curtea europeană ca individul să poată să ştie, pornind de la prevederea normei pertinente şi, la nevoie, cu ajutorul interpretării care îi este dată de jurisprudenţă, ce acţiuni şi omisiuni sunt de natură să-i angajeze responsabilitatea penală, voi prezenta mai jos **cauza Dragotoniu şi Militaru-Pidhorni contra României**[2].

Reclamanţii, angajaţi ai unei bănci organizate ca societate comercială cu capital privat, primul fiind contabil şef iar cel de-al doilea director, au fost arestaţi în baza unei ordonanţe a procurorului, fiind acuzaţi de luare de mită şi alte infracţiuni. Prin mai multe hotărâri arestul lor preventiv a fost prelungit. Tribunalul a condamnat pe cei doi pentru luare de mită şi pentru alte infracţiuni. Împotriva hotărârii reclamanţii au formulat apel, arătând că faptele ce le-au fost atribuite nu constituiau în momentul săvârşirii lor infracţiune, potrivit dreptului naţional. În opinia acestora, infracţiunea de luare de mită presupunea că autorul ar avea calitatea de funcţionar public sau de funcţionar sau salariat al unei societăţi de stat, în timp ce ei erau angajaţi ai unei bănci private. Aceştia au recunoscut că la data pronunţării sentinţei faptele lor puteau fi calificate drept infracţiune în conformitate cu legea penală, dar subliniau că această lege nu a fost modificată decât la un an de la săvârşirea faptelor pentru care erau acuzaţi.

Deşi a admis că în momentul săvârşirii faptelor Codul penal prevedea calitatea de funcţionar public sau de funcţionar sau salariat al unei societăţi de stat pentru a încadra faptele la infracţiunea de dare de mită, Curtea de Apel a reţinut că în cursul perioadei de tranziţie prin care trece România, care are inevitabil repercusiuni asupra legislaţiei, pot apărea lipsuri care să influenţeze derularea procesului penal, putându-se ajunge la soluţii inechitabile. În asemenea cazuri, dificultăţile pot fi soluţionate fie prin intermediul interpretării analogice – analogie legislativă sau analogie de drept – fie prin

[1] George Antoniu (coordonator), Emilian Dobrescu, Tiberiu Dianu, Gheorghe Stroe, Tudor Avrigeanu, *Reforma legislaţiei penale*, Ed. Academiei Române, Bucureşti, 2003, p. 304.

[2] Hotărârea Curţii Europene din 24.05.2007.

interpretare raţională. Se concluzionează că scopul legiuitorului este de a pedepsi persoana având obligaţii profesionale faţă de o persoană juridică şi care încalcă aceste obligaţii în relaţiile cu o altă persoană.

Deşi reclamanţii au formulat recurs în anulare, Curtea Supremă de Justiţie a confirmat hotărârea Curţii de Apel motivând în esenţă că societatea unde erau aceştia angajaţi era o unitate din cele prevăzute de art. 145 Cod penal, deoarece este vorba despre o societate comercială care desfăşoară o activitate de interes social şi funcţionează în conformitate cu legea, potrivit art. 145 Cod penal.

În opinia Guvernului, interpretarea pe care a făcut-o Curtea Supremă legii penale era previzibilă pe baza evoluţiilor doctrinare, Curtea Supremă de Justiţie considerând pe bună dreptate că o bancă desfăşura o asemenea activitate pentru protejarea clienţilor şi bunăstarea economică a ţării.

În ceea ce priveşte accesibilitatea, Guvernul a scos în evidenţă că în speţă s-a ţinut cont de dispoziţiile Codului penal, publicate în Monitorul Oficial.

Cât priveşte previzibilitatea legii, Guvernul subliniază că autorul infracţiunii de luare de mită era stabilit în raport cu noţiunile definite în Codul penal drept "public", "funcţionar" şi "salariaţi". Este greu de elaborat o normă juridică cu precizie absolută, legiuitorul neputând să stabilească o enumerare limitativă în acest sens. În consecinţă, Guvernul a considerat că interpretarea dată în speţă de Curtea Supremă de Justiţie este rezonabilă şi, în consecinţă, previzibilă. Aceasta cu atât mai mult cu cât reclamanţii erau profesionişti în domeniul bancar şi ar fi trebuit să prevadă clar consecinţele acţiunilor lor.

Reclamanţii au arătat că Codul penal în vigoare la data săvârşirii faptelor nu sancţiona decât acţiunile persoanelor care îndeplineau funcţii într-o instituţie publică şi nu într-o societate comercială privată. Dealtfel acţiunile salariaţilor societăţilor comerciale private nu au fost sancţionate decât prin Legea nr. 65/1992, care a fost adoptată ulterior faptelor săvârşite de reclamanţi. Ei sunt de acord că o acţiune poate fi calificată drept infracţiune ţinând cont nu doar de dispoziţiile legale ci bazându-se şi pe interpretarea jurisprudenţială a acestora. Totuşi, reclamanţii subliniază că Guvernul nu a oferit niciun exemplu de jurisprudenţă care să extindă aplicarea art. 145 la bănci, societăţi comerciale cu capital privat, referindu-se în observaţiile sale doar la evoluţiile doctrinare privind noţiunea de "organizaţie care desfăşoară o activitate de interes public". Or, în acest caz, interpretarea Curţii Supreme de Justiţie era imprevizibilă şi, în plus, inaccesibilă, deoarece în speţă nu exista vreo jurisprudenţă care ar fi putut să influenţeze comportamentul reclamanţilor.

În ceea ce priveşte aprecierea Curţii Europene a Drepturilor Omului, aceasta a arătat că art. 7 paragraful 1 din Convenţie consacră, în general, principiul legalităţii delictelor şi pedepselor şi interzice în mod special aplicarea retroactivă a dreptului penal, atunci când se face în detrimental acuzatului[1]. De asemenea, acest articol interzice aplicarea legii penale în mod extensiv în detrimentul acuzatului, cum ar fi cazul aplicării prin analogie din speţa noastră. Concluzia care rezultă din jurisprudenţa Curţii este aceea că legea penală trebuie să definească clar faptele care sunt considerate infracţiuni şi pedepsele care le sancţionează.[2]

Noţiunea de "drept" folosită de art. 7 din Convenţie înglobează în conţinutul său atât dreptul de origine legislativă cât şi cel jurisprudenţial şi implicit unele condiţii calitative, între care trebuie menţionate cele ale accesibilităţii şi ale previzibilităţii.[3] Înţelesul

[1] A se vedea în acest sens cauza Kokkinakis împotriva Greciei, Hotărârea din 25 mai 1993.
[2] A se vedea cauza Achour împotriva Franţei, Hotărârea din 29 martie 2006.
[3] A se vedea cauza Cantoni împotriva Franţei, Hotărârea din 15 noiembrie 1996.

noţiunii de previzibilitate depinde în mare măsură de contextul textului de lege, de domeniul pe care îl acoperă precum şi de numărul şi de calitatea destinatarilor săi[1]. Previzibilitatea legii nu înseamnă că persoana interesată nu este nevoită să recurgă la o bună consiliere pentru a evalua, la nivel rezonabil în circumstanţele cauzei, consecinţele ce ar putea decurge dintr-o anumită acţiune[2]. Acest lucru se întâmplă de obicei cu profesioniştii, care sunt obişnuiţi să facă dovada unei mari prudenţe în exercitarea meseriei lor. De asemenea, se poate aştepta de la ei să acorde o atenţie deosebită evaluării riscurilor pe care le implică.

Rolul instanţelor este de a îndepărta îndoielile care ar putea exista în privinţa interpretării normelor, ţinând cont de evoluţiile practicii cotidiene, cu condiţia ca rezultatul să fie coerent cu substanţa infracţiunii şi bineînţeles previzibil[3]. Prin urmare, Curtea concluzionează că trebuie să descopere dacă, în speţa de faţă, textul dispoziţiei legale, citite în lumina jurisprudenţei interpretative de care este însoţită, îndeplinea această condiţie la vremea comiterii faptelor.

Curtea a constatat că Curtea Supremă de Justiţie a avut grijă ca în decizia pe care a pronunţat-o să precizeze că aplică legea în vigoare la momentul comiterii faptelor. Prin urmare nu i se poate reproşa că a procedat la o aplicare retroactivă a legii. Trebuie examinat însă dacă interpretarea pe care a dat-o ţine de analogie.

Curtea arată că este conştientă de faptul că corupţia reprezintă o ameninţare pentru supremaţia dreptului, punând în pericol stabilitatea instituţiilor democratice şi fundamentale morale ale societăţii. Pe de altă parte însă nu trebuie uitat că principiile garantate de art. 7 din Convenţie se aplică cu aceeaşi măsură la orice procedură penală.

În acest sens, Curtea constată că Guvernul nu a fost în măsură să prezinte decizii ale instanţelor interne, indiferent de gradul acestora, care să arate că faptele de luare de mită ale salariaţilor societăţilor comerciale cu capital privat constituiau infracţiune. Din aplicarea extensivă a legii penale rezultă că, cel puţin din cauza lipsei unei interpretări jurisprudenţiale accesibile şi previzibile, cerinţele art. 7 nu ar putea fi privite drept respectate. Acţiunea doctrinei de a interpreta liber un text de lege nu poate înlocui existenţa unei jurisprudenţe. În aceste condiţii este evident că, chiar şi în calitate de profesionişti care s-ar fi putut înconjura de sfaturi ale juriştilor, era foarte greu, dacă nu chiar imposibil pentru reclamanţi să prevadă revirimentul de jurisprudenţă a Curţii Supreme de Justiţie şi prin urmare să ştie că în momentul în care au săvârşit faptele, acţiunile lor puteau antrena o sancţiune penală.

Până la adoptarea Legii nr. 65/1992 textele din Codul penal nu prevedeau că băncile puteau face parte din instituţiile prevăzute de art. 145 Cod penal. Adoptarea acestei legi a constituit practic răspunsul legiuitorului la această scăpare legislativă având în vedere noile condiţii economico-sociale. Prin urmare, având în vedere considerentele expuse, Curtea a considerat că art. 7 paragraful 1 din Convenţie a fost încălcat.

După cum se poate observa, cauzele Welch împotriva Regatului Unit şi Dragotoniu şi Militaru-Pidhorni împotriva României ridică mai multe probleme privind principiul legalităţii incriminării reglementat de art. 7 din Convenţie, în special în ceea ce priveşte domeniul de aplicare precum şi înţelesul noţiunii de "lege" în sensul art. 7 din Convenţie.

---

[1] A se vedea cauza Groppera Radio AG şi alţii împotriva Elveţiei, Hotărârea din 28 martie 1990.

[2] A se vedea cauza Tolstoy Miloslavsky împotriva Regatului Unit al Marii Britanii, Hotărârea din 13 iulie 1995.

[3] A se vedea cauza S.W. împotriva Regatului Unit al Marii Britanii, Hotărârea din 22 noiembrie 1995.

3. Domeniul de aplicare al principiului legalităţii incriminării

Din analiza modului cum este formulat principiul precum şi a textelor care îl reglementează concluzia nu poate fi decât aceea că acesta este aplicabil doar în materie penală. Aceasta presupune că, în principiu, art. 7 se aplică doar acelor sancţiuni care sunt considerate pedepse în sensul propriu al termenului, excluzând alte măsuri care se iau în materie penală, cum ar fi sancţiunile cu caracter civil.[1] Curtea a precizat că Convenţia permite statelor contractante să stabilească o distincţie între dreptul penal şi dreptul disciplinar dar nu permite decât în anumite condiţii statelor să şi definească ce constituie o faptă penală, deci "infracţiune". Noţiunile folosite în art. 7 din Convenţie au un înţeles specific Convenţiei, independent de interpretarea care este dată de statele contractante.

Am văzut din prezentarea cauzei Welch împotriva Regatului Unit că noţiunea de "pedeapsă" folosită în Convenţie are un înţeles autonom, propriu Convenţiei. În aceste condiţii, tocmai pentru a permite ca protecţia instituită prin acest text de Convenţie să fie efectivă, Curtea trebuie să aibă libertate totală de a stabili dacă o anumită măsură dispusă cu privire la o anumită persoană poate fi considerată pedeapsă.[2]

Din redactarea art. 7 paragraful 1 fraza a doua din Convenţie rezultă că pentru a putea aprecia dacă o anumită măsură reprezintă o pedeapsă trebuie analizat dacă această măsură este impusă ca urmare a condamnării pentru săvârşirea unei infracţiuni.

De asemenea, în aprecierea cu privire la existenţa unei pedepse, Curtea poate lua în considerare şi alte elemente, pe care să le considere pertinente, cum ar fi natura şi scopul măsurii dispuse, calificarea măsurii dispuse în dreptul intern sau gravitatea măsurii. Astfel, confiscarea unui bun ce aparţinea unei persoane bănuite ca făcând parte dintr-o organizaţie de tip mafiot, măsură decisă în aplicarea unor norme speciale, adoptate în cadrul luptei împotriva acestei organizaţii, fără să se constate culpabilitatea acesteia ca urmare a unei acuzaţii penale nu reprezintă o "pedeapsă" în sensul Convenţiei.[3] Curtea consideră că art. 7 nu se aplică nici în cazul unor fapte care au fost sancţionate cu interdicţia de a intra pe teritoriul unui stat sau cu anumite sancţiuni disciplinare.[4]

4. Înţelesul noţiunii de "lege" în sensul art. 7 din Convenţie

În primul rând trebuie arătat că principiul legalităţii impune obligaţii atât în sarcina legiuitorului (în momentul în care adoptă un act normativ) cât şi în sarcina instanţelor de judecată (care nu trebuie să aplice legea dincolo de conţinutul acestui principiu). Aceste obligaţii sunt strâns legate de noţiunea de lege. Principiul legalităţii trebuie privit ca un drept fundamental al persoanei, prin urmare nu suntem în prezenţa unei încălcări a acestui principiu în cazul în care aplicarea retroactivă a legii penale sau analogia în aplicarea acesteia creează persoanei în cauză o situaţie mai favorabilă. Nu trebuie uitat nici faptul că principiul legalităţii are o valoare constituţională iar în aceste condiţii orice normă juridică care vine în contradicţie cu acest principiu este neconstituţională.

Cu privire la noţiunea de "lege" care incriminează faptele ce constituie infracţiuni şi prevede pedepsele aplicabile acestora, art. 7 utilizează noţiunea de "drept", însă în con-

---

[1] Radu Chiriţă, *Convenţia Europeană a drepturilor omului – Comentarii şi explicaţii,* vol. II, Ed. C. H. Beck, Bucureşti, 2007, p. 4.

[2] Corneliu Bîrsan, *op. cit.*, p. 575.

[3] Decizie a fostei Comisii Europene a Drepturilor Omului privitoare la admisibilitatea cererii din 15 aprilie 1991, înregistrată sub nr. 12386/1986 în cauza X împotriva Italiei, publicată în seria „Decissions and reports", volumul nr. 70, p. 59.

[4] Radu Chiriţă, *op. cit.*, p. 6.

cepţia instanţei europene termenul este sinonim cu cel de "lege" care se regăseşte şi în alte dispoziţii ale convenţiei. Mai mult, aşa cum am văzut în cauza Dragotoniu şi Militaru-Pidhorni împotriva României, din punct de vedere formal, prin "lege" în sensul art. 7 se înţelege nu doar legea în sensul strict al termenului ci dreptul aplicabil într-o situaţie dată, inclusiv dreptul creat pe cale de jurisprudenţă.

Practic, Curtea consideră că termenul de lege acoperă textul în vigoare, astfel cum acesta a fost interpretat de către instanţele competente. Nu putem să nu observăm că printr-o astfel de interpretare a noţiunii de "lege" Curtea a adus atingere dreptului statelor continentale, care neagă tradiţional rolul de izvor de drept al hotărârilor judecătoreşti. Totuşi condiţiile pe care Curtea le impune jurisprudenţei în materia izvoarelor de drept limitează destul de mult posibilitatea de intervenţie a acesteia. Astfel, Curtea arată că pentru a exista "lege" în sensul Convenţiei nu este suficient ca norma să existe ci aceasta trebuie să îndeplinească două condiţii suplimentare: accesibilitatea şi previzibilitatea. În acest sens, reamintim că în cauza Dragotoniu şi Militaru-Pidhorni împotriva României Curtea a reţinut că Guvernul nu a putut să prezinte practică judiciară din care să rezulte că instanţele de judecată au considerat că faptele de luare de mită ale salariaţilor societăţilor comerciale cu capital privat constituiau infracţinne. Prin urmare, nu au fost îndeplinite condiţiile accesibilităţii şi previzibilităţii pentru a putea afirma că în cauză am fi fost în prezenţa noţiunii de "lege" în sensul Convenţiei.

În ceea ce priveşte **accesibilitatea normei juridice**, aceasta presupune că orice persoană trebuie să poată avea acces la textul de lege aplicabil pentru ca norma juridică să poată produce efecte faţă de aceasta. Accesibilitatea normei juridice se realizează prin publicarea acesteia în buletinul oficial al statului.

În cazul jurisprudenţei, aceasta trebuie să îndeplinească anumite condiţii pentru a putea fi considerată accesibilă: să aibă legătură cu o normă juridică emisă de organul legislativ, să fie constantă, să fie unanim acceptată, să fie abundentă şi nu în ultimul rând trebuie să fie publicată.[1] Deci doar în cazul în care o hotărâre judecătorească dintr-un stat al Europei continentale îndeplineşte cumulativ aceste condiţii, aceasta poate fi considerată accesibilă astfel încât să poată fi considerată "lege" în sensul art. 7 din Convenţie.

În ceea ce priveşte **previzibilitatea**, aceasta presupune formularea legii în astfel de termeni şi condiţii încât orice persoană să îi poată anticipa efectele. Cu alte cuvinte, este necesar ca legea să fie formulată în termeni suficient de clari şi precişi pentru ca situaţiile în care se va aplica şi consecinţele pe care le va produce aplicarea sa să fie previzibile. Exigenţa previzibilităţii normei de drept este destinată să protejeze principiul securităţii juridice şi este respectată în cazul în care persoana poate să cunoască, din conţinutul dispoziţiei aplicabile si, la nevoie, cu ajutorul interpretării date acesteia de instanţe, ce acţiuni şi omisiuni îi angajează răspunderea penală.[2] Curtea a mai arătat că noţiunea de previzibilitate depinde într-o mare măsură de conţinutul textului în cauză, de domeniul pe care îl acoperă, precum şi de calitatea destinatarilor legii. Previzibilitatea nu se opune ca persoana în cauză să fie nevoită să recurgă la consiliere pentru a putea evalua consecinţele unei acţiuni determinate. Această afirmaţie este cu atât mai valabilă în cazul legilor care vizează domenii profesionale şi care se adresează unor persoane obişnuite să fie prudente cu modalitatea în care îşi exercită profesia.[3] Consider că acest punct de vedere al instanţei europene este excesiv. Curtea nu ia în considerare faptul că multe din actele unor astfel de persoane sunt spontane şi prin urmare acestea

[1] Radu Chiriţă, *op. cit.*, p. 11.
[2] Frederic Sudre, *op. cit.*, p. 310.
[3] Radu Chiriţă, *op. cit.*, p. 7.

nu mai au timpul necesar să se informeze înainte. De asemenea, de multe ori, chiar dacă o astfel de persoană apelează la un specialist nu există certitudinea că va primi de la acesta interpretarea corectă a legii.

5. Concluzii

Prin reglementarea principiului legalităţii incriminării în cadrul Convenţiei europene a drepturilor omului s-a dorit să se realizeze o aplicare unitară şi mai ales un control al aplicării acestui principiu în cadrul spaţiului european. Deşi o parte a doctrinei consideră că în momentul de faţă scopul urmărit de Convenţie prin reglementarea art. 7 nu a fost atins trebuie observată totuşi o evoluţie pozitivă în acest sens, jurisprudenţa Curţii europene influenţând pozitiv practica instanţelor naţionale.

Una din problemele majore în atingerea scopului urmărit prin aplicarea art. 7 din Convenţie o reprezintă prudenţa cu care Curtea europeană îşi exercită competenţa de a se pronunţa asupra previzibilităţii unor legi penale interne. În aceste condiţii instanţele naţionale ar trebui să aibă o atitudine mai curajoasă şi să evite aplicarea mecanică a unor texte de lege neclare.

Bibliografie

I. Tratate, Cursuri, Manuale, Culegeri

1. **Corneliu Bîrsan**, Convenţia europeană a drepturilor omului: comentariu pe articole, vol. I, Editura C.H. Beck, Bucureşti, 2007
2. **Frederic Sudre**, Drept european şi internaţional al drepturilor omului, Editura Polirom, Bucureşti, 2006
3. **George Antoniu (coordonator), Emilian Dobrescu, Tiberiu Dianu, Gheorghe Stroe, Tudor Avrigeanu**, Reforma legislaţiei penale, Editura Academiei Române, Bucureşti, 2003
4. **Ovidiu Predescu**, Convenţia Europeană a Drepturilor Omului şi Dreptul penal român, Editura Lumina Lex, Bucureşti, 2006
5. **Radu Chiriţă**, Convenţia Europeană a drepturilor omului – Comentarii şi explicaţii, vol. II, Editura C. H. Beck, Bucureşti, 2007
6. **Radu Chiriţă**, Curtea Europeană a Drepturilor Omului – Culegere de hotărâri 2004, Editura C.H. Beck, Bucureşti, 2007
7. **Radu Chiriţă**, Curtea Europeană a Drepturilor Omului – Culegere de hotărâri 2006, Editura C.H. Beck, Bucureşti, 2007

II. Legislaţie, alte acte

1. Convenţia pentru apărarea drepturilor omului şi a libertăţilor fundamentale
2. Codul penal al României
3. Constituţia României din 1991

III. Surse web

1. www.echr.coe.int
2. www.coe.int
3. www.europa.eu.int

Raportul dintre dreptul penal european şi dreptul penal național. Prezumția de nevinovăție

Olga Andreea ***URDA****

Abstract: *Prezumţia de nevinovăţie constituie o regulă de bază a procesului penal modern, fiind consacrată în numeroase documente de drept internaţional, şi avem în vedere în acest sens art. 11 al Declaraţiei Universale a Drepturilor Omului, art. 14.2 al Pactului internaţional asupra drepturilor civile şi politice. Scopul prezumţiei de nevinovăţie este acela de a-l proteja pe individ împotriva unei justiţii arbitrare, de a stimula aflarea adevărului însă nu prin plecarea de la premisa că cel împotriva căruia se exercită acţiunea penală este vinovat. Până la urmă este vorba despre protejarea individului împotriva unor prejudecăţi, simpla demarare a unui proces penal împotriva acestuia fiind insuficientă pentru a putea justifica lezarea drepturilor sale procesuale.*

În contextul în care fenomenul infracţional are o dimensiune internaţională şi garanţiile procedurale trebuie reglementate la nivel european. Astfel în materia garanţiilor procedurale Uniunea Europeană are ca obiectiv asigurarea unui baze normative comune pentru statele membre, mai ales dacă în contextual liberei circulaţii a persoanelor. Este astfel interesant să ne imaginăm evoluţia Uniunii Europene în următorii 20 de ani pe fondul delegărilor de competenţă. Cert este faptul că, în faţa dimensiunii internaţionale a criminalităţii, statele nu mai pot face faţă în mod individual iar o strategie comună reprezintă o soluţie nu numai viabilă ci şi posibilă, dacă avem în vedere existenţa deja a unor structuri internaţionale create în Europa ultimului veac şi a unei obişnuinţe de a coopera în diferite domenii ale dreptului.

Trebuie să avem în vedere totodată şi faptul că România, în calitatea sa de membră atât a Consiliului Europei cât şi a Uniunii Europene, trebuie să ţină pasul cu transformările ce au loc în legislaţia europeană. Modul în care aceste transformări influenţează evoluţia legislaţiei noastre penale şi procesual penale, în materia prezumţiei de nevinovăţie constituie punctul de interes al prezentei lucrări.

Cuvinte cheie: *prezumţia de nevinovăţie, proces echitabil, dreptul la tăcere, garanţii procedural, Uniunea Europeană*

În desfăşurarea procesului penal, persoanele participante trebuie să îşi poată realiza drepturile şi interesele lor legale şi să aibă totodată garanţia că sunt protejate de eventualele abuzuri provenite din partea organelor judiciare[1].

În dreptul penal se pune mai puţin accentul pe săvârşirea infracţiunii în sine şi mai mult pe descoperirea sa. Fundamentul prezumţiei de nevinovăţie este acela de a-l proteja pe cel nevinovat de o acuzaţie nefondată. Prezumţia de nevinovăţie este insti-

---

* Asistent universitar doctorand la Facultatea de Drept din cadrul Universităţii Alexandru Ioan Cuza din Iaşi.

[1] Nicolae Volonciu, *Tratat de procedură penală*, Vol. I, Ediţia a III-a revizuită şi adăugită, Ed. Paideia, Bucureşti, 1999, p. 43.

tuită pentru a garanta că dreptul penal nu reprezintă un sistem de opresiune a celor slabi şi care nu ştiu sau nu pot să se apere[1].

Având în vedere faptul că la nivelul dreptului penal european vorbim despre o bipolaritate a reglementărilor, şi ne referim aici la un drept penal al Consiliului Europei şi la altul în cadrul clubului mai restrâns reprezentat de Uniunea Europeană, în prezenta lucrare voi analiza abordarea prezumţiei de nevinovăţie, atât din prisma protecţiei drepturilor fundamentale cât şi din prisma creării unui spaţiu de libertate, securitate şi justiţie, prin raportare la prevederile naţionale.

Toată procedura penală se fundamentează pe respectarea prezumţiei de nevinovăţie. Consacrat prin art. 6 parag. 2 din Convenţia Europeană a Drepturilor Omului, principiul este definit de Curtea Europeană a Drepturilor Omului în cauza Minelli contra Elveţiei[2], instanţa de la Strasbourg considerând că prezumţia de nevinovăţie nu este respectată dacă, fără stabilirea legală prealabilă a vinovăţiei unui învinuit şi fără ca acesta să aibă posibilitatea de a se apăra, o decizie judiciară care îl priveşte reflectă sentimentul că este vinovat.

Prezumţia de nevinovăţie este strâns legată de imparţialitatea instanţei, care trebuie să se pronunţe numai pe baza administrării legale a probatoriului, evitând a se lăsa influenţată de suspiciuni sau simple aparenţe. Astfel instanţa nu trebuie să pornească de la premisa că acuzatul este vinovat[3].

Evident prezumţia de nevinovăţie nu este instituită pentru a împiedica sau pentru a întârzia realizarea justiţiei, însă toate celelalte garanţii procesuale ar rămâne fără obiect, în măsura în care persoana ar fi prezumată vinovată încă de la începutul procedurii.

În cauza Z.B. şi alţii contra Turciei, Curtea afirmă faptul că "prezumţia de nevinovăţie nu reprezintă numai o garanţie procedurală în materie penală, valoarea sa fiind mult mai mare, ea cerând ca niciun reprezentant al statului să nu declare că o persoană este vinovată de săvârşirea unei infracţiuni înainte ca vinovăţia ei să fie stabilită de o instanţă[4]".

La nivelul Uniunii Europene unul din obiectivele sale este reprezentat de crearea unui spaţiu de libertate, securitate şi justiţie. Recunoaşterea mutuală a hotărârilor judecătoreşti conduce la intervenţia justiţiei penale la toate nivelurile. Acest mecanism nu poate funcţiona decât în măsura în care există o încredere mutuală în celelalte sisteme judiciare, mai ales dacă avem în vedere şi faptul că realizarea unui spaţiu de libertate, securitate şi justiţie presupune dreptul cetăţenilor europeni de a beneficia de un sistem de garanţii procedural similar în toate statele membre ale Uniunii Europene.

Carta Verde a Comisiei privind prezumţia de nevinovăţie[5] prezentată de Comisie în 2006 are ca obiectiv stabilirea modului în care această garanţie procedurală este reglementată la nivelul statelor membre. Astfel Comisia utilizând Carta Verde adresează o serie de întrebări referitoare la existenţa unor măsuri speciale în cursul urmăririi penale

---

[1] Xavier Labbée, *Introduction générale au droit. Pour une approche éthique*, Press Universitaire du Septentrion, 2010, Villeneuve d'Ascq, p. 22

[2] CEDO, Hotărârea din 25 martie 1983, Minelli contra Elveţiei, în Vincent Berger, *Jurisprudenţa Curţii Europene a Drepturilor Omului,* trad. Ionel Olteanu, Coriolan Atanasiu, Irina Patrulius: îngrij. ed.: Irina Moroianu Zlătescu, Emil Marinache, Rodica Şerbănescu, Ed. a 5-a, rev., Bucureşti, Ed. I.R.D.O., 2005, p. 306.

[3] Voicu Puşcaşu, *Prezumţia de nevinovăţie*, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2010, p. 50; Dragoş Bogdan, Mihai Selegean, Dragoş Bogdan, Mihai Selegean, *Drepturi şi libertăţi fundamentale în jurisprudenţa Curţii Europene a Drepturilor Omului*, Ed. All Beck, Bucureşti, 2005, p. 254.

[4] CEDO, Hotărârea din 28 octombrie 2004, Z.B. şi alţii contra Turciei.

[5] COM/2006/0174 din 26.04.2006.

instituite cu scopul de a garanta prezumţia de nevinovăţie, cui revine obligaţia de a proba vinovăţia şi care sunt circumstanţele care ar justifica o modificare a acestei obligaţii, sau cum este protejat dreptul de a nu contribui la propria incriminare.

Carta Drepturilor Fundamentale ale Uniunii Europene stipulează în art. 48 faptul că *orice persoană acuzată este prezumată nevinovată până ce vinovăţia va fi stabilită în conformitate cu legea*.

Programul de la Stockholm, adoptat de către Consiliul European pentru perioada 2010-2014 demonstrează interesul major al Uniunii Europene în material garanţiilor procedurale, afirmându-se importanţa protecţiei drepturilor persoanelor suspectate şi acuzate în procedurile penale. Aceasta este o valoare fundamentală a Uniunii, fiind esenţială pentru menţinerea încrederii reciproce între statele membre, pentru încrederea publică la nivelul Uniunii Europene şi pentru atingerea unui obiectiv important şi anume acela de a crea o "Europă a dreptului şi a justiţiei"[1].

În ceea ce priveşte legislaţia noastră dacă până la intrarea în vigoare a Legii nr. 281/2003, Codul de procedură penală nu consacra în mod expres prezumţia de nevinovăţie, şi singur art. 66 stipulând faptul că "învinuitul sau inculpatul nu este obligat să probeze nevinovăţia sa" prevăzând astfel doar o consecinţă a acestei prezumţii[2], după intrarea în vigoare a legii mai sus amintite, este introdus art. 5^2, intitulat prezumţia de nevinovăţie şi care prevede că "orice persoană este considerată nevinovată până la stabilirea vinovăţiei sale printr-o hotărâre penală definitivă". De asemenea, art. 66 alin. (1) este modificat în consecinţă şi astfel "învinuitul sau inculpatul beneficiază de prezumţia de nevinovăţie şi nu este obligat să îşi dovedească nevinovăţia ".

Prin intermediul acestor modificări legislative reglementarea naţională răspunde exigenţelor impuse nu doar de Convenţie şi de jurisprudenţa Curţii dar şi de celelalte instrumente internaţionale amintite.

Conform jurisprudenţei Curţii Constituţionale "prezumţia de nevinovăţie constituie suportul dreptului la apărare şi, implicit, al drepturilor procesuale acordate învinuitului sau inculpatului în cadrul procesului penal.[3]"

Legea procedurală română prevede că învinuitului sau inculpatului i se aduce la cunoştinţă fapta care formează obiectul cauzei, încadrarea juridică a acesteia, dreptul de a avea un apărător, precum şi dreptul de a nu face nicio declaraţie, atrăgându-i-se totodată atenţia că ceea ce declară poate fi folosit şi împotriva sa. Dacă învinuitul sau inculpatul dă o declaraţie, i se pune în vedere să declare tot ce ştie cu privire la fapta şi la învinuirea care i se aduce în legătură cu aceasta. [art. 70 alin. (2) C. proc. pen., respectiv art. 10 alin. (4) şi art. 208 alin. (6) Noul C. proc. pen.].

În materia măsurilor preventive, procurorul sau organul de cercetare penală trebuie să aducă la cunoştinţa învinuitului sau inculpatului că are dreptul de a nu face nicio declaraţie, atrăgându-i-se atenţia că ceea ce declară poate fi folosit împotriva sa [art. 143 alin. (3) C. proc. pen.].

---

[1] Consiliul Uniunii Europene, Programul de la Stockholm O Europă deschisă şi sigură în serviciul cetăţenilor şi pentru protecţia acestora, Bruxelles, 2 decembrie 2009, publicat în Jurnalul Oficial C 115 din 4.5.2010.

[2] Constantin Andrei, *Dreptul la apărare în lumina Convenţiei Europene a Drepturilor Omului*, Revista de Drept Penal, nr. 3/1998, p. 110-112.

[3] Curtea Constituţională, Decizia nr. 474 din 12 aprilie 2011, M. Of. nr. 422 din 16 iunie 2011, în Tudorel Toader, *Constituţia României reflectată în jurisprudenţa constituţională,* Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2011, p. 81.

În cursul judecăţii, după citirea actului de sesizare, preşedintele completului de judecată trebuie să înştiinţeze pe inculpat cu privire la dreptul de a nu face nicio declaraţie, atrăgându-i-se atenţia că ceea ce declară poate fi folosit şi împotriva sa (art. 322 C. proc. pen.).

Instituirea prezumţiei de nevinovăţie nu are rolul de a proteja individul împotriva luării unor măsuri preventive, cum ar fi spre exemplu detenţia provizorie sau unele efecte secundare asemănătoare, însă luarea unor astfel de măsuri nu sunt menite să răstoarne prezumţia de nevinovăţie.[1]. În acest sens s-a pronunţat şi Î.C.C.J., în Decizia nr. 1321/2006, decizie în care afirma faptul că: "arestarea preventivă a inculpatului nu este de natură a răsturna prezumţia de nevinovăţie şi nici de a se transforma într-o pedeapsă anticipată aplicată inculpaţilor.[2]"

O dimensiune esenţială a prezumţiei de nevinovăţie este reprezentată de dreptul la tăcere. Judecătorii europeni au întemeiat pe art. 6 privind dreptul la un proces echitabil regula conform căreia orice acuzat are dreptul de a păstra tăcerea şi de a nu contribui la propria incriminare. Un asemenea principiu decurge din caracterul echitabil al procedurii: aceasta implică, în cadrul unui proces penal, interdicţia de a recurge la puteri coercitive pentru a obţine elemente de probă în pofida voinţei acuzatului, ceea ce ţine de preocuparea pentru o bună justiţie[3].

Dreptul la tăcere şi de a nu se autoincrimina reprezintă o garanţie de care se bucură persoana acuzată de săvârşirea unei infracţiuni atât în cazul procedurilor desfăşurate în faţa organelor de poliţie sau a procurorului, cât şi a procedurilor în faţa instanţei de judecată[4]. Dreptul de a păstra tăcerea interzice a se fundamenta o condamnare exclusiv sau în mod esenţial pe tăcerea persoanei urmărite. Acest drept este unul corelativ prezumţiei de nevinovăţie, care consacră dreptul învinuitului sau inculpatului de a nu fi obligat să îşi probeze nevinovăţia, atât timp cât există obligaţia în sarcina autorităţilor judiciare de probare a vinovăţiei[5]. Cu toate acestea, dreptul de a nu contribui la propria incriminare nu este absolut. Astfel, decizia unui învinuit de a păstra tăcerea pe toată durata procesului nu poate să nu aibă incidenţe atunci când judecătorul de fond va încerca să aprecieze elementele acuzării, ceea ce atenuează în mod considerabil interesul şi sfera de aplicare a acestei garanţii. Urmând acest raţionament, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a apreciat că nu a fost încălcat dreptul de a păstra tăcerea prin condamnarea reclamantului de către instanţele naţionale, în condiţiile în care există o solidă probaţiune administrată împotriva sa, care a fost coroborată cu lipsa unei explicaţii plauzibile din partea acestuia, pentru faptul că a fost găsit de poliţie în casa unde era lipsită de libertate o persoană. Astfel, Curtea de la Strasbourg a apreciat că dreptul la tăcere nu este unul absolut.[6].

Logica recunoaşterii dreptului la tăcere constă în primul rând în necesitatea protejării persoanei acuzate de exercitarea unor presiuni din partea autorităţilor în faza de

---

[1] Donna Gomien, *Introducere în Convenţia Europeană a Drepturilor Omului*, trad. de Cristiana Irinel Stoica, Ed. All, Bucureşti, 1993, p. 51.

[2] Î.C.C.J., secţia penală, Decizia nr. 1321/2006, www.scj.ro.

[3] Jean-François Renucci, *Tratat de drept european al drepturilor omului*, Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2009, p. 517.

[4] Ovidiu Predescu, Mihail Udroiu, *Convenţia europeană a drepturilor omului şi dreptul procesual penal român*, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2007, p. 371.

[5] Beatrice Ştefănescu, *Garanţiile juridice ale respectării legii procesual penale în activitatea de judecată*, Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2007, p. 193.

[6] Radu Chiriţă, *Convenţia europeană a drepturilor omului. Comentarii şi explicaţii*, vol. I, Ed. C.H.Beck, Bucureşti, 2007, p. 373.

urmărire penală, pentru a se evita erorile judiciare şi de a permite atingerea scopurilor prevăzute de art. 6 din Convenţie, care corespund procesului echitabil. Deşi nu este menţionat în mod expres în acest articol, dreptul la tăcere, alături de una din componentele sale, şi anume, dreptul de a nu contribui la propria acuzare, constituie unul dintre standardele internaţionale larg recunoscute care au stat la baza noţiunii de proces echitabil.

Pentru a concluziona, în raport de jurisprudenţa Curţii, dreptul la tăcere şi privilegiul autoincriminării impun, pe de-o parte, legiuitorului naţional să nu sancţioneze refuzul de a coopera, iar, pe de altă parte, permit judecătorului să interpreteze tăcerea ca admitere a vinovăţiei numai în anumite condiţii[1].

Dreptul la tăcere este reglementat la nivelul legislaţiile statelor membre ale Uniunii Europene în mod similar, însă diferă de la un stat la altul maniera în care cel acuzat este informat asupra acestui drept. În acest sens Directiva 2012/13/UE[2] privind dreptul la informare în cadrul procedurilor penale impune statelor obligaţia de a garanta faptul că cel suspectat sau acuzat va fi informat că are dreptul la tăcere, şi mai mult decât atât, această informare se va face printr-o Notă scrisă, într-un limbaj simplu şi accesibil, în măsura în care împotriva suspectului sau acuzatului s-a dispus măsura reţinerii sau pe cea a arestării. Termenul de transpunere al directive este de 2 iunie 2014. România nu a transpus-o deocamdată, iar Noul Cod de procedură penală nu vine cu modificări în acest sens.

Dreptul la tăcere este consacrat în mod expres şi de legislaţia noastră procesual penală prin art. 70 alin. (2) şi art. 143 alin. (2) C. proc. pen.

Prin aceste dispoziţii s-a prevăzut obligaţia organului de urmărire penală şi a instanţei de judecată ca, înainte să treacă la ascultarea învinuitului sau inculpatului, să i se aducă acestuia la cunoştinţă despre dreptul său de a nu declara nimic, şi de a fi totodată avertizat că orice declaraţie înţelege să facă poate fi folosită şi împotriva sa[3].

O altă problemă care se iveşte în practică este aceea de a şti dacă, prezumţia de nevinovăţie este răsturnată de recunoaşterea vinovăţiei de către învinuit sau inculpat, fără a mai fi coroborată cu alte mijloace de probă. Indiferent de context, declaraţia dată de învinuit sau de inculpat trebuie apreciată cu mare atenţie, caracterul subiectiv fiind înţeles. Chiar în cazul unei recunoaşteri cu privire la învinuirea ce i se aduce, învinuitul sau inculpatul ar putea să ascundă cu această ocazie amănunte importante, cu relevanţă în stabilirea încadrării juridice a faptei sau reţinerea unor circumstanţe agravante. În prezent legiuitorul dă şi o altă valenţă recunoaşterii vinovăţiei de către inculpat, în contextul modificării Codului de procedură penală prin Legea nr. 202/2010. Astfel prin introducerea art. 320[1], legiuitorul instituie o formă abreviată a judecăţii pentru anumite infracţiuni, de natură a responsabiliza părţile din proces şi, nu în ultimul rând, de a degreva instanţele judecătoreşti de un volum mare de activitate[4]. Totuşi în mod justificat este impusă obligaţia audierii inculpatului de către instanţa de judecată, având în vedere faptul că, prin recunoaşterea vinovăţiei şi mai ale prin renunţarea la readministrarea probelor ori la administrarea de probe noi, inculpatul renunţă în esenţă la exercitarea dreptului său de a se apăra şi contribuie la înlăturarea prezumţiei de nevinovăţie de care

---

[1] Radu Chiriţă, *op. cit.*, p. 407.

[2] Directiva 2012/13/UE, aşa cum este prevăzut în art. 1, *instituie norme privind dreptul la informare al persoanelor suspectate sau acuzate cu privire la drepturile lor în cadrul procedurilor penale şi la acuzarea care le este adusă. Aceasta stabileşte, de asemenea, norme privind dreptul la informare al persoanelor vizate de un mandat european de arestare cu privire la drepturile lor.*

[3] Ioan Griga, Monica Ungureanu, *Dreptul la tăcere al învinuitului şi inculpatului,* Revista de Drept Penal, nr. 1/2005, p. 37-42.

[4] Anastasiu Crişu, *Drept procesual penal*, Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2011, p. 508.

se bucură până la rămânerea definitivă a hotărârii de condamnare[1]. În acest caz, ca şi la soluţionarea cauzelor pe baza acordului de recunoaştere a vinovăţiei, reglementare prevăzută în Noul Cod de procedură penală, se constată derogări de la procedura de drept comun, motivaţia fiind atitudinea celui urmărit penal sau trimis în judecată cu privire la fapta pentru care este învinuit. Totuşi, cu toate că reglementări similare există şi în alte legislaţii europene, judecata în primă instanţă printr-o procedură abreviată, chiar bazată pe recunoaşterea vinovăţiei, trebuie să prezinte serioase garanţii pentru cel care urmează a fi condamnat.

În acest sens prof. I. Tanoviceanu aprecia că "însă chiar mărturisirea liberă, absolut liberă şi neinfluenţată de judecător, nu este întotdeauna o dovadă absolută de sinceritatea mărturisirei şi de culpabilitatea prevenitului"[2].

Prezumţia de nevinovăţie nu este răsturnată decât în măsura dovedirii vinovăţiei inculpatului, pe bază de probe neîndoielnice[3]. În situaţia în care există suspiciuni, orice îndoială profită inculpatului, şi facem aici referire la principiul *in dubio pro reo*, principiu care este prevăzut, pentru prima oară în mod expres în dreptul nostru procesual penal în art. 3 alin. (2) Noul Cod de procedură penală, şi care prevede faptul că *după administrarea întregului probatoriu, orice îndoială în formarea convingerii organelor judiciare se interpretează în favoarea suspectului sau inculpatului*[4]. Precizăm că acest principiu a fost expres menţionat şi de Curtea de la Strasbourg în cauza Barbera, Messegue şi Jabardo contra Spaniei[5], astfel în îndeplinirea atribuţiilor lor, membrii tribunalului nu trebuie să pornească de la ideea preconcepută că cel învinuit este deja vinovat, sarcina probei revenind acuzării iar dubiul profită celui acuzat.

Un alt aspect ce priveşte prezumţia de nevinovăţie este legată de ţinuta inculpatului în cursul procesului penal, în acest sens art. 40 alin. 4 din Legea nr. 23/1969 privind executarea pedepselor prevede faptul că *deţinuţii aflaţi în curs de urmărire penală sau de judecată vor purta îmbrăcăminte personală. Pentru motive temeinice, ei vor trebui să poarte costumul locului de deţinere.* Astfel, o atare măsură nu pate fi decât temporară şi justificată de motive temeinice cum ar fi cele privind starea igienico-sanitară a arestatului preventiv sau lipsa îmbrăcămintei proprii. În acest sens costumul locului de deţinere precum şi purtarea cătuşelor la instanţă încalcă în mod evident prezumţia de nevinovăţie, atât timp cât arestatul preventiv este îmbrăcat ca un condamnat definitiv este firesc să apară neîncrederea faţă de posibilitatea judecătorului de a analiza cauza fără nicio prejudecată[6].

În cauza *Samoilă şi Cionca împotriva României*[7], Curtea europeană a drepturilor omului a îndepărtat susţinerile Guvernului potrivit cărora participarea la şedinţele în faţa Curţii de Apel în costumul locului de detenţie, reprezintă numai o măsură administrativă şi preventivă pentru a asigura igiena deţinuţilor şi în orice caz, aceste haine nu puteau influenţa imparţialitatea judecătorilor profesionişti. Astfel Curtea a apreciat că

---

[1] Daniel Atasiei, Horia Ţiţ, *Mica reformă în Justiţie. Legea nr. 202/2010 comentată*, Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2010, p. 309.

[2] Ioan Tanoviceanu, *Curs de procedură penală română*, Bucureşti, Ed. Atelierele Grafice Socec&Co, Societate Anonimă, 1913, p. 276.

[3] Nicolae Volonciu, *Tratat de procedură penală*, Vol. I, Ediţia a III-a revizuită şi adăugită, Ed. Paideia, Bucureşti, 1999, p. 355, George Antoniu, Adina Vlăşceanu, Alina Barbu, *Codul de procedură penală: texte, jurisprudenţă, hotărâri C.E.D.O.,* Ed. a 2-a, rev., Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2008, p. 133.

[4] Voicu Puşcaşu, *op. cit.*, p. 25.

[5] CEDO, Hotărârea din 6 decembrie 1988 în cauza Barbera, Messegue şi Jabardo contra Spaniei.

[6] Viorel Paşca, *Prezumţia de nevinovăţie şi ţinuta inculpatului în cursul procesului penal*, în Revista Dreptul Nr. 4/1993, p. 73-74.

[7] CEDO, Hotărârea din 4 martie 2008 în cauza Samoilă şi Cionca contra Românei.

această practică era contrară dispoziţiilor Legii nr. 23/1969 şi deciziei nr. 348/1994 a Curţii Constituţionale. Nedemonstrând că reclamanţii nu aveau haine adecvate, Curtea consideră că această practică era lipsită de orice justificare şi că putea întări în rândul opiniei publice impresia de vinovăţie a reclamanţilor[1].

În cauza *Jiga contra României*[2] Curtea are aceeaşi poziţie când afirmă că practica de a prezenta o persoană aflată în arest preventiv în faţa instanţelor naţionale purtând îmbrăcămintea specifică locului de detenţie este contrară dispoziţiilor Legii nr. 23/1969 şi Deciziei nr. 348/1994 a Curţii Constituţionale şi chiar Ordinului nr. 3151. Astfel având în vedere şi faptul că a hotărât deja că o astfel de practică putea aduce atingere prezumţiei de nevinovăţie (Samoilă şi Cionca), Curtea concluzionează că s-a încălcat principiul prezumţiei de nevinovăţie, garantat de art. 6 § 2 din Convenţie[3].

Tot în *Samoilă şi Cionca împotriva României* Curtea a stabilit că se impune ca niciun reprezentant al statului să nu declare că o persoană este vinovată înainte ca vinovăţia să fi fost stabilită de o instanţă de judecată.

În speţă, Curtea a constatat că procurorul cauzei a făcut declaraţii prin care s-a încălcat prezumţia de nevinovăţie.

Prevederile art. 47 C. pr. Pen. prin care este sancţionat judecătorul care şi-a exprimat cu anticipaţie părerea cu privire la soluţia ce ar putea fi dată în cauză sunt în măsură să protejeze respectarea prezumţia de nevinovăţie, dar nu de o manieră suficientă, aspect evidenţiat şi de cauza citată mai sus[4].

În acest sens o garanţie a respectării prezumţiei de nevinovăţie o regăsim şi prin incriminarea de la art. 276 Noul Cod penal a faptei de compromitere a intereselor justiţiei, care la alin. (2) prevede că dezvăluirea, fără drept, de mijloace de probă sau de înscrisuri oficiale dintr-o cauză penală, înainte de a se dispune o soluţie de netrimitere în judecată ori de soluţionarea definitivă a cauzei, de către un funcţionar care a luat cunoştinţă de acestea în virtutea funcţiei, se pedepseşte cu amenda.

Prin această nouă incriminare se încearcă împiedicarea încălcării prezumţiei de nevinovăţie, mai ales dacă avem în vedere că indiferent dacă ulterior o persoană este declarată nevinovată, astfel de declaraţii venite din partea unor funcţionari ai statului vor prejudicia iremediabil imaginea persoanei.

Concluzii

Internaţionalizarea criminalităţii conduce nu numai la nevoia unor norme de incriminare comune la nivel European dar şi la o reglementare comuna în materia garanţiilor procedurale.

Dacă până de curând în materia garanţiilor procedurale se spunea că cel care a inventat totul este Consiliul Europei prin Convenţia Europeană a Drepturilor Omului şi prin jurisprudenţa Curţii Europene a Drepturilor Omului, iar Uniunea Europeană nu este decât o imitatoare[5], numeroasele reglementări adoptate în ultimii ani au rolul de a demonstra interesul crescând al Uniunii în vederea realizării spaţiului de securitate, libertate şi justiţie.

Dreptul naţional trebuie să răspundă la toate aceste exigenţe. Transpunerea directivelor adoptate de Uniunea Europeană nu este una facilă. Făcând abstracţie de califi-

---

[1] CEDO, Hotărârea din 4 martie 2008 în cauza Samoilă şi Cionca contra Românei, parag. 100.
[2] CEDO, Hotărârea din 16 martie 2011 în cauza Jiga contra Românei.
[3] CEDO, Hotărârea din 16 martie 2011 în cauza Jiga contra Românei, parag. 213.
[4] Carmen Gâlcă, *Prezumţia de nevinovăţie,* în Revista de Drept penal, nr. 3/2001, p. 68-70.
[5] Jean Pradel, Geert Corstens, Gert Vermeulen, *Droit pénal européen*, Ed. Dalloz, Paris, 2009, p. 38.

carea dată de instituţiile Uniunii, aceste norme sunt în realitate adevărate regulamente. Reglementarea amănunţită şi rigidă nu lasă statelor o marjă de apreciere foarte largă, tendinţa de uniformizare fiind evidentă. Contextul liberei circulaţii justifică însă o atare manieră de reglementare şi astfel statelor nu le revine altceva decât obligaţia clară de a transpune în dreptul intern nu doar obiectivele ci şi mijloacele de realizare a acestora.

Bibliografie

1. **Andrei Constantin**, *Dreptul la apărare în lumina Convenţiei Europene a Drepturilor Omului*, Revista de Drept Penal, nr. 3/1998
2. **Atasiei Daniel, Horia Ţiţ**, *Mica reformă în Justiţie. Legea nr. 202/2010 comentată*, Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2010
3. **Berger Vincent**, *Jurisprudenţa Curţii Europene a Drepturilor Omului,* trad. Ionel Olteanu, Coriolan Atanasiu, Irina Patrulius: îngrij. ed.: Irina Moroianu Zlătescu, Emil Marinache, Rodica Şerbănescu, Ed. a 5-a, rev., Bucureşti, Editura I.R.D.O., 2005
4. **Bogdan Dragoş, Mihai Selegean**, *Drepturi şi libertăţi fundamentale în jurisprudenţa Curţii Europene a Drepturilor Omului*, Editura All Beck, Bucureşti, 2005
5. **Chiriţă Radu**, *Convenţia europeană a drepturilor omului. Comentarii şi explicaţii*, vol. I, Editura C.H.Beck, Bucureşti, 2007
6. **Crişu Anastasiu**, *Drept procesual penal*, Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2011
7. **Gâlcă Carmen,** *Prezumţia de nevinovăţie,* în Revista de Drept penal, nr. 3/2001
8. **Gomien Donna**, *Introducere în Convenţia Europeană a Drepturilor Omului*, trad. de Cristiana Irinel Stoica, Editura All, Bucureşti, 1993
9. **Griga Ioan, Monica Ungureanu**, *Dreptul la tăcere al învinuitului şi inculpatului,* Revista de Drept Penal, nr. 1/2005.
10. **Labbée Xavier**, *Introduction générale au droit. Pour une approche éthique*, Press Universitaire du Septentrion, 2010, Villeneuve d'Ascq
11. **Paşca Viorel**, *Prezumţia de nevinovăţie şi ţinuta inculpatului în cursul procesului penal*, în Revista Dreptul Nr. 4/1993.
12. **Pradel Jean, Geert Corstens, Gert Vermeulen**, *Droit pénal européen*, Ed. Dalloz, Paris, 2009
13. **Predescu Ovidiu, Mihail Udroiu**, *Convenţia europeană a drepturilor omului şi dreptul procesual penal român*, Editura C.H.Beck, Bucureşti, 2007
14. **Puşcaşu Voicu**, *Prezumţia de nevinovăţie*, Editura Universul Juridic, Bucureşti, 2010, p. 50;
15. **Renucci Jean-François**, *Tratat de drept european al drepturilor omului*, Editura Hamangiu, Bucureşti, 2009
16. **Ştefănescu Beatrice**, *Garanţiile juridice ale respectării legii procesual penale în activitatea de judecată*, Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2007
17. **Tanoviceanu Ioan**, *Curs de procedură penală română*, Bucureşti, Editura Atelierele Grafice Socec&Co, Societate Anonimă, 1913
18. **Tudorel Toader**, *Constituţia României reflectată în jurisprudenţa constituţională,* Editura Hamangiu, Bucureşti, 2011.
19. **Volonciu Nicolae**, *Tratat de procedură penală*, Vol. I, Ediţia a III-a revizuită şi adăugită, Editura Paideia, Bucureşti, 1999, p. 355, George Antoniu, Adina Vlăşceanu, Alina Barbu, *Codul de procedură penală: texte, jurisprudenţă, hotărâri C.E.D.O.,* Ed. a 2-a, rev., Editura Hamangiu, Bucureşti, 2008.

Elementele constitutive ale infracțiunii în lumina noului Cod penal

*Drd. Bogdan Marin **GIURCĂ***

Abstract: *Noul Cod penal prezintă definiţia infracţiunii în art. 15 alin. (1) ca fiind fapta prevăzută de legea penală, săvârşită cu vinovăţie şi imputabilă persoanei care a săvârşit-o.*

Actualul Cod penal defineşte infracţiunea ca fiind fapta care prezintă pericol social, săvârşită cu vinovăţie şi prevăzută de legea penală [art. 17(1)].

Astfel, se poate aprecia că prin conţinut al infracţiunii înţelegem totalitatea condiţiilor impuse de legea penală pentru existenţa unei anumite infracţiuni.[1]

Se impune să precizăm că noţiunea de conţinut al infracţiunii diferă de noţiunea de infracţiune, aceasta din urmă definind trăsăturile esenţiale ale oricărei infracţiuni, care o particularizează faţă de faptele nepenale. Şi noţiunea de conţinut al infracţiunii are drept punct de plecare tot trăsături generalizate, însă la un nivel particular fiecărei infracţiuni, ambele noţiuni fiind necesare teoriei şi practicii penale pentru a delimita ilicitul penal de cel extrapenal, cât şi pentru o corectă încadrare juridică a diverselor infracţiuni.

Distincţia la care am făcut anterior referire, chiar cu riscul de a ne repeta, este în mod cât se poate de clar evidenţiată de faptul că identificarea şi stabilirea "trăsăturilor esenţiale" ale infracţiunii serveşte legiuitorului să distingă faptele penale (infracţiunile) de celelalte fapte nepenale (abateri administrative, disciplinare, civile etc.). Pe baza elementelor constitutive ale fiecărei fapte prevăzute de legea penală se realizează diferenţierea infracţiunilor între ele, înfăptuindu-se practic încadrarea faptelor concrete în textele corespunzătoare din partea specială a Codului penal, marcând astfel o calificare exactă.[2]

Subliniem că, pentru existenţa unei infracţiuni, potrivit actualului Cod penal [art. 17(1)], este necesar ca fapta să prezinte pericol social, să fie săvârşită cu vinovăţie şi să fie prevăzută de legea penală. Noul Cod penal, publicat în Monitorul Oficial nr. 510 din 27.07.2009, stabileşte că elemente esenţiale ale infracţiunii sunt următoarele: fapta să fie prevăzută de legea penală, să fie săvârşită cu vinovăţie şi, ca un element de noutate, să fie nejustificată şi imputabilă persoanei care a săvârşit-o.

Cuvinte cheie: *subiecţii infracţiunii, latura obiectivă, legătura de cauzalitate, intenţie, vinovăţie.*

1. Condiţii preexistente infracţiunii

Obiectul juridic al infracţiunii îl reprezintă valoarea socială şi relaţia socială formată în jurul şi datorită acestei valori, care este vătămată, lezată sau pusă în pericol prin săvârşirea faptei sancţionată de legea penală şi imputabilă persoanei care a

---

[1] George Antoniu, *Din nou despre conţinutul infracţiunii*, R.R.D, nr. 5/1982, p. 31-34.

[2] Teodor Vasiliu şi colectiv, *Codul penal comentat şi adnotat*, Ed. Ştiinţifică, Bucureşti, 1972, p. 8.

săvârşit-o.[1] Acest obiect juridic al infracţiunii diferă de la o infracţiune la alta, în raport de grupa de infracţiuni împotriva cărora au fost săvârşite, ca de exemplu: contra persoanei, contra patrimoniului, infracţiuni de corupţie şi de serviciu, infracţiuni de fals etc.

1.1. Formele obiectului juridic al infracţiunii

Obiectul juridic al infracţiunii, îmbracă forme diferite, anume:

a - *obiectul juridic generic sau de grup* - este format din valorile sociale de aceeaşi natură, ocrotite de legea penală, ca de exemplu: infracţiuni contra statului, infracţiuni contra persoanei, infracţiuni contra patrimoniului etc.;

b - *obiectul juridic special* – vizează în concret valoarea socială ocrotită, ajutând la individualizarea unei infracţiuni în cadrul unui grup;

c - *obiectul juridic complex* – este întâlnit atunci când prin fapta penală săvârşită sunt lezate mai multe relaţii sociale iar cea mai valoroasă dintre acestea dă natura acelei infracţiuni;

d - *obiectul material*, care, de fapt, este acel obiect direct al infracţiunii împotriva căruia s-a îndreptat acţiunea sau inacţiunea incriminată şi care suportă toate urmările acesteia. Precizăm că obiectul material nu este întâlnit în toate cazurile în care a fost săvârşită o infracţiune, ci numai în acele situaţii când valoarea ocrotită se exprimă într-o entitate materială, ca de exemplu, în cazul infracţiunii de furt - banii sau alte bunuri, iar în cazul infracţiunii de spionaj acele documente secrete sustrase şi transmise.

Obiectul material al infracţiunii (lucru, animalul, bani, persoana etc.) mai este denumit în doctrină şi "*corpus vivendi*" sau "*corpus delicti*".

Există mai multe opinii în literatura de specialitate cu privire la legătura dintre obiectul juridic şi obiectul material al infracţiunii, însă, noi ne rezumăm la a susţine că obiectul material nu este decât concretizarea expresiei fizice a valorii sociale ocrotite de legea penală.

În fine, precizăm că obiectul material nu se confundă cu produsul infracţiunii şi nici cu obiectele care au servit la săvârşirea infracţiunii.

1.2 Subiecţii infracţiunii

Persoanele implicate în raportul juridic penal de conflict, reprezintă subiecţii infracţiunii.

Pentru a avea calitatea de subiect al infracţiunii, persoanele implicate în săvârşirea faptei penale trebuie, fie să-şi aducă contribuţia la comiterea actului de executare, fie să suporte consecinţele răului cauzat prin săvârşirea acestuia.[2]

Fără îndoială, *subiectul activ* şi *subiectul pasiv* implicaţi în săvârşirea infracţiunii, prin comiterea actului ilicit penal sau suportarea răului cauzat, nu au aceeaşi poziţie juridică şi trebuie făcută distincţia între ei.

1.2.1. Subiectul activ al infracţiunii

Poate fi subiect activ al infracţiunii, persoana fizică sau juridică, care în urma acţiunii/inacţiunii ei ilicite trebuie să răspundă penal pentru fapta comisă. De adăugat

---

[1] Actualul Cod penal stabileşte că fapta trebuie să fie socialmente periculoasă, noi abandonând această expresie, deoarece însăşi valorile ocrotite de legea penală în vigoare au drept scop apărarea suveranităţii, independenţei unităţii şi indivizibilităţii statului, persoana, drepturile şi libertăţile acesteia, proprietatea, precum şi întreaga ordine de drept. Toţi cei care încalcă aceste valori au calitatea de autori ai infracţiunilor. Pe de altă parte, rog a se vedea şi punctul de vedere exprimat de V. Drăghici, în Obiectul juridic al infracţiunii.

[2] C.Mitrache, *Noul Cod penal*, Vol.1, Ed. C.H. Beck, 2006, p. 85 şi A.Boroi, *op. cit.*,p.144

că, până la apariţia Legii nr.278/2006, care a modificat şi completat Codul penal, cât şi alte legi, subiect activ al infracţiunii nu putea fi decât persoana fizică.

Subiectul activ al infracţiunii este aşadar infractorul care a săvârşit infracţiunea, fie ca un fapt epuizat, fie ca tentativă pedepsibilă, având calitatea de autor, coautor sau complice (art. 174 din noul C.pen.).

A. Prin modificările aduse Codului penal, *persoana juridică a căpătat calitatea de subiect activ al infracţiunii*[1], ca principiu de bază în combaterea criminalităţii, îndeosebi în domeniul economico-financiar, în acest sens acţionând şi doctrina penală europeană, care militează pentru generalizarea lui în legislaţia ţărilor europene.

Art. 135 din noul Cod Penal fixează normele răspunderii penale a persoanei juridice, cu excepţia statului, a autorităţilor publice şi a instituţiilor publice care desfăşoară o activitate ce nu poate face obiectul domeniului privat. Răspunderea penală a persoanei juridice nu înseamnă înlăturarea răspunderii penale a persoanei fizice, care, printr-o acţiune sau inacţiune a contribuit la săvârşirea faptei penale, probată ca fiind infracţiune.

Nu poate răspunde penal o persoană juridică decât în situaţiile în care sunt îndeplinite anumite *condiţii speciale*, anume:

a - *Fapta să fie comisă de o persoană fizică ce are aptitudinea de a angaja penal persoana juridică,* aspect care vizează acele persoane care fac parte din conducerea societăţii, fie că există o conducere unipersonală sau o conducere colectivă. În sistemele juridice europene această arie a persoanelor fizice care angajează penal persoana juridică este mai restrânsă ori mai amplă, însă, tendinţa merge spre a lărgi aria organelor sau persoanelor pentru a căror faptă se poate angaja răspunderea penală a persoanei fizice.[2]

În legislaţia penală românească, judecătorul este acela care stabileşte dacă persoana fizică ce angajează răspunderea penală a societăţii juridice pe care o conduce, va răspunde sau nu penal, aşa cum este angajată răspunderea penală pentru societatea juridică pe care o reprezintă. Repet, în legislaţia şi doctrina europeană, problema este abordată în moduri diferite, aspecte pe care le vom detalia, probabil într-o altă lucrare.

b. - *Fapta să fie imputabilă persoanei juridice*, şi aceasta să nu aibă calitatea de parte vătămată. Evident, dacă persoana fizică prin acţiunea sau inacţiunea sa produce o vătămare a intereselor societăţii pe care o conduce, aceasta va răspunde penal pentru fapta sa. La fel, dacă produce o vătămare a intereselor altor persoane fizice sau juridice, cel în cauză răspunde penal pentru fapta sa. Potrivit art. 135 din noul Cod penal, persoanele, cu excepţia Statului, autorităţilor publice şi a instituţiilor publice care desfăşoară o activitate ce nu poate face obiectul domeniului privat, răspund penal pentru infracţiunile săvârşite în realizarea obiectului de activitate sau în interesul ori în numele persoanei juridice. Tocmai aici credem că se află intenţia legiuitorului, ca fapta să fie imputată şi acelor persoane juridice care s-ar încadra în una din situaţiile descrise în art. 135 din noul Cod penal, însă, doar în varianta următoarelor ipoteze:

- fapta a fost comisă în realizarea obiectului de activitate al acesteia;
- fapta a fost comisă în interesul persoanei juridice şi
- fapta a fost comisă în numele persoanei juridice pe care o reprezintă şi a cărei răspundere penală o angajează[3];

---

[1] Rusia, Germania, Spania, Italia şi Elveţia nu au adoptat încă, răspunderea penală a persoanelor juridice.

[2] A se vedea pe larg, A. Boroi, *op. cit.* p. 146-148.

[3] Ibidem, p. 148.

c. - *Fapta să fie comisă în forma de vinovăţie cerută de norma de incriminare,* condiţie fixată de legiuitor în cuprinsul textului art. 16 alin. (1) din noul Cod penal. Evident că, într-o asemenea situaţie, elementul subiectiv prezintă anumite particularităţi, urmând a se clarifica dacă săvârşirea infracţiunii a fost rezultatul unei decizii intenţionate luată în cadrul persoanei juridice, sau, a fost consecinţa unei neglijenţe (organizare deficitară, restricţii bugetare exagerate, măsuri de protecţia muncii insuficiente etc.) Oricum, trebuie avut în vedere la aprecierea elementului subiectiv, atitudinea organelor care angajează răspunderea penală a persoanei juridice, aspect ce nu trebuie omis de către instanţă de judecată.

B. *Persoana fizică este subiect al infracţiunii* doar dacă sunt îndeplinite anumite condiţii care sunt obligatorii şi nu facultative, anume:

a - *să aibă vârsta de peste 14 ani* şi să dovedească faptul că a acţionat pentru săvârşirea faptei cu discernământ, iar după împlinirea vârstei de 16 ani, conform art. 113 alin. (3) din noul Cod penal, minorul va răspunde penal pentru fapta sa fiind subiect al infracţiunii.

Noul Cod penal stabileşte în cuprinsul art. 114 că "Faţă de minorul care, la data săvârşirii infracţiunii, avea vârsta cuprinsă între 14 şi 18 ani, se ia o măsură educativă neprivativă de libertate", dacă nu a mai săvârşit o infracţiune pentru care i-a fost aplicată deja o asemenea măsură şi dacă pentru fapta sa, legiuitorul, nu stabileşte o pedeapsă mai mare de 7 ani sau închisoare pe viaţă.

Discernământul minorului cu vârsta între 14 şi 16 ani se stabileşte în urma expertizei medicale şi anchetei sociale de către organele judiciare.

Pentru a stabili dacă minorul a avut sau nu discernământ, organele judiciare pot avea în vedere şi unele date care rezultă din comiterea faptei: cum a fost săvârşită fapta, mijloacele întrebuinţate pentru executarea ei, împrejurările de care s-a folosit la comiterea faptei etc.

Această condiţie însă, în cazul răspunderii penale a persoanei juridice, nu poate fi pusă în discuţie, minorul având o capacitate de exerciţiu limitată şi neputând avea calitatea cerută de lege într-o asemenea instituţie.

b- pentru existenţa subiectului activ al infracţiunii, în cazul persoanei fizice, aceasta trebuie *să fie responsabilă*, fiindcă atunci când apare suspiciunea sau îndoiala că cel care a comis fapta este iresponsabil, organele judiciare abilitate ale statului au obligaţia de a stabili cu ajutorul unei expertize psihiatrice dacă facultăţile sale psihice sunt alterate de vreo boală.

Frecvent, infractorii încearcă să scape de răspunderea penală invocând sau simulând stări psihice de iresponsabilitate.

În general, responsabilitatea, este o calitate generală umană, de aceea ea se prezumă, considerându-se că există la fiecare persoană, şi în cazuri de excepţie, când sunt îndoieli sau este invocată, iresponsabilitatea trebuie dovedită, că, în momentul comiterii faptei aceasta a existat.

C. *Libertatea de voinţă şi de acţiune* - este o altă condiţie a persoanei fizice, subiect activ al infracţiunii, care presupune că infractorul a avut libertatea şi a decis în mod conştient, având posibilitatea ca prin acţiunea sau inacţiunea sa, sancţionată de legea penală, să îşi pună în practică hotărârea luată. Dacă o persoană a fost constrânsă de o forţă din afara voinţei sale, căreia nu i-a putut rezista psihic sau fizic, să comită o faptă prevăzută şi sancţionată de legea penală, atunci fapta nu poate fi infracţiune. De altfel, în art. 24 şi art. 25 din noul Cod penal se face precizarea că, constrângerea fizică şi

morală constituie cauze de neimputabilitate a faptei penale, persoanele fizice aflate în asemenea situaţii fiind exonerate de răspunderea penală.

1.2.2. Subiectul pasiv al infracţiunii

Persoana vătămată penal este, la rândul ei, subiect pasiv al infracţiunii. Aceasta, primeşte asupra sa urmarea materială sau starea de pericol creată prin săvârşirea infracţiunii. Orice persoană fizică sau juridică, cu drepturi subiective sau interese legitime, poate fi păgubită şi afectată material sau moral prin săvârşirea unei infracţiuni. În general, în cazul comiterii unei infracţiuni întâlnim un singur subiect pasiv, însă, nu puţine pot fi şi cazurile în care să putem avea o pluralitate de subiecţi pasivi, ca de exemplu în cazul omorului calificat [art. 189, alin(1), lit. f) din noul Cod penal] sau al uciderii din culpă [art. 192 alin. (3), din noul Cod penal] etc.

Precizăm că, pentru a avea calitatea de subiect pasiv, trebuie îndeplinită condiţia de ordin general ca persoana fizică sau juridică în cauză, să fie titulara valorii sociale ocrotite de legea penală.

În unele situaţii, persoana păgubită poate să fie alta decât subiectul pasiv al infracţiunii, ca de exemplu în cazul infracţiunii de omor, subiectul pasiv este victima omorului iar subiectul păgubit sunt copiii, soţia, părinţii sau fraţii. La fel, în situaţii frecvente, putem întâlni cazuri în care subiectul pasiv al infracţiunii să fie şi persoana păgubită, ca de exemplu în cazul infracţiunilor de înşelăciune, distrugere etc. Alteori, subiectul pasiv al infracţiunii, trebuie să îndeplinească o anumită calitate, ca de exemplu în cazul infracţiunii de vătămare a fătului (art. 202 noul Cod penal), subiectul pasiv trebuie să fie fătul în timpul naşterii, sau în cazul infracţiunii de ultraj (art. 257 din noul Cod penal), subiectul pasiv trebuie să fie un funcţionar ce îndeplineşte o funcţie ce implică exerciţiul autorităţii de stat[1].

2. Conţinutul constitutiv al infracţiunii

2.1. Problematică introductivă

Ca orice altă conduită umană, conduita infracţională a individului este expresia existenţei a două laturi inseparabile: una obiectivă sau fizică cunoscută în literatura de specialitate sub denumirea de element material al infracţiunii sau latura obiectivă - şi una interioară, subiectivă – care reprezintă elementul moral sau latura subiectivă a infracţiunii.

Conduita infracţională nu poate fi concepută în afara acestor lături inseparabile. *Aceste condiţii absolut necesare pentru existenţa infracţiunii, la nivelul laturilor sale fundamentale, formează conţinutul constitutiv al infracţiunii.*

Conţinutul constitutiv al infracţiunii coincide, aşa cum am mai spus, de regulă, cu conţinutul juridic al infracţiunii, iar uneori poate avea o sferă mai restrânsă. De exemplu, cele două conţinuturi, constitutiv şi juridic, coincid în cazul infracţiunii de omor, în varianta de bază. Pe de altă parte, conţinutul constitutiv şi cel juridic nu coincide, aşa cum avem în cazul infracţiunilor de furt şi distrugere.

Cu toate că elementele conţinutului juridic exced conţinutului constitutiv, prezenţa lor nefiind necesară în toate situaţiile în care au fost săvârşite infracţiuni, totuşi, atunci când legea le prevede expres pentru anumite fapte penale, existenţa infracţiunii nu se

[1] Ibidem, p. 151-152.

poate stabili decât în prezenţa lor, simplul conţinut constitutiv al infracţiunii nefiind suficient[1].

Elementele conţinutului infracţiunii sunt formulate pe structura condiţiilor pe care se întemeiază conţinutul juridic al infracţiunii şi conţinutul constitutiv al acesteia, cu cele două laturi fundamentale ale faptei penale: cea materială (latura obiectivă) şi cea interioară (latura subiectivă). De aceea, apreciem că expresia folosită în art. 10 lit. d) din Codul de procedură penală de "elemente constitutive ale infracţiunii" se referă la sensul larg al noţiunii de element constitutiv, având în vedere atât elementele conţinutului propriu-zis al faptei, dar şi elementele conţinutului său juridic[2].

2.2. Latura obiectivă a infracţiunii

Prin latura obiectivă a infracţiunii se înţelege *activitatea persoanei fizice care prin urmările ei periculoase vatămă sau pune în pericol anumite relaţii sociale apărate de dreptul penal*[3].

Pentru existenţa laturii obiective, sunt necesare trei elemente:

- un act de conduită interzis (element material) sub formă de acţiune-inacţiune;
- o urmare imediată care aduce o vătămare ordinii de drept penal şi
- o legătură de cauzalitate între faptă şi urmarea respectivă.

Pe lângă aceste elemente mai sunt şi unele condiţii care au o componentă facultativă şi care se referă la: loc, timp, mod de acţiune şi împrejurări în care s-a comis fapta penală, condiţii care nu sunt obligatorii în cazul tuturor infracţiunilor.

Aşa cum am mai precizat, latura obiectivă a conţinutului infracţiunii nu poate exista fără elementul material al infracţiunii, adică acel act de conduită umană interzis de legea penală, act care poate să ia naştere în urma acţiunii sau inacţiunii individului.

2.2.1. Elementul material

Infracţiunea nu ar putea exista dacă lipseşte elementul material.

Infracţiunea - se realizează prin acte materiale în majoritatea cazurilor, ca de exemplu: lovirea; distrugerea; vătămarea prin scris ca în cazul infracţiunilor de fals, sau prin cuvinte aşa cum este cazul insultei. Alteori, actul material se realizează prin intermediul verbului sau expresiei verbale (*"verbum regens"*) care indică actul de conduită, acea acţiune sau inacţiune interzisă de legea penală, ca de exemplu, luarea – art. 228 N.C.pen.; uciderea unei persoane – art. 188(1) N.C.pen.; face afirmaţii mincinoase – art. 273 N.C.pen..

Actul de conduită care are drept consecinţă săvârşirea unei infracţiuni, în sensul laturii sale obiective, constă într-o intervenţie a infractorului, activă, periculoasă şi sancţionată de legea penală, însă, aceeaşi persoană, printr-o atitudine pasivă, poate să fie autorul aceleiaşi infracţiuni, fiindcă, legea penală îl obligă la o anumită atitudine, o anumită activitate pe care el nu o realizează, sau se abţine să o îndeplinească.

Aşadar, în cazul acţiunii, legiuitorul interzice prin norma de incriminare anumite manifestări periculoase pentru societate (furt, omor, tâlhărie, delapidare etc.), pe câtă vreme, în cazul inacţiunii, legea doreşte nu numai să-i sensibilizeze pe cetăţeni, ci, efectiv, să-i oblige la un anumit fel de comportament în societate. În primul caz, al acţiunii, infracţiunile săvârşite sunt denumite *infracţiuni comisive sau de acţiune*, iar în al doilea caz, cel al inacţiunii, sunt numite infracţiuni *omisive sau de inacţiune*. În

---

[1] N Giurgiu, *op. cit.* p. 127-128.
[2] *Ibidem*, p. 128.
[3] A. Boroi, *op. cit.* p. 152.

primul caz (acţiunea) se interzice prin lege un anumit comportament, iar al doilea caz (inacţiunea), pentru existenţa elementului material trebuie să existe obligaţia legală la care individul să nu rămână pasiv. Altfel, atitudinea sa poate să fie una care să nu corespundă normelor religioase sau morale, însă nu una care să-i atragă răspunderea penală[1].

Uneori, textul de lege desemnează elementul material printr-un cuvânt (distrugerea, falsificarea, însuşirea, folosirea, traficarea etc.), alteori, printr-o expresie (face afirmaţii mincinoase - art. 273 N.C.pen), încheierea unei noi căsătorii (art. 376 N.C.pen.) etc. Deci, *esenţial în identificarea elementului material este acea notă caracteristică ce o deosebeşte de alte precizări făcute în conţinutul normei de incriminare.*

Sunt situaţii în care elementul material poate consta în mai multe acte de conduită interzisă, aşa cum ar putea fi cazul infracţiunilor complexe, însă, actele mai multor autori, sau aceluiaşi autor cu mai multe conduite (de exemplu tâlhăria), deci, latura obiectivă, se consideră realizată suficient chiar prin îndeplinirea unei singure acţiuni sau inacţiuni din cele incriminate, fiindcă, într-un asemenea context, chiar dacă am acumula mai multe acte de conduite interzise nu se poate pune problema concursului de infracţiuni.

2.2.2. Urmarea vătămătoare imediată sau atingerea adusă ordinii de drept penal

Urmărea vătămătoare imediată reprezintă un al doilea element esenţial, obiectiv, fără de care nu putem vorbi că avem infracţiune, fiindcă ea aduce o vătămare valorilor sociale apărate de legea penală, care, în esenţă, reprezintă însăşi scopul legii penale. Aceste valori pot fi lezate fie direct, ca de exemplu în cazul infracţiunilor contra vieţii sau proprietăţii, fie prin punerea în pericol a unor relaţii destinate asigurării unor valori sociale, aşa cum ar fi cazul infracţiunilor privind circulaţia rutieră.

În unele legi speciale, cât şi în Codul penal, există infracţiuni care pentru existenţa conţinutului infracţiunii este necesar producerea unui rezultat cu urmări imediate, ca de exemplu în cazul infracţiunii de omor unde nu este suficient doar comiterea gestului criminal de ucidere, ci trebuie să se producă luarea dreptului la viaţă al victimei, sau, în situaţia săvârşirii infracţiunii de abuz în serviciu contra intereselor publice, nu este necesară doar o neîndeplinire sau îndeplinire defectuoasă a îndatoririlor de serviciu, ci trebuie ca fapta funcţionarului să producă o tulburare însemnată a bunului mers al unei unităţi sau o pagubă avutului public etc.[2]

Urmarea imediată, periculoasă este acea modificare negativă a realităţii înconjurătoare pe care fapta săvârşită a produs-o sau este susceptibilă să o producă şi care-şi găseşte expresia în periclitarea, vătămarea sau ameninţarea valorilor sociale apărate de legea penală.[3]

Orice acţiune sau inacţiune interzisă de legea penală şi indiferent de forma în care se manifestă, produce un rezultat vătămător, care poate să constea într-o vătămare materială sau într-o stare de pericol.

În unele situaţii, urmarea imediată deşi este evidentă, trebuie totuşi evaluată printr-o expertiză contabilă sau criminalistică, ca de exemplu în cazul distrugerii unor linii ferate ori a instalaţiilor care le deservesc (art. 332 N.C.pen.).

Chiar şi în cazul altor infracţiuni de pericol, urmarea imediată poate fi stabilită prin acele elemente palpabile de tulburare a ordinii sociale, ca de exemplu crearea aparenţei unor stări de temere, de emoţie negativă, de indignare colectivă etc. Aşadar, şi în

---

[1] A se vedea pe larg A. Boroi, *op. cit.*, p. 152-153 şi G. Antoniu, *Infracţiunea de omisiune*, R.R.D. nr. 6/1982, p. 136.

[2] Alexandru Boroi, *op. cit.*, p. 153-154.

[3] A se vedea Teodor Vasiliu şi colab., *op. cit.*, p. 115.

asemenea cazuri unde forma de manifestare a fiinţei umane este mult mai subtilă, cu o stare de excitabilitate psihică mai accentuată, urmarea imediată a actului de conduită interzis, există.[1]

2.2.3. Legătura de cauzalitate între faptă şi urmarea produsă (legătura de determinare)

Alături de actul de conduită interzis şi de urmarea imediată a rezultatului actului ilicit, care în mod evident capătă o formă de manifestare materială, legătura de cauzalitate care trebuie să existe între conduita interzisă de legea penală şi orice urmare imediată nu are o existenţă materială distinctă, ci ea constituie a treia latură componentă a laturii obiective. Cu toate acestea, în normele penale de incriminare, niciodată, în mod clar, nu s-a făcut precizarea concisă că legătura cauzală constituie un element al laturii obiective, alături de actul de conduită interzis şi urmarea imediată. Totuşi, de câte ori se săvârşeşte o infracţiune cu un anume rezultat material, latura obiectivă include printre elementele sale constitutive şi legătura de cauzalitate între actul interzis şi urmarea imediată specifică fiecărei infracţiuni în parte. În doctrina dreptului penal se apreciază că, între acţiune sau inacţiune (actul de conduită interzis) şi rezultatul material, există o legătură de cauzalitate (de determinare).

Putem defini raportul de cauzalitate ca fiind legătura de la cauză la efect între acţiunea sau inacţiunea voluntară, conştientă a infractorului şi rezultatul socialmente periculos produc.

Răspunderea penală nu poate fi stabilită în cazul săvârşirii unei infracţiuni dacă nu este calificată relaţia cauzală care există între actul de conduită interzis şi efectul produs de aceasta. Infracţiunile de ucidere, distrugere, lovire, degradare etc. nu pot exista fără o legătură de determinare (raport de cauzalitate) între actul interzis şi efectul acesteia.

Sarcina administrării probelor în procesul penal revine organului de urmărire penală şi instanţei de judecată [art. 65(1) C.proc.pen.], iar instanţa de judecată pentru a da o sentinţă de condamnare, trebuie să constate dacă inculpatul a săvârşit fapta respectivă (art. 345 C. proc. pen.) - aspecte care nu pot fi materializate dacă nu a fost identificată legătura de cauzalitate. Ca urmare, existenţa raportului de cauzalitate între acţiunea sau inacţiunea unei persoane şi urmările care s-au produs trebuie dovedită de organele judiciare prin probe, aceasta devenind un element obligatoriu pentru existenţa răspunderii penale.[1]

În doctrina de specialitate au fost lansate o serie de teorii privitoare la raportul de cauzalitate, pe care nu le apreciem ca fiind strict necesare în însuşirea elementelor de bază ale laturii obiective, acestea rămânând mai mult ca un suport de dialog profesional între teoreticienii dreptului penal.

Odată dovedit raportul de cauzalitate, a legăturii de determinare care există între acţiunea sau inacţiunea autorului faptei şi urmările acesteia, singura situaţie în care nu atrage răspunderea penală este atunci când se face dovada că persoana fizică nu a acţionat conştient la săvârşirea infracţiunii.

Efectul este produs de acţiunea-inacţiunea cauză, fiind al doilea element al raportului de cauzalitate. Concluzionând, se poate afirma că raportul de cauzalitate este un element obligatoriu ce se cere pentru existenţa răspunderii penale în cazul tuturor infracţiunilor.

---

[1] A se vedea pe larg N. Giurgiu, *op. cit.*, p. 148-150.

1. G. Antoniu, *Contribuţii la cercetarea cauzalităţii penale*, R.R.D.P. nr. 4/1998, p. 17.

2.2.4. Condiţii de loc, timp, mod şi împrejurări

Condiţiile de loc, timp, mod şi împrejurări nu fac parte din componentele obligatorii ale laturii obiective a infracţiunii (elementul material – actul de conduită interzis şi urmarea imediat periculoasă), ele fiind facultative. Aceste condiţii nu se întâlnesc decât rareori şi nu apar în mod obligatoriu în urma acţiunii sau inacţiunii periculoase a persoanei fizice. Cu toate acestea, ele pot să aibe un rol important la stabilirea şi existenţa gradului de pericol social al unei infracţiuni, fapt ce poate cântări în atenuarea sau agravarea răspunderii penale. De exemplu, în cazul infracţiunii prevăzute şi pedepsite de art. 228 N.C. pen., fapta penală constă în luarea unui bun din posesia sau detenţia unei persoane fără consimţământul acesteia, pentru a şi-l însuşi pe nedrept. Acesta este conţinutul simplu (tip) al infracţiunii de furt, însă, dacă fapta este săvârşită în anumite condiţii de loc, timp ori într-un anumit mod sau infractorul profită de unele împrejurări pentru comiterea faptei, atunci furtul devine calificat şi are o altă încadrare juridică şi o altă sancţiune penală (art. 229 N.C.pen.). Asemenea situaţii le întâlnim în cazul furturilor: dintr-un mijloc de transport în comun; în timpul nopţii; în urma unor calamitaţi; prin efracţie; escaladare etc.).

Situaţii asemănătoare celor prezentate mai sus întâlnim şi în cazul infracţiunilor de tulburarea ordinii şi liniştii publice (art. 371 N.C. pen.), care trebuie săvârşită în public; la infracţiunea de fals intelectual (art. 321 N.C. pen.) care trebuie comisă cu ocazia întocmirii acelui înscris etc.

Toate aceste cerinţe sunt preexistente executării elementului material şi ele ajută la săvârşirea infracţiunii.[1]

2.3 Latura subiectivă a infracţiunii

2.3.1. Concept

Pentru existenţa infracţiunii, ca faptă săvârşită de o persoană fizică, nu este suficient ca acţiunea sau inacţiunea persoanei în cauză să se fi săvârşit, fiind necesar ca actul de conduită interzis de legea penală să conţină şi voinţa şi conştiinţa autorului. Elementul material şi moral trebuie să se întâlnească pe traseul deciziei de a săvârşi o infracţiune, factorul subiectiv precedând sau coexistând cu exprimarea sa obiectivă.

Dacă latura obiectivă a infracţiunii se materializează printr-un act exterior de execuţie, latura subiectivă exprimă poziţia psihică, voinţa şi conştiinţa subiectului activ al infracţiunii în raport cu activitatea materială care a condus la încălcarea legii penale. [2]

Latura subiectivă a conţinutului oricărei infracţiuni constă în totalitatea condiţiilor cerute de lege cu privire la atitudinea psihică a făptuitorului – sub raportul conştiinţei şi voinţei sale – faţă de materialitatea faptei săvârşite (acţiune sau inacţiune, rezultat, raport de cauzalitate) pentru ca acea faptă să constituie infracţiune. [3]

Toţi teoreticienii dreptului penal sunt de acord în a susţine că elementul esenţial al laturii subiective îl reprezintă *vinovăţia*.

Formele şi modalităţile de exprimare ale vinovăţiei sunt variate, aspect care conferă elementului material al infracţiunii o înfăţişare şi o problematică destul de complexă.[4]

În afara vinovăţiei, care, aşa cum am precizat, reprezintă elementul esenţial al laturii subiective, mai avem – tot ca element al laturii subiective – *mobilul* (motivul) şi *scopul infracţiunii*.

---

[1] A. Boroi, *op. cit.* p. 157.
[2] Gh. Nistoreanu, A. Boroi, *op. cit.*, p. 109.
[3] V. Dongoroz şi colaboratorii, *op. cit.*, p. 120.
[4] N. Giurgiu, *op. cit.* p. 129.

2.3.2. Vinovăţia ca element al laturii subiective

Art. 15(1) din noul Cod penal stabileşte că vinovăţia reprezintă una din trăsăturile esenţiale ale infracţiunii, însă, vinovăţia ca element al laturii subiective şi deci a conţinutului infracţiunii, nu coincide întotdeauna cu vinovăţia ca trăsătură esenţială, putând exista aşadar vinovăţie ca trăsătură esenţială a infracţiunii, fără să existe vinovăţie ca element subiectiv al infracţiunii. De exemplu, la săvârşirea unei infracţiuni din culpă, se realizează vinovăţia ca trăsătură esenţială, dar poate lipsi ca element subiectiv, dacă legiuitorul incriminează acea faptă numai dacă este săvârşită cu intenţie.

Vinovăţia, ca element al laturii subiective, există doar atunci când elementul material (acţiunea sau inacţiunea conduitei interzise) al infracţiunii a fost săvârşit cu forma de vinovăţie cerută în norma de incriminare, aşa cum se prevede de noul Cod penal în art. 15, adică:

- intenţia, cu formele sale - directă sau indirectă;
- culpa, cu prevedere sau neglijenţă şi
- intenţia depăşită (praeterintenţia).

Oricare dintre aceste modalităţi de manifestare a vinovăţiei este suficientă prin ea însăşi pentru a pune în evidenţă elementul moral al infracţiunii.[1]

Praeterintenţia sau intenţia depăşită o întâlnim atunci când o persoană săvârşeşte cu intenţie o faptă penală şi, din culpă, produce un rezultat mai grav pe care nu l-a prevăzut şi care conduce la consumarea unei infracţiunii mai grave.

Precizam mai sus că, vinovăţia, ca trăsătură esenţială a infracţiunii, nu coincide frecvent cu existenţa vinovăţiei ca element al laturii subiective, ca de exemplu, în cazul săvârşirii unor infracţiunii din culpă, se realizează vinovăţia ca trăsătură esenţială a infracţiunii, dar poate lipsi, aşa cum am mai afirmat, ca element subiectiv în varianta în care fapta respectivă este incriminată doar în situaţia în care a fost săvârşită cu intenţie.

La fel, pot fi situaţii în care să existe vinovăţie ca element al laturii subiective fără a exista şi ca trăsătură esenţială a infracţiunii, aşa cum este cazul atunci când faptele au fost săvârşite în stare de legitimă apărare, stare de necesitate etc.

Concluzionând în legătură cu problema pusă în discuţie, precizăm că: "în timp ce, ca trăsătură esenţială a infracţiunii, vinovăţia poate exista în oricare din modalităţile ei, ca latură subiectivă a conţinutului unei infracţiuni determinate, ea nu poate exista decât în modalitatea prevăzută de lege."[2]

Codul penal român foloseşte două procedee pentru a caracteriza vinovăţia existentă la diversele infracţiuni, stabilind pentru unele fapte penale reguli cuprinse în partea sa generală, iar pentru altele, indicând explicit în textul de incriminare forma de vinovăţie.

Aşa cum în conţinutul fiecărei infracţiuni, vinovăţia trebuie prevăzută în norma de incriminare, la fel trebuie prevăzută şi vinovăţia cu care fapta comisă devine infracţiune.

Potrivit art. 16 alin. 1 din noul Cod penal s-au prevăzut două reguli generale, una care vizează infracţiunile săvârşite printr-o acţiune (comisive) şi altă referitoare la infracţiunile săvârşite prin inacţiune (omisive).

Faptele penale care sunt săvârşite în urma unei acţiuni sunt întotdeauna infracţiuni comise cu intenţie, iar din culpă doar în situaţia în care aceasta se prevede expres în norma de incriminare, ca de exemplu: uciderea din culpă - art. 192 N.C.pen. sau vătămarea corporală din culpă art. 196 N.C.pen.

Faptele săvârşite în urma unor inacţiuni constituie infracţiuni fie că sunt săvârşite cu intenţie, fie din culpă, în afara cazurilor când legiuitorul prevede expres că acestea se săvârşesc doar cu intenţie.

---

1. Ibidem, p. 139.
2. N. Giurgiu, *op. cit.*, p. 140.

Nouă legislaţie penală instituie regula că faptele constând într-o inacţiune se pot săvârşi atât cu intenţie cât şi din culpă, iar când prevede expres norma de incriminare - doar cu intenţie, ca de exemplu: "neîndeplinirea cu ştiinţă" - art. 297 N.C.pen. sau "neplata cu rea credinţă" - art. 378 lit. c) din noul C.pen.

Concluzionând, pentru ca fapta să fie pedepsită atunci când a fost comisă din culpă, aceasta este infracţiune numai atunci când în norma de incriminare se face o prevedere expresă, că fapta comisă din culpă se pedepseşte.

Toate faptele comise printr-o acţiune sunt infracţiuni care se săvârşesc cu intenţie, iar din culpă doar în varianta în care, în textul de lege, se prevede în mod expres pedepsirea acesteia.

Acele fapte penale care sunt rezultatul unor infracţiuni, se pedepsesc în ambele variante de comitere, cu intenţie sau din culpă, excepţie făcând doar acele situaţii în care, în mod expres, în norma de incriminare, s-a prevăzut că se sancţionează atunci când sunt comise cu intenţie.

Regula este că faptele comise din inacţiune se pot săvârşi atât cu intenţie cât şi din culpă, iar când se doreşte limitarea lor, legiuitorul prevede în mod expres faptele care s-au comis cu intenţie.

Infracţiunile săvârşite prin inacţiune, se comit întotdeauna cu intenţie doar când se prevede în mod expres acest lucru.

Concluzii

Prin urmare, paleta largă a infracţiunilor stabilite şi sancţionate de legea penală, impune ca fiecare din aceste fapte penale să prezinte în conţinutul său particularitatea care o individualizează de celelalte infracţiuni. Aşadar, fiecare faptă apreciată de legiuitor ca fiind infracţiune, are un conţinut incriminator care descrie fapta incriminată şi care indică toate condiţiile cerute de lege pentru ca aceasta să fie apreciată ca fiind infracţiune.

Condiţiile cerute de lege pentru existenţa infracţiunii vizează fie elementul material al infracţiunii (acţiunea sau inacţiunea infractorului), fie rezultatul pe care îl produce, sau, în alte situaţii, poziţia psihică a făptuitorului, necesară pentru ca fapta acestuia să fie apreciată ca fiind o infracţiune.

Bibliografie

1. **Alexandru Boroi**, Drept penal. Partea generală, Editura C.H. Beck, Bucureşti, 2008, p.137-160.

2. **C. Mitrache**, Noul Cod penal, vol.1, Editura C.H. Beck, 2006.

3. **C. Mitrache**, Drept penal român - Partea generală, Casa de Editură şi Presă "Şansa", Bucureşti, 1997.

4. **George Antoniu**, Din nou despre conţinutul infracţiunii, R.R.D., nr.5/1982, p. 31-34.

5. **George Antoniu**, Elementul material din norma de incriminare, R.D.P. nr. 2/1999.

6. **George Antoniu**, Contribuţii la cercetarea cauzalităţii penale, R.D.P. nr. 4/1998.

7. **V. Milea**, Persoana juridică - subiect activ al infracţiunii, Dreptul nr. 12/2005, p. 168.

8. **Narcis Giurgiu**, Legea penală şi infracţiunea, Editura Gama, Iaşi, p.129-160.

9. **Vasile Dobrinoiu şi colectiv**, Drept penal. Partea generală, Editura Europa Nova, Bucureşti, 1997, p.130-177.

10. **Vintilă Dongoroz**, Drept penal, 1939, p.198-220; 221-230 şi 388-389.

Infracțiunea de mărturie mincinoasă în actualul şi noul Cod penal

Avocat drd. Gabriel ***GURIȚĂ***

Abstract: *Infracţiunea de mărturie mincinoasă se regăseşte şi în viitoarea reglementare a Codului Penal păstrând aceeaşi denumire, legiuitorul înţelegând să dezvolte însă noţiunea de subiect activ al acesteia.*

Astfel, dacă, în esenţă, conţinutul acestei infracţiuni nu este diferit de cel al actualei legislaţii, Noul Cod Penal menţionează explicit, printre persoanele care pot săvârşi infracţiunea şi martorul cu identitate protejată său aflat în programul de protecţie al martorilor, precum şi investigatorul sub acoperire, fapta săvârşită de aceştia constituind însă forma agravantă a infracţiunii.

Sancţiunea în cazul formei calificate este mai severa atât prin înlăturarea posibilităţii aplicării unei pedepse alternative cu amendă penală cât şi prin majorarea limitelor de pedeapsă, abordare corectă din perspectiva calităţii speciale pe care o are subiectul activ al formei agravantă a infracţiunii de mărturie mincinoasă în noua legislaţie penală.

Cuvinte cheie: *mărturie mincinoasă, noul Cod Penal*

Introducere

În activitatea de realizare a justiţiei, martorii, experţii şi interpreţii au un rol deosebit de important în procurarea de probe sau în lămurirea circumstanţelor şi, având în vedere că declaraţiile lor pot conduce la stabilirea faptelor şi pronunţarea unei hotărâri juste, este de datoria fiecărui martor de a declara adevărul şi de a spune tot ce ştie în legătură cu împrejurările asupra cărora este întrebat.

Dat fiind faptul că martorii au cunoştinţele cele mai directe referitor la faptele care fac obiectul cercetării sau judecăţii, declaraţiile lor pot duce la stabilirea acestor fapte, aşa cum au avut loc în realitate şi la pronunţarea unor hotărâri corecte, bazate pe adevăr. Însă doar în măsura în care martorii relatează adevărul referitor la cele cunoscute, declaraţiile lor prezintă un ajutor efectiv oferit autorităţilor şi instanţelor de judecată în actul de înfăptuire a justiţiei.[1]

Declaraţiile martorilor care fac afirmaţii mincinoase sau ascund anumite aspecte ale împrejurărilor esenţiale reprezintă un pericol social prin aceea că îngreunează, derutează şi compromit activitatea organelor judiciare putând astfel darea unor hotărâri injuste sau condamnarea pe nedrept a unor persoane. Pericolul social pe care îl prezintă aceste fapte justifica pe deplin incriminarea lor în legea penală.[2]

La fel de importante sunt şi rapoartele întocmite de experţi şi operaţiunile efectuate de interpreţi iar mărturia mincinoasă oferită de aceste categorii de persoane implicate în procedurile juridice pune în pericol înfăptuirea justiţiei.

---

[1] Alexandru Boroi, *Drept Penal, Partea specială conform Noului Cod Penal*, Ed, C.H. Beck, Bucuresti 2011, p. 313.

[2] Idem.

Conţinutul legal al infracţiunii de mărturie mincinoasă

Spre deosebire de CP actual, în care textul articolului 260 defineşte mărturia mincinoasă ca fiind *fapta martorului care într-o cauză penală, civilă, disciplinară sau în orice altă cauză în care se ascultă martori, face afirmaţii mincinoase, ori nu spune tot ce ştie privitor la împrejurările esenţiale asupra cărora a fost întrebat* NCP introduce în articolul 273 două variante ale acestei infracţiuni, o variantă tip şi o variantă agravată.

Astfel, articolul 273, alin. 1 defineşte varianta tip a infracţiunii de mărturie mincinoasă ca fiind *fapta martorului care, într-o cauză penală, civilă sau în orice altă procedura în care se ascultă martori, face afirmaţii mincinoase, ori nu spune tot ce ştie în legătură cu faptele sau împrejurările esenţiale cu privire la care este întrebat* iar în alin. 2 defineşte varianta agravată în cazurile în care este săvârşită de *a) de un martor cu identitate protejată ori aflat în Programul de protecţie a martorilor; b) de un investigator sub acoperire; c) de o persoană care întocmeşte un raport de expertiză, ori de un interpret; d) în legătură cu o faptă pentru care legea prevede pedeapsa detenţiunii pe viaţă ori închisoarea de 10 ani sau mai mare.*

Conţinut constitutiv şi jurisprudenţa

Obiectul juridic special al infracţiunii de mărturie mincinoasă este reprezentat de relaţiile sociale care ţin de înfăptuirea justiţiei care reclama sinceritate din partea celor ascultaţi în calitate de martori sau din partea celor folosiţi ca interpreţi sau experţi în procedurile de stabilire a adevărului. *Obiectul juridic secundar* al acestei infracţiuni este reprezentat de relaţiile sociale referitoare la anumite atribuţiuni esenţiale ale persoanei, demnitatea sau libertatea, sau în relaţiile sociale cu caracter patrimonial, deoarece prin săvârşirea acestei fapte pot fi încălcate şi aceste relaţii sociale.[1]

Obiectul material lipseşte în cazul acestei infracţiuni având în vedere că nu este vorba despre implicarea directă a unui bun sau asupra corpului unei persoane.

În cazul acestei infracţiuni, *subiectul activ* este calificat deoarece nu poate fi decât un martor[2] sau un martor cu identitate protejată sau de un martor aflat în programul de protecţie a martorilor, un investigator sub acoperire sau o persoană care întocmeşte un raport de expertiză sau un interpret.[3]

Calitatea de martor[4] o deţine orice persoană care are cunoştinţă despre fapte sau împrejurări de fapt care constituie proba într-o cauză penală. Pentru dobândirea calităţii de martor, trebuie îndeplinite următoarele *condiţii*: existenţa unui proces penal în curs de desfăşurare, existenţa unei persoane fizice care cunoaşte fapte şi împrejurări de natură să contribuie la aflarea adevărului, ascultarea persoanei de către organele judiciare referitor la faptele şi împrejurările pe care le cunoaşte.

Orice persoană poate fi audiată în calitate de martor în procesul penal. Poate fi ascultată ca martor şi persoana care, din cauza stării fizice (orb, surd sau mut) sau a stării psihice (debilitate mintală) nu este capabilă să perceapă fenomenele prin anumite simţuri sau nu poate reda corect faptele percepute, organul judiciar apreciind, de la caz la caz, dacă ascultarea unei asemenea persoane serveşte aflării adevărului. Minorii pot fi

---

[1] Octavian Loghin, Tudorel Toader, *Drept penal român, Partea specială*, ediţie revizuită şi adăugită, Casa de Editura şi Presă "Şansa", Bucureşti, 1996, p. 389.

[2] Articolul 273, alin 1, NCP.

[3] Articolul 273, alin. 2, NCP.

[4] Alexandru Boroi, *op. cit,* p. 314.

ascultaţi în calitate de martori, acest proces efectuându-se în prezenţa părinţilor sau a tutorilor până la vârsta de 14 ani a minorului.[1]

Regulă generală de constituire a calităţii de martor cunoaşte însă şi unele excepţii. *Categoria de persoane care nu pot fi ascultate în calitate de martor* sunt persoanele obligate să păstreze secretul profesional cu privire la faptele sau împrejurările de care ia cunoştinţă în timpul exercitării profesiei. Există însă o excepţie pentru această categorie şi anume cea a persoanelor care îşi dau acordul pentru a depune mărturie, putând astfel să fie ascultaţi în calitate de martori. În acest caz, dacă avocatul care a devenit apărător sau reprezentant al uneia dintre părţi a cunoscut anumite fapte sau împrejurări înainte de a avea această calitate, el nu îşi mai poate îndeplini mandatul deoarece calitatea de martor are întâietate faţă de calitatea de apărător.

Pe lângă persoanele obligate să păstreze secretul profesional, *persoanele vătămate care se constituie părţi civile sau participă în proces ca părţi vătămate* nu pot fi chemate în instanţă ca martori deoarece nu se poate depune mărturie în propria cauza. Persoana vătămată poate fi ascultată ca martor dacă nu este constituită ca parte civilă sau nu participa la proces ca parte vătămată. Persoana vătămată poate fi ascultată ca martor şi în cazul în care, după ce s-a constituit ca parte civilă sau a participat în proces ca parte vătămată, renunţă definitiv la calitatea sa de parte în proces.

Din categoria *persoanelor care pot refuza să dea declaraţii în calitate de martor*, potrivit articolului 117 NCP, fac parte soţul, ascendenţii şi descendenţii în linie directă, fraţii şi surorile suspectului sau inculpatului sau persoanele care au avut calitatea de soţ al suspectului sau al inculpatului. Oricare dintre aceste categorii de martori pot depune mărturie în cazul în care aceştia sunt de acord, având aceleaşi drepturi şi obligaţii ca oricare alt martor.

Legea 682/2002[2] defineşte martorul protejat ca fiind *martorul, membrii familiei sale şi persoanele apropiate acestuia incluse în Programul de protecţie a martorilor, conform prevederilor prezenţei legi; membrii de familie ai martorului protejat sunt soţul sau soţia, părinţii şi copiii acestuia; persoană apropiată martorului protejat este persoana de care respectivul martor este legat prin puternice legături afective*.

Programul de protecţie a martorilor *reprezintă activităţile specifice desfăşurate de Oficiul Naţional pentru Protecţia Martorilor prevăzut la art. 3, cu sprijinul autorităţilor administraţiei publice centrale şi locale, în scopul apărării vieţii, integrităţii corporale şi sănătăţii persoanelor care au dobândit calitatea de martori protejaţi.*[3]

Potrivit aceleiaşi Legii 682/2002, martorul protejat are obligaţia[4] de a furniza informaţiile şi datele pe care le deţine şi care au caracter determinant în aflarea adevărului într-o cauză, de a se conforma cu măsurile stabilite în schema de sprijin, de a se abţine de la orice activitate care l-ar putea pune în pericol sau care ar putea compromite punerea în aplicare a programului de protecţie a martorilor, de a nu contacta persoane cunoscute sau persoane din mediile infracţionale, de a informa Oficiul Naţional pentru Protecţia Martorilor referitor la orice schimbare apărută în viaţa personală şi activităţile pe care le desfăşoară în perioada de aplicare a programului de protecţie precum şi în cazul intrării involuntare în contact cu persoanele menţionate.

Investigatorii sub acoperire sunt lucrători operativi din cadrul Ministerului Administraţiei şi Internelor, precum şi din organe de stat care desfăşoară, potrivit legii,

---

[1] Idem.
[2] Legea 682/2002, actualizată, Capitolul I – Dispoziţii generale, art. 3 alin. c.
[3] Legea 682/2002, actualizată, Capitolul I – Dispoziţii general, art. 3 alin. f.
[4] Legea 682/2002, actualizată, Capitolul II – Programul de protecţie a martorilor, articolul 11.

activităţi de informaţii pentru realizarea siguranţei naţionale, desemnaţi în acest scop şi pot fi folosiţi pe o perioadă determinată.

Pe lângă martor, un alt *subiect activ* al infracţiunii de depunere a mărturiei mincinoase este *expertul*, care este însărcinat de organul judiciar să lămurească, pe baza cunoştinţelor de specialitate, anumite fapte sau împrejurări ale cauzei cu scopul determinării adevărului. Subiect al infracţiunii de mărturie mincinoasă poate fi atât expertul numit de organul de urmărire penală sau de instanţă de judecată cât şi persoana care efectuează o expertiza în cadrul unui serviciu medico-legal, laborator de expertiză criminalistică sau în orice alt institut de specialitate către care s-a adresat organul judiciar pentru efectuarea expertizei.[1] Experţii pot deveni subiect activ doar în cazul în care sunt numiţi sau chemaţi de către organul judiciar pentru a depune mărturie.

Interpretul este un alt *subiect activ* reprezentat de persoanele ale căror servicii sunt folosite de organele judiciare în cazurile în care una dintre părţi sau o altă persoană care urmează să fie audiata nu cunoaşte limba romana sau în cazurile în care înscrisurile aflate la dosarul cauzei nu sunt în limba romană.

Într-un caz concret care implică activitatea interpreţilor în cadrul procedurii de judecată, prin sentinţa penală nr. 256 din 08 iunie 2011,[2]

În dosarul nr. 1272/122/2011, a fost respinsă, ca nefondată, cererea de revizuire formulată de revizuientul A.T., cu obligarea acestuia la plata cheltuielilor judiciare datorate statului. Pentru a hotărî astfel, tribunalul a reţinut că în motivarea cererii formulată de condamnatul A.T. de revizuire a sentinţei penale nr. 680 din 08 decembrie 2008 pronunţată de Tribunalul Giurgiu în dosarul nr. 1164/122/2008, revizuientul a arătat că interpreţii de limba turca ce i s-au oferit pe parcursul procesului penal nu erau acreditaţi de Ministerul Justiţiei şi nu aveau acceptul Ambasadei Turciei la Bucureşti. De asemenea, aceştia i-au asigurat traducerile în mod necorespunzător. Tribunalul a constatat că această cerere este nefondată.

Referitor la interpreţi, dispoziţiile Codului Penal prevăd că, o hotărâre judecătorească definitivă poate fi supusă revizuirii dacă „un martor, un expert sau un interpret a săvârşit infracţiunea de mărturie mincinoasă în cauză a cărei revizuire se cere”. Or, petentul nu a făcut dovada că a formulat plângere pentru săvârşirea infracţiunii de mărturie mincinoasă faţă de vreunul dintre interpreţi şi că s-ar fi dispus începerea urmăririi penale pentru această faptă. Pentru aceste motive, Tribunalul a respins ca nefondată cererea de revizuire formulată de revizuientul A.T., împotriva sentinţei penale nr. 121/2009 a Tribunalului Giurgiu.

Împotriva acestei sentinţe a formulat apel revizuientul A.T. solicitând admiterea apelului şi desfiinţarea sentinţei penale atacate şi, rejudecând, achitarea inculpatului întrucât la instanţă de fond, acestuia nu i-a fost asigurat un traducător autorizat.

Potrivit dispoziţiilor art. 394 alin. (1) lit. b) şi alin. (3) C. proc. Pen., revizuirea poate fi cerută când un martor, un expert sau interpret a săvârşit infracţiunea de mărturie mincinoasă în cauză a cărei revizuire se cere, condiţia fiind că, declaraţiile acestora să fi dus la darea unei hotărâri nelegale şi netemeinice. Revizuirea are, aşadar, menirea de a conduce la anularea unei hotărâri definitive care conţine erori esenţiale de fapt, determinate de declaraţiile necorespunzătoare ale martorului expertului sau interpretului şi care au servit la pronunţarea hotărârii, constituind una din probele care au format convingerea instanţei.

---

[1] Octavian Loghin, Tudorel Toader, *Drept penal român, Partea specială*, ediţie revizuită şi adăugită, Casa de Editură şi Presă “Şansa”, Bucureşti, 1996, p. 390.

[2] Decizia nr. 218/2012, Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie, Secţia Penală Giurgiu.

Astfel, dacă pentru existenţa infracţiunii de mărturie mincinoasă este necesar a se constata că a fost alterat adevărul prin afirmaţii mincinoase sau trecerea sub tăcere a unor împrejurări esenţiale, pentru că mărturia mincinoasă să poată constitui temei pentru revizuirea unei hotărâri definitive, trebuie să se constate că acea mărturie neconformă cu realitatea a servit la pronunţarea hotărârii, în sensul că, în considerentele hotărârii ea a constituit una din probele pe care s-a întemeiat convingerea instanţei.

Curtea a reţinut aşa cum a constatat şi instanţă de fond, ca revizuientul condamnat nu a făcut dovada că ar fi formulat vreo plângere penală împotriva interpretului. S-a mai reţinut că, atât în faza de urmărire penală cât şi pe parcursul judecăţii cauzei în fond şi în căile de atac (apel, recurs) inculpatului i-a fost asigurat dreptul la apărare, dându-i posibilitatea de a lua cunoştinţă de actele şi lucrările dosarului şi de desfăşurarea cercetării judecătoreşti prin asigurarea prezenţei la fiecare termen a unui interpret de limba turcă, acreditat de Ministerul Justiţiei, respectiv, doamna D.H. (autorizaţie nr. 8872 din 11 aprilie 2006), P.N. (autorizaţia nr. 1553 din 20 aprilie 1999), C.C. (autorizaţia nr. 1762 din 21 mai 1999). În consecinţă, având în vedere toate considerentele anterior expuse, Curtea de Apel Bucureşti a apreciat că nu poate fi reţinută critică apelantului revizuient privind săvârşirea infracţiunii de mărturie mincinoasă de către interpretul care i-a asigurat traducerea în cauză în care acesta a fost condamnat pentru comiterea infracţiunii de trafic de droguri de mare risc.

Prin natura sa, infracţiunea de mărturie mincinoasă exclude participaţia penală sub forma coautoratului. La săvârşirea faptei pot participa însă alte persoane în calitate de instigatori sau complici.

În acest context[1], Tribunalul Braşov, prin sentinţa penală nr. 197/29.06.2000 a dispus, printre altele, condamnarea inculpatului B.A.F. pentru săvârşirea infracţiunii de instigare al infracţiunea de mărturie mincinoasă, prevăzută de 260 C.pen., la pedeapsă de 2 ani şi 6 luni închisoare. S-a reţinut că, în cursul cercetărilor, inculpatul B.A.F. l-a determinat pe învinuitul B.A.M. să declare mincinos ca în noaptea desfăşurării activităţii infracţionale au fost împreună, în alt loc decât în cartierul unde locuia partea civilă. Înainte de terminarea urmăririi penale învinuitul B.A.M. şi-a retras declaraţiile, relatând adevărul cu privire la alibiul inculpatului.

Hotărârea a fost criticată în apel de parchet şi inculpaţi, pentru motive de netemeinicie. Curtea de Apel Braşov, prin decizia penală nr. 198/11.10.2000, a admis apelurile declarate, şi printre altele, a dispus, în temeiul art. 11 pct. 2 lit. a raportat la art. 10 lit. d C.pr. pen., achitarea inculpatului B.A.F. pentru săvârşirea infracţiunii prevăzute de art. 25 raportat la art. 260 C.pen.

Pentru a dispune astfel, instanţă de apel a reţinut că activitatea concretă în baza căreia inculpatul B.A. a fost condamnat pentru infracţiunea de instigare la mărturie mincinoasă a constat în împrejurarea ca în cursul cercetărilor acest inculpat l-a determinat pe învinuitul B.A.M. să declare mincinos ca în noaptea furtului au fost împreună şi că nu au fost în cartierul Bartolomeu din Municipiul Braşov, unde locuieşte partea civilă.

Ulterior, înainte de terminarea urmăririi penale, învinuitul şi-a retras mărturia mincinoasă, relatând adevărul cu privire la alibiul încercat a fi creat în favoarea inculpatului B.A. Faţă de modul în care legiuitorul a înţeles să incrimineze infracţiunea de mărturie mincinoasă, se constată că, în speţă, nu sunt întrunite elementele constitutive ale acestei infracţiuni. Infracţiunea de mărturie mincinoasă nu poate fi săvârşită decât de un

[1] Decizia nr. 198 din 11 octombrie 2000, Curtea de Apel Braşov, secţia penală, decizia nr. 198 din 11 octombrie 2000.

martor, expert sau interpret. Persoana care nu se afla faţă de organul judiciar într-un raport juridic specific, respectiv nu are calitatea procesuală de martor, expert sau interpret, nu poate fi subiect al infracţiunii de mărturie mincinoasă.

Din actele dosarului, se constată că, la momentul în care a declarat mincinos B.A.M. avea calitatea de parte în proces. Ca atare, această persoană neavând calitatea cerută de lege pentru a răspunde penal în baza art. 260 C.pen., nu poate exista instigarea la infracţiunea incriminata de acest text de lege faţă de o persoană care nu îndeplineşte condiţiile pentru a răspunde penal în acest temei.

Elementul material[1] al infracţiunii de mărturie mincinoasă este reprezentat de fapta martorului care face mărturii mincinoase într-o cauză penală, civilă sau în orice altă procedura în care se ascultă martori. Afirmaţiile mincinoase pot fi pozitive sau negative când martorul mincinos afirma că fiind existente împrejurări despre care are cunoştinţă că nu sunt reale şi respectiv atunci când afirma că există împrejurări despre care ştie cu certitudine că nu există.

Pentru că elementul material al infracţiunii să se realizeze, martorul trebuie ascultat într-o cauză penală, care are ca obiect săvârşirea unei infracţiuni de ordin penal care se afla în curs de judecată, într-o cauză civilă care are ca obiect proceduri civile şi, potrivit articolului 273, în cadrul oricărei proceduri în care se ascultă martori şi care se desfăşoară în faţa unui organ judiciar.

Cerinţele esenţiale[2] care trebuie îndeplinite pentru că infracţiunea de mărturie mincinoasă să existe sunt necesitatea că afirmaţia mincinoasă sau omisiunea intenţionată să aibă legătură directă cu imprejuraile esenţiale ale cauzei şi că făptuitorul să fie întrebat în legătură cu aceste împrejurări. Infracţiunea de mărturie mincinoasă nu este considerată valida în cazul în care o persoană relatează ceea ce a auzit de la o altă persoană şi nu oferă informaţii percepute direct.

Actele de pregătire şi tentativă, deşi posibile, nu se pedepsesc. Infracţiunea se consuma în momentul în care ascultarea a luat sfârşit şi se semnează depoziţia făcută. În cazul întocmirii unui raport de expertiză sau a efectuării unei traduceri scrise, momentul consumării infracţiunii este momentul în care raportul de expertiză ori traducerea este depusă la organul care a dispus efectuarea ei.

Mărturia mincinoasă este o infracţiune de pericol, consumarea acestei infracţiuni nu este condiţionată de producerea vreunei alte urmăriri în afara celei constând în punerea în pericol a efectuării justiţiei; tocmai de aceea nu ne interesează dacă depoziţia mincinoasă a fost sau nu luată în considerare de organul judiciar, dacă a determinat sau nu luarea de măsuri sau pronunţarea unei hotărâri. Chiar dacă depoziţia mincinoasă nu a fost luată în considerare şi, deci, nu a influenţat cu nimic soluţia pronunţată, făptuitorul răspunde potrivit articolului 273 din Noul Cod Penal, deoarece infracţiunea de mărturie mincinoasă s-a consumat în momentul în care depoziţia a fost făcută.

Există infracţiunea continuată de mărturie mincinoasă atunci când un martor, în baza aceleiaşi rezoluţii criminale, depun mărturie mincinoasă în faza de urmărire penală, iar în faza de judecată îşi menţine aceeaşi declaraţie cu conţinut nereal sau o schimbă dat tot în neconcordanţă cu realitatea.[3]

Modalitatea de săvârşire a acestei infracţiuni este prevăzută în textul articolului 273 ca având o dimensiune tipică şi una agravata, astfel: *(1) Fapta martorului care, într-o cauză penală, civilă sau în orice altă procedura în care se ascultă martori, face*

---

[1] Alexandru Boroi, *op. cit,* p. 317.
[2] Alexandru Boroi, *op. cit,* pag. 319.
[3] Alexandru Boroi, *op. cit,* pag. 320.

afirmaţii mincinoase, ori nu spune tot ce ştie în legătură cu faptele sau împrejurările esenţiale cu privire la care este întrebat, se pedepseşte cu închisoare de la 6 luni la 3 ani sau cu amendă.

(2) Mărturia mincinoasă săvârşită: a) de un martor cu identitate protejată ori aflat în Programul de protecţie a martorilor; b) de un investigator sub acoperire; c) de o persoană care întocmeşte un raport de expertiză, ori de un interpret; d) în legătură cu o faptă pentru care legea prevede pedeapsa detenţiunii pe viaţă ori închisoarea de 10 ani sau mai mare, se pedepseşte cu închisoarea de la unu la 5 ani.

Clauză de nepedepsire cuprinsă în articolul 273 alin 3 specifică faptul că *autorul nu se pedepseşte dacă îşi retrage mărturia, în cauzele penale înainte de reţinere, arestare sau de punerea în mişcare a acţiunii penale, ori în alte cauze înainte de a se fi pronunţat o hotărâre sau de a se fi dat o altă soluţie, ca urmare a mărturiei mincinoase.*

Din interpretarea articolului nr. 273, alin. 3 rezultă că pentru a produce efectul de nepedepsire, retragerea mărturiei mincinoase trebuie să fie făcută în mod obligatoriu în cadrul aceleiaşi cauze în care a fost făcută mărturia mincinoasă, persoană care îşi retrage mărturia mincinoasă trebuie să îşi păstreze calitatea de martor în momentul în care a avut loc retragerea iar, în cauzele penale, retragerea trebuie să aibă loc înainte de arestare sau de demarare a acţiunii penale. Aceste condiţii trebuie îndeplinite cumulativ, lipsa uneia excluzând aplicabilitarea cauzei de nepedepsire.

În acest context decizia 2083 din 25 aprilie 2001[1], prin sentinţa penală nr. 139 din 23 aprilie 1998 Tribunalul Galaţi a condamnat, între alţii, pe inculpatul D. P. pentru săvârşirea infracţiunii de mărturie mincinoasă. În cauză a mai fost condamnat inculpatul M. A. pentru complicitate la trecerea frauduloasă a frontierei, săvârşită prin transportarea cu o barcă cu motor pe Dunăre a unor persoane care trecuseră ilegal frontiera în România.

Instanţa a reţinut că, fiind audiat ca martor de organul de cercetare penală, a afirmat mincinos că nu s-a ocupat, împreună cu inculpatul M. A., de procurarea de către acesta a unei bărci cu motor şi nici de ascunderea bărcii după săvârşirea infracţiunii de către M. A., mărturie făcută cu scopul de a nu se dovedi că cel din urmă deţinea o barcă. După arestarea inculpatului M. A., inculpatul D. P. şi-a retras mărturia mincinoasă.

Prin decizia penală nr. 1/A din 5 februarie 1999, Curtea de Apel Galaţi, secţia maritimă şi fluviala, a admis apelul inculpatului D. P. şi, a dispus încetarea procesului penal pornit împotriva acestuia pentru infracţiunea de mărturie mincinoasă. Împotriva deciziei procurorului a declarat recurs, cu motivarea că instanţă de apel a făcut o greşită aplicare a prevederilor Codului penal, nefiind întrunite condiţiile pentru că inculpatul să beneficieze de cauză de nepedepsire prevăzută de acest text de lege.

Din actele dosarului rezultă că, fiind ascultat ca martor, inculpatul a făcut afirmaţii mincinoase în favoarea inculpatului M. A., aşa încât arestarea acestuia nu s-a dispus ca urmare a mărturiei mincinoase şi, ca atare, pentru a beneficia de cauză de nepedepsire inculpatul nu trebuia să-şi retragă mărturia înainte de arestarea inculpatului M. A. Această concluzie rezultă din interpretarea prevederilor Codului penal, potrivit cărora mărturia mincinoasă nu se pedepseşte dacă, în cauzele penale, arestarea inculpatului s-a făcut după retragerea mărturiei mincinoase sau în cazul în care martorul îşi retrage mărturia mincinoasă înainte de decizia dată de instanţă în baza mărturiei mincinoase.

---

[1] Decizia 2083 din 25 aprilie 2001, Secţia penală, Tribunalul Galaţi.

Concluzii

Martorii au cunoştinţele cele mai directe referitor la faptele care fac obiectul cercetării sau judecăţii iar declaraţiile lor pot duce la stabilirea acestor fapte, aşa cum au avut loc în realitate şi la pronunţarea unor hotărâri corecte, bazate pe adevăr. Însă doar în măsura în care martorii relatează adevărul referitor la cele cunoscute, declaraţiile lor prezintă un ajutor efectiv oferit autorităţilor şi instanţelor de judecată în actul de înfăptuire a justiţiei. Riscul social reprezentat de mărturia mincinoasă a martorilor, experţilor, interpreţilor, martorilor cu identitate protejată sau a celor aflaţi în programul de protecţie al martorilor, precum şi a investigatorilor sub acoperire a determinat legiuitorul să introducă în Noul Cod Penal forma agravanta a infracţiunii de mărturie mincinoasă şi a sancţiunilor corespunzătoare. Importanta reprezentată de acurateţea şi corectitudinea informaţiilor şi declaraţiilor făcută în faţa Curţii în susţinerea unei corecte decizii a determinat eliminarea sancţiunilor alternative şi anume amendă penală şi majorarea limitelor de pedeapsă.

Referinţe

1. **Alexandru Boroi**, Drept Penal, Partea specială conform Noului Cod Penal, Editura C.H. Beck, Bucureşti 2011, pag. 313.
2. **Octavian Loghin, Tudorel Toader**, Drept penal român, Partea specială, Ediţie revizuită şi adăugita, Casa de Editură şi Presă "Şansa", Bucureşti, 1996, pag. 389.
3. Noul Cod Penal.
4. Legea 682/2002, asupra protecţiei martorilor.
5. Decizia nr. 218/2012, Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie, Secţia Penală Giurgiu.
6. Decizia nr. 198 din 11 octombrie 2000**,** Curtea de Apel Braşov, secţia penală, decizia nr. 198 din 11 octombrie 2000.
7. Decizia 2083 din 25 aprilie 2001, Secţia penală, Tribunalul Galaţi.

Instanțele penale internaționale cu competență în materia infracțiunilor de genocid şi contra umanității

Bogdan ***BÎRZU****

Abstract*: Ororile secolului XX sunt multiple. Acte de violenţă în masă au avut loc în atât de multe ţări şi de atât de multe ori încât sunt greu de înţeles. Conform unor estimări, aproape 170 de milioane de civili au fost supuşi la genocid, crime de război şi crime împotriva umanităţii în secolul trecut. Cele două conflagraţii mondiale au determinat comunitatea mondială să îşi asume angajamentul că "niciodată" nu se va mai produce ceva similar.*

Lucrarea de faţă prezintă o analiză a tribunalelor penale internaţionale cu jurisdicţie în materia infracţiunilor de genocid şi contra umanităţii. Scopul lucrării este de a sublinia importanţa acestor instituţii, atât la nivel naţional şi internaţional precum şi evoluţia legislaţiei naţionale privind infracţiunile contra păcii şi omenirii.

Statutele acestor instanţe internaţionale au definit pentru prima dată acest concept de infracţiuni contra păcii şi omenirii, reprezentând astfel un adevărat model pentru statele membre ale Naţiunilor Unite în ceea ce priveşte incriminarea acestor crime în propriile lor legislaţiile naţionale.

Cuvinte cheie: *genocid, instanţe internaţionale, crime împotriva umanităţii, cazuri, imprescriptibil*

Capitolul I. Aspecte introductive

Menţinerea unui climat de pace, asigurarea securităţii grupurilor umane şi implicit a dreptului la viaţă, ca cea mai stabilă şi profundă temelie a societăţii civilizate se regăsesc printre valorile sociale fundamentale, ocrotite de legea penală.

Protecţia acestor valori prin intermediul instituirii normelor de drept penal s-a impus, cu precădere, după cele două conflagraţii mondiale, pornind de la nenumăratele crime de război şi distrugerile de orice natură săvârşite în această perioadă, care au afectat atât populaţia civilă cât şi cultura naţiunilor.

Într-un stat de drept democratic, întinderea şi intensitatea represiunii penale trebuie să fie determinată, cu prioritate, prin raportare la importanţa valorii sociale lezate şi să satisfacă exigenţele decurgând din principiile drepturilor fundamentale ale omului.

În acest fel, în comunitatea internaţională a apărut necesitatea unei politici comune de consacrare şi protejare a drepturilor fundamentale ale omului, pentru a preveni repetarea acestor evenimente intolerabile, necesitate exprimată prin înfiinţarea unor instanţe penale cu jurisdicţie internaţională, pentru judecarea crimelor de război.

Ulterior, un rol decisiv în organizarea şi funcţionarea tribunalelor internaţionale, l-au jucat revoltele, revoluţiile şi actele inumane care au continuat după cele două războaie mondiale şi care se manifestă în continuare în diferite regiuni ale lumii.

---

* Doctorand, Universitatea "Titu Maiorescu", Şcoala Doctorală.

Statutele acestor instanţe internaţionale au definit pentru prima dată crimele contra păcii şi omenirii, reprezentând astfel adevărate modele pentru comunitatea statelor membre Organizaţia Naţiunilor Unite, în ceea ce priveşte incriminarea acestor infracţiuni, în legislaţiile penale proprii[1].

Astfel, potrivit art. 6 din Statutul Curţii Penale Internaţionale[2], prin crimă de genocid se înţelege „oricare dintre faptele menţionate mai jos, săvârşită cu intenţia de a distruge, în întregime sau în parte, un grup naţional, etnic, rasial sau religios, şi anume: a) uciderea de membri ai grupului; b) vătămarea gravă a integrităţii fizice sau mintale privind membri ai grupului; c) supunerea cu intenţie a grupului unor condiţii de existenţă care să antreneze distrugerea sa fizică totală sau parţială; d) măsuri vizând împiedicarea naşterilor în sânul grupului; e) transferarea forţată de copii aparţinând unui grup în alt grup".

Potrivit art. 7 din Statut, prin crimă împotriva umanităţii se înţelege „una dintre faptele menţionate mai jos, când aceasta este comisă în cadrul unui atac generalizat sau sistematic lansat împotriva unei populaţii civile şi în cunoştinţă de acest atac: a) omorul; b) exterminarea; c) supunerea la sclavie; d) deportarea sau transferarea forţată de populaţie; e) întemniţarea sau altă formă de privare gravă de libertate fizică, cu violarea dispoziţiilor fundamentale ale dreptului internaţional; f) tortura; g) violul, sclavajul sexual, prostituţia forţată, graviditatea forţată, sterilizarea forţată sau orice altă formă de violenţă sexuală de o gravitate comparabilă; h) persecutarea oricărui grup sau a oricărei colectivităţi identificabile din motive de ordin politic, rasial, naţional, etnic, cultural, religios sau sexual, în sensul paragrafului 3, ori în funcţie de alte criterii universal recunoscute ca inadmisibile în dreptul internaţional, în corelare cu orice act prevăzut în prezentul paragraf sau orice crimă de competenţa Curţii; i) dispariţiile forţate de persoane; j) crima de apartheid; k) alte fapte inumane cu caracter analog cauzând cu intenţie suferinţe mari sau vătămări grave ale integrităţii fizice ori ale sănătăţii fizice sau mintale"

Capitolul II. Scurt istoric

Ideea creării unui tribunal penal internaţional care să fie competent a judeca infracţiunile comise prin încălcare normelor de drept internaţional datează încă din secolul al XIX-lea. Încercările de materializare au apărut după primul război mondial, în cadrul Societăţii Naţiunilor, susţinute fiind şi de înalte foruri ale ştiinţei juridice, în special de Asociaţia de Drept Internaţional, Institutul de Drept Internaţional şi Asociaţia Internaţională de Drept Penal, o contribuţie importantă având, în cadrul acestora, juristul român Vespasian V. Pella şi au fost continuate apoi în cadrul Organizaţiei Naţiunilor Unite, începând cu anul 1950.

Convenţii internaţionale importante privind incriminarea unor fapte grave cum sunt cele referitoare la terorism (1937)[3], genocid (1948)[4] şi apartheid (1973)[5], prevedeau că judecarea faptelor de acest gen să se facă nu numai de către instanţele naţionale, ci şi de

---

[1] Boroi Alexandru, *Drept penal. Partea specială*, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2006.

[2] Statutul Curţii Penale Internaţionale adoptat în data de 17 iulie 1998, la Roma, în cadrul Conferinţei Diplomatice a Organizaţiei Naţiunilor Unite.

[3] Convenţia pentru prevenirea şi reprimarea terorismului, adoptată la Geneva, la 16 noiembrie 1937.

[4] Convenţia pentru prevenirea şi pedepsirea crimelor de genocid, adoptată de Adunarea Generală a Organizaţiei Naţiunilor Unite la 9 decembrie 1948.

[5] Convenţia internaţională privind suprimarea şi pedepsirea crimelor în Apartheid, adoptată de Adunarea Generală a Naţiunilor Unite la 30 noiembrie 1973.

către o curte sau un tribunal penal internaţional, dar proiectele întocmite nu au putut să fie finalizate.

În lipsa unui tribunal internaţional cu competenţă universală, unele situaţii presante şi punctuale au fost soluţionate prin înfiinţarea de tribunale penale ad-hoc.

Constituirea tribunalelor militare internaţionale a avut loc în 1945, la Nürenberg şi Tokio, cu scopul de a trage la răspundere persoanele care au dat naştere celui de-al doilea război mondial, iar mai târziu s-au înfiinţat Tribunalul Internaţional pentru fosta Iugoslavie şi Tribunalul Internaţional pentru Ruanda, astăzi în funcţiune.

Apariţia primelor foruri jurisdicţionale penale internaţionale, a căror activitate a avut de-a lungul timpului un rol determinant în consacrarea juridică a infracţiunilor contra păcii şi omenirii, are loc în perioada imediat următoare celui de-al doilea război mondial, când a fost creat **Tribunalul Militar Internaţional de la Nurnberg**.

La întâlnirile de la Teheran (1943), Ialta (1945) şi Potsdam (1945), cele trei mari puteri din timpul războiului, Statele Unite, Uniunea Sovietică şi Regatul Unit, au convenit asupra pedepselor care urmau să fie aplicate celor vinovaţi de crime de război şi crime împotriva umanităţii în timpul celui de-al doilea război mondial fiind astfel stabilite detaliile proceselor penale, care urmau să înceapă la 20 noiembrie 1945, în oraşul Nürnberg.

Acordul de la Londra din 8 august 1945 privind urmărirea şi pedepsirea marilor criminali de război, a constituit baza legală a Tribunalului de la Nürnberg, inaugurat la 18 octombrie 1945, în clădirea Curţii Supreme, la Berlin.

Procesele de la Nürnberg au fost o serie de procese celebre pentru faptul că în cadrul lor au fost inculpaţi şi judecaţi importanţi membri ai conducerii politice, militare şi economice ai Germaniei Naziste. Procesele au avut loc între 1945 şi 1949 în oraşul Nürnberg, Germania, în Palatul de Justiţie. Primul şi cel mai cunoscut dintre aceste procese a fost Procesul Principalilor Criminali de Război în faţa Tribunalului Militar Internaţional (TMI), în care au fost judecaţi 24 dintre cei mai importanţi lideri ai Germaniei naziste, atât capturaţi cât şi în contumacie.

Articolul 6 al Statutului Tribunalului International de la Nürnberg stabileşte competenţa de judecată a acestei instanţe ad-hoc cu privire la următoarele crime:

a) crimele contra păcii: ordonarea, pregătirea, declanşarea sau ducerea unui război de agresiune, sau a unui război prin violarea tratatelor, a garanţiilor sau a acordurilor internaţionale,sau participarea la un plan concertat sau la un complot pentru îndeplinirea oricăruia dintre următoarele acte;

b) crimele de război: violarea legilor şi obiceiurilor războiului, în cadrul cărora erau incluse cu caracter exemplificativ asasinatul, relele tratamente şi deportarea pentru muncă forţată sau în orice alt scop a populaţiilor civile în teritoriile ocupate, asasinatul sau relele tratamente ale prizonierilor de război sau ale persoanelor aflate pe mare, executarea ostatecilor, jefuirea bunurilor publice sau private, distrugerea fără motiv a oraşelor şi satelor sau devastarea lor nejustificată de necesităţi militare;

c) crimele contra umanităţii: asasinatul, exterminarea, aducerea în stare de sclavie, deportarea şi orice alt act inuman comis contra oricărei populaţii civile înainte sau în timpul războiului, ca şi persecuţiile pentru motive politice, rasiale sau religioase, dacă aceste acte sau persecuţii, indiferent dacă constituiau sau nu o violare a dreptului intern al ţării unde s-au produs, au fost comise ca urmare a oricărei crime aflate în competenţa tribunalului sau în legătură cu asemenea crimă.

Aceste crime cuprinse în Statutul Tribunalului internaţional de la Nürnberg au căpătat consacrarea juridică universală ca urmare a confirmării lor prin Rezoluţiile 3 (I)

şi 95 (I) ale Adunării Generale a Organizaţiei Naţiunilor Unite din 13 februarie 1946 şi 11 decembrie 1946.

Dezbaterile procesului de la Nürnberg s-au ţinut în perioada cuprinsă între 20 noiembrie 1945 şi 1 octombrie 1946. Al doilea set de procese ale unor criminali de război mai puţin importanţi a avut loc conform Legii nr. 10 a Consiliului de Control la Tribunalele militare de la Nürnberg (TMN), printre care Procesul medicilor şi Procesul judecătorilor.

Comisia Juridică Internaţională, acţionând la cererea Adunării Generale a Naţiunilor Unite, a publicat în 1950 raportul *Principii ale legii internaţionale recunoscute în Carta Tribunalului de la Nürnberg şi în judecata tribunalului*.

Influenţa tribunalului reiese şi din propunerile de înfiinţare a unei instanţe penale internaţionale şi în elaborarea codurilor penale internaţionale, pregătite ulterior de Comisia Juridică Internaţională.

Procesele de la Nürnberg au iniţiat o mişcare pentru stabilirea imediată a unei instanţe penale internaţionale, conducând în cele din urmă după peste cincizeci de ani la adoptarea Statutului Tribunalului Penal Internaţional.

Concluziile proceselor de la Nürnberg au servit la elaborarea următoarelor acte:

- Convenţia privind genocidul, 1948.
- Declaraţia Universală a Drepturilor Omului, 1948[1].
- Convenţia privind Abolirea Prescrierii Crimelor de Război şi Crimelor Împotriva Umanităţii, 1968[2].
- Convenţia de la Geneva asupra Legilor şi Cutumelor de Război, 1949 cu protocoalele sale adiţionale din 1977.

De asemenea, trebuie făcută menţiunea că meritul acestei instanţe ad-hoc constă în definirea, pentru prima dată, a celor trei mari categorii importante de crime internaţionale – crimele împotriva păcii, crimele împotriva umanităţii şi crimele de război, având în comun încălcarea valorilor supreme ale comunităţii internaţionale.

În condiţii istorice similare a fost creat **Tribunalul internaţional pentru urmărirea şi pedepsirea marilor criminali de război din Extremul Orient**, cunoscut ca **Tribunalul de la Tokio**, prin "Declaraţia de la Postdam" din 26 iulie 1945, semnată de Statele Unite ale Americii, Marea Britanie şi China.

În baza acestui document a fost aprobată la 19 ianuarie 1946 "Carta Tribunalului militar internaţional pentru Extremul Orient" constituind astfel cadrul normativ de a pedepsi cu promptitudine pe militanţii japonezi şi ei răspunzători de crimele de război comise în această parte a lumii[3].

În linii generale, Carta Tribunalului de la Tokyo, cuprindea principii şi reglementări similare cu cele din Statutul Tribunalului de la Nürnberg, dar avea şi unele deosebiri: Tribunalul, comparativ cu cel de la Nürnberg, nu era abilitat să declare criminale anumite grupuri sau organizaţii, competenţa Tribunalului „ratione personae" limitându-se la persoanele învinuite a fi comis crime grave.

Regulile de procedură şi garanţiile judiciare, precum şi cele privind responsabilitatea acuzaţiilor sau pedepsele ce se puteau aplica erau similare celor din Statutul Tribunalului de la Nürnberg.

---

[1] Declaraţia Universală a Drepturilor Omului a fost adoptată la 10 decembrie 1948, prin Rezoluţia 217 A în cadrul celei de a III-a sesiuni a Adunării Generale a Organizaţiei Naţiunilor Unite.

[2] A fost adoptată de Adunarea generală a Organizaţiei Naţiunilor Unite la 26 noiembrie 1968 (Rezoluţia nr. 2391/XXIII).

[3] Dumitru Diaconu, Curtea penală internaţională. Istorie şi realitate. Ed. All Beck, Bucureşti, 1999.

Tribunalul militar de la Tokio şi-a încheiat lucrările la 12 noiembrie 1946, condamnând la moarte 7 persoane, iar la închisoare pe viaţă 11 persoane.

Finalizăm acest capitol prin a concluziona faptul că procesul de la Nürnberg are meritul de a fi definit conceptele de genocid şi crime împotriva umanităţii, în timp ce procesul de la Tokio descrie actele criminale comise împotriva prizonierilor de război, influenţând evoluţia normelor şi principiilor dreptului internaţional în legătură cu răspunderea pentru infracţiunile internaţionale comise.

Capitolul III. Curţi şi tribunale internaţionale

Efortul comunităţii internaţionale de a crea o jurisdicţie penală permanentă a continuat şi după încheierea războiului rece, care ar fi trebuit să pună capăt conflictelor interne şi internaţionale generând astfel săvârşirea infracţiunilor contra păcii şi omenirii, situaţie în care, practica instanţelor ad-hoc a continuat, fiind înfiinţate tribunalele penale pentru fosta Iugoslavie şi Ruanda.

Tribunalul Penal Internaţional pentru fosta Iugoslavie

A fost înfiinţat prin Rezoluţia nr. 808 din 23.02.1993 a Consiliul de Securitate al Organizaţiei Naţiunilor Unite, pentru pedepsirea persoanelor responsabile de violări grave ale dreptului umanitar, comise pe teritoriul acestei ţări, începând cu 1 ianuarie 1991. Tribunalul este localizat la Haga, în Olanda, statutul fiind adoptat prin Rezoluţia nr. 827 din 25.05.1993. Tribunalul este un organ judiciar al Organizaţiei Naţiunilor Unite, care acţionează în Europa şi care abordează chestiunile europene, fiind instituit ca instituţie temporară care are ca misiune specifică cercetarea încălcărilor grave ale dreptului internaţional umanitar comise în fosta Iugoslavie şi urmărirea penală a vinovaţilor.

Tribunalul poate judeca acuzaţii de genocid, crime împotriva umanităţii, încălcări ale convenţiilor de la Geneva, precum şi violări ale legilor sau cutumelor de război.

Instanţa funcţionează potrivit regulilor de procedură şi probare pe care ea însăşi le-a stabilit şi care derivă în cea mai mare parte din dreptul anglo-saxon. Tribunalul nu prevede judecarea unei persoane în lipsă. Poate pronunţa sentinţe de condamnare la închisoare pe viaţă, dar nu şi pedeapsa cu moartea.

Tribunalul este compus din trei organe: *Camerele* (3 camere de primă instanţă şi o cameră de apel), *Biroul Procurorului* (Serge Brammertz - Belgia) şi *Grefa* (John Hocking – Australia). Preşedintele Curţii este judecătorul Theodor Meron, iar vicepreşedinte este judecătorul Carmel Agius (Malta). Tribunalul dispune de un buget de circa 300 de milioane de dolari şi are circa 1.200 de angajaţi.

După procesele de la Nurnberg şi Tokyo, Tribunalul Penal Internaţional pentru fosta Iugoslavie este prima instanţă internaţională pentru judecarea crimelor de război de după Al Doilea Război Mondial.

Tribunalul a emis hotărâri care au creat jurisprudenţă în materie de genocid, crime de război şi crime împotriva umanităţii şi întrucât acesta a adus o contribuţie semnificativă la procesul de reconciliere în Balcanii de Vest a favorizat astfel reinstaurarea şi menţinerea păcii în regiune.

De asemenea, Tribunalul a contribuit la crearea bazelor unor noi norme în materie de soluţionare a conflictelor şi de dezvoltare post-conflict în întreaga lume, a reprezentat un exemplu pentru potenţiale tribunale ad hoc în viitor şi a demonstrat că este posibilă o justiţie internaţională eficientă şi transparent.

Tribunalul Penal Internaţional pentru Rwanda

A fost instituit de Consiliul de Securitate al Organizaţia Naţiunilor Unite la 8 noiembrie 1994 prin Rezoluţia nr. 955, în urma evenimentelor sângeroase din perioada 6 aprilie – 19 iulie 1994, 100 de zile în care au fost masacraţi, potrivit datelor oficiale, 800.000 de oameni reprezentanţi ai etniei Tutsi.

Sediul tribunalului se află la Arusha (Tanzania), este compus din 11 judecători, aleşi de Adunarea Generală a Organizaţia Naţiunilor Unite de pe o listă prezentată de Consiliul de Securitate pentru un mandat de 4 ani. Este de menţionat faptul că statutul Tribunalului prevede imposibilitatea alegerii a doi judecători din acelaşi stat.

Există două grade de jurisdicţie, Camere care judecă în prima instanţă şi o Cameră de apel comună a Tribunalului Penal Internaţional pentru Rwanda şi a Tribunalului Penal Internaţional pentru Iugoslavia, care permite să se asigure unitatea jurisprudenţei.

Instanţa dirijează activităţile sale în concordanţă cu câteva scopuri bine definite, şi anume: contribuţia la procesul de reconciliere naţională, menţinerea păcii în regiune şi judecarea persoanelor responsabile de acte de genocid, comise în Rwanda şi în statele vecine între 01.01.1994 – 31.12.1994.

Tribunalul judecă patru categorii de suspecţi. Din prima categorie fac parte organizatorii propriu-zişi ai genocidului, funcţionarii de stat implicaţi în acte de genocid, criminalii notorii, adică cei care şi-au creat o "faimă" prin numărul de persoane ucise, precum şi violatorii. A doua categorie include complicii la acte de genocid a celor care au cauzat moartea; a treia categorie este destinată persoanelor care au provocat traume deosebit de grave, iar a patra categorie se referă la persoanele care au încălcat proprietatea privată pe parcursul genocidului.

De-a lungul timpului au fost aduse mai multe speculaţii referitor la instituirea Tribunalului Penal Internaţional pentru Rwanda în noiembrie 1994. Elizabeth Neuffer (2001) a scris că tribunalul „a fost conceput ca o spălare pe mâini" a neintervenţiei Organizaţia Naţiunilor Unite în timp ce mii de oameni erau ucişi. Arthur J. Klinghoffer (1998) la fel menţinea poziţia că puternicul suport al Consiliului de Securitate pentru tribunal a fost ca o compensaţie a ineficienţei anterioare.

Când Tribunalul Penal Internaţional pentru Rwanda şi-a început activitatea, dreptul penal internaţional constituia o ramură a dreptului internaţional public. De fapt, după instituirea Tribunalelor Penale Internaţionale pentru Rwanda şi Iugoslavia, s-a conturat o distincţie între „noul" drept penal internaţional şi cel „tradiţional". Noul drept penal internaţional este preocupat de cele trei crime internaţionale: genocid, crime împotriva umanităţii şi crimele de război, acesta fiind şi domeniul de operare a Tribunalului Penal Internaţional pentru Rwanda. În comparaţie cu acesta, dreptul penal tradiţional tratează probleme ce ţin de extrădări sau alte forme de cooperare.

Cele trei crime nu erau codificate coerent şi solid în 1994, când a fost instituit Tribunalul Penal Internaţional Pentru Rwanda. În ciuda multor discuţii din cadrul Comisiei pentru Drept Internaţional din cadrul Organizaţia Naţiunilor Unite, nu exista un cod de crime internaţional, care să fie aplicat de o curte penală internaţională de genul acesta. Definiţiile crimelor incluse în statutul Tribunalul Penal Internaţional Pentru Rwanda au fost preluate din diferite tratate internaţionale, Convenţii de drept internaţional, dar majoritatea nu fuseseră aplicate de un organ jurisdicţional internaţional într-un caz individual concret. Adică, din moment ce Convenţia cu privire la prevenirea şi reprimarea crimelor de genocid a fost adoptată de Adunarea Generală Organizaţia Naţiunilor Unite la 9 decembrie 1948, abia în 1998 Tribunalul Penal Internaţional pentru Rwanda a fost primul care a condamnat un individ pentru acest gen de crimă.

Din acest punct de vedere Tribunalul Penal Internaţional Pentru Rwanda a întâmpinat greutăţi în interpretarea şi aplicarea crimelor respective.

Totodată trebuie să menţionăm că dreptul penal internaţional era oarecum imatur în momentul constituirii Tribunalului, din punctul de vedere a faptului că se considera incert impactul decisiv şi pozitiv asupra acestui domeniu a unui tribunal internaţional relativ izolat, adică independent. În plus, se pune problema influenţei pe care o poate avea un tribunal care operează cu acest tip de crime într-un stat african, care fusese considerat nesemnificativ de către comunitatea internaţională pentru a interveni în stoparea genocidului.

Crearea unui tribunal ad-hoc ca organ subsidiar este oarecum unică datorită caracterului său pur judiciar. Aceasta influenţează relaţia sa cu organismul-părinte, adică Consiliul de Securitate. Analiza altor organe subsidiare, scoate la iveală faptul că de fapt acest caracter al Tribunalul Penal Internaţional pentru Rwanda nu e chiar unic. Instituirea Tribunalului ca organ subsidiar pare să confirme că legalitatea acestui organ depinde mai mult de puterea organismului – părinte, decât de esenţa organului în sine.

Curtea Penală Internaţională

Înfiinţarea unei jurisdicţii penale internaţionale permanente este indispensabilă pentru ca incriminarea acestor infracţiuni să nu rămână un simplu demers teoretic şi pentru ca sancţionarea celor ce încalcă legea internaţională să nu depindă în cea mai mare măsură de guvernele unor state care inspiră sau patronează asemenea încălcări ori de interese politice conjuncturale, exterioare actului de justiţie. Este greu de imaginat că statele care patronează asemenea fapte (chiar dacă de cele mai multe ori din umbră), vor fi de acord ca cei ce execută propriile ordine să fie condamnaţi de tribunalele lor naţionale[1].

Curtea Penală Internaţională a devenit realitate după anul 1989, demersurile pentru crearea unei astfel de instanţe internaţionale penale permanente fiind începute în anul 1992 de către Comisia de drept internaţional a O.N.U.

Aceste demersuri au fost împlinite la Conferinţa diplomatică a plenipotenţialilor Naţiunilor Unite asupra înfiinţării unei Curţi penale internaţionale, desfăşurată la Roma în perioada 15 iunie – 17 iulie 1998, când a fost adoptat Statutul de la Roma al Curţii Penale Internaţionale.

Competenţa Curţii Penale Internaţionale este calificată ca fiind complementară jurisdicţiilor penale naţionale (art. 1). Curtea îşi poate exercita funcţiile şi prerogativele pe teritoriul oricărui stat parte şi prin acord special, pe teritoriul oricărui stat. Sediul curţii este la Haga.

Sub aspectul competentei materiale, Curtea Penală Internaţională, poate judeca: crime de genocid, crimele împotriva umanităţii, crimele de război, crima de agresiune.

Componenţa Curţii

Curtea[2] a fost înfiinţată ca instituţie permanentă, care poate să îşi exercite competenţa faţă de persoane pentru crimele cele mai grave. Curtea este alcătuită din 18 magistraţi şi este o instituţie permanentă, având rolul de a judeca persoanele ce se fac vinovate de delicte grave, cum ar fi genocidul, crime împotriva umanităţii, crime de război

---

[1] Buda Daniel, Statutul Curţii Penale Internaţionale, Revista Transilvană de Ştiinţe Administrative nr. 1(7)/2002

[2] Limbile oficiale ale Curţii sunt engleza, araba, chineza, spaniola, franceza şi rusa, iar limbile de lucru sunt engleza şi franceza.

şi crime de agresiune. Curtea este legată de Naţiunile Unite printr-un acord care trebuie să fie aprobat de Adunarea statelor părţi la prezentul Statut, apoi încheiat de preşedintele Curţii în numele acesteia (art. 5).

Prin competenţa ratione temporis, Curtea nu are competenţă decât în privinţa crimelor comise după intrarea în vigoare a Statutului. Procurorul poate să deschidă o anchetă din proprie iniţiativă, analizând informaţiile referitoare la crimele care ţin de competenţa Curţii.

Procurorul verifică seriozitatea informaţiilor primite, putând cere informaţii suplimentare statelor, organelor Organizaţiei Naţiunilor Unite, organizaţiilor interguvernamentale şi neguvernamentale sau altor surse demne de încredere, pe care le socoteşte corespunzătoare şi poate strânge depoziţii scrise sau orale la sediul Curţii. În cazul în care consideră că există motive întemeiate de a deschide o anchetă, procurorul prezintă Camerei preliminare o cerere de autorizare în acest sens, însoţită de orice element justificativ obţinut.

Victimele pot fi reprezentate la Camera preliminară, conform Regulamentului de procedură şi de probe. Dacă după examinarea cererii şi a elementelor justificative care o însoţesc Camera preliminară consideră că se justifică deschiderea unei anchete şi că pare cauza să fie de competenţa Curţii, Camera preliminară îşi dă autorizarea, fără prejudicierea deciziilor pe care Curtea le va lua ulterior în materie de competenţă şi admisibilitate. Răspunsul negativ al Camerei preliminare nu împiedică procurorul să prezinte în continuare o nouă cerere, bazându-se pe noi fapte şi probe având legătură cu aceeaşi situaţie. Dacă, după examenul preliminar, procurorul consideră că informaţiile care i-au fost supuse nu justifică deschiderea unei anchete, el avizează despre aceasta pe cei care i le-au furnizat. Acestuia nu îi este interzis să examineze, în lumina noilor fapte sau probe, alte informaţii care i-ar putea fi comunicate în legătură cu aceeaşi cauză (art. 15).

Curtea Penală Internaţională are în componenţa sa următoarele organe: a) Preşedinţia; b) Secţia apelurilor, Secţia de primă instanţă şi Secţia preliminară; c) Biroul procurorului; d) Grefa.

Potrivit Statutului, judecătorii sunt aleşi dintre persoanele care se bucură de o înaltă consideraţie morală, cunoscute pentru imparţialitatea şi integritatea lor şi care trebuie să îndeplinească condiţiile cerute în statele lor respective pentru exercitarea celor mai înalte funcţii judiciare. Deci, persoana care candidează la un post la Curte trebuie să îndeplinească următoarele condiţii: a) să aibă competenţă recunoscută în domeniile dreptului penal şi procedurii penale, precum şi experienţa necesară procesului penal, fie în calitate de judecător, de procuror ori avocat sau în orice altă calitate similară; sau: b) să aibă competenţă recunoscută în domeniile pertinente ale dreptului internaţional, ca dreptul internaţional umanitar şi drepturile omului, precum şi o mare experienţă într-o profesiune juridică ce prezintă interes pentru activitatea judiciară a Curţii; c) să aibă o excelentă cunoaştere şi o practică curentă a cel puţin unei limbi de lucru a Curţii.

Biroul procurorului acţionează independent ca organ distinct în cadrul Curţii. El trebuie să primească comunicările şi orice informaţie justificativă în forma cuvenită privind crimele ce ţin de competenţa Curţii, să le examineze, să conducă anchetele şi să susţină acuzarea în faţa Curţii. Membrii săi nu solicită şi nici nu acceptă instrucţiuni de la nicio sursă exterioară. Biroul este condus de procuror, acesta având autoritate deplină asupra gestiunii şi administraţiei Biroului, inclusiv personalului, instalaţiilor şi celorlalte resurse.

Grefa este condusă de un grefier[1], care este responsabilul principal al administraţiei Curţii. Grefierul[2] şi grefierul adjunct trebuie să fie persoane de o înaltă moralitate şi de o mare competenţă, având o excelentă cunoaştere şi o practică curentă în cel puţin una dintre limbile de lucru ale Curţii. Ca principii generale de drept penal, care sunt utilizate, putem menţiona: a) *Nullum crimen sine lege*[3] (o persoană nu răspunde penal potrivit Statutului, doar în cazul în care comportamentul său constituie, în momentul în care se produce, o crimă ce ţine de competenţa Curţii); b) *Nulla poena sine lege*[4] (o persoană care a fost condamnată de Curte nu poate fi pedepsită decât în conformitate cu dispoziţiile Statutului).

Statutul se aplică tuturor în mod egal, fără nicio distincţie, bazată pe calitatea oficială[5]. În special, calitatea oficială de şef de stat sau de guvern, de membru al guvernului sau al parlamentului, de reprezentant ales ori de agent al unui stat nu exonerează în niciun caz de răspundere penală, potrivit Statutului, şi nici nu constituie ca atare un motiv de reducere a pedepsei. Un şef militar[6] sau o persoană care deţine efectiv funcţia de şef militar răspunde penal pentru crimele ce ţin de competenţa Curţii, comise de forţele plasate sub comanda şi controlul său efectiv sau sub autoritatea şi controlul său efectiv[7].

Potrivit articolului 29 din Statut, crimele ce ţin de competenţa Curţii nu se prescriu.

Bibliografie

I. Documente internaţionale

- ✓ Statutul Curţii Penale Internaţionale adoptat în data de 17 iulie 1998, la Roma, în cadrul Conferinţei Diplomatice a Organizaţiei Naţiunilor Unite
- ✓ Convenţia pentru prevenirea şi reprimarea terorismului, adoptată la Geneva, la 16 noiembrie 1937
- ✓ Convenţia pentru prevenirea şi pedepsirea crimelor de genocid, adoptată de Adunarea Generală a Organizaţiei Naţiunilor Unite la 9 decembrie 1948
- ✓ Convenţia internaţională privind suprimarea şi pedepsirea crimelor în Apartheid, adoptată de Adunarea Generală a Naţiunilor Unite la 30 noiembrie 1973
- ✓ Declaraţia Universală a Drepturilor Omului, adoptată la 10 decembrie 1948, prin Rezoluţia nr. 217A în cadrul celei de a III-a sesiuni a Adunării Generale a Organizaţiei Naţiunilor Unite

II. Tratate, cursuri şi lucrări de specialitate

- ✓ **Boroi Alexandru**, Drept penal. Partea special, Editura C.H.Beck, Bucureşti, 2006
- ✓ **Dumitru Diaconu**, Curtea penală internaţională. Istorie şi realitate. Editura All Beck, Bucureşti, 1999
- ✓ **Vasile Creţu**, Drept internaţional penal, Editura Societăţii „Tempus”, Bucureşti, 1996

---

[1] Grefierul îşi exercită funcţiile sub autoritatea preşedintelui Curţii.

[2] Grefierul este ales pe o perioadă de 5 ani, este reeligibil o dată şi îşi exercită funcţiile cu normă întreagă.

[3] Nimeni nu poate fi pedepsit pentru o crimă care nu este prevăzută de lege.

[4] Nicio pedeapsă nu poate fi aplicată în afara legii.

[5] Cf. art. 27, Statut.

[6] Cf. art. 28, Statut.

[7] Cf. art. 28, Ibidem.

✓ **Iulian Poenaru, Vespasian V. Pella**. O viaţă dedicată ideii de justiţie internaţională, Editura Lumina", Bucureşti, 1992;

✓ **Buda Daniel**, Statutul Curţii Penale Internaţionale, Revista Transilvană de Ştiinţe Administrative nr. 1(7)/2002

✓ **Romulus Căplescu**, Articolul „O cutie a Pandorei: Curtea Penală Internaţională", în ziarul „Adevărul" nr.2532, 21 iulie 1998

III. Surse internet

✓ http://www.un.org/
✓ http://haga.mae.ro/
✓ http://eur-lex.europa.eu/
✓ http://www.icc-cpi.int/
✓ http://www.consilium.europa.eu/
✓ http://www.unictr.org/
✓ http://www.icty.org/

Legislaţia penală română şi eutanasia

Mohamad-Ali ***RABABAH***[*]
Decebal ***ŞERBAN***[**]

Abstract: *Consecinţa săvârşirii omorului în aceste condiţii, şi anume de a face un bine victimei, a constituit obiect de cercetare şi controverse încă din timpurile străvechi.*

Legislaţia română s-a situat ferm pe poziţia pedepsirii omorului în caz de eutanasie, chiar dacă exista consimţământul victimei, pentru că dreptul la viaţă, integritatea corporală şi sănătatea sunt valori fundamentale ale omului.

Discuţia asupra eutanasiei depinde în mare măsură de nivelul economic şi cultural al unui popor, iar în România argumentele contra eutanasiei sunt multiple.

Cuvinte cheie*: eutanasie, viaţă, medic, bolnav, infracţiune, victimă.*

Potrivit doctrinei penale române, viaţa[1], ca însuşire biologică a individului, constituie atributul sintetic şi fundamental fără de care n-ar putea exista niciuna din celelalte însuşiri ale persoanei.

În doctrina penală s-a apreciat că, prin raportare la funcţiile vitale ale organismului (respiratorie, cardio-circulatorie şi cerebrală), punctul final al vieţii coincide cu moartea cerebrală[2].

Pornind de la originile poporului român, geto-dacii au beneficiat de legi scrise, dar acestea nu s-au păstrat, ele fiind amintite de Iordanes. Puterea judecătorească era încredinţată preoţilor, care o exercitau asemenea druizilor din Galia. După înfrângerea dacilor de către romani, regulile dreptului roman au fost extinse şi în noua provincie a

---

[*] Doctorand Universitatea Titu Maiorescu.
[**] Doctorand Universitatea Titu Maiorescu.

[1] M. Udroiu, O. Predescu, *Protecţia europeană a drepturilor omului şi procesul penal român*, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2008, p. 74; Gh. Diaconescu, C. Duvac, *Tratat de drept penal. Partea specială*, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2009, p. 75; T. Tudorel, *Drept penal. Partea specială*, Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2007, p. 32; G. Antoniu, *Ocrotirea penală a vieţii persoanei*, Revista de Drept penal, nr. 1/2002, p. 10; A. Boroi, *Drept penal. Partea specială*, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, p. 63; V. Cioclei, *Drept penal. Partea specială. Infracţiuni contra persoanei*, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2007, p. 13.

[2] A. Filipaş, *Drept penal român. Partea specială*, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2008, p. 94. Se pare că semnul vieţii în organismul uman este dat de sistemul nervos "central, şi prin obiectul material al infracţiunii de omor vom înţelege sistemul nervos central. De ce? Pentru că încetarea sistemului nervos central îmi dă răspuns la întrebările din penal: când s-a consumat infracţiunea? Când activitatea sistemului nervos a încetat Când este tentativă? Când este în viaţă sistemul nervos central şi acesta a fost afectat, dar nu suprimat. Când poate medicul transplanta un organ vital? Când sistemul nervos central a încetat să funcţioneze... creierul are semnificaţie culturală. Noi existăm ca oameni datorită produsului gândirii care este fabricat de creier. Noi suntem o natură bio-psiho-socială. De aceea, se spune că omul este un animal social. Fără această dimensiune socială nu putem vorbi de persoană. Mergând pe acest făgaş, care este sediul unde se exprimă socialul? Este sistemul nervos central. De aceea spunem noi că aptitudinea, relaţia socială este esenţială pentru definirea omului şi pentru definirea vieţii omului"; A. Boroi, *op. cit.*, p. 69; M. Udroiu, O. Predescu, *op. cit.*, p. 74.

Imperiului Roman. Locuitorii erau judecaţi de guvernator sau de locţiitorul său. El avea ius gladii (dreptul de a pedepsi cu moartea). În timpul năvălirii populaţiilor migratoare a continuat aplicarea dreptului roman, însă numai parţial, prioritate având obiceiul sau normele juridice proprii formate în decursul secolelor în rândul populaţiei autohtone. În perioada stăpânirii bizantine (secolele X-XII) se aplicau Bazilicalele, o colecţie de legi civile şi penale elaborate treptat în capitala Imperiului Roman de Răsărit. Sancţiunile prevăzute pentru infracţiunile de omor erau moartea şi mutilarea făptuitorului. Atunci a apărut dispoziţia privind diferenţa între tentativă şi infracţiunea consumată. În perioada de cristalizare a statelor feudale romane a continuat să aibă aplicare dreptul cutumiar sau nescris. El a fost consemnat de documentele timpului sub denumirea de *ius Valachio* sau *Valachorum antique lex et consuetudo*.

Primele legiuiri româneşti au fost Cartea românească de învăţătură de la pravilele româneşti (1646), tipărită la mănăstirea Trei Ierarhi din Iaşi şi îndreptarea legii (1652), tipărită la Târgovişte. Potrivit lor, uciderea unei persoane era pedepsită cu moartea prin spânzurare sau decapitare. Tentativa era mai blând pedepsită. Erau reglementate cauze care apără de pedeapsă (nebunia, vârsta, ordinul superiorului, legitima apărare) şi cauzele care micşorează pedeapsa (mania, beţia, somnambulismul etc). Tot atunci s-a realizat o distincţie clară între omorul intenţionat şi cel fără voie ("cel ce ucide cu greşeală şi fără voia lui, să nu se cerceteze ca un ucigatoriu") şi între actul spontan de ucidere ("moartea grabnică") şi actul premeditat ("moartea vasnica"). Ultima legiuire feudala a fost Legiuirea Caragea (1 septembrie 1818 - 1 decembrie 1865).

Potrivit acestei legi omorul,,iaşte mai înainte cugetat sau necugetat". Cine va omorî,,cugetat, singur sau dimpreună cu altul, să se omoare". "Cine va omorî apărându-şi viaţa de primejdie, nevinovat iaşte; cine fiind copil mic sau nebun sau smintit la minte, va omorî, nevinovat iaşte; cine asvârlind ceva şi cu nebăgare de seamă, va omorî, să răscumpere cu bani omorul de la rudele celui omorât". Codul penal din 1865 reglementa omorul săvârşit cu voinţa pentru care pedeapsa era munca silnică pe timp mărginit, omorul calificat, "când se va săvârşi mai înainte, sau deodată, sau în urma altei crime", precum şi atunci când "va fi avut drept scop, ori a prepara, ori a înlesni, ori a executa un delict sau de a ajuta dosirea sau a asigura nepedepsirea autorilor sau a complicilor acelui delict", pentru care pedeapsa era munca silnică pe viaţă; omorul cu premeditare, pedepsit de asemenea cu munca silnică pe viaţă; omorul rudei în linie ascendentă, soţului sau soţiei, pedepsit cu temniţa grea pe viaţă; pruncuciderea copilului nelegitim, pedepsit cu recluziune; omorul involuntar, pedepsit cu închisoare de la 3 luni până la un an şi jumătate şi amendă[1]. În ceea ce priveşte reglementarea legală a eutanasiei în România din perioada interbelica, relevant este Codul penal „Regele Carol al II-lea" adoptat în 1936. În art. 468 alin. 1, se prevedea „Acela care ucide un om în urma rugăminţii stăruitoare şi repetate a acestuia, comite crima de omor la rugăminte şi se pedepseşte cu temniţa grea de la 3 la 8 ani; iar aliniatul 3 al aceluiaşi articol prevede o atenuanta a faptei de la primul aliniat: „Pedeapsa este închisoarea corecţională de la 1 la 5 ani, atunci când faptul a fost săvârşit în condiţiile alineatelor precedente, sub impulsul unui sentiment de milă, pentru a curma chinurile fizice ale unei persoane, care suferea de o boală incurabilă a cărei moarte era inevitabilă din aceasta cauză"[2]. Făcând o analiză comparativă a acestui articol cu art. 463 al aceluiaşi cod, care prevedea că „acela care ucide un om, comite crima de omor şi se pedepseşte cu muncă silnică de la 10 la 25

[1] V. Hanga, *Istoria dreptului românesc*, Ed. Academiei, vol. I, 1980, p. 61.
[2] Al. Boroi, *Infracţiuni contra vieţii*, Ed. All Beck, Bucureşti, 1999, p. 35.

de ani şi degradare civică de la 3 la 8 ani", se poate observa că pedepsele prevăzute pentru omorul la cerere şi omorul din milă sunt mult atenuate în aceste două cazuri special şi expres prevăzute de lege, ca infracţiuni distincte de cea de omor. Aceste prevederi le aveau ca precedent pe cele existente în Codul penal transilvănean, care în art. 282 prevedea „Acela care, prin dorinţa hotărâtă şi serioasă a unei persoane, a fost determinat să o ucidă, se va pedepsi cu recluziunea până la 3 ani". Pedeapsa de închisoare între 3 şi 8 ani se aplică şi aceluia „care determină pe altul să se sinucidă sau îi întăreşte hotărârea de a se sinucide ori îi înlesneşte în orice mod executarea dacă sinuciderea a avut loc". Din art. 468 aliniatul 1 Codul penal „Regele Carol al II-lea" reies următoarele condiţii ale omorului la cerere: „victima să fi fost o persoană în viaţa şi ea să fi cerut în mod repetat, serios şi stăruitor sa-i fie luată viaţa, lucru care să ateste o hotărâre fermă, persistentă şi irevocabilă, astfel încât să fie exclusă ideea unei decizii luate în pripă într-un moment de enervare sau de deprimare[1]. În comentariul asupra textului V. Dongoroz sublinia că nu are importanţă cauza pentru care victima îşi doreşte moartea (boala incurabila, onoare sau cauze sentimentale). Textul art. 468 urmăreşte să înlăture discuţiile din doctrina, potrivit cărora consimţământul victimei ar anula criminalitatea faptului. Deşi actele de eutanasie nu erau asimilate cu omorul sau asasinatul, ele erau pedepsite. Atenuanta de la alineatul 3 se va aplica dacă sunt întrunite cumulativ următoarele condiţii: fapta să fi fost săvârşită sub imboldul unui sentiment de milă provocat de chinurile fizice ale victimei care suferea de o boală incurabilă, iar moartea persoanei să fi fost inevitabilă din cauza acelei maladii. Lipsa oricăreia dintre aceste circumstanţe este suficientă pentru a înlătura atenuarea pedepsei[2]. Eutanasia nu este legalizată în România, ea intrând sub incidenţa Codului Penal la omor calificat (art. 175).

Discuţia asupra eutanasiei depinde în mare măsură de nivelul economic şi cultural al unui popor, iar în România argumentele contra eutanasiei sunt multiple: este contrară principiilor medicale; oricând sunt posibile erori de diagnostic; poate apărea oricând un nou tratament al bolii incurabile respective; existenţa unor posibile abuzuri în schimbul unor foloase medicale; ideea că foarte mulţi din sinucigaşii resuscitaţi au regretat ulterior gestul făcut.

Eutanasia se situează în România la nivelul unei întrebări: „Excesul de vanitate n-ar extinde oare eutanasia şi acolo unde nu este cazul?" Eutanasia este un „conflict", o „idee" aprig dezbătută şi combătută la nivel teoretic, însă, căreia nu i se caută şi o soluţie reală, legală.

În doctrina juridică românească s-a exprimat opinia că faptele de eutanasie ar putea fi nesancţionate dacă instanţele ar aplica un anumit raţionament. În situaţia bolnavilor cu suferinţe fizice şi psihice de neînlăturat şi care nu mai pot fi asistaţi medical, se poate argumenta în favoarea nesancţionării penale a medicului. În acest sens se poate invoca starea de necesitate reglementată de articolul 45 Cod Penal. Astfel, există un pericol social inevitabil la adresa sănătăţii şi integrităţii individului. Acţiunea de înlăturare a acestei stări, eutanasia, este singura modalitate de încetare a suferinţelor şi pe cale de consecinţă este necesară. Ea este în acelaşi timp şi proporţională, dacă se compară decesul cu prelungirea suferinţei pentru individ şi pentru cei apropiaţi. Acest raţionament, în opinia autorului, trebuie aplicat doar în cazul determinării cu certitudine a incu-

---

[1] C.G. Rătescu, H. Aznavorian, I. Ionescu-Dolj, T. Pop, I.G. Perieţeanu, M.I. Papadopolu, V. Dongoroz, N. Pavelescu, *Codul penal Carol al II-lea adnotat. Partea specială*, vol. III, Ed. Librăriei Socec, Bucureşti, 1937, p. 99 şi urm.

[2] D. Perju-Dumbravă, S. Morar, I. Fulga, A. Avram, D. Todea, C. Siserman, *Eutanasia în dreptul penal românesc*, Revista Română de Bioetică, vol. 6, nr. 2, 2008, www.bioetica.ro.

rabilităţii maladiei şi a existenţei unor suferinţe ieşite din comun, precum şi dacă există consimţământului victimei[1].

În România nu există practic „ospicii" şi îngrijirea acasă, în familie, a bolnavilor terminali este deosebit de dificilă, în apartamentele mici şi suprapopulate care există în prezent. De asemenea, în secţiile de terapie intensivă se acceptă bolnavii terminali, rezultaţi în urma unor tratamente anterioare efectuate în alte secţii ale spitalului, nefiind acceptaţi bolnavi terminali care să vină de acasă spre a muri la terapie intensivă.

Constituţia României[2], ca şi Codul Penal, protejează viaţa în mod absolut, deci condamnă eutanasia implicit.

În absenţa unor legi specifice care să reglementeze „problema" eutanasiei, şi având în vedere imposibilitatea de a nega existenţa ei, soluţia aleasă de cadrele medicale şi chiar de bolnavi, este una ce urmează anumite principii etico-medicale şi propria conştiinţă.

Totul depinde de nivelul economic şi cultural, iar în România apare riscant de luat decizia suprimării vieţii artificiale şi există riscul incriminării medico-legale. Familia trebuie corect şi repetat informată asupra inutilităţii menţinerii artificiale a vieţii. Actul opririi măsurilor terapeutice inutile trebuie precedat de un consens al unei comisii medicale. Dacă s-au efectuat consulturile de rigoare şi anume examinarea pacientului de doi medici, separat, de două ori în decursul unei zile şi s-a stabilit moartea cerebrală a bolnavului, atunci se opreşte ventilatorul.

Astfel, deşi blamată şi condamnată de doctrină şi coduri, deşi nu este acceptată sub nicio formă, în mod teoretic eutanasia există, iar instanţele de judecată române nu au admis nicio condamnare a unui medic pentru această „infracţiune".

Eutanasia este un concept ce tine de gradul de evoluţie al unei societăţi, iar astăzi, societatea românească, deşi la început în această privinţă, începe a se familiariza cu acest concept. Dacă până acum, se punea accent în principal pe principiul constituţional al garantării dreptului la viaţă, astăzi, trebuie relevat un alt principiu, al demnităţii umane[3]. Iar demnitatea umană, în sensul ei profund, implică şi o moarte demnă, o anumită calitate a vieţii până la final.

Odată cu progresele medicinii, din ce în ce mai mulţi bolnavi în stări grave, sunt menţinuţi în viaţă, ceea ce pare să estompeze frontiera dintre viaţă şi moarte. În faţa unui pacient cu slabe speranţe de supravieţuire - boală incurabilă, dureri greu de suportat, vârstă înaintată, demenţă gravă, dependenţă totală - există 3 conduite corespunzătoare pentru 3 concepte: încrâncenarea terapeutică, demersul paliativ şi eutanasia.

Aproape generalizată, până nu de mult, *încrâncenarea terapeutică* tinde să piardă azi în favoarea conduitei paliative, parte importantă în ansamblul terapeutic. Eutanasia rămâne în schimb, marea dilemă. Adesea, de pildă în cazul bolnavilor de peste 65 ani, consideraţi neproductivi pe plan social, eutanasia constă în evitarea îngrijirilor medicale, ceea ce vine în contradicţie nu numai cu etica ci şi cu drepturile omului. Cine poate să-şi asume responsabilitatea eutanasiei şi în ce măsură este ea cu adevărat dorită de omul în suferinţă ?

---

[1] R. Chiriţă, *Dreptul constituţional la viaţă şi dreptul penal*, în Universitas Babeş Bolay, p. 94.

[2] Art. 22, alin. 1: „Dreptul la viaţă şi dreptul la integritatea fizică şi psihică ale persoanei sunt garantate".

[3] Art. 1, alin. 3 din Constituţia României... „demnitatea omului...reprezintă valori supreme şi sunt garantate".

Mulţi pacienţi aflaţi în faza terminală, care solicită sinuciderea sau eutanasia suferă adesea de depresie[1], iar după un tratament adecvat abandonează această cerere. Depresia nu trebuie însă confundată cu stările normale de tristeţe dinaintea morţii. În atitudinea faţă de eutanasie, există şi o mare doză de ipocrizie. Majoritatea medicilor şi juriştilor o neagă vehement, dar ea se manifestă în relaţia propriu-zisă cu bolnavul. De pildă, la vizită, în faţa unui pacient fără speranţă de vindecare, se decide: „nu mai este nimic de făcut, încetăm perfuziile, antibioticele..."

În 2010, s-a iniţiat un studiu anchetă[2] privind opiniile despre eutanasie ale personalului medical. Chestionarul a vizat 50 de persoane, majoritatea - geriatri, oncologi, chirurgi, neurologi şi psihiatri, precum şi 30 de asistente medicale din aceleaşi specialităţi. Rezultatul a fost că peste 95% au respins eutanasia.

În schimb, la întrebarea ce aţi face dacă v-aţi afla în situaţia de a opta pentru continuarea sau nu a propriului tratament, majoritatea medicilor a susţinut conduita eutanasiei. Eutanasia poate fi considerată un scop final, acela al reumanizării, al reapropierii morţii.

Însă înainte de aceasta trebuie în primul rând, dincolo de orice bariere culturale şi sociale, recunoscut dreptul persoanei bolnave la adevăr. Acest acces la adevăr se înscrie întotdeauna în cadrul unei relaţii între două persoane şi pune accentul pe respectul persoanei.

În al doilea rând, societatea trebuie să recunoască ca un drept imperativ, absolut - respectul deciziei persoanei bolnave. Şi aici, echipa medicală trebuie să-i prezinte pacientului toate opţiunile posibile. Niciodată echipa medicală, şi în particular medicul, nu trebuie să ia decizia de a trata sau de a nu trata fără a fi discutat în prealabil cu bolnavul. În plus, voinţa bolnavului anterior exprimată trebuie respectată, chiar dacă acesta nu mai poate să ia vreo decizie în nume propriu, la un moment dat. Nimeni, nici măcar un expert nu poate, nu are dreptul să-şi însuşească controlul morţii altuia. Incapacitatea unui bolnav, starea sa de inconştienţă, nu pot să servească ca scuză sau pretext pentru a ignora dreptul său la o moarte demnă.

În al treilea rând, doctorul trebuie să poată administra, fără teama de a fi pedepsit (sancţionat), toate îngrijirile paliative pe care le necesită starea unui bolnav, chiar dacă aceasta înseamnă o micşorare a speranţei de viaţă[3]. Scopul urmărit în asemenea situaţii este controlul durerii şi nu provocarea morţii[4].

Redarea unui nou sens morţii, la începutul secolului XXI este o provocare considerabilă, al cărei punct de plecare ar putea să fie acceptarea faptului că, de mai multe generaţii, moartea a fost intenţionat îndepărtată de viaţă.

Legislaţia română s-a situat ferm pe poziţia pedepsirii omorului chiar în condiţiile eutanasiei. Codul penal român de la 1936 incrimina în mod distinct uciderea unei persoane în urma rugăminţii stăruitoare şi repetate a acesteia sau sub impulsul unui sentiment de milă pentru a curma chinurile unui bolnav incurabil (art. 468, alin. 1)[5].

---

[1] Un tânăr de numai 29 de ani cere aprobare oficială de la preşedintele României pentru a fi eutanasiat. Autorul disperatului apel către şeful statului şi-a trăit 18 ani din viaţă în Centrul de plasament, ‚Ion Creangă" din Piatra Neamţ; acesta în final decedând în noiembrie 2008.

[2] Studiul a fost iniţiat de 3 psihologi Pavel Popescu, Mihaela Gavriloiu şi de dr. Constantin Bogdan.

[3] E. Feldman, *The Ritual of Rights în Japan: Law Society and Health Policy*, Cambridge University Press, 2000, p. 151.

[4] H. Toledano, *Euthanasia – Choice and Death*, Edinburgh University Press, 2005, p. 12.

[5] V. Dongoroz şi colaboratorii, *Noul Cod penal şi Codul penal anterior*, Ed. Politică, Bucureşti, 1969, p. 117.

În expunerea de motive se arăta că textul urmăreşte să înlăture discuţiile din doctrină, după care consimţământul victimei ar anula criminalitatea faptului. Deşi, actele de eutanasie nu erau asimilate cu omorul sau asasinatul, ele erau pedepsite. Pentru pedepsirea mai blândă a omorului comis în aceste condiţii se cerea ca rugăminţile să fie făcute de victimă, în deplinătatea facultăţilor sale mintale, să fie serioase şi stăruitoare, repetate ceea ce exclude o hotărâre luată în pripă într-un moment de deznădejde.

În comentariul asupra textului de lege Vintilă Dongoroz sublinia că nu are importanţă cauza pentru care victima îşi doreşte moartea.

În acelaşi sens elementele unei veritabile eutanasii sunt[1]:

- o boală incurabilă cu evoluţie fatală;
- suferinţe atroce;
- cererea repetată a bolnavului care imploră moartea ca o eliberare.

Chiar şi dacă aceste trei elemente sunt reunite omorul din milă nu constituie un fapt justificativ în niciuna din legislaţiile ţărilor civilizate, susţine acelaşi autor.

Potrivit Codului penal în vigoare[2], eutanasia nu are nicio eficienţă juridică. Dispoziţiile art. 468 din vechiul Cod penal nu au fost preluate în Codul penal din 1969, motivându-se că în astfel de cazuri vor opera dispoziţiile privitoare la reducerea pedepsei pentru existenţa unor circumstanţe atenuante judecătoreşti, şi că pe drept cuvânt, în legea noastră consimţământul victimei nu înlătură răspunderea penală nici în caz de eutanasie pentru că dreptul la viaţă, integritate corporală şi sănătate sunt valori esenţiale ale omului. Pentru infracţiunile îndreptate împotriva acestor valori culpabilitatea nu poate fi înlăturată pentru motivul că victima şi-a dat consimţământul.

În discuţia teoretică[3] daca dreptul la viaţă este ocrotit pentru că răspunde unui interes al individului ori pentru că este o valoare socială de care este interesată întreaga colectivitate, teza dominantă a fost aceea că statul ocroteşte viaţa umană în interesul individului pentru care aceasta constituie bunul suprem, însă ocrotirea priveşte mai cu seamă interesul colectivităţii în considerarea obligaţiilor care revin individului faţă de familie şi faţă de societate. Acest din urmă interes este prevalent. Aşa se explică de ce omorul la cerere sau cu consimţământul victimei nu este în afara sancţiunii penale.

În legislaţia română, art. 121 din Codul de deontologie medicală stipulează că: „se interzice cu desăvârşire eutanasia, adică utilizarea unor substanţe sau mijloace în scopul de a provoca decesul unui bolnav, indiferent de gravitatea şi prognosticul bolii, chiar dacă a fost cerut insistent de un bolnav perfect conştient”. În art. 122 al aceluiaşi cod se prevede că: „Medicul nu va asista sau îndemna la sinucideri sau autovătămări prin sfaturi, recomandări, împrumutarea de instrumente, oferirea de mijloace. Medicul va refuza orice explicaţie sau ajutor în acest sens”.

De lege lata, Codul penal în vigoare nu conţine niciun articol distinct referitor la eutanasie. Persoana acuzată de practici eutanasice va răspunde pentru comiterea infracţiunii de omor, chiar şi în situaţia când acţiunile sau inacţiunile sale au fost săvârşite dintr-un sentiment de milă, în scopul de a pune capăt suferinţelor prelungite şi inutile ale victimei, atâta timp cât aceasta nu era în moarte cerebrală. Dacă moartea survine ca urmare a refuzului expres al pacientului de a urma tratamentul medical sau de a lua medicaţia prescrisă de către doctor, ori dacă neacordarea sau întreruperea tratamentului

---

[1] V.V. Stanciu, *La Fausse*, în La vie Judiciaire, nr. 886/1962, p. 1.

[2] I. Pascu, V. Lazăr, *Drept penal, partea specială*, Ed. Lumina Lex, Bucureşti, 2005, p. 78.

[3] G. Antoniu, E. Dobrescu, T. Dianu, Gh. Stroe, T. Avrigeanu, *Reforma legislaţiei penale*, Ed. Academiei Române, Bucureşti, 2003, p. 250.

sau decuplarea de la aparatura medicală survin după constatarea morţii cerebrale a pacientului, nu s-ar putea reţine existenţa vreunui comportament infracţional al medicului sau asistentului medical[1].

În raport cu legislaţia română în vigoare care nu admite omorul la cerere sau prin consimţământ, socotind că în acest caz s-ar putea reţine cel mult o circumstanţă atenuantă judiciară în favoarea autorului, cu atât mai mult trebuie să privim ocrotirea vieţii ca având la bază interesul societăţii.

Chiar dacă în reglementarea acestei ocrotiri legea penală are în vedere şi semnificaţia vieţii pentru individul izolat (o atare realitate nu poate fi negată), aceasta nu determină recunoaşterea vreunui drept al individului la curmarea vieţii, adică la provocarea morţii cu ajutorul altor persoane, chiar şi pentru a pune capăt suferinţelor unei boli ireversibile. Moartea[2], în acest caz, chiar dacă ar deveni o soluţie mai bună pentru bolnav (eutanasie) decât continuarea existenţei, legea penală română sancţionează pe cei care ar îndemna sau ajuta pe bolnav să-şi curme viaţa, ca şi pe cei care la cererea ori cu consimţământul bolnavului, i-ar lua viaţa.

În Noul Cod penal, a fost reglementată expres infracţiunea de „Ucidere la cererea victimei", ca o formă atenuată a omorului, reînscriind reglementarea nu doar pe linia tradiţiei existente în dreptul nostru (art. 468 C.pen. din 1936) ci şi în tradiţia majorităţii codurilor europene (art. 216C. pen. german, art. 77 C. pen. austriac, art. 143 alin. 4 C. pen. spaniol, art. 134 C. pen. portughez, art. 114 C. pen. elveţian, art. 235 C. pen. norvegian)[3].

Potrivit art. 190 din Noul Cod penal, infracţiunea constă în uciderea săvârşită la cererea explicită, serioasă, conştientă şi repetată a victimei care suferă de o boală incurabilă sau de o infirmitate gravă atestată medical, cauzatoare de suferinţe permanente şi greu de suportat şi se pedepseşte cu închisoarea de la 1 la 5 ani. Elementul material al laturii obiective implică o acţiune sau o inacţiune de ucidere a persoanei în viaţă care suferă de o boală incurabilă sau de o infirmitate gravă atestată medical, cauzatoare de suferinţe permanente şi greu de suportat.

Pentru existenţa infracţiunii este necesar ca uciderea să se facă la cererea victimei. Cererea trebuie să fie explicită, serioasă, conştientă şi să se facă în mod repetat[4].

Concluzii:

Condamnarea nepedepsirii omorului comis la rugămintea victimei coincide cu opinia multor autori, deoarece legalizarea eutanasiei ar putea conduce la grave abuzuri, inclusiv la pericolul ca„sub masca caritătii supreme să se ajungă la a se debarasa de copii care te încurcă şi de gurile inutile"[5].

Totuşi chiar dacă se susţine eutanasia de către mulţi autori se invocă lipsa de umanism a legii penale, ca atare putem afirma că nu există garanţii că într-o zi, un medic sau oricare altă persoană nu va practica eutanasia din alte considerente decât cele de compasiune. Până când nu se va reuşi stabilirea unui control eficient asupra practicării eutanasiei este mai prudent ca ea să fie ţinută în afara legii.

---

[1] M. Udroiu, O. Predescu, *op. cit.*, p. 78.

[2] G. Antoniu, *Ocrotirea penală a vieţii persoanei*, în Revista de Drept penal, nr. 1/2002, p. 19.

[3] V. Cioclei, *Drept penal, partea specială*, cu referiri la Noul Cod penal, Ed. C.H.Beck, Bucureşti, 2009, p. 114.

[4] A. Boroi, *Drept penal. Partea specială, conform Noului Cod penal*, Ed. C.H.Beck, Bucureşti, 2011, p. 52.

[5] V.V. Stanciu, *op. cit.*, p. 3

Bibliografie:

1. **A. Boroi**, Drept penal. Partea specială, conform Noului Cod penal, Editura C.H.Beck, Bucureşti, 2011;

2. **A. Filipaş**, Drept penal român. Partea specială, Editura Universul Juridic, 2008;

3. **D. Perju-Dumbravă, S. Morar, I. Fulga, A. Avram, D. Todea, C. Siserman**, Eutanasia în dreptul penal românesc, Revista Română de Bioetică, vol. 6, nr.2, 2008, www.bioetica.ro;

4. **M. Udroiu, O. Predescu**, Protecţia penală a drepturilor omului şi procesul penal român, Editura C.H.Beck, 2008;

5. **R. Chiriţă**, Dreptul constituţional la viaţă şi dreptul penal, în Universitas Babeş Bolay;

6. **V.V. Stanciu**, La Fausse, în La vie Judiciaire, nr. 886/1962.

Modificările aduse Codului de procedură penală prin intermediul Legii nr. 2/2013

*Asist.univ.drd. Maria-Georgiana **TEODORESCU***

Abstract: *Legea nr. 2/2013 privind degrevarea instanţelor de judecată modifică Codul actual de procedură penală în ceea ce priveşte instituţia strămutării şi a recursului, preluând din sarcinile Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie şi atribuindu-le Curţilor de Apel. Articolul studiază beneficiile şi dezavantajele acestor modificări precum şi urmările lor din perspectiva soluţionării căii de atac a apelului.*

Cuvinte cheie*: Legea 2/2013, degrevarea instanţelor, strămutare, recurs, Noul cod de procedură penală*

Legea nr. 2/2013, supranumită şi legea degrevării instanţelor judecătoreşti, a fost publicată în Monitorul Oficial în 12 februarie 2013 şi a modificat consistent două instituţii de drept procesual penal: strămutarea şi recursul.

Raţiunea acestor modificări decurge din expunerea de motive a legii: degrevarea instanţelor, precum şi soluţionarea cu celeritate a cauzelor.

Expunerea de motive a legii analizează capacitatea Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie de a soluţiona cauze prin raportare la numărul redus de magistraţi care activează în cadrul acestei instanţe. Concluzia este clară: "*proiectul de lege îşi propune degrevarea Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie, pentru asigurarea rolului acesteia de unificare a practicii judiciare şi pentru transformarea acesteia într-o veritabilă instanţă de casaţie*"[1].

Totodată, Legea 2/2013 are în vedere "*recomandarea cuprinsă în raportul Comisiei Europene către Parlamentul European şi Consiliu privind progresele înregistrate de România în cadrul Mecanismului de Cooperare şi Verificare din 18 iulie 2012 privind continuarea reformei Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie pentru a permite acordarea unei mai mari importanţe unificării jurisprudenţei la nivel naţional.*"[2]

În ceea ce priveşte modificarea instituţiei recursului, legea vizează "*în esenţă o introducere anticipată a filosofiei noului Cod de procedură penală – de impunere a unei căi de atac în materie penală, aspect ce se conformează atât cerinţelor constituţionale de acces la justiţie cât şi art. 2 din protocolul nr. 7 la Convenţia pentru apărarea drepturilor omului şi a libertăţilor fundamentale, şi de consolidare a caracterului de excepţie a căilor extraordinare de atac.*"[3]

Aşadar, Legea 2/2013 face trecerea mai uşoară de la actualul Cod de procedură penală la cel nou, producând efecte încă de la data intrării în vigoare (privitor la cererile de strămutare care se află deja pe rolul ICCJ ele vor fi soluţionare, însă noile cereri se vor depune conform Legii 2/2013, iar în materia recursului vor rămâne aplicabile dispoziţiile vechi doar privitor la dosarele care se află deja în recurs la data intrării în vigoare a legii).

---

[1] Expunerea de motive a Legii 2/2013.
[2] Idem.
[3] Idem.

I. Strămutarea

Până la intrarea în vigoare a Legii 2/2013 competenţa de soluţionare a cererilor de strămutare aparţinea în mod exclusiv Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie, gradul de încărcare al acestei instanţe fiind foarte mare: 1300 de cereri de strămutare soluţionate în 2011 (din care 1071 noi înregistrate),şi 817 cereri în doar primele 6 luni din 2012, în contextul în care Secţia Penală a Înaltei Curţi numără 23 de judecători din totalul de 35 de posturi prevăzute pentru această instanţă.

Procedura era cea prevăzută de art. 55 şi urm. Cod proc.pen., şi prevedea faptul că Înalta Curte soluţiona toate cererile în materie de strămutare, indiferent de gradul instanţei de la care se cerea strămutarea. Motivul strămutării era dacă se constata că imparţialitatea judecătorilor ar fi fost ştirbită datorită împrejurărilor cauzei, duşmăniilor locale sau calităţii părţilor, când ar fi existat pericol de tulburare a ordinii publice sau când una din părţi avea o rudă sau un afin până la gradul al patrulea inclusiv printre judecători, procurori, asistenţi judiciari sau grefierii instanţei respective.

Formularea unei cereri de strămutare nu atrăgea *per se* suspendarea judecăţii cauzei până la soluţionarea cererii de strămutare, existând însă posibilitatea de a formula o cerere de suspendare către Înalta Curte (împreună cu cererea de strămutare), care stabilea un termen intermediar exclusiv pentru soluţionarea cererii de suspendare.

Legea 2/2013 modifică competenţa materială a Curţilor de Apel şi a Curţilor Militare de apel, împărţind strămutările între Curţi de Apel şi Înalta Curte[1] după cum urmează: *a. La articolul 28^1, după punctul 5 se introduce un nou punct, pct. 6, cu următorul cuprins:*

"6. Soluţionează cererile de strămutare, în cazurile prevăzute de lege."

b. La articolul 28^2, după punctul 4 se introduce un nou punct, pct. 5, cu următorul cuprins:

5. soluţionează cererile de strămutare, în cazurile prevăzute de lege."

De asemenea, modifică art. 55 şi următoarele după cum urmează:

"Art. 55 Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie strămută judecarea unei cauze de la curtea de apel competentă la o alta curte de apel, iar curtea de apel strămută judecarea unei cauze de la un tribunal sau, după caz, de la o judecătorie din circumscripţia sa la o altă instanţă de acelaşi grad din circumscripţia sa, în cazul în care imparţialitatea judecătorilor ar putea fi ştirbită datorită împrejurărilor cauzei, duşmăniilor locale sau calităţii părţilor, când există pericolul de tulburare a ordinii publice ori când una dintre părţi are o rudă sau un afin până la gradul al patrulea inclusiv printre judecători ori procurori, asistenţii judiciari sau grefierii instanţei. Strămutarea judecării unei cauze de la o instanţă militară competentă la o alta instanţă militară de acelaşi grad se dispune de Curtea Militară de Apel, fiind aplicabile, în mod corespunzător, prevederile prezentei secţiuni privind strămutarea judecării cauzei de către curtea de apel."

"*Art. 56 Cererea de strămutare se adresează Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie sau curţii de apel competente şi trebuie motivată. Înscrisurile pe care se sprijină cererea se alătura la aceasta, când sunt deţinute de partea care cere strămutarea."*

"Art. 57: Preşedintele curţii de apel competente cere, pentru lămurirea instanţei, informaţii de la preşedintele instanţei ierarhic superioare celei la care se află cauza a cărei strămutare se cere, comunicându-i totodată termenul fixat pentru judecarea cererii de strămutare. Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie sau curtea de apel competentă

---

[1] Lorey Mirea, Judecător Tribunalul Bihor, *NCPC, Dispoziţii amânate şi măsuri de degrevare a instanţelor*, www.juridice.ro, 13.02.2013.

a soluţiona cererea, când aceasta este instanţă ierarhic superioară, solicita informaţii Ministerului Justiţiei."

Art. 58 alin. 2: "În informaţiile trimise Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie sau curţii de apel se face menţiune expresă despre efectuarea încunoştinţărilor, ataşându-se şi dovezile de comunicare a acestora."

Alineatele 1-3 şi 6 ale art. 60: "Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie sau curtea de apel competentă soluţionează cererea de strămutare prin sentinţa motivată. În cazul în care găseşte cererea întemeiată, Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie dispune strămutarea judecării cauzei la o curte de apel învecinată curţii de la care se solicita strămutarea, iar curtea de apel dispune strămutarea judecării cauzei la una dintre instanţele din circumscripţia sa de acelaşi grad cu instanţă de la care se solicita strămutarea. Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie sau curtea de apel competentă hotărăşte în ce măsură se menţin actele îndeplinite în faţa instanţei de la care s-a strămutat cauza. Sentinţa prin care Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie sau curtea de apel competenta dispune asupra strămutării nu este supusă niciunei cai de atac."

Art. 61: "Repetarea cererii - Strămutarea cauzei nu poate fi cerută din nou, afară de cazul când nouă cerere se întemeiază pe împrejurări necunoscute Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie sau curţii de apel competente la soluţionarea cererii anterioare sau ivite după aceasta.

Articolul 61^1 se modifică şi va avea următorul cuprins: "Desemnarea altei instanţe pentru judecarea cauzei: Procurorul care efectuează sau supraveghează urmărirea penală poate cere Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie să desemneze o altă curte de apel decât cea căreia i-ar reveni competenţa să judece cauza în prima instanţă, care să fie sesizată în cazul în care se va emite rechizitoriul.

Procurorul care efectuează sau supraveghează urmărirea penală poate cere curţii de apel competente să desemneze un alt tribunal sau, după caz, o altă judecătorie decât cea căreia i-ar reveni competenţa să judece cauza în prima instanţă, care să fie sesizate în cazul în care se va emite rechizitoriul.

Dispoziţiile art. 55 alin. 1, art. 56 alin. 1 şi 2 şi art. 61 se aplică în mod corespunzător.

Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie sau curtea de apel competentă soluţionează cererea în camera de consiliu, în termen de 15 zile.

Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie sau curtea de apel competentă dispune, prin încheiere motivată, fie respingerea cererii, fie admiterea cererii şi desemnarea, după caz, a unei instanţe egale în grad cu cea căreia i-ar reveni competenţa să judece cauza în prima instanţă, care să fie sesizată în cazul în care se va emite rechizitoriul.

Încheierea prin care Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie sau curtea de apel competentă soluţionează cererea nu este supusă niciunei căi de atac."

Beneficiile introducerii acestei modificări sunt următoarele:

1. Degrevarea Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie de soluţionarea unui număr foarte mare de cereri de strămutare, care pe procedura nouă vor trece în competenţa Curţilor de Apel şi a Curţilor Militare de Apel.
2. Soluţionarea cu celeritate a cererilor de strămutare întrucât nemaifiind toate în competenţa ICCJ ar primi termene mult mai scurte.
3. Întărirea liberului acces la justiţie prin diminuarea considerabilă a costurilor petenţilor care nu vor mai fi nevoiţi să se deplaseze (personal sau prin apărător) până la Bucureşti pentru susţinerea cererii de strămutare.

4. Reducerea numărului de cazuri de ştirbire a imparţialităţii judecătorilor de la nivelul Curţilor de Apel prin responsabilizarea acestora datorată extinderii competenţei materiale în sensul soluţionării cererilor de strămutare formulate de petenţi.

Dintre dezavantajele acestei modificări merită analizat acela al posibilei lipse de imparţialitate în soluţionarea cererilor de strămutare de către judecătorii Curţilor de Apel a cauzelor aflate pe rolul Tribunalelor sau Judecătoriilor aflate în acelaşi oraş cu Curtea de Apel.

Trebuie avut în vedere faptul că raţiunea pentru care legiuitorul a acordat iniţial competenţă exclusivă Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie a fost acela de eliminare totală a riscului ca magistraţii ce soluţionează cererea să fie influenţaţi de persoana magistratului care este învestit cu soluţionarea cauzei. Practic, magistraţii de la Înalta Curte, necunoscându-i pe cei din teritoriu şi neavând niciun fel de interacţiuni cu aceştia puteau fi total imparţiali în soluţionarea cererii de strămutare. În cazul însă al Curţilor de Apel care se află în acelaşi oraş cu tribunalele şi judecătoriile (de multe ori, instanţele având sediul în aceeaşi clădire) este foarte probabil ca magistraţii să se cunoască între ei, să ia parte împreună la diverse şedinţe/conferinţe/etc. deci opinia celor de la curtea de apel să fie indirect influenţată şi de persoana judecătorului care soluţionează cauza. Avem practic în vedere un element uman, care nu poate fi exclus din ecuaţia procesului logico-juridic de deliberare.

II. Recursul

În ceea ce priveşte motivele de recurs care existau înainte de introducerea Legii 2/2013 acelea erau cele prevăzute de art. 385^9, pct. 1-21 Cod proc.pen.

Necesitatea modificării textului de lege ne sunt explicate tot în expunerea de motive: *"se propune eliminarea anumitor motive de casare în recurs, având în vedere faptul că aceste motive propuse a fi eliminate sunt analizate în cadrul căii de atac a apelului. Apelul este reglementat ca o cale de atac integral devolutivă, instanţa de apel verificând legalitatea şi temeinicia hotărârii atacate. Eliminarea unor motive de recurs va avea ca efect degrevarea Înaltei Curţi de unele sarcini care nu sunt conforme rolului său, astfel cum este prevăzut de Constituţie, respectiv unificarea practicii judiciare."*[1]

În ceea ce priveşte volumul de cauze aflate în recurs de Înalta Curte, acesta este impresionant: 7993 în 2011 şi 4938 dosare în primele 6 luni ale anului 2012[2]. Dintre acestea, numărul recursurilor admise este infim, ceea ce demonstrează că gradul de încărcare al Înaltei Curţi este nejustificat şi reclamă modificarea Codului de procedură penală.

Modificările aduse prin Legea 2/2013 sunt următoarele:

1. La alineatul 1 al articolului 385^9, punctul 1 se modifica şi va avea următorul cuprins: *"1. în cursul judecăţii nu au fost respectate dispoziţiile privind competenţa după materie sau după calitatea persoanei;"*
2. La alineatul 1 al articolului 385^9, punctul 2 se abrogă.
3. La alineatul 1 al articolului 385^9, punctul 6 se modifică şi va avea următorul cuprins: *"6. judecata a avut loc în lipsa apărătorului, când prezenţa acestuia era obligatorie*;"
4. La alineatul 1 al articolului 385^9, punctele 7-11 se abrogă.

---

[1] Expunerea de motive la Legea 2/2013.
[2] Idem.

5. La alineatul 1 al articolului 385^9, punctele 14-16 vor avea următorul cuprins: "14. *s-au aplicat pedepse în alte limite decât cele prevăzute de lege; 15. nu s-a constatat graţierea sau în mod greşit s-a constatat că pedeapsa aplicată condamnatului a fost graţiată; 16. în mod greşit s-a dispus încetarea procesului penal;*"

6. La alineatul 1 al articolului 385^9, punctele 17 şi 18-21 se abrogă.

7. Alineatul 3 al articolului 385^9 se modifică şi va avea următorul cuprins: *"Cazurile prevăzute în alin. 1 pct. 1, 3-6, 13 şi 14 se iau în considerare întotdeauna din oficiu, iar cel de la pct. 15 se ia în considerare din oficiu numai când a influenţat asupra hotărârii în defavoarea inculpatului."*

8. După articolul 385^10 se introduce un nou articol, art. 385^10a, cu următorul cuprins: *"Admiterea în principiu Art. 385^10a - La Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie, completul de judecată examinează admisibilitatea recursului în camera de consiliu, fără citarea părţilor. În cazul în care constată că cererea de recurs este formulată împotriva unei hotărâri care nu este supusă niciunei căi de atac, a unei încheieri care nu se atacă decât odată cu fondul, a unei hotărâri pronunţate în recurs sau în contestaţie în anulare, dispune, prin încheiere, respingerea cererii ca inadmisibilă."*

9. La articolul 385^15 punctul 2, literele c) şi d) se modifică şi vor avea următorul cuprins: *"c) dispune rejudecarea de către instanţa a cărei hotărâre a fost casată, în cazurile prevăzute în art. 385^9 alin. 1 pct. 3–6 şi rejudecarea de către instanţa competentă, în cazul prevăzut în art. 385^9 alin. 1 pct. 1. Când recursul priveşte atât hotărârea primei instanţe, cât şi hotărârea instanţei de apel, în caz de admitere şi dispunerea rejudecării de către instanţa a cărei hotărâre a fost casată, cauza se trimite la prima instanţă, dacă ambele hotărâri au fost casate, şi la instanţa de apel, când numai hotărârea acesteia a fost casată. În cazul în care admite recursul declarat împotriva deciziei pronunţate în apel, instanţa de recurs desfiinţează şi hotărârea primei instanţe, dacă se constată aceleaşi încălcări de lege ca în decizia recurată. Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie, dacă admite recursul, când este necesară administrarea de probe, dispune rejudecarea de către instanţa a cărei hotărâre a fost casată; d) dispune rejudecarea de către instanţa de recurs în cazurile prevăzute în art. 385^9 alin. 1 pct. 12-16 şi 17^2, precum şi în cazul prevăzut în art. 385^6 alin. 3."*

Se observă că modificările vizează în principal 3 aspecte esenţiale:

a. <u>Reducerea motivelor de recurs, prin eliminarea punctelor 2, 7-11, 17, 18-21.</u>

b. <u>Modificarea motivului de recurs privind individualizarea pedepselor (respectiv pct. 14) în sensul că greşita individualizare nu mai reprezintă un motiv de recurs, ci numai dacă pedeapsa nu se află între limite</u>

c. <u>Introducerea procedurii admiterii în principiu.</u>

Ne îndreptăm, aşadar, spre transformarea recursului din cale ordinară de atac în cale extraordinară de atac, începând să semene mai degrabă cu contestaţia în anulare sau revizuirea. Motivele devin din ce în ce mai reduse, individualizarea pedepselor nu se mai poate face şi este nevoie de o admitere în principiu a cererii de recurs.

În ceea ce priveşte pct. 14, este cunoscut faptul că acesta era cel mai des întâlnit şi invocat caz de recurs, inculpaţii solicitând diminuarea pedepselor primite în apel. Prin modificarea introdusă, Înalta Curte nu se va mai putea pronunţa pe reducerea pedepselor dacă ele se vor afla în limitele legale, ceea ce va diminua mult din volumul recursurilor declarate sau admise.

Astfel, calea de atac a apelului devine mai importantă, ceea ce va conduce la necesitatea administrării unui probatoriu cât mai amplu în apel, ceea ce până acum nu se întâmpla. Aşadar, instanţele de apel vor fi nevoite să admită cereri de probatoriu pe care

până acum le respingeau (spre ex. reaudieri de martori care au fost audiaţi la fond), iar judecata în apel va dura mai mult, fiind practic ultima etapă în care inculpaţii vor putea solicita o individualizare cât mai bună a pedepselor.

Se impune aşadar o specializare sporită a magistraţilor de la nivelul Curţilor de Apel, o unificare a practicii la nivel naţional temeinic implementată, precum şi o asprire a condiţiilor de promovare către Curtea de Apel. Nu în ultimul rând, se va impune şi o sporire a numărului de magistraţi din Curţile de Apel, ceea ce sperăm să se facă cu respectarea condiţiei calităţii, deci a celei de asprire a modului de promovare[1].

Având în vedere modificările introduse de Legea 2/2013 este evident faptul că rolul Curţilor de Apel a crescut împreună cu gradul de încărcare al acestora. Practic, degrevarea Înaltei Curţi s-a făcut prin grevarea Curţilor de Apel, iar calea de atac a recursului a fost redusă ca motive şi întindere în timp prin judecarea mai aprofundată a apelului, care va dura mai mult.

Totodată, având în vedere modificările aduse instituţiei recursului, se poate preconiza o creştere a cererilor de strămutare a cauzelor în apel (deci de la nivelul Curţilor de Apel), ceea ce va însemna o nouă încărcare a Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie.

În concluzie, Legea nr 2/2013 va conduce la o judecată mai temeinică a apelurilor, la sporirea numărului de magistraţi de la nivelul Curţilor de Apel (o creştere care sperăm să se facă în condiţii aspre de promovare, şi nu de urgenţă), la reducerea numărului de recursuri declarate şi/sau admise, precum şi la transformarea Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie într-o veritabilă instanţă de casaţie.

Bibliografie

1. Legea 2/2013 cu expunerea de motive
2. Codul de procedură penală (forma anterioară Legii 2/2013 şi ulterioară)
3. Lorey Mirea - Judecător Tribunalul Bihor, NCPC, Dispoziţii amânate şi măsuri de degrevare a instanţelor, www.juridice.ro, 13.02.2013
4. Dumitru Virgil Diaconu, Judecător Curtea de Apel Piteşti, Legea degrevării Înaltei Curţi şi a încărcării altor curţi, www.juridice.ro, 11.02.2013

[1] Dumitru Virgil Diaconu, Judecător Curtea de Apel Piteşti, Legea degrevării Înaltei Curţi şi a încărcării altor curţi, www.juridice.ro, 11.02.2013.

Anchetele sub acoperire – formă de asistență judiciară internațională în materie penală

Minodora-Ioana ***BĂLAN-RUSU****

Rezumat: *Lucrarea de faţă prezintă o analiză a uneia dintre formele de asistenţă judiciară internaţională în materie penală, şi anume anchetele sub acoperire. Scopul urmărit este acela de a evidenţia importanţa acestei instituţii la nivel internaţional şi evoluţia legislaţiei naţionale din acest punct de vedere.*

În ceea ce priveşte legislaţia internă, anchetele sub acoperire sunt reglementate în Legea 302/2004 privind cooperarea judiciară internaţională în materie penală, cu modificările şi completările ulterioare.

Sunt elaborate instituţiile investigatorilor sub acoperire şi a investigatorilor cu identitate reală, precum şi procedura de efectuare a anchetelor sub acoperire.

Cercetarea de faţă reprezintă o continuare a unor alte cercetări efectuate în domeniu, respectiv despre alte forme ale asistenţei judiciare internaţionale în materie penală.

Metoda folosită este examinarea conceptelor şi a modalităţilor de operare.

Rezultatele obţinute constau in examinarea acestei forme de asistenţă judiciară internaţională şi în opiniile critice formulate..

Poate fi utilă atât teoreticienilor, cât şi practicienilor care îşi desfăşoară activitatea în domeniu.

Cuvinte cheie: *Convenţie, State Membre, investigatori sub acoperire, investigatori cu identitate reală, procuror.*

I. Introducere

Pe fondul creşterii continue a criminalităţii transfrontaliere, a apărut necesitatea unei colaborări între statele lumii, pentru o mai facilă prevenire şi combatere a acestui fenomen.

În doctrina noastră s-a susţinut că „pericolul tot mai accentuat la adresa ordinii publice, a siguranţei statelor, determinat de creşterea fără precedent a criminalităţii transnaţionale, necesitatea prevenirii şi combaterii cu mai multă eficienţă a acestui flagel într-un cadru organizat la nivel mondial, a condus la adoptarea unor instrumente internaţionale zonale, regionale sau mondiale, menite să unifice eforturilor statelor lumii în această direcţie”[1].

În aceste condiţii, „în ultimii ani, criminalitatea a cunoscut noi forme de manifestare, unele de o violenţă ieşită din comun, autorii acestor categorii de fapte reuşind în multe situaţii să se sustragă răspunderii penale, dispărând din ţara unde au comis aceste infracţiuni şi ascunzându-se în diferite state ale lumii”[2].

---

* Asistent universitar, Universitatea Crestină „Dimitrie Cantemir” Bucureşti.

[1] Rusu, Ion, *Extrădarea între România şi SUA. Observaţii critice,* „Caiete de Drept Penal”, nr. 4/2009, p. 65.

[2] Rusu, Ion, *Extrădarea pasivă,* „Caiete de Drept Penal”, nr. 3/2009, p. 63.

Cooperarea judiciară internaţională în materie penală prezintă mai multe forme, cele mai importante fiind extrădarea, predarea în baza unui mandat european de arestare, transferul de proceduri în materie penală, recunoaşterea şi executarea hotărârilor, transferarea persoanelor condamnate şi asistenţa judiciară internaţională în materie penală.

Noţiunea de asistenţă judiciară (juridică) internaţională în materie penală a fost acceptată (în doctrină) la sfârşitul secolului al XIX-lea şi în secolul următor, nefiind definită în mod concret şi fiind asimilată în totalitate celei de cooperare judiciară internaţională în materie penală[1]. Aceste două concepte au continuat să se confunde până când a fost adoptată Convenţia europeană de asistenţă judiciară în materie penală.

În legislaţia română din acea perioadă, nu existau norme care să reglementeze domeniul respectiv.

În legislaţia actuală, asistenţa judiciară internaţională în materie penală cuprinde mai multe activităţi, cum sunt:

- comisiile rogatorii internaţionale;
- audierile prin videoconferinţă;
- transmiterea spontană de informaţii;
- înfăţişarea în statul solicitant a martorilor, experţilor şi a persoanelor urmărite;
- notificarea actelor de procedură care se întocmesc ori se depun într-un proces penal;
- cazierul judiciar;
- livrările supravegheate;
- anchetele sub acoperire;
- echipele comune de anchetă
- supravegherea transfrontalieră;
- interceptarea şi înregistrarea convorbirilor şi comunicărilor;
- confiscarea;
- măsuri provizorii.

Dintre acestea, vom face referire la anchetele sub acoperire.

II. Cadru legislativ

La nivel european, a fost adoptată Convenţia europeană de asistenţă judiciară internaţională în materie penală. Aceasta a fost semnată la 20 aprilie 1959 la Strasbourg de către guvernele statelor membre ale Consiliului Europei. Ulterior, Convenţia a fost completată prin două Protocoale adiţionale. Primul a fost Protocolul Adiţional la Convenţia euroopeană de asistenţă judiciară în materie penală, semnat la Strasbourg la 17 martie 1978[2], iar al doilea – Protocolul Adiţional la Convenţia europeană de asistenţă judiciară în materie penală, semnat la Strasbourg la 8 noiembrie 2001[3].

La nivelul Uniunii Europene, a fost adoptată Convenţia privind asistenţa judiciară reciprocă în materie penală între Statele Membre ale Uniunii Europene. Aceasta a fost

---

[1] Boroi, Alexandru, Rusu, Ion, *Cooperarea judicară internaţională în materie penală*, editura C.H. Beck, 2008, p. 392.

[2] Atât Convenţia cât şi Protocolul Adiţional au fost ratificate de România prin Legea nr. 236/1998, publicată în „Monitorul Oficial al României", partea I, nr. 492 din 21 decembrie 1998.

[3] Ratificat de România prin Legea nr. 368/2004, publicată în „Monitorul Oficial al României" , partea I, nr. 913 din 7 octombrie 2004.

semnată la 29 mai 2000. A fost completată printr-un protocol, respectiv Protocolul adiţional din 16 octombrie 2001[1].

La nivel naţional, legea cadru este Legea nr. 302/2004 privind cooperarea judiciară internaţională în materie penală[2], care prevede anchetele sub acoperire la art. 181. De asemenea, Legea nr. 143/2000 privind combaterea traficului şi consumului ilicit de droguri[3] a reglementat pentru prima oară în România instituţia anchetei sub acoperire.

Ulterior, această instituţie a fost preluată şi de alte legi penale speciale, cum ar fi: Legea 78/2000 privind prevenirea, descoperirea şi sancţionarea faptelor de corupţie, Legea 678/2001 privind prevenirea şi combaterea traficului de persoane, Ordonanţa de urgenţă a Guvernului nr. 43/2002 privind Departamentul Naţional Anticorupţie, Legea nr. 39/2003 privind prevenirea şi combaterea criminalităţii organizate etc.[4]

Prevederi referitoare la investigatorii sub acoperire se găsesc şi în Codul de procedură penală, la articolele 224^1-224^4. Astfel, art. 224^1 (1) prevede: „În cazul în care există indicii temeinice că s-a săvârşit sau că se pregateşte săvârşirea unei infracţiuni contra siguranţei naţionale prevăzute în Codul penal şi în legi speciale, precum şi în cazul infracţiunilor de trafic de stupefiante, de arme, trafic de persoane, acte de terorism, spălare a banilor, falsificare de monede ori alte valori sau a unei infracţiuni prevăzute în Legea 78/2000 pentru prevenirea, descoperirea şi sancţionarea faptelor de corupţie, cu modificările şi completările ulterioare, ori a unei alte infracţiuni grave care nu poate fi descoperită sau ai cărei făptuitori nu pot fi identificaţi prin alte mijloace, pot fi folosiţi, în vederea strângerii datelor privind existenţa infracţiunii şi identificarea persoanelor faţă de care există presupunerea că au săvârşit o infracţiune, investigatori sub o altă identitate decât cea reală”.

III. Anchetele sub acoperire

Legea 302/2004 prevede anchetele sub acoperire ca fiind o formă de asistenţă judiciară internaţională în materie penală, pe lângă comisiile rogatorii internaţionale, audierile prin videoconferinţă şi altele.

În ceea ce priveşte instrumentele Uniunii Europene (Convenţia din 29 mai 2000 şi Protocolul Adiţional), intrarea lor în vigoare pentru România reprezintă un nou pas spre integrarea deplină a României în spaţiul judiciar european. Regula impusă de Convenţie constă în contactul direct între autorităţile judiciare ale statelor membre în legătură cu transmiterea cererilor de asistenţă judiciară şi comunicarea actelor de procedură prin poşta direct către destinatar. Prevede, de asemenea, unele forme ale asistenţei judiciare internaţionale în materie penală, cum ar fi audierile prin videoconferinţă, anchetele sub acoperire, livrările supravegheate, interceptările de telecomunicaţii. Prin Protocolul Adiţional apare o nouă aplicare o nouă modalitate de asistenţă judiciară, privind conturile bancare.

---

[1] Atât Convenţia, cât şi Protocolul adiţional la aceasta au intrat în vigoare pentru România la 1 decembrie 2007.

[2] Publicată în „Monitorul Oficial al României”, partea I, nr. 594 din 1 iulie 2004, republicată în temeiul art. III din Legea nr. 222/2008 pentru modificarea şi completarea Legii nr. 302/2004 privind cooperarea judiciară internaţională în materie penală, publicată în „Monitorul Oficial al României”, partea I, nr. 758 din 10 noiembrie 2008, republicată, publicată în „Monitorul Oficial al României” nr. 377 din 31 mai 2011.

[3] Publicată în M. Of. partea I nr. 362 din 03.08.2000.

[4] Boroi, Alexandru, Rusu, Ion, *op. cit.,* p. 448-449.

Convenţia Uniunii Europene de asistenţă judiciară reciprocă este transpusă integral în Titlul VII al Legii 302/2004 privind cooperarea judiciară internaţională în materie penală, după cum a fost modificată şi completată prin Legea nr. 224/2006.

La art. 14, intituat „Anchete sub acoperire", Convenţia menţionată anterior prevede că:

1. Statul Membru solicitant şi Statul Membru solicitat pot conveni să se sprijine reciproc în desfăşurarea anchetelor penale de către ofiţeri care acţionează sub acoperire sau sub o falsă identitate (investigaţii sub acoperire).

2. Decizia asupra cererii este luată în fiecare care individual de către autorităţile competente ale Statului Membru solicitat cu respectarea legilor şi procedurilor sale naţionale. Durata anchetelor sub acoperire, condiţiile detaliate, şi situaţia juridică a ofiţerilor implicaţi în cursul investigaţiilor sub acooperire vor fi convenite între Statele Membre cu respectarea legilor şi procedurilor lor naţionale.

3. Anchetele sub acoperire vor avea loc în conformmitate cu legile şi procedurile naţionale din Statele Membre pe teritoriul cărora au loc anchete sub acoperire. Statele Membre implicate vor coopera pentru a asigura că investigaţia sub acoperire este pregătită şi supravegheată să ia măsurile necesare pentru siguranţa ofiţerilor care acţionează sub acoperire sau sub o identitate falsă.

4. Atunci când trimite notificarea prevăzută la Art. 27 (2), orice Stat Membru poate declara că nu este obligat prin acest articol. Această declaraţie poate fi retrasă oricând.

Şi al doilea Protocol adiţional la Convenţia europeană de asistenţă judicară în materie penală conţine prevederi referitoare la anchetele sub acoperire, menţionând că partea solicitantă şi partea solicitată pot conveni să îşi acorde asistenţă reciprocă pentru desfăşurarea de anchete penale de către agenţi sub acoperire sau sub o identitate fictivă. Părţile convin asupra procedurii respective în funcţie de legislaţiile lor naţionale în materie. Totodată, astfel cum prevede art. 19 din cel de-al doilea Protocol adiţional, părţile trebuie să procedeze în sensul asigurării securităţii agenţilor sub acoperire sau sub identitate fictivă.

IV. Investigatorii sub acoperire şi investigatorii cu identitate reală

Necesitatea combaterii unui anumit gen de infracţiuni, care se desfăşoară într-un mod organizat şi care sunt foarte greu de descoperit fără infiltrarea unui agent acoperit, a impus reglementarea şi în legislaţia internă a instituţiei anchetelor sub acoperire.

Investigatorii sub acoperire sunt lucrători operativi din cadrul poliţiei judiciare care, cu autorizarea dată de procuror şi sub o altă identitate decât cea reală, culeg date şi informaţii referitoare la săvârşirea unei infracţiuni, la pregătirea săvârşirii unei infracţiuni sau la identitatea anumitor persoane implicate în săvârşirea unor infracţiuni.

Legea nr. 143/2000 defineşte la art.1 lit. k) investigatorii sub acoperire ca fiind poliţişti special desemnaţi să efectueze, cu autorizarea procurorului, investigaţii în vederea strângerii datelor privind existenţa infracţiunii şi identificarea făptuitorilor şi acte premergătoare, sub o altă identitate decât cea reală, atribuită pentru o perioadă determinată.

Procurorul poate autoriza folosirea investigatorilor sub acoperire pentru descoperirea faptelor, identificarea făptuitorilor şi obţinerea mijloacelor de probă, în situaţiile în care există indicii temeinice că a fost săvârşită sau că se pregăteşte săvârşirea unei infracţiuni dintre cele menţionate în legea specială. Autorizarea în formă scrisă este dată de procuror pentru o perioadă de cel mult 60 de zile şi poate fi prelungită pentru motive temeinic justificate, fiecare prelungire neputând depăşi 30 de zile.

Atât investigatorii acoperiţi, cât şi colaboratorii acestora pot procura, cu autorizarea procurorului, droguri, substanţe chimice, esenţiale şi precursori, cu scopul descoperirii activităţii infracţionale şi a identificării persoanelor implicate în aceste activităţi. Actele încheiate de aceştia pot constitui mijloace de probă.

De asemenea, şi Legea nr. 39/2003 privind prevenirea şi combaterea criminalităţii organizate conţine prevederi referitoare la instituţia investigatorului sub acoperire la art. 17, în sensul că, în cazul în care există indicii temeinice că s-a săvârşit sau că se pregăteşte săvârşirea unei infracţiuni grave de către unul sau mai mulţi membri ai unui grup infracţional organizat, care nu poate fi descoperită sau ai cărei făptuitori nu pot fi identificaţi prin alte mijloace, pot fi folosiţi, în vederea obţinerii de date privind săvârşirea infracţiunii şi identificarea făptuitorilor, poliţişti sub acoperire din cadrul structurilor specializate ale Ministerului de Interne.

Autorizarea pentru folosirea poliţiştilor sub acoperire se dă de către procurorul desemnat de procurorul general al Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie sau de către procurorul general al parchetului de pa lângă curtea de apel, prin ordonanţă motivată[1].

Din cadrul legislativ, desprindem condiţiile care trebuiesc îndeplinite pentru a putea fi folosiţi investigatorii sub acoperire[2]:

- Existenţa unor indicii temeinice şi concrete că s-a săvârşit sau că se pregăteşte săvârşirea unei infracţiuni; acestea trebuie să existe deja în momentul în care se solicită autorizarea procurorului[3];
- Infracţiunile vizate să fie cele prevăzute în art 224[1], respectiv *infracţiuni contra siguranţei naţionale prevăzute în Codul penal şi în legi speciale, precum şi în cazul infracţiunilor de trafic de stupefiante şi de arme, trafic de persoane, acte de terorism, spălare a banilor, falsificare de monede ori alte valori, sau a unei infracţiuni prevăzute în Legea nr. 78/2000 pentru prevenirea, descoperirea şi sancţionarea faptelor de corupţie, cu modificările şi completările ulterioare, ori a unei alte infracţiuni grave*;
- În ceea ce priveşte infracţiunile mai grave menţionate anterior, acestea nu pot fi descoperite sau ai căror făptuitori nu pot fi identificaţi prin alte mijloace;
- Autorizarea prin ordonanţă motivată dată de către procuror. Aceasta trebuie să conţină, pe lângă menţiunile prevăzute la art. 203, următoarele:
  - indiciile temeinice şi concrete care justifică măsura şi motivele pentru care măsura este necesară;
  - activităţile pe care le poate desfăşura investigatorul sub acoperire;
  - persoanele faţă de care există presupunerea că au săvârşit o infracţiune;
  - identitatea sub care investigatorul sub acoperire urmează să desfăşoare activităţile autorizate;
  - perioada pentru care se dă autorizarea;
  - alte menţiuni prevăzute de lege[4].
- Activitatea desfăşurată de investigatorul sub acoperire să nu determine săvârşirea unei infracţiuni sau continuarea săvârşirii acesteia. Această condiţie priveşte limitele de acţiune ale investigatorului sub acoperire. Ea nu rezultă expres din vreun

---

[1] Boroi, Alexandru, Rusu, Ion, *op. cit.,*p. 392.

[2] A se vedea şi Buzatu, Nicoleta-Elena, *Traficul şi consumul illicit de droguri – aspecte multidisciplinare*, Ed. Universul Juridic, 2012, p. 293-297.

[3] Ibidem, 295.

[4] Art. 224[2] C.proc.pen.

text normativ existent în articolele dedicate strict investigatorilor sub acoperire (art. 224^1-224^4 C.proc.pen.), dar este reglementată cu caracter explicit în materia probelor [art. 68 alin. (2) C.proc.pen.], ca o interdicţie cu caracter general aplicabilă oricărei activităţi de colectare a probelor: „Este oprit a determina o persoană să săvârşească sau să continue săvârşirea unei fapte penale, în scopul obţinerii unei probe”[1].

Potrivit art. 224^4 din Codul de procedură penală, identitatea reală a investigatorilor sub acoperire nu poate fi dezvăluită în timpul ori după terminarea acţiunii. Procurorul care are competenţa de a autoriza folosirea unui investigator sub acoperire are dreptul să-i cunoască adevărata identitate. Astfel, legiuitorul a instituit o măsură de protecţie a investigatorului sub acoperire[2].

Pe lângă investigatorul sub acoperire, un alt act normativ[3] prevede şi instituţia investigatorului cu identitate reală, aceştia fiind lucrători operativi din cadrul poliţiei judiciare. În cazul în care există indicii temeinice şi concrete că s-a săvârşit sau că se pregăteşte săvârşirea de către un funcţionar a unei infracţiuni de luare de mită (art. 254 C. pen.), primire de foloase necuvenite (art. 256 C. pen.) sau de trafic de influenţă (art. 257 C.pen.), procurorul poate autoriza folosirea investigatorilor sub acoperire sau a investigatorilor cu identitate reală, în scopul descoperii faptelor, identificării făptuitorilor şi obţinerii mijloacelor de probă (art. 26^1).

Atât investigatorii sub acoperire, cât şi investigtorii cu identitate reală pot, cu autorizarea procurorului, să ofere sau, după caz, să dea bani ori alte foloase unui funcţionar, în condiţiile prevăzute la art. 254, 256 sau 257 din Codul penal.

Autorizarea trebuie să fie dată de procuror pentru fiecare cauză în parte, întrucât procesele-verbale încheiate de investigatorii sub acoperire şi de investigatorii cu identitate reală pot constitui mijloace de probă numai în cauza penală în care a fost dată autorizarea.

V. Provocarea ilegală a infracţiunii

Singurele prevederi existente în Codul de procedură penală sunt la art. 68, menţionat anterior, şi la art. 64, referitor la mijloacele de probă, unde se prevede la alin. (2) că „mijloacele de probă obţinute în mod ilegal nu pot fi folosite în procesul penal”.

În afară de faptul că probele obţinute nu sunt luate în considerare deoarece sunt considerate a fi obţinute în mod ilegal, investigatorul în cauză poate fi tras la răspundere penală pentru instigare la respectiva infracţiune.

În ceea ce priveşte jurisprudenţa CEDO, vom prezenta în continuare cea mai relevantă cauză cu privire la instituţia aflată în discuţie, respectiv Teixeira de Castro c. Portugalia.

În urma unor activităţi de monitorizare a traficului de stupefiante, doi agenţi sub acoperire a Poliţiei Securităţii Publice au stabilit o legătură cu V.S., un mic traficant de droguri, care utiliza banii câştigaţi din această activitate pentru consumul său propriu. Agenţi au mizat că prin V.S. o să aibă posibilitatea de a găsi pe cel care îl aproviziona. Dar individul, chiar dacă a fost presat de agenţi nu a reuşit să găsesacă un furnizor care să-i pună la dispoziţie mai multe kilograme de haşis.

---

[1] PUŞCAŞU, Voicu, *Agenţi sub acoperire. Provocarea ilegală a infracţiunii. Consideraţii (II)*, Caiete de drept penal nr. 3/2010, p. 88.

[2] BUZATU, Nicoleta-Elena, *op. cit.,* pp. 297-298.

[3] Legea nr. 78/2000 privind prevenirea, descoperirea şi sancţionarea faptelor de corupţie.

La insistenţele agenţilor care au menţionat că vor să cumpere heroină, V.S. i-a pus în legătură cu domnul Teixeira de Castro, reclamant în cauză. Acesta le-a procurat 20 de grame de heroină şi la momentul tranzacţiei agenţi s-au identificat şi l-au arestat pe reclamant şi pe celelalte persoane implicate.

În urma anchetei penale care a urmat o instanţă l-a condamnat pe reclamant la şase ani de închisoare. Instanţa a considerat că acţiunile unui agent provocator nu sunt interzise de legistaţia portugheză, atâta timp cât libertatea unui individ este sacrificată pentru a apăra valorile sociale nesocotite în urma acţivităţii persoanei. Reclamantul a atacat hotărârea la Curtea Supremă, dar apelul lui a fost respins.

În urma procedurii privind admisibilitatea, Comisia a ajuns la concluzia că plângerea reclamantului este admisibilă doar în ceea ce priveşte art. 6 (1) (echitatea procesului).

Reclamantul a invocat că nu a avut parte de un proces echitabil, pentru că a fost condamnat pentru o infracţiune săvârşită la instigarea unor agenţi sub acoperire. Art. 6 prevede: (1) Orice persoană are dreptul la judecarea în mod echitabil (...) a cauzei sale de către o instanţă". Reclamantul a susţinut nu ar fi comis infracţiunea pentru care a fost condamnat dacă nu ar fi fost activitatea agenţilor provocatori. Mai mult, ofiţerii de poliţie au acţionat din proprie iniţiativă, fără supravegherea unei instanţe.

Astfel, garanţiile art. 6 trebuie respectate în orice fază a procedurilor privind o infracţiune, iar interesul general nu poate justifica folosirea probelor obţinute la instigarea poliţiei.

Curtea notează că reclamantul nu a fost nici un moment anchetat de poliţie pentru alte fapte decât ceea pentru care a fost condamnat. El nu avea antecedente penale, nu a fost cunoscut poliţiştilor până când, prin intermediul lui V.S. a fost pus în legătură cu agenţi. Mai mult, el a obţinut de la o terţă persoană cantitatea de droguri destinat poliţiştilor. Din examinarea lucrărilor Curţii Supreme nu reiese că reclamantul ar fi fost predispus la comiterea de infracţiuni.

Activitatea agenţilor nu s-a rezumat la a investiga în mod pasiv activitatea reclamantului, ci a constat dintr-o influenţă exercitată într-o manieră instigatoare.

În lumina celor expuse mai sus, Curtea ajunge la concluzia că activitatea celor doi poliţişti a întrecut ceea ce ar fi activitatea unor agenţi sub acoperire. Această intervenţie şi folosirea probelor obţinute prin intermediul ei în procedurile subsecvente a însemnat că reclamantul de la bun început a fost deprivat de posibilitatea de a beneficia de un proces echitabil, în consecinţă, în cauză se constată o încălcare a art. 6 (1).

Pentru a remedia efectele încălcării dreptului său la un proces echitabil, Curtea a acordat reclamantului în total 28.000.000 de escudos cu titlu de daune morale şi cheltuieli de judecată[1].

Cauza este de o mare importanţă, ea constituind un punct de reper în jurisprudenţa la nivel european. Curtea Europeană a Drepturilor Omului a decis ulterior şi în alte cauze în acest sens.

VI. Concluzii şi observaţii critice

În ceea ce priveşte activităţile desfăşurate de investigatorii acoperiţi în timpul infiltrării lor, se impun unele precizări. În acest sens, în scopul realizării obiectivului său, şi anume acela de a afla date şi informaţii cu privire la săvârşirea unei infracţiuni sau la pregătirea săvârşirii unei infracţiuni, agentul sub acoperire, uneori, săvârşeşte el însuşi infracţiunile în cauză, alături de membrii grupării pe care o investighează.

[1] www.iusiuventutis.ro

Problema care apare în această situaţie este aceea că nu există o reglementare în acest sens în Codul de procedură penală. Considerăm că actul normativ în cauză ar trebui să prevadă expres posibilitatea investigatorilor sub acoperire de a săvârşi infracţiuni, cu scopul de a obţine probe împotriva adevăraţilor infractori, fără a putea fi pedepsiţi pentru acestea. Fireşte, în situaţiile respective, trebuie să fie îndeplinite toate condiţiile necesare pentru folosirea investigatorilor sub acoperire.

De asemenea, art 224^1 este intitulat „Actele premergătoare efectuate de investigatorii sub acoperire". De aici, deducem că aceştia nu pot fi autorizaţi să acţioneze decât în faza actelor premergătoare. Ca urmare, Noul Cod de procedură penală, în partea destinată investigatorilor sub acoperire, nu mai menţionează folosirea acestora doar în ceea ce priveşte actele premergătoare.

O altă completare care se impune priveşte determinarea săvârşirii unei infracţiuni de către agenţii sub acoperire, în scopul obţinerii de probe.

Anchetele sub acoperire reprezintă o formă importantă a asistenţei judiciare internaţionale în materie penală, însă la nivel naţional nu li s-a acordat încă o reglementare suficient de amplă. Multiplele probleme puse în discuţie, inclusiv referitor la investigatorii sub acoperire, ar trebui abordate mai în detaliu în Codul de procedură penală.

Bibliografie

1. **Boroi, Alexandru, Rusu, Ion**, *Cooperarea judicară internaţională în materie penală*, editura C.H. Beck, 2008;
2. **Buzatu, Nicoleta-Elena**, *Traficul şi consumul illicit de droguri – aspecte multidisciplinare*, Editura Universul Juridic, 2012;
3. Codul de procedură penală în vigoare;
4. Noul Cod de procedură penală;
5. Convenţia europeană de asistenţă judiciară internaţională în materie penală, semnată la 20 aprilie 1959 la Strasbourg de către guvernele statelor membre ale Consiliului Europei, completată prin două Protocoale adiţionale (Protocolul Adiţional la Convenţia euroopeană de asistenţă judiciară în materie penală, semnat la Strasbourg la 17 martie 1978 şi Protocolul Adiţional la Convenţia europeană de asistenţă judiciară în materie penală, semnat la Strasbourg la 8 noiembrie 2001);
6. Convenţia privind asistenţa judiciară reciprocă în materie penală între Statele Membre ale Uniunii Europene, semnată la 29 mai 2000, completată prin Protocolul adiţional din 16 octombrie 2001;
7. Legea nr. 78/2000 privind prevenirea, descoperirea şi sancţionarea faptelor de corupţie;
8. Legea nr. 302/2004 privind cooperarea judiciară internaţională în materie penală, publicată în „Monitorul Oficial al României", partea I, nr. 594 din 1 iulie 2004, republicată în temeiul art. III din Legea nr. 222/2008 pentru modificarea şi completarea Legii nr. 302/2004 privind cooperarea judiciară internaţională în materie penală, publicată în „Monitorul Oficial al României", partea I, nr. 758 din 10 noiembrie 2008, republicată, publicată în „Monitorul Oficial al României" nr. 377 din 31 mai 2011;
9. **Puşcaşu, Voicu**, *Agenţi sub acoperire. Provocarea ilegală a infracţiunii. Consideraţii (II)*, Caiete de drept penal nr. 3/2010;
10. **Rusu, Ion**, *Extrădarea între România şi SUA. Observaţii critice,* „Caiete de Drept Penal", nr. 4/2009;
11. **Rusu, Ion**, *Extrădarea pasivă,* „Caiete de Drept Penal", nr. 3/2009;
12. www.iusiuventis.ro.

Aplicarea legii penale române cetățenilor străini care săvârşesc infracțiuni pe teritoriul României

Costin-Ion ***UDREA***

Abstract: *În contextul aderării la Uniunea Europeană, noţiunea de cetăţean străin se prezintă ca fundamental modificată, această lucrare propunându-şi ca în prima parte să prezinte elementele privind succesiunea modificării conceptului de străin, istoricul reglementărilor cu privire la aplicarea legii penale române acelor persoane care nu deţin cetăţenie română, precum şi instituţiile juridice privind teritoriul României. A doua parte îşi doreşte să analizeze, particularităţile privind procesul penal în cazurile în care făptuitorul este un străin, cele privind regimul de deţinere, cât şi aplicarea măsurilor de siguranţă.*

Cuvinte cheie: *străin, Uniunea Europeană, principiul teritorialităţii, arestare, drepturi*

Capitolul 1. Elemente fundamentale

Subcapitolul 1. Noţiuni

Apartenenţa României în Uniunea Europeană produce pe lângă schimbările de natură administrativă, economică şi politică o modificare a unor noţiuni fundamentale existente în legislaţia autohtonă. Astfel, noţiunea de "străin" suferă mutaţii, iar problema aplicării legii penale asupra persoanelor ce nu deţin cetăţenie română devine de o importanţă crescută.

Datorită liberei circulaţii de persoane, caracteristică a Uniunii Europene, şi de asemenea regimului legislativ românesc, receptiv în ceea ce priveşte străinii, realitatea se concretizează în diferite categorii de persoane, non-cetăţeni ai ţării noastre, precum şi non-cetăţeni ai Uniunii Europene, care ajung să străbată teritoriul statului nostru. Şederea temporară sau permanentă a persoanelor fără cetăţenie în România devine în context european, un fapt comun, cetăţenii străini dobândind drepturi şi obligaţii faţă de România.

Aflaţi pe acest teritoriu, majoritatea acestor persoane respectă legea penală, atât din România, cât şi a statelor din care provin, însă există cazuri în care normele penale române sunt încălcate. În acele momente se ridică problema aplicării sau nu a prevederilor în materie penală româneşti acestor persoane.

Dreptul penal, ca parte integrantă a unui stat democratic, şi al unui stat aparţinând Uniunii Europene, trebuie să îşi găsească aplicabilitatea în cazurile în care normele juridice ale acestuia sunt încălcate, **fără a face distincţie între cei care încalcă legea**.

Legea penală reprezintă "**orice dispoziţie cu caracter penal cuprinsă în legi sau decrete**"[1]. Trebuie adăugat faptul că decretele la care se face menţiune nu mai emană de la parlament ci de la Preşedintele României, neconstituind lege penală. **Astfel, prin**

[1] Codul Penal în vigoare, publicat în Buletinul oficial nr 79 din 21 iunie 1968, republicat în Monitorul Oficial, partea I, nr. 65 din 16 aprilie 1997, art. 141.

legea penală se înţelege, în sens restrâns, actul normativ emis de parlament prin lege organică.

Prin **aplicarea legii penale** se înţelege transpunerea, în practică, a prevederilor abstracte ale legii penale. Legea penala devine obligatorie din momentul intrării în vigoare, de la această dată curgând obligativitatea aplicării ei, sub constrângerea sancţiunilor.

Conform Codului Penal, teritoriul României este desemnat de "**întinderea de pământ şi apele cuprinse între frontiere cu subsolul şi spaţiul aerian precum şi marea teritorială cu solul, subsolul şi spaţiul aerian ale acesteia**"[1].

Întâiul element enumerat îl reprezintă solul, întinderea de pământ cuprinsă între frontiere. Asupra acelei întinderi nu se poate exercita decât autoritatea unui singur stat. Spaţiul aerian, spre deosebire de subsol, prezintă o limită,cea inferioară a spaţiului extracosmic. Legea penală română extinde, în art. 143 Cod Penal, noţiunea teritoriului şi la navele ori aeronavele române, ce sunt asimilate teritoriului ţării în domeniul infracţiunilor săvârşite în România.

Străinul este persoana care se află pe teritoriul unui stat fără a avea cetăţenia acestuia, ci a altui stat.[2] Străinul poate avea, de asemenea, cetăţenia a mai multor state.

Latto sensu, prin străin se înţelege orice subiect de drept, atât persoană fizică, cât şi juridică, care nu are cetăţenia sau naţionalitatea statului pe teritoriul căruia se găseşte. Strico sensu, prin străin se înţelege o persoană fizică. Indiferent că este vorba de persoanele fizice sau juridice, elementul comun îl reprezintă raportarea la un alt stat fată de care persoana intră într-un raport juridic. Atunci când o persoană părăseşte statul a cărei cetăţenie o deţine, continuă să rămână cetăţean al statului respectiv, însă faţă de ordinea juridică a ţării pe teritoriul căreia a intrat persoana este străin.

În perioada relativ recentă, noţiunea de „**străin**" a suferit o serie de modificări, după cum urmează: **Ordonanţa de Urgenţă nr 194 din 2002** îl definea ca "**fiind persoana care nu are cetăţenia română"**[3]. Prin această conturare legiuitorul creează o delimitare strictă între persoana cu cetăţenie română şi orice alt cetăţean, fiind concis în circumscrierea tuturor cetăţenilor străini, la acel moment, într-un singur regim.

Aderarea la Uniunea Europeana, a condus la modificarea noţiunii din punct de vedere legislativ, prin adoptarea **Ordonanţei de Urgenţă nr. 55 din 2007**, care modifică noţiunea în "**persoana care nu are cetăţenia română sau cetăţenia unui alt stat membru al Uniunii Europene ori a Spaţiului Economic European"** [4]. Putem deriva astfel faptul că aderarea statului nostru a revoluţionat noţiunea, deoarece cetăţeanul european devine astfel asimilat celui român, nemaifiind considerat străin.

Dacă, în ceea ce priveşte statele membre U.E. acest lucru vine ca o consecinţă a aderării, o situaţie deosebită o reprezintă statele Spaţiului Economic European, care conţin membrii U.E., cât şi alte trei state membre – **Islanda, Lichtenstein şi Norvegia**, membri ai Asociaţiei Economice a Liberului Schimb, care, împreună cu U.E., formează Spaţiul Economic European. Astfel, aceste 3 state intră sub incidenţa legii 194 din 2002, modificată, cetăţenii lor nemaifiind consideraţi străini. Excepţia se regăseşte în

---

[1] Codul Penal în vigoare, art. 142.

[2] Raluca Miga-Beşteliu, *Drept internaţional, Introducere în dreptul internaţional public*, ediţia a III-a, ed. All Beck, Bucureşti, 2003, p 171.

[3] Ordonanţa de Urgenţă nr 194 din 12 decembrie 2002 privind regimul străinilor în România, art. 2, lit. a).

[4] Ordonanţa de Urgenţă nr 55 din 20 iunie 2007 privind înfiinţarea Oficiului Român pentru Imigrări prin reorganizarea Autorităţii pentru străini şi a Oficiului Naţional pentru Refugiaţi, precum şi modificarea şi completarea unor acte normative, partea II, art. 1.

cazul Elveţiei, care deşi face parte din Asociaţia Economică a Liberului Schimb, nu face parte din Spaţiul Economic European, cetăţenii elveţieni fiind consideraţi, la acel moment, străini.

Acest fapt, însă, este schimbat prin adoptarea Legii nr 157 din 2011, care schimbă definiţia în: „**persoana care nu are cetăţenia română, cetăţenia unui alt stat membru al Uniunii Europene sau al Spaţiului Economic European ori cetăţenia Confederaţiei Elveţiene**”[1]. Această ultimă întregire, care este de asemenea, încă în vigoare, adaugă astfel Elveţia la lista ţărilor ai căror cetăţeni nu sunt consideraţi străini de către legea română.

Putem spune că această noţiune nu este una imuabilă, ba din contră, suferă transformări datorită scurgerii timpului, existând posibilitatea ca reglementări viitoare să o modifice. Fundamentul ei însă, nu se schimbă, deoarece persoana care nu are cetăţenia română, şi, prin extensie, cea europeană, va fi considerată o persoană străină.

Majoritatea ţărilor au prevăzute reglementări similare cu privire la existenţa străinilor, iar considerată ca primă reglementare comună a noţiunii de străin de către mai multe state este cea întâlnită în dreptul comunitar european, odată cu adoptarea Convenţiei de Aplicare a Acordului de la Schengen, prin care **străinul reprezintă orice persoană, alta decât un cetăţean al unui stat membru al Comunităţilor Europene**[2]**.**

În concluzie, prevederea legislativă autohtonă privind noţiunea de străin se instituie două postulate: orice persoană dintr-un stat european dobândeşte drepturi noi şi obligaţii corelative, nefiind considerat străin, iar acele persoane care nu intră sub incidenţa articolului 2 litera a) din **Ordonanţa de Urgenţă nr 194 din 2002** este considerat străin, având drepturile şi obligaţiile inerente prevederilor legii româneşti în vigoare. Această noţiune poate fi pusă mai bine în evidenţă raportând-o la aceea de cetăţean. Cetăţenia reprezintă legătura politico-juridică ce se realizează între o persoană şi un stat. A nu avea cetăţenia unui anumit stat reprezintă o dovadă a trăsăturii de străin.

În aceste contexte este necesară şi lămurirea situaţiei **apatridului,** persoana care nu are nicio cetăţenie. Deosebirile dintre un apatrid şi un cetăţean străin, în cadrul aplicării legii statului pe teritoriul căruia se află privesc în special instituţia expulzării. Apatridul cu domiciliul sau reşedinţa într-un stat nu poate fi expulzat. Statutul personal al apatridului este supus legii domiciliului iar în lipsa acestuia, legii reşedinţei.

Cu toate că există multiple neajunsuri în cazul apatrizilor, dreptul internaţional tinde spre crearea unui regim comun al apatrizilor şi străinilor, aceştia având obligaţia de a respecta legile statului pe teritoriul căruia se află.

Subcapitolul 2. Istoric

Din punct de vedere istoric, deşi legiuirile din vremea conducătorilor principatelor româneşti Ioan Gheorge Caradja (Legiuirea Caradja) şi Scarlat Calimah (Codul Calimah) prezentau forme incipiente de consacrare a principiului teritorialităţii aplicării legilor statale române, evenimentul ce a marcat începutul epocii moderne, în privinţa codificării dreptului penale l-a reprezentat, alegerea unui singur domnitor, în 1859, în scopul unirii principatelor Moldovei şi Valahiei, în persoana colonelului Alexandru Ioan Cuza. Acea alegere a reprezentat începutul unor serii de reforme instituţionalizate,

---

[1] Legea nr 157 din 11 iulie 2011 pentru modificarea şi completarea unor acte normative privind regimul străinilor în România, art. I, punctul 1.

[2] Convenţia de aplicare a Acordului Schengen din 14 iunie 1985 între guvernele statelor din Uniunea Economică Benelux, Republicii Federale Germania şi Republicii Franceze privind eliminarea treptată a controalelor la frontierele lor comune.

în ambele principate, al căror rezultat a fost fundamentarea statului şi dreptului român. Una dintre cele mai importante o reprezintă **reforma justiţiei**, prin promulgarea şi intrarea în vigoare a Codului penal şi de procedură penală.

Codul penal român, intrat în vigoare la data de 1 mai 1865, a avut ca izvoare Codul penal francez din 1810, Codul prusian din 1851 şi a preluat unele dispoziţii anterioare ale Condicilor criminaliceşti din cele două principate[1]. În acest Cod penal se prevedea, după cum urmează: „**Dispositiunile acestui codice se aplică la infracţiunile comise pe pământul României sau pe o navă română (...) Dispositiunile (...) sunt aplicabile străinilor domiciliaţi în România, daca nu sunt supuşi unei ţări cu care România are tratat de extradiţiune şi dacă extradiţia lor nu a fost cerută de ţara lor**."[2]. Astfel, se consacra principiul teritorialităţii, fără a se da, însă, o explicaţie teoretică termenului legislativ de pământ al României, şi de asemenea se prevedea în mod expres aplicarea legii penale române acelor cetăţean străini care săvârşesc infracţiuni pe teritoriul ţării.

Adoptat la 18 martie 1936, **noul Cod penal de la acea dată** abrogă toate codurile şi legile precedente în materie penală existente, înlocuindu-le. Acesta prezenta în structură un capitol distinct, intitulat Aplicarea legii penale în timp şi spaţiu, consolidându-se astfel principiul teritorialităţii legii penale. Astfel, art. 6 din Codul penal de la 1936, prevedea că orice infracţiune săvârşită pe teritoriul României este pedepsită după dispoziţiile legii penale române[3], iar cu privire cei care nu deţin cetăţenie română: „**Dispoziţiunile (...) sunt aplicabile şi străinilor domiciliaţi în România, dacă nu sunt supuşi niciunei ţări, sau dacă extrădarea lor nu a fost cerută, precum şi străinilor care au dobândit naţionalitate română după ce au săvârşit infracţiunea în străinătate**." [4]

Codul penal de la 1969 a marcat un alt moment important în evoluţia dreptului penal român, fiind în vigoare şi astăzi, cu modificările de rigoare.

Principiul teritorialităţii este consacrat expres în Codul penal: „**legea penală se aplică infracţiunilor săvârşite pe teritoriul României**". Potrivit acestui principiu, ea urmează a se aplica pe întreg teritoriul ţării, oricare ar fi calitatea făptuitorului: „**cetăţean român sau străin, persoană fără cetăţenie domiciliată în România sau în afara teritoriului ei**"[5]. Drept urmare, instituţiile penale privind încadrarea juridica a faptei, răspunderea penală, executarea sancţiunilor ca urmare a infracţiunilor săvârşite pe teritoriul României, au loc exclusiv în temeiul legii noastre penale, indiferent dacă reglementările existente în legea penală a statului al cărui cetăţean este făptuitorul, cuprind infracţiunea respectivă sau nu. Câtă vreme fapta sa tulbură ordinea de drept românească, organele judiciare acţionează în temeiul legii române.

O excepţie a principiului teritorialităţii se regăseşte în art. 8 din Codul penal: „**legea penală nu se aplică infracţiunilor săvârşite de către reprezentanţii diplomatici ai statelor străine sau de alte persoane care, în conformitate cu convenţiile internaţionale, nu sunt supuse jurisdicţiei penale a statului român**". Includem în categoria acestor reprezentanţi ambasadorii, consilierii, secretarii, ataşaţii de ambasadă sau orice altă persoană străină posesoare a unui paşaport diplomatic. Statul român nu poate

---

[1] Emil Cernea, *Istoria statului şi dreptului românesc* – ediţie revăzută şi adăugită, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2006, p 311.

[2] Codul penal român publicat la 30 octombrie 1864, intrat în vigoare la 1 mai 1865.

[3] Eugen Petit, Constantin Zotta, Codul penal adnotat, Ed. Ziarului Universul, Bucureşti, 1939, p. 37.

[4] Codul penal român publicat la 18 martie 1936, art. 9.

[5] Vasile Drăghici, *Drept penal partea generală*, Ed. Pro Universitaria, Bucureşti, 2008, p. 64.

judeca, aresta sau reţine persoanele ce beneficiază de imunitate. Singura măsură ce se poate lua în acest caz este întocmirea unei cereri către statul străin de a judeca persoana în cauza şi obligarea acesteia de a părăsi teritoriul ţării. Exceptate de la principiul teritorialităţii sunt de asemenea **infracţiunile săvârşite de către personalul armatelor străine** aflate în trecere sau staţionate pe teritoriul ţării noastre. "În principiu, regimul trupelor staţionate ori aflate în trecere pe teritoriul străin este reglementat prin convenţii sau acorduri bilaterale ori multilaterale între statele interesate şi tot pe baza acestora se soluţionează şi problema jurisdicţiei penale a personalului militar respectiv" [1].

Capitolul 2. Străinul în legislaţia românească

Subcapitolul 1. Regimuri juridice

Atunci când analizăm o situaţie de drept cu un element de extraneitate, trebuie să ne raportăm la dreptul internaţional, în a cărui practică şi teorie se întâlnesc patru mari forme principale de regim juridic a unui străin Regimul juridic al străinilor, *stricto sensu*, se referă la persoana fizică, însă, în opinia unor autori, latto sensu, se referă atât la persoana fizică, cât şi la persoana juridică[2] În concordanţă cu armonizarea legislaţiei României la standardele Uniunii Europene, precum şi cu faptul că, în legislaţia autohtonă, persoana juridică răspunde penal, putem afirma că şi persoana juridică din afara graniţelor poate fi depozitarul drepturilor şi obligaţiilor,unui străin. După cum urmează, există astfel:

Regimul naţional. Potrivit acestui regim, străinii, în condiţiile legii, dispun de drepturile civile şi cele considerate a fi fundamentale. Acesta reprezintă dreptul comun în materie, fiind adoptat şi de Constituţie, în art. 18 alin. 1 prevede că „**Cetăţenii străini şi apatrizii care locuiesc în România se bucură de protecţia generală a persoanelor şi averilor** "

Regimul clauzei naţiunii celei mai favorizate. Acest regim reprezintă o prevedere, de cele mai multe ori concretizată într-o înţelegere bilaterală, prin care cele două ţări contractante îşi acordă aceleaşi avantaje şi privilegii ca unei a treia, considerată a fi favorizată.

Regimul reciprocităţii. Conform acestui regim, anumite drepturi sunt acordate străinilor numai în măsura în care şi statul străin asigură un tratament identic cetăţenilor români aflaţi pe teritoriul său.

Regimul special. Acest regim presupune că drepturile acordate străinilor sunt prevăzute expres în legi sau tratate. Astfel este reglementat regimul cetăţenilor Uniunii Europene, care nu mai sunt consideraţi străini, conform Ordonanţei 194 din 2002, modificată, primind, în condiţiile legii[3] o serie de drepturi, în concordanţă cu reciprocitatea de care se bucură cetăţenii României, datorită integrării tării noastre în Uniune.

Cetăţenii Uniunii Europene şi Spaţiului Economic European pot intra pe teritoriul României, dacă îşi prezintă documentul naţional de identitate, paşaportul sau a un alt document eliberat în condiţiile legale **fără a se aplica ştampila** de intrare de către organele poliţiei de frontieră pe oricare dintre aceste documente.

---

[1] Ilie Pascu, *Drept penal partea generală*, Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2009, p 46

[2] Ion P. Filipescu, Andrei I Filipescu, *Drept Internaţional Privat*, Ed. Actami, Bucureşti, 2002, p 218.

[3] Ordonanţa de Urgenţă 102 din 14 iulie 2005 privind libera circulaţie pe teritoriul României a cetăţenilor statelor membre a Uniunii Europene şi Spaţiului Economic European, art. 5.

Străinii, cetăţeni distincţi de cetăţenii din Uniunea Europeană sau din Spaţiul Economic European pentru a intra pe teritoriul României, trebuie sa îndeplinească următoarele condiţii: să aibă un document care să fie valabil, de trecere a frontierei de stat, să fie în posesia unei vize române sau a unui permis de şedere valabil, trebuie să prezinte documente care justifică scopul şi condiţiile şederii, trebuie să facă dovada existenţei unor mijloace corespunzătoare atât pentru întreţinerea pe perioada şederii, cât şi pentru întoarcerea în tara de origine sau pentru tranzitul în alta şi de asemenea trebuie să prezinte garanţiile necesare că vor putea intra pe teritoriul respectivului stat, sau că îl vor părăsi pe cel românesc, în cazul acelora aflaţi în trecere;

Cetăţenii străini trebuie de asemenea să nu facă parte din categoria acelora cărora s-a instituit măsura interzicerii intrării în statul nostru sau care au fost declaraţi indezirabili şi să nu reprezinte un pericol cu privire la apărarea sau siguranţa naţională, cu privire la ordinea publică, morala publică, sau sănătatea altor persoane. Poliţia de frontieră, în aceste condiţii, poate refuza intrarea cetăţenilor străini dacă aceştia intră în clasificările sus-menţionate

Subcapitolul 2. Particularităţile procesului penal

Drepturile şi obligaţiile străinilor reprezintă o consecinţă inerentă principiului teritorialităţii existent în legislaţia română, conform căruia, indiferent de cetăţenie, orice persoană care se face vinovată de săvârşirea unei infracţiuni, trebuie a fi trasă la răspundere.

Referindu-ne la **drepturi**, potrivit art. 21 din Constituţie, orice persoană, şi deci nu doar cetăţeanul român, ci şi străinul, are acces liber la justiţia română spre a îşi apăra drepturile, libertăţile şi interesele legitime. Desfăşurându-se în limba română, **procedura judiciară dă dreptul persoanelor care nu înţeleg sau nu vorbesc limba română de a beneficia în procesul verbal de un interpret prin intermediul căruia să ia act de cuprinsul dosarului** sau de a lua cuvântul în faţa instanţei, ori de a pune concluzii.

Dreptul la apărare, de asemenea, în tot cursul procesului, îi este garantat străinului. în concret, egalitatea dintre cetăţeanul român şi cel străin este reglementată şi de către Legea 105/1992, conform căreia străinii au, în condiţiile legii, aceleaşi drepturi, cât şi obligaţii în procesele existente, ca şi persoanele de cetăţenie română.

Articolul 163 din respectiva lege prevede, de asemenea, faptul că „**Cetăţenii străini beneficiază în faţa instanţelor române, în procesele privind raporturile de drept internaţional privat, (...) de asistenţă juridică gratuită, în aceeaşi măsură şi condiţii ca şi cetăţenii români, sub condiţia reciprocităţii cu statul de cetăţenie**” [1]

Cu privire la obligaţii, străinul **are obligaţia de a respecta legislaţia română**, atât cea prevăzută în norme speciale, cât şi cea prevăzută în normele generale, precum Codul penal.

Răspunderea penală în sistemul de drept românesc îşi găseşte fundamentul în Codul penal, unde se prevede că “**Infracţiunea este singurul temei al răspunderii penale**”[2]. Ea apare ca o consecinţă a săvârşirii infracţiunii, de către orice persoană, indiferent dacă aceasta este cetăţean român sau străin, în baza principiului “ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus”, întruchipând astfel postulatul prezent în Constituţie de egalitate în faţa legii [3].

---

[1] Legea 105 din 22 septembrie 1992 cu privire la reglementarea raporturilor de drept internaţional privat.

[2] Codul penal în vigoare, art. 17 alin. 2.

[3] Constituţia României, art. 16 alin. 1.

Observăm astfel că legea penală se aplică obligatoriu, şi inevitabil străinului care a săvârşit o infracţiune, în condiţiile în care nu este exceptat, prin imunitate, de la răspunderea penală.

Regulile de desfăşurare a procesului penal sunt în principiu, aceleaşi, pentru orice subiect activ al infracţiunii. Legislaţia română nu tinde a crea un tratament nici favorizator, nici discriminator străinului, în condiţiile respectării prevederilor legale cu privire la desfăşurarea procesului penal. Cu toate acestea, datorită faptului că există acest element de extraneitate, care în practică se poate concretiza prin imposibilitatea comunicării, dată de diferenţa de limbă cunoscută de către străin, **se impun anumite precizări cu privire la desfăşurarea unor acte în condiţiile în care făptuitorul este străin**.

În cazul reţinerii, organul de cercetare penală sau procurorul va dispune această **măsură numai după ascultarea acestuia în prezenţa apărătorului, şi prin interpret, pe acela care nu vorbeşte sau înţelege limba română,** doar dacă sunt probe sau indicii temeinice că a săvârşit o faptă prevăzută de legea penală.

Organul de cercetare penală sau procurorul îl va informa, prin interpret, pe străinul care nu vorbeşte sau înţelege limba română, că are dreptul de a nu face nicio declaraţie, fiindu-i de asemenea atrasă atenţia că tot ceea ce declară va putea fi folosit împotriva sa, precum şi faptul că are dreptul la un apărător, iar dacă nu îşi poate angaja unul, că beneficiază de asistenţă judiciară din oficiu.

Constituţia stabileşte de asemenea ca drepturi **înştiinţarea imediată a persoanei, în limba pe care o înţelege, cu privire la motivele reţinerii sale**, cu privire la învinuirea ce i se aduce, durata reţinerii, care nu poate fi mai mare de 24 de ore, şi instituie obligaţia organelor statului de a elibera persoana reţinută odată cu dispariţia motivelor reţinerii.

În ceea ce priveşte arestarea inculpatului străin, dacă procurorul, "**din oficiu sau la sesizarea organului de cercetare penală, considerând că arestarea învinuitului este necesară în interesul urmăririi penale, va întocmi propunerea motivată de luare a măsurii arestării preventive a învinuitului**"[1] pe o perioada nu mai mare de 30 de zile.

Dosarul apoi, împreună cu propunerea de luare a acestei măsuri, va fi prezentată judecătorului de la instanţa competentă să judece cauza în fond. Străinul va fi prezentat astfel completului de judecată, unde aceleaşi drepturi cu privire la declaraţie, asistenţa juridică, sunt aplicabile.

Cel în sarcina căruia i se propune luarea măsurii arestării preventive are o serie de drepturi, dintre care enumerăm:

- dreptul de a se plânge asupra legalităţii mandatului de arestare, la instanţa de judecată;
- dreptul de a fi informat asupra măsurilor arestării, în limba pe care o înţelege şi de îndată,
- de a fi informat asupra învinuirii care i se aduce, în limba pe care o înţelege.
- dreptul de a beneficia de asistenţă juridică specializată;
- dreptul la un interpret gratuit;

Străinilor trebuie să li se acorde, de asemenea, înlesnirile necesare pentru a comunica cu reprezentantul diplomatic sau consular al ţării a cărui cetăţean este.

În ceea ce priveşte starea de deţinere, în conformitate cu evoluţia societăţii, este necesară şi o politică penală modernă bazată pe principiile umanismului, legalităţii şi realismului, viziunea Consiliului Europei mergând în sensul unei politici a alternativelor la pedeapsa cu închisoarea şi concretizata în adoptarea de către statele europene a

[1] Codul de procedură penală, art.146.

Regulilor Penitenciare Europene, la 12 februarie 1987. România reprezintă un stat care urmăreşte aceste tendinţe în materie penală, acordând o atenţie specială materializării unor măsuri specifice, cum ar fi executarea prin muncă a pedepsei, suspendarea condiţionată a executării sau suspendarea cu supraveghere.

Regimul de detenţie reprezintă totuşi o măsură de protecţie a societăţii împotriva fenomenului infracţional.

În executarea detenţiei, fie că este vorba de reţinere, arest preventiv, sau, ca urmare a unei condamnări,a executării pedepsei închisorii sau a detenţiunii pe viaţă, respectul demnităţii umane trebuie a fi garantat, precum şi **nediscriminarea şi imparţialitatea aplicării regulilor, fără a se ţine seama de criterii precum cetăţenia, rasa, originea etnică, religia, cetăţenia, etc.**

În privinţa situaţiei deţinutului ori a arestatului preventiv, străin, **autorităţile administraţiei locului de detenţie au obligaţiile să îi aducă la cunoştinţă regulile în limba pe care o înţelege**, să îl cazeze în celule care să întrunească cerinţele rezonabile de sănătate şi igienă, să nu îl supună la tratamente degradante, să îi asigure servicii medicale, să rezolve plângerile adresate, **să îl informeze de îndată în limba pe care o înţelege asupra drepturilor pe care le are**, printre care şi cel de a cere înlesnirile necesare pentru a comunica cu reprezentantul diplomatic sau consular al ţării a cărui cetăţean este.

În cazul cetăţenilor de alte confesiuni religioase, trebuie să li se permită accesul la un reprezentant calificat al acelei religii, în măsura posibilităţilor. Accesul deţinuţilor străini la programele de resocializare şi dezvoltare nu trebuie îngrădit, datorită cetăţeniei lor.

Cu privire la **măsurile de siguranţă**, acestea sunt prevăzute în art. 111-118 din Codul penal, având un caracter eminamente preventiv, ca măsuri de înlăturare a unor stări de pericol, care ar putea contribui la săvârşirea unor fapte prevăzute de legea penală.

În cazul în care **străinul, datorită unor boli sau intoxicării cronice cu substanţe inebriante, prezintă pericol pentru societate, poate fi obligat la un tratament medical de specialitate** până la însănătoşire. În condiţiile în care făptuitorul se sustrage de la tratament, sau dacă este bolnav mintal sau toxicoman periculos, se poate lua **măsura internării într-un institut medical de specialitate**. Dacă străinul e incapabil să îşi exercite profesia, i se poate **interzice respectiva funcţie sau profesie**, iar dacă prezenţa în anumite localităţi constituie un pericol pentru societate, i se poate lua **interzicerea de a se afla în acele localităţi.**

Expulzarea reprezintă instituţia juridică prin care statul român are posibilitatea de a îndepărta de pe teritoriul său pe acei cetăţeni străini care au comis o infracţiune. Nu orice străin, ci numai aceia a căror prezenţă reprezintă o stare de pericol social care nu poate fi înlăturată decât prin îndepărtarea acestora din România. Această măsură nu se va dispune dacă există motive serioase a se crede că străinul riscă a fi torturat în statul în care urmează a fi expulzat.

Confiscarea specială reprezintă acea măsură de siguranţă prin care bunurile care au fost produse, folosite, modificate, dobândite sau date în vederea săvârşirii infracţiunii vor face obiectul trecerii silite şi gratuite în patrimoniul statului.

În ceea ce priveşte interdicţia de a reveni în locuinţa familiei pe o perioadă determinată, atunci când străinul este condamnat la pedeapsa închisorii de minim 1 an, sau pentru acte de violenţă contra membrilor familiei, instanţa poate lua această măsură pe o durată de până la 2 ani.

Putem concluziona observând că, în ceea ce priveşte regimul juridic al străinilor,în contextul săvârşirii de infracţiuni, acestora nu li se creează o situaţie discriminatorie, fiind trataţi asemenea făptuitorilor autohtoni, ba chiar mai mult, **legiuitorul a prevăzut o serie de garanţii de desfăşurare a procesului penal în condiţii de legalitate**, prin existenţa interpreţilor autorizaţi care să permită informarea străinului cu privire la acuzaţiile care i se aduc, accesul la dosar, şi apărările pe care şi le poate face.

Posibilitatea contactării ambasadelor şi consulatelor nu vine decât să stabilească garanţiile necesare de legalitate cu privire la desfăşurarea procesului penal, creând astfel un regim european de aplicare a legilor autohtone.

Bibliografie

01**. M. V. Antonescu**, Regimul juridic al străinilor în România, Ed. All Beck, Bucureşti, 2001

02. **Emil Cernea**, Istoria statului şi dreptului românesc – ediţie revăzută şi adăugită, Editura Universul Juridic, Bucureşti, 2006

03. Codul penal român publicat la 30 octombrie 1864

04. Codul penal român publicat la 18 martie 1936

05. Codul penal în vigoare publicat 21 iunie 1968

06. Constituţia României

07. Convenţia de aplicare a Acordului Schengen din 14 iunie 1985 între guvernele statelor din Uniunea Economică Benelux, Republicii Federale Germania şi Republicii Franceze privind eliminarea treptată a controalelor la frontierele lor comune

08. **Ion P. Filipescu, Andrei I**. **Filipescu**, Drept Internaţional Privat, Editura Actami, Bucureşti, 2002

09. **Vasile Drăghici**, Drept penal partea generală, Editura Pro Universitaria, Bucureşti, 2008

10. Legea 105 din 22 septembrie 1992 cu privire la reglementarea raporturilor de drept international privat

11. Legea nr 157 din 11 iulie 2011 pentru modificarea şi completarea unor acte normative privind regimul străinilor în România

12. **Ilie Pascu**, Drept penal partea generală, Editura Hamangiu, Bucureşti, 2009

13. **Raluca Miga-Beşteliu**, Drept internaţional, Introducere în dreptul internaţional public, ediţia a III-a, ed. All Beck, Bucureşti, 2003

14. **Eugen Petit**, Constantin Zotta, Codul penal adnotat, Editura Ziarului Universul, Bucureşti, 1939

15. Ordonanţă de Urgenţă nr 194 din 12 decembrie 2002 privind regimul străinilor în România

16. Ordonanţa de Urgenţă 102 din 14 iulie 2005 privind libera circulaţie pe teritoriul României a cetăţenilor statelor membre a Uniunii Europene şi Spaţiului Economic European

17. Ordonanţă de Urgenţă nr 55 din 20 iunie 2007 privind înfiinţarea Oficiului Român pentru Imigrări prin reorganizarea Autorităţii pentru străini şi a Oficiului Naţional pentru Refugiaţi, precum şi modificarea şi completarea unor acte normative

Eutanasia între incriminare şi decriminalizare

Andrada ***NOUR****

Abstract: *Dreptul la viaţă, dreptul la sănătate şi dreptul la autonomie constituie drepturi fundamentale ale omului, făcând obiectul reglementarii celor mai importante documente internaţionale. În acest context, una dintre cele mai controversate teme din istoria omenirii, care a generat o multitudine de polemici, o constituie incriminarea sau decriminalizarea eutanasiei. În încercarea de a clarifica problema eutanasiei, în mai multe ţări europene s-a admis că omorul săvârşit la cerere angajează răspunderea penală a făptuitorului, dar îi oferă acestuia circumstanţe atenuante. În prezent, în Europa, doar Olanda, Belgia şi Luxemburg au legiferat eutanasia. În România, viitorul cod penal prevede pedepsirea eutanasiei ca formă atenuată de omor, generând o preocupare intensă asupra eventualităţii legalizării depline a eutanasiei, precum şi a consecinţelor ce decurg din această. Din momentul în care eutanasia ar fi legalizată, exista riscul ca ea să se transforme într-o formă alternativă de tratament medical, în special pentru anumite categorii de pacienţi, ajungându-se astfel la degradarea sau chiar nimicirea unor valori umane fundamentale. Eutanasia nu constituie decât un act prin care se pune capăt vieţii unui bolnav în mod deliberat în scopul eliberării lui de suferinţă pricinuită de boală. Sinuciderea asistată medical are drept rezultat moartea unui pacient în urma "ajutorului" acordat de către un cadru medical specializat. În fond, indiferent de motivaţie, eutanasia sau sinuciderea asistată medical echivalează cu o omucidere. Dar oare poate fi vreodată indicat să ucizi, chiar având intenţia de a curma durere şi suferinţa?*

Cuvinte cheie: *eutanasie, sinucidere asistată medical, reglementare, legalizare, pedeapsă*

O privire asupra fenomenului din perspectivă istorică

Una dintre cele mai controversate teme din istoria omenirii, care a generat o multitudine de polemici o constituie incriminarea sau decriminalizarea eutanasiei. Este bine cunoscut faptul că eutanasia s-a practicat sub diferite forme încă din cele mai vechi timpuri. Popoarele nomade, pentru a se elibera de povara celor bătrâni şi bolnavi în permanentele lor deplasări, îi abandonau, iar în timp de război, la unele popoare se obişnuia ca răniţii să fie ucişi pe câmpul de luptă fie pentru a-i scuti de chinuri, fie pentru a nu cădea vii în mâinile duşmanilor. Alteori, pentru a nu fi luaţi prizonieri, se omorau reciproc, ca în cazul celor aproximativ o mie de evrei asediaţi de români la Masada. Şi unele popoare primitive obişnuiau asemenea practici. Aş putea aminti aici faptul că la Battakii din Sumatra, tatăl ajuns la bătrâneţe, la propria lui invitaţie, era ucis de familie şi apoi mâncat; de asemenea, unele triburi din Aracan (India), din Siamul inferior, triburile Cachibas şi Tupi din Brazilia, străvechea populaţie slavă Wendi (Europa), secta "strangulatorilor" din Rusia începutului de secol al XX-lea obişnuiau să

* Asist. univ. drd, Universitatea "Hyperion" din Bucureşti.

practice uciderea celor bătrâni. Copiii cu handicap erau lăsaţi să moară în Sparta, fapt aprobat de Aristotel "pentru motive de utilitate publică" (Politica VII) şi extins de Platon (Republica III 460) şi la bătrânii grav bolnavi.

Primele menţionări ale eutanasiei umane au apărut în Antichitate, Platon[1] afirmând că "cei al căror corp este rău constituit, precum şi cei care au inimă perversă sau incorigibilă prin natură, vor fi lăsaţi să moară". Legea celor 12 Table (450 î.H.) permitea uciderea copiilor cu dizabilităţi imediat după naştere. La Roma, practica de a expune nou-născuţii cu malformaţii a continuat până la împăratul Valens (a doua jumătate a secolului al IV-lea), care, aflat sub influenţa Creştinismului, avea s-o interzică. Triburile germanice îi îngropau de vii pe bătrânii deveniţi neputincioşi.

În gândirea vechii Rome, sinuciderea era considerată o moarte demnă prin care se evita răzbunarea duşmanilor sau orice altă umilinţă. Filosofia antică promova ideea de „moarte dirijată" pentru personalităţile ajunse în momente de grele încercări, precum şi sinuciderea în spiritul onoarei, care era un fel de suicid asistat de filosofi.

Filozofii antici vorbeau despre Ars (bene) moriendi şi Liberum mortis arbitrum (arta de a muri aşa cum trebuie). Stoicii se mândreau cu sinuciderea marilor lor reprezentanţi: Seneca, Epictet, Pliniu cel Tânăr, considerând că fiecare individ are dreptul la o moarte uşoară. Seneca spunea că: "Dacă bătrâneţea vă ajunge să-mi zdruncine judecată, dacă ea nu îmi va lăsa viaţa adevărată, ci doar existenta, voi ieşi afară din această locuinţă ruinată şi aducătoare de ruină", iar Epicur sintetiza astfel modul de gândire al Greciei antice: "Noi suntem stăpânii durerilor, stăpâni în a le suporta, dacă ele sunt suportabile, iar în caz contrar, stăpâni în a părăsi viaţa cu suflet liniştit, aşa cum părăsim teatrul dacă nu ne place". De altfel, filosofia greacă s-a pronunţat în favoarea sinuciderii şi a uciderii celor care ajungeau să constituie o povară pentru alţii, iar după cucerirea Greciei, romanii au preluat ideile acestora în privinţa trecerii în nefiinţă. Plinius cel Bătrân (23-79 d.H.) susţinea că „medicina are dreptul de a curma viaţa pacientului pentru a pune capăt suferinţelor sale" (Istoria naturalis), iar împăratul Publius Aelius Hadrianus (76-138 d.H.) a solicitat medicului său să-l ucidă pentru a-l scuti de suferinţă. Platon, în dialogurile din Republică, afirma că „nimeni nu are dreptul să-şi petreacă viaţa în boli şi tratamente".

Desigur, şi atunci că şi în zilele noastre, existau polemici pe tema eutanasiei. Şi Pitagora, Cicero, Hipocrate s-au pronunţat împotriva acestei practici. Mai mult decât atât, deşi admitea eutanasia pasivă, adică părăsirea bolnavului fără speranţă, o interzicea pe cea activă, Hipocrate menţionând expres în faimosul său jurământ ca: "Nu mă voi lăsa determinat de cuvântul nimănui în a procura o otravă sau în a-mi da consimţământul la aşa ceva". Cicero scria în Visul lui Cicero: "Tu, Publius şi toate persoanele drepte, voi trebuie să vă păstraţi viaţa şi nu trebuie să dispuneţi de ea fără a primi porunca de la cel care v-a dat-o, ca să nu daţi dovadă că v-aţi sustras de la misiunea umană pe care Dumnezeu v-a încredinţat-o".

În perioada Evului mediu, pentru a fi eliberaţi de agonie, toţi cei afectaţi de turbare au fost ucişi prin sugrumare, deşi eutanasia era catalogată drept "păcat grav".

În secolul al XVI-lea, Thomas Morus (1478 - 1535) a vorbit de practică uciderii bolnavilor incurabili, sfâşiaţi de dureri cumplite în imaginară să insulă din romanul sau sociologic intitulat "Utopia", practică pe care el o socotea (în cartea cu acelaşi nume) drept „act de înţelepciune, religios şi sfânt". Desigur, el se declară aici în favoarea eutanasiei, spunând că este logic şi necesar să ajutăm pe cei suferinzi de boli incurabile, punându-şi singuri capăt vieţii sau cu ajutorul altora, plecând din viaţă cu suferinţe mai

[1] Platon, "*Opere complete*" - vol IV -Republica, Ed. Garnier Presses, 1936, p. 111.

suportabile. Dar, în opinia mea, sunt discutabile afirmaţiile făcute de el, având în vedere genul literar în care se încadrează volumul precum şi faptul ar fi de neconceput ca Sfântul Tomas Morus, un martir care şi-a dat viaţa pentru credinţa Bisericii, să susţină realmente o ideologie condamnată de Biserică. Aşadar consider ca afirmaţiile lui făcute în romanul mai sus menţionat trebuie considerate utopii, nu realităţi, chiar dacă unii vor să-l considere primul susţinător al eutanasiei în timpurile moderne.

Mai târziu, un alt englez, Francis Bacon (1561 -1626), reia ideea lui Thomas Morus din "Utopia", devenind primul susţinător al ideii că medicii trebuie să-şi folosească cunoştinţele astfel încât muribunzii să treacă în nefiinţă cât mai uşor cu putinţă şi fără dureri, provocând bolnavului, când nu mai exista nicio speranţă, o moarte dulce şi liniştită (lucrarea Instauraţio Magna, 1623). El a creat termenul de euthanasie (εὖθανασϊα), termen pe care îl foloseşte în cartea sa "Novum Organum" (1620), introducându-l astfel în limbajul modern. Bacon utilizează atât termenul de "eutanasie exterioară" – în referire la activităţile medicului, care vizează o moarte uşoară, cât şi termenul de "eutanasie interioară" – în referire la pregătirea psihică a muribundului pentru înfruntarea sfârşitului. Cu siguranţă, în viziunea lui Bacon, eutanasie semnifica administrarea de medicamente paliative, iar nu uciderea pacientului.

Creştinismul urmăreşte să modifice radical ideologia privind respectul faţă de viaţa omului, prin viziunea asupra vieţii şi sensului vieţii, precum şi asupra originii suferinţei şi a rostului acesteia. Conform doctrinei creştine, dreptul de ridicare a vieţii omului aparţine exclusiv lui Dumnezeu, iar de viaţa persoanei umane nimeni nu poate dispune după bunul său plac. Nicio persoană nu are dreptul de a suprima viaţa alteia sau pe cea proprie Pe cale de consecinţă, religia nu admite nicio acţiune sau inacţiune prin care s-ar încerca uciderea cuiva, precum şi niciun mijloc prin care cineva ar încerca să-şi ridice viaţa. Persoană, chiar în suferinţa extremă şi aflată în pragul sfârşitului, are o valoare inestimabilă. Din punct de vedere creştin, într-un mod considerat în general absurd şi aproape întotdeauna indescifrabil, nu există suferinţa inutilă nici pentru bolnav, nici pentru cei apropiaţi lui. Aşadar, doctrina creştină respinge eutanasia – expresie a unor ideologii hedoniste şi utilitariste care nu justifica suferinţa umană – întrucât ea înseamnă ucidere sau sinucidere.

În Anglia, Statele Unite şi Germania, încă de la începutul secolului al XX-lea au fost făcute primele demersuri în vederea legalizării eutanasiei, creându-se anumite asociaţii care să militeze în acest sens. În anul 1903, aproape o mie de medici din cadrul Asociaţiei Medicale Americane solicitau aprobarea practicii de eutanasiere în cazul bolnavilor de cancer, a celor grav afectaţi de tuberculoza, precum şi în cazul paraliticilor. În anul 1906 au fost elaborate proiecte de legi în favoarea eutanasiei în statele Ohio şi Jawa (S.U.A.), precum şi în Germania, dar şi ulterior, în anii '30, când s-au elaborat noi astfel de proiecte legi în toate cele trei ţări mai sus menţionate, ele au fost respinse de parlamentul fiecăreia. În 1922, ruşii au retract hotărârea de a nu mai pedepsi delictul de eutanasie la scurt timp după ce au aprobat-o. Conform cercetărilor făcute pe baza documentelor procesului de la Nurnberg, între 1939 – 1941, au fost ucişi, prin aplicarea eutanasiei active (otrăvire cu pantopon), mii de sugari, nou-născuţi şi copii invalizi, precum şi 70-80 de mii de majori alienaţi mintal, în baza unui decret al lui Hitler pe care l-ar fi aprobat la 30 august 1939, dar care a rămas ascuns.

Anii '80 aduc modificări în privinţa răspunderii penale a celor care săvârşesc un omor la cerere. Astfel, pe plan european, tari precum Elveţia, Grecia, Danemarca, Islanda, Finlanda, Austria, Germania şi Olanda acorda circumstanţe atenuante celor care săvârşesc un astfel de omor, însă fără a-i exonera de răspunderea penală.

Prima ţară din lume care a legalizat eutanasia şi sinuciderea asistată, de către un medic sau de către un computer a fost Australia, printr-o lege intrată în vigoare în iulie 1996. Până la 25 martie 1997, când această lege a ieşit din vigoare, s-au înregistrat patru cazuri de eutanasie/sinucidere asistată.

În prezent, eutanasia a fost recunoscută în legislaţiile a doar trei state europene: Olanda, Belgia şi Luxemburg, Olanda fiind prima care a făcut-o, în ciuda opoziţiei deputaţilor din partea partidelor creştine. Deşi proiectul prevedea pentru pacienţii care au capacitatea de a lua hotărârea de a fi eutanasiaţi vârsta de 12 ani, în urma acţiunilor opozante ale politicienilor creştini olandezi, această limită a fost modificată la vârsta de 16 ani. Astfel, în privinţa minorilor care au împlinit vârsta de 16 ani, legea dispune ca aceştia pot lua o astfel de hotărâre, făcând totodată menţiunea că este întotdeauna necesară implicarea părinţilor în discuţiile referitoare la acest fapt, spre deosebire de cazul minorilor cu vârsta cuprinsă între 12 şi 16 ani, când legea dispune ca fiind obligatoriu acordul părinţilor pentru eutanasie.

Eutanasia – excepţie de la incriminare în Olanda

Deci, deşi, în principiu, incriminată ca infracţiune în Olanda, eutanasia poate constitui o excepţie de la incriminare, adică medicul care pune capăt vieţii la cerere sau care ajută la sinuciderea unui pacient este exonerat de răspunderea penală atunci când acesta îndeplineşte criteriile legale de îngrijire şi comunică moartea de non-cauze naturale la Comitetele de eutanasie regionale corespunzătoare de revizuire. Astfel, medicul care îndeplineşte o cerere de eutanasiere, va întocmi un raport pe care îl va înainta unui comitet de revizuire. Doar dacă comitetul va decide, în baza raportului, că medicul nu a reuşit să îndeplinească criteriile legale de îngrijire, vor fi informate Parchetul de serviciu public şi Inspectoratul Regional de Sănătate, instituţii care vor decide dacă împotriva medicului se va începe sau nu urmărirea penală.

Se impune ca cererea pacientului să fie voluntară, "suferinţa lui să fie insuportabilă, fără nicio perspectivă de îmbunătăţire", precum şi existenţa unei relaţii strânse medic – pacient. Medicul are obligaţia să informeze pacientul despre starea sănătăţii sale şi despre prognostic, discutând cu el şi ajungând la concluzia comună că nu există altă soluţie rezonabilă. De asemenea, el are şi obligaţia consultării a cel puţin un alt medic, fără nicio legătură cu cazul, care să examineze pacientul şi să declare în scris că medicul a îndeplinit criteriile de îngrijire. Aproximativ două treimi din totalul cererilor de eutanasie înregistrate la medicii olandezi sunt refuzate, conform principiului care stă la baza normei legale, că medicii nu au datoria absolută de a efectua o astfel de procedura şi nici pacienţii un drept absolut de a se eutanasia.

Întrucât este foarte greu de stabilit cu obiectivitate dacă suferinţa pacientului a devenit insuportabilă, uneori se apelează şi la consult psihiatric. De asemenea, s-a pus problema dacă "suferinţa insuportabilă" include suferinţa psihologică. În 1994, un psihiatru a fost condamnat pentru că a asistat o sinucidere la cererea unui pacient a cărui suferinţa a fost psihologică (hotărârea Chabot), deşi nicio sancţiune nu a fost impusă. În susţinerea condamnării, Curtea Supremă de Justiţie a apreciat că, în cazul în care cauza a fost suferinţa psihologică, instanţa trebuie să exercite cea mai mare prudenţă în stabilirea circumstanţelor care au constituit necesitatea. În aprilie 1995, Tribunalul Medical disciplinar a ajuns la aceeaşi concluzie ca şi Curtea Supremă de Justiţie şi psihiatrul a fost mustrat.

Deşi, principala datorie a medicilor este de a conserva viaţa, ei au în acelaşi timp şi obligaţia de a face tot ce pot pentru a respecta pacienţilor lor dreptul de a muri cu demnitate. Medicul devine responsabil pentru alinarea suferinţei pacientului său, având obligativitatea de a nu mai administra tratamente medicale în mod inutil în cazul în care toate opţiunile de tratament au fost epuizate.

Guvernul olandez considera că decriminalizarea eutanasiei sau a sinuciderii asistate medical nu contravine principalelor instrumente internaţionale de protecţie a drepturilor omului (Pactul Internaţional ONU cu privire la drepturile civile şi politice (PIDCP) şi Convenţia Europeană a Drepturilor Omului (CEDO))[1], motivând că dispoziţia legală are la baza respectul faţă de viaţă şi că documentele internaţionale, deşi interzic dreptul de a lua viaţa unui individ împotriva voinţei sale[2], încercând să asigure astfel protecţia dreptului la viaţa[3], nu sunt destinate perpetuării unei suferinţe insuportabile în cazul în care nu există nicio perspectivă de ameliorare. Olanda respecta drepturile omului prevăzute în toate documentele internaţionale, considerând că eutanasierea umană voluntară a unui pacient nu constituie privarea intenţionată a dreptului la viaţă, în sensul prevederilor internaţionale la care am făcut referire mai sus, având în vedere şi faptul că aceste convenţii internaţionale nu sunt de strictă interpretare. Legislaţia olandeză privind eutanasia are la baza respectul pentru viaţă, motiv pentru care Olanda nu interzice cetăţenilor săi să decidă pentru ei înşişi sau în privinţa vieţii acestora.

Aspecte privind reglementarea eutanasiei în alte state

Belgia adopta la 28 mai 2002, cu intrare în vigoare la 23 septembrie 2002, un text de lege prin care scoate de sub incidenţa penală eutanasia, stabilind şi limita legală pentru persoanele adulte, iar în 2004 senatorii Partidului Liberal, Jeannine Leduc şi Paul Wille, au introdus în Parlament un proiect de lege pentru extinderea eutanasiei şi în cazul copiilor aflaţi în faza terminală a bolii, precum şi în cazul persoanelor care suferă de dementă. Proiectul însă a fost respins.

Luxemburg-ul a decriminalizat eutanasia în martie 2009[4], medicii care dau curs cererilor de eutanasie la cererea pacienţilor fiind exoneraţi de răspunderea penală în astfel de situaţii.

Elveţia nu legalizează eutanasia, în schimb condiţionează angajarea răspunderii penale a celui care îi induce unei persoane să se sinucidă ori o ajută pe aceasta să o facă de existenţa unor «motive egoiste » din partea acestuia. Observăm faptul că aici sinuciderea asistată nu presupune un subiect calificat, cum este cazul medicului în Olanda şi Belgia. Mai trebuie remarcat şi faptul că sinuciderea asistată, deşi este ilegală în Elveţia, devine nepedepsibila atâta timp cât persoana care asista pretinde şi dovedeşte că acţionează din motive altruiste.

Deşi nelegală în conformitate cu legislaţia federală a S.U.A., eutanasia este legalizată doar în statul federat Oregon, fiind permisă doar pentru cazurile persoanelor muribunde[5].

Codul penal francez reglementează două tipuri de eutanasie: una activă, incriminata că omor premeditat, când decesul se produce ca urmare a intervenţiei medicului, şi

---

[1] În referire la articolul 6 din Pactul Internaţional ONU cu privire la drepturile civile şi politice (PIDCP) şi articolul 2 din Convenţia Europeană a Drepturilor Omului (CEDO).

[2] Cu excepţia unor situaţii speciale, precum condamnarea la pedeapsa cu moartea.

[3] Articolul 2 din CEDO.

[4] Refuzul Marelui Duce Henri de a semna documentul a determinat o criza constituţională, în urma căreia Parlamentul a modificat legislaţia în direcţia limitării rolului monarhului la unul pur ceremonial.

[5] Nu s-a aplicat niciodată până în prezent această dispoziţie legală.

cealaltă, pasivă, “abţinerea de la tratamentul terapeutic”, incriminată drept neacordarea asistenţei medicale. Cu toate acestea însă, în Franţa, ca şi în Danemarca, se permite oricărui pacient care suferă de o boală incurabilă să decidă când vrea să refuze administrarea unui tratament vital.

În Danemarca, Codul penal defineşte în secţiunea 240 sinuciderea asistată ca fiind asistarea unei persoane la comiterea suicidului, iar în secţiunea 239 incriminează uciderea unei persoane la cererea sa.

Legislaţia suedeză prevede că în cazuri excepţionale, medicii să poată deconecta pacienţii de la aparatură pentru menţinerea funcţiilor vitale.

În Norvegia, se permite încetarea administrării tratamentului la cererea pacientului său a familiei, în cazul în care pacientul este incapabil să comunice. Codul penal incriminează în art. 236 sinuciderea asistată, dar, totodată, dacă autorul a acţionat din compasiune pentru pacientul aflat în stadiul terminal al unei boli, va opera circumstanţă atenuantă prevăzută în articolul 235, care prevede reducerea pedepsei sau aplicarea unei forme mai uşoare de pedeapsa într-o atare situaţie.

Legislaţia Germaniei nu incriminează forma pasivă de eutanasie. În acest sens, ghidul intitulat "Principles of the Federal Medical Association on Medical Accompanied Dying" (Principiile Asociaţiei Federale Medicale privind moartea asistată) publicat de The Federal Medical Association (Asociaţia Federală Medicală) prevede posibilitatea omiterii sau a întreruperii măsurilor de prelungire a vieţii la cererea pacientului, când evoluţia bolii acestuia nu mai poate fi stopată, iar aplicarea acestor măsuri nu face decât să întârzie decesul.

Pentru cazurile în care pacientul cere expres şi repetat să i se permită să moară, ori dacă acesta suferă de o boală incurabilă, iar durerile sale devin insuportabile, în Spania nu este aplicabilă pedeapsa închisorii pentru autorul faptei.

În Italia, Codul profesional al medicilor interzice expres eutanasia în art. 36. Pe cale de consecinţă, chiar şi la cererea pacientului, medicului îi este prohibit să folosească tratamente care să aibă ca moartea pacientului.

Codul penal portughez incriminează atât uciderea la cererea pacientului (în art. 134), cât şi eutanasia din compasiune (în art. 133).

În România, noul Cod penal reintroduce reglementarea referitoare la uciderea săvârşită la cererea explicită, serioasă, conştientă şi repetată a victimei care suferea de o boală incurabilă sau de o infirmitate gravă atestate medical, cauzatoare de suferinţe permanente şi greu de suportat.

În expunerea de motive a actului normativ se arata că a fost expres reglementata infracţiunea de ucidere la cererea victimei, ca o formă atenuata a omorului, reînscriind astfel reglementarea nu doar pe linia tradiţiei existente în dreptul nostru (art. 468 C. pen. din 1936), ci şi în tradiţia majorităţii codurilor europene (Art. 216 C. pen. german, Art. 77 C. pen. austriac, Art. 143 alin. (4) C. pen. spaniol, Art. 134 C. pen. portughez, Art. 114 C. pen. elveţian, Art. 235 C. pen. norvegian).

Uciderea victimei la cerere – infracţiune prevăzută în noul Cod penal român

Potrivit art. 190, “Uciderea săvârşită la cererea explicită, serioasă, conştientă şi repetată a victimei care suferea de o boală incurabilă sau de o infirmitate gravă atestată medical, cauzatoare de suferinţe permanente şi greu de suportat, se pedepseşte cu închisoarea de la unu la 5 ani”.

Obiectul juridic al acestei infracţiuni îl constituie relaţiile sociale referitoare la dreptul persoanei la viaţă. Ocrotirea vieţii se îndreaptă asupra tuturor persoanelor, fie ele sănătoase, bolnave şi muribunde, nefiind îngăduit nimănui să suprime viaţa cuiva, oricât de grele ar fi suferinţele pe care le îndura, oricât de puţin timp ar mai avea de trăit, acest lucru fiind valabil şi pentru cazul în care bolnavul îşi dă consimţământul[1]. Aşadar, nu este permisă nici euthanasierea, adică uciderea săvârşită sub impulsul unui sentiment de milă pentru a curma suferinţele permanente şi greu de suportat cauzate de o boală incurabilă în urma căreia moartea este inevitabilă[2]

Subiect activ poate fi orice persoană, deoarece existenţa infracţiunii nu este condiţionată de vreo calitate specială a subiectului. În consecinţă, infracţiunea poate fi săvârşită de orice persoană care îndeplineşte condiţiile generale psihofizice ale răspunderii penale.[3]

Participaţia poate fi posibilă sub toate formele sale. Subiectul pasiv devine calificat, adică trebuie să fie o persoană care suferea de o boală incurabilă sau de o infirmitate gravă atestata medical, care îi provoacă acesteia suferinţe permanente şi insuportabile.

Infracţiunea se realizează din punct de vedere obiectiv, printr-o acţiune materială care are ca rezultat moartea victimei. Dacă rezultatul nu se produce, fapta nu poate fi încadrată ca infracţiune de ucidere la cererea victimei, mai ales că şi din economia textului putem remarca exprimarea legiuitorului la timpul trecut: „victima suferea”. Pe cale de consecinţă, victima nu mai suferă, lucru devenit posibil doar în ipoteza producerii rezultatului – moartea victimei.

Tentativă nu se pedepseşte. Întrucât tentativă nu este pedepsibilă, dacă toate elementele constitutive sunt îndeplinite, cu excepţia producerii morţii victimei, s-ar putea pune problema schimbării încadrării juridice a faptei. Consider că acest lucru nu este posibil, întrucât uciderea la cererea victimei este o infracţiune specială în raport cu celelalte infracţiuni contra persoanei, care prevede îndeplinirea cumulativă a unor condiţii de existenţa excepţionale - cererea explicită, serioasă, conştientă şi repetată a victimei, boală incurabilă sau infirmitatea gravă atestata medical a victimei, cauzatoare de suferinţe permanente şi greu de suportat – condiţii ce înlătura această posibilitate.

Pe de altă parte, dacă rezultatul se produce, însă lipseşte una dintre condiţiile esenţiale mai sus menţionate, atunci într-adevăr se poate obţine schimbarea încadrării juridice a faptei. În acest context, ne punem întrebarea prin ce fel de acte materiale autorul faptei poate aduce la îndeplinire cererea victimei de a fi ucisă, astfel încât să nu fie schimbată încadrarea juridică. Ar putea să fie realizată uciderea victimei prin acte de cruzimi, acte de supunere a victimei la tratamente degradante (art. 77 lit. b) ori profitând de starea victimei de vulnerabilitate, datorată vârstei, stării de sănătate, infirmităţii ori altor cauze (art. 77 lit. e), acte care, eventual, să fie reţinute drept circumstanţe agravante? Întrucât starea de vulnerabilitate a victimei este deja prevăzută în norma de incriminare ca o condiţie de existenţa a infracţiunii, iar făptuitorul nu săvârşeşte infracţiunea profitând de vulnerabilitatea victimei, ci o săvârşeşte numai la cererea acesteia, consider că starea de vulnerabilitate a victimei nu poate fi reţinută ca circumstanţă agravantă. În ceea ce priveşte actele de cruzimi privite ca posibile acte materiale de săvârşire a infracţiunii, consider că şi această ipoteză ar trebui exclusă pornind de la considerentul că cererea victimei de a fi ucisă trebuie să conţină şi modalitatea uciderii pe de o parte, iar

---

[1] Alexandru Boroi, *Drept penal. Partea speciala*, Ediţia 2, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2008, p. 67.

[2] Neculau Costel, *Consimţământul persoanei vătămate – cauza justificativă în reglementările noului Cod penal*, Revista Dreptul, nr. 4/2011, p. 89.

[3] Alexandru Boroi, *Drept penal si drept procesual penal. Curs selectiv pentru examenul de licenţă*, Editura C.H. Beck, Bucureşti, 2006, p. 217.

pe de alta ar fi de neconceput că victima conştientă să dorească sau să accepte să-şi găsească sfârşitul indurând suferinţe mai mari decât cele existente, catalogate deja că fiind greu de suportat. Aşadar, consider că împrejurarea săvârşirii acestei infracţiuni prin acte de cruzimi ar determina în mod just şi neechivoc schimbarea încadrării juridice a faptei.

Apreciez că cererea explicită presupune o solicitare adresată personal autorului prin care victima îi aduce la cunoştinţa acestuia că doreşte să moară şi că doreşte să fie ucisă de el, precum şi justificarea şi motivul determinant al acestei solicitări.

Prin cerere serioasă consider că trebuie discutate detaliat toate consecinţele acestei fapte, consecinţe pe care victima trebuie să şi le asume.

Că cererea să fie conştientă implica faptul că subiectul pasiv să fie în deplinătatea facultăţilor mintale şi să aibă discernământ. Întrucât art. 190 nu face referire la vreo limita de vârstă, se cuvine să stabilim dacă un minor sau un adult cu discernământul afectat poate îndeplini condiţia formulării unei cereri conştiente. Coroborând prevederile art. 190 cu circumstanţele agravante din cuprinsul art. 191 alin. 2[1] şi alin. 3[2].

Din noul Cod penal („Determinarea sau înlesnirea sinuciderii"), observăm că legiuitorul român asimilează minorul cu vârsta de până la 13 ani persoanelor lipsite de discernământ, iar ca minorul cu vârsta cuprinsă între 13 şi 18 ani este asimilat persoanelor cu discernământ atenuat.

Pe de altă parte, dacă avem în vedere şi legislaţia civilă care nu-i recunoaşte minorului capacitate deplină de exerciţiu în privinţa exercitării drepturilor sale patrimoniale, cu atât mai mult nu putem considera a fi îndeplinite condiţiile prevăzute în art. 190 când cererea vine din partea unui minor.

Pe cale de consecinţă, consider că o astfel de cerere provenită de la un minor ori de la o persoană cu discernământ diminuat nu poate îndeplini condiţiile de existenţă ale infracţiunii de „Ucidere la cererea victimei".

O altă condiţie pentru existenţa infracţiunii este că cererea să fie repetată de cel puţin două sau trei ori şi la intervale mai mari de timp, astfel încât făptuitorul să fie sigur că cererea victimei este explicită, serioasă şi conştientă, constituind rezultatul unei decizii definitive a subiectului pasiv care are şi reprezentarea consecinţelor acestei hotărâri.

Condiţiile referitoare la starea de sănătate a victimei sunt, de asemenea, esenţiale pentru existenţa acestei infracţiuni. Boala trebuie să fie incurabilă; conceptul de infirmitate gravă, deşi textul legal nu distinge, considerăm că presupune o infirmitate fizică sau psihică; infirmitatea gravă testată medical trebuie să fie cauzatoare de suferinţe permanente şi greu de suportat, şi, deşi legea nu face nicio referire în acest sens, apreciez că ea trebuie să existe la momentul uciderii victimei, iar făptuitorul să o cunoască; întrucât textul legal nu menţionează nimic în acest sens, putem considera că se au în vedere atât suferinţele fizice, cât şi cele psihice, fără deosebire, păstrându-se doar condiţia permanentizării acestora.

Formă de vinovăţie este intenţia directă calificată printr-un scop altruist. Făptuitorul acţionează în direcţia aducerii la îndeplinire a solicitării victimei, fiind pe deplin conştient că singura modalitate de a pune capăt suferinţelor persoanei vătămate este uciderea ei.

---

[1] Când fapta prevăzută în alin. (1) s-a săvârşit faţă de un minor cu vârsta cuprinsă între 13 si 18 ani sau faţă de o persoana cu discernământ diminuat, pedeapsa este închisoarea de la 5 la 10 ani.

[2] Determinarea sau înlesnirea sinuciderii, săvârşită faţă de un minor care nu a împlinit vârsta de 13 ani sau faţă de o persoană care nu a putut să-şi dea seama de consecinţele acţiunilor sau inacţiunilor sale ori nu putea să le controleze, dacă sinuciderea a avut loc, se pedepseşte cu închisoarea de la 10 la 20 de ani şi interzicerea exercitării unor drepturi.

Concluzii

Pentru a conchide, putem spune că reacţiile şi atitudinile cu privire la eutanasie, fac din aceasta un subiect controversat în lumea largă. Conform religiei, eutanasia contravine poruncii "Să nu ucizi!", iar medicii o văd că curmare a unei suferinţe, care ar duce la moarte inevitabil. Părerea poate fi subiectivă în cele mai multe cazuri, în funcţie de persoană şi de cazul în care putem vedea în eutanasie o variantă pentru nevoile celui în cauză. Din experienţa altor state, putem observa că practicile de eutanasie şi suicid asistat au fost iniţial acceptate pentru cazurile dificile, dar, ulterior, ele s-au extins la ucidere la cerere.

Fapta incriminata de articolul 190 al noului Cod penal poartă denumirea consacrată de **„eutanasie"**, termen pe care codul evită să-l utilizeze, din motive lesne de înţeles, deşi condiţiile pentru existenţa infracţiunii corespund în esenţa acestui concept.

Ministerul Justiţiei justifică introducerea în noul Cod penal a articolului 190 prin mai multe argumente: primul este acela că reglementări similare se regăsesc, după cum am văzut mai sus, şi în alte state europene; al doilea se referă la preocuparea ca uciderea la cererea victimei să nu se pedepsească prea aspru; al treilea vizează intenţia ca uciderea la cerere să nu constituie antecedent pentru omorul calificat.În opinia mea, textul art. 190 al noului Cod penal nu constituie o necesitate reală şi urgentă în legislaţia românească în momentul de faţă şi ar trebui eliminat. Pedepsirea eutanasiei ca formă atenuată de omor deschide calea spre legalizarea deplină a eutanasiei, iar odată legalizata, ea nu mai poate fi controlată, ajungând să devină o formă de tratament, modificând radical relaţia medic – pacient.

Bibliografie

1. **Alexandru Boroi**, Euthanasia – concept, controverse, reglementare, R.D.P. nr. 2/1995.
2. **Alexandru Boroi**, Drept penal şi drept procesual penal. Curs selective pentru examenul de licenţă, Editura C.H. Beck, Bucureşti, 2006.
3. **Alexandru Boroi**, Drept penal. Partea specială, Ediţia 2, Editura C.H. Beck, Bucureşti, 2008.
4. Carta Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene
5. Codul de deontologie medicală din România
6. Codul internaţional al eticii medicale
7. Convenţia Europeană a Drepturilor Omului
8. Declaraţia Universală a Bioeticii şi Drepturilor Omului
9. Declaraţia Universală a Drepturilor Omului
10. Declaraţia de la Geneva
11. Jurământul lui Hipocrate
12. Neculau **Costel**, Consimţământul persoanei vătămate – cauza justificativa în reglementările noului Cod penal, Revista Dreptul, nr. 4/2011
13. **Platon**, "Opere complete" - vol IV - Republica, Ed. Garnier Presses

Drept privat

Comparaţie între dispoziţiile Legii societăţilor şi ale Codului civil privitoare la capitalul social

Prof. Univ. Dr. Smaranda ***ANGHENI***

Abstract: *Dispoziţiile Noului Cod civil* ***reprezintă dreptul comun*** *în privinţa aporturilor asociaţilor în cadrul societăţilor, în general. Reprezentând dreptul comun, evident, există norme juridice, reguli de principiu. Astfel, în art. 1883 NCC, legiuitorul prevede regimul aporturilor, făcând distincţie între societăţile cu personalitate juridică, situaţie în care, aporturile intră în patrimoniul societăţii, şi societăţile fără personalitate juridică, caz în care aporturile devin coproprietatea asociaţilor, cu excepţia cazului când, în mod expres, asociaţii au convenit că aporturile trec în folosinţă comună. Totalitatea aporturilor formează capitalul social, concept juridic şi economic care trebuie analizat atât în contextul Codului civil cât şi din perspectiva legii societăţilor comerciale, în prezent Legea societăţilor (nr. 31/1990).*

Cuvinte cheie: *societăţi, societăţi comerciale, capital social, aport, bunuri comune, creanţe, lichidităţi.*

1. Consideraţii generale privind noutăţile legislative referitoare la societăţile comerciale

Noul Cod civil (NCC) adoptat prin Legea nr. 287/2009, republicată[1], şi, mai cu seamă, Noul Cod de procedură civilă (NCPC) adoptat prin Legea nr. 134/2010, cu modificările aduse prin Legea nr. 76/2012[2], au adus schimbări substanţiale şi în privinţa terminologiei folosită de legiuitor în Legea nr. 31/1990 a societăţilor comerciale.

Astfel, prin unificarea dreptului privat şi prin „dispariţia" dreptului comercial ca ramură de drept privat, legiuitorul a considerat că societăţile care se constituie şi funcţionează pe baza Legii nr. 31/1990 ar trebui să nu mai poartă denumirea de „societăţi comerciale", aşa încât, prin renunţarea la cuvântul „comercial", titlul Legii nr. 31/1990 se modifică denumindu-se „Legea societăţilor" (art. 18 din Legea nr. 76/2012 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 34/2010 privind Codul de procedură civilă).

Dispoziţia din Legea de punere în aplicare a Noului Cod de procedură civilă privind renunţarea la termenul „comercial" se corelează cu dispoziţia cuprinsă în art. 1888 NCC în care legiuitorul prevede **formele societare**, dispunând că acestea pot fi: societăţi simple; societăţi în participaţiune; societăţi în nume colectiv; societăţi în comandită simplă; societăţi cu răspundere limitată; societăţi pe acţiuni; societăţi în comandită pe acţiuni; societăţi cooperative şi orice alt tip de societate reglementat de lege. Aşadar,

---

[1] M.Of. nr. 505 din 15 iulie 2011.
[2] M.Of. nr. 365 din 30 mai 2012.

societăţile comerciale reglementate prin Legea nr. 31/1990, respectiv societatea în nume colectiv, societatea în comandită simplă, societatea pe acţiuni, societatea în comandită pe acţiuni şi societatea cu răspundere limitată sunt denumite prin noile Coduri (acte normative) „societăţi".

În acest cadru legislativ este important de menţionat faptul că Noul Cod de procedură civilă şi Legea de punere în aplicare a acestuia nu au intrat încă în vigoare aşa încât, în cuprinsul prezentei lucrări vom folosi sintagma „societăţi comerciale". Denumirea de „societăţi" sau cea de „societăţi comerciale" nu afectează conţinutul instituţiei juridice tratate în cele ce urmează având în vedere că, oricum, acestea nu mai realizează „fapte de comerţ", „acte de comerţ", aşa cum erau definite de Codul comercial.

Deşi activităţile desfăşurate de societăţile comerciale nu mai pot calificate „fapte", „acte" de comerţ în sensul tradiţional, în accepţiunea dată de fostul Cod comercial, totuşi, nu trebuie să ignorăm faptul că cea mai substanţială activitate pe care o desfăşoară acestea este de „comerţ", chiar numai în **sensul economic** al termenului.

Din acest punct de vedere, societăţile comerciale care au ca obiect principal de activitate – producţia – aceasta se finalizează tot cu **activitate de comerţ**, deoarece producerea mărfurilor nu are un scop în sine, ci pentru ca produsele (mărfurile) să fie comercializate.

Având în vedere aceste argumente, considerăm că, folosirea în continuare a termenului „comercial" adăugat termenului şi, în acelaşi timp, conceptului de societate, nu este nimic greşit.

2. Regimul juridic al aporturilor asociaţilor potrivit Codului civil. Abordare comparatistă cu dispoziţiile legii societăţilor comerciale

Dispoziţiile Noului Cod civil **reprezintă dreptul comun** în privinţa aporturilor asociaţilor în cadrul societăţilor, în general. Reprezentând dreptul comun, evident, există norme juridice, reguli de principiu. Astfel, în art. 1883 NCC, legiuitorul prevede regimul aporturilor, făcând distincţie între societăţile cu personalitate juridică, situaţie în care, aporturile intră în patrimoniul societăţii, şi societăţile fără personalitate juridică, caz în care aporturile devin coproprietatea asociaţilor, cu excepţia cazului când, în mod expres, asociaţii au convenit că aporturile trec în folosinţă comună.

Din punct de vedere formal, legiuitorul a avut grijă să precizeze că, dacă printre bunurile aportate sunt şi bunuri imobile, contractul de societate se încheie în formă autentică, atât în cazul în care se transferă către societate dreptul de proprietate asupra acestora, cât şi în cazul în care se transferă alte drepturi reale imobiliare. Totodată, transferul dreptului asupra bunurilor aportate este supus formelor de publicitate prevăzute de lege.

În privinţa felurilor aporturilor, legiuitorul prevede în Noul Cod civil toate felurile de aporturi, respectiv: aport în numerar, aport în natură, aport în bunuri necorporale şi aport în prestaţii sau în cunoştinţe specifice. Foarte interesant este faptul că, potrivit concepţiei legiuitorului, suma acestor aporturi formează capitalul social. Textul de principiu este *art. 1894 NCC* intitulat „Formarea capitalului social" unde, în alin. (1), legiuitorul dispune următoarele: „Asociaţii contribuie la formarea capitalului social al societăţii prin aporturi băneşti sau în bunuri, după caz". Din economia acestui text rezultă clar că legiuitorul are în vedere pentru formarea capitalului social lichidităţi şi alte bunuri.

Totuşi, în alin. (3) al aceluiaşi articol, se menţionează că „asociaţii se pot obliga la aport în prestaţii sau în cunoştinţe specifice cu titlu de **aport societar**”.

Aşadar, deşi toate felurile de aporturi sunt circumscrise în cadrul titlului „Formarea capitalului social”, totuşi, în alin. (3) al art. 1894 NCC, legiuitorul numai „vorbeşte” de aport la „capital”, ci aport „societar”, ceea ce este corect, ştiut fiind că, cel puţin în materia societăţilor comerciale, aporturile în prestaţii sau cunoştinţe specifice nu pot fi aporturi la capitalul social, ci doar, în unele cazuri, aport în patrimoniul societăţii.

În opinia noastră, ar fi fost mai potrivit ca legiuitorul să facă diferenţiere între noţiunea de **patrimoniu** şi cea de **capital social**. Este adevărat că din patrimoniu face parte şi capitalul social, dar nu orice bun poate fi adus la capital, în schimb, s-ar putea ca, în condiţiile legii, acesta să reprezinte aport în patrimoniul societăţii sau, cum corect este prevăzut de către legiuitor, „aport societar”.

În privinţa **aportului în numerar**, dispoziţia cuprinsă în art. 1898 NCC este parţial asemănătoare cu norma juridică din art. 65 alin. (2) LSC. Ceea ce este comun celor două dispoziţii constă în răspunderea asociatului care întârzie sau nu îşi execută obligaţia de aportare la capitalul social a sumei de bani subscrise. În ambele texte, asociatul datorează societăţii, pe lângă suma la care s-a obligat, dobânda legală de la scadenţă şi orice **alte daune pricinuite societăţii**. Singura deosebire sesizabilă este aceea că, în Noul Cod civil, legiuitorul se referă la **fapta de neexecutare** a obligaţiilor de către asociatul-debitor. În schimb, în art. 65 alin. (2) LS, legiuitorul are în vedere **fapta de întârziere în executare**.

În ambele situaţii, debitorul este de drept în întârziere prin ajungerea la scadenţă, numai că, în cazul legii societăţilor comerciale se aplică regula *dies inerpellat pro homine*, prevăzută în art. 1898 NCC.

Deoarece, prin Noul Cod civil se unifică normele dreptului privat, este evident că norma juridică de principiu din art. 1898, privind punerea de drept în întârziere a debitorului-asociat, se va aplica şi în materia societăţilor comerciale.

Comparând cele două texte din Noul Cod civil şi din legea societăţilor comerciale, observăm şi o altă deosebire. Astfel, răspunderea pentru daunele (prejudiciul - *s.n.*) produse societăţii comerciale operează pentru întârzierea în executarea aportului, indiferent de natura lui.

În Noul Cod civil, **răspunderea** pentru „daune” produse societăţii pentru nevărsarea aportului este reglementată separat pentru fiecare categorie (fel) de aport (art. 1897, 1899 NCC).

Obligaţia de efectuare a aporturilor incumbă fiecărui asociat care răspunde atât faţă de societate, cât şi faţă de ceilalţi asociaţi, iar drepturile conferite de părţile de interes sunt suspendate până la vărsarea aporturilor la capitalul social (art. 1895 NCC). În cazul societăţii comerciale, doar în situaţia societăţilor pe acţiuni legea prevede, prin normă imperativă, suspendarea drepturilor respective. În schimb, în cazul celorlalte forme de societăţi, nu există această „măsură” decât dacă s-a prevăzut în mod expres în actul constitutiv. Este interesant de văzut dacă, în viitor, legea societăţilor comerciale va fi „adaptată” pentru a fi în concordanţă cu unele dispoziţii din Noul Cod civil; dispoziţii privitoare la societăţi, în general.

O dispoziţie relativ cuprinzătoare, care prezintă interes şi în cazul societăţilor comerciale este cuprinsă în art. 1899 NCC, referitor la **aporturile în prestaţii şi cunoştinţe specifice**.

Obligaţiile asociatului care se angajează să efectueze anumite prestaţii sau să pună la dispoziţia societăţii anumite cunoştinţe specifice cu valoare de aport social, sunt următoarele:

- să efectueze prestaţiile sau cunoştinţele specifice în mod continuu, pe durata existenţei calităţii de asociat;
- să aducă în societate toate câştigurile realizate din activităţile care fac obiectul aportului.

În mod concret, aporturile în prestaţii sau cunoştinţe specifice se efectuează de către asociatul care s-a obligat prin realizarea unor activităţi concrete şi prin punerea la dispoziţia societăţii a unor informaţii pentru realizarea obiectului acesteia.

Sancţiunile aplicabile asociatului care nu-şi execută această obligaţie sunt excluderea şi, după caz, obligarea la plata daunelor-interese.

Referitor la **aportul în bunuri necorporale**, legiuitorul reglementează în mod expres trei categorii de asemenea bunuri: creanţe - acţiuni sau părţi sociale, cambii şi alte titluri de credit circulând în comerţ, acestea din urmă având regimul juridic al aporturilor în creanţe în privinţa răspunderii asociatului.

Astfel, în cazul aportului în creanţe, asociatul răspunde pentru existenţa acesteia la momentul aportării, cât şi pentru încasarea ei la scadenţă. În cazul în care societatea nu încasează creanţa de la debitorul cedat, asociatul care a adus creanţa (ca aport) va răspunde, în sensul achitării sumei datorate, a dobânzii legale şi a oricărei alte sume, cu titlu de daune.

Interesantă este opinia legiuitorului cu privire la acţiuni şi părţi sociale emise de o altă societate comercială, pe care nu le consideră ca fiind **creanţe**, ci **bunuri incorporale în accepţiunea generală**. Aportul în acţiuni sau părţi sociale este considerat aport în bunuri necorporale, respectiv titluri de proprietate, deoarece, potrivit art. 1897 alin. (2) NCC, *„asociatul care aportează acţiuni sau părţi sociale emise de o altă societate, răspunde pentru efectuarea aportului întocmai ca un vânzător fată de cumpărător”*.

În sfârşit, **aportul în natură de bunuri corporale** are regimul juridic diferenţiat în funcţie de natura dreptului care se transmite societăţii prin aportarea bunului respectiv (art. 1896 NCC). Astfel, dacă se aportează dreptul de proprietate sau alt drept real asupra unui bun, asociatul răspunde pentru efectuarea aportului întocmai ca un vânzător faţă de cumpărător (societatea), iar dacă se aportează dreptul de folosinţă asupra unui bun, obligaţiile asociatului sunt asemănătoare unui locator faţă de locatar (societatea).

Dacă se aportează un bun fungibil, societatea dobândeşte dreptul de proprietate asupra acestuia, chiar dacă acest lucru nu s-a prevăzut în mod expres în contract.

3. Regimul juridic al aporturilor de bunuri comune

Dispoziţiile Noului Cod civil reglementează una dintre problemele deosebit de spinoase existente în „viaţa” societăţilor comerciale, respectiv, regimul aporturilor în societate ale bunurilor comune.

O dispoziţie absolut nouă, aplicabilă şi societăţilor comerciale, este cea privitoare la **capacitatea juridică a soţului de a deveni sau nu asociat într-o societate comercială**, în măsura în care sunt aportate bunuri comune. Astfel, potrivit art. 1882 alin. (1) teza a II-a NCC, *„(...) Un soţ nu poate deveni asociat prin aportarea de bunuri comune decât cu consimţământul celuilalt soţ”*, dispoziţiile art. 349 NCC aplicându-se în mod corespunzător.

Din acest punct de vedere, este salutară reglementarea din Noul Cod civil a regimului juridic privind aportul în societate de bunuri comune.

Astfel, potrivit art. 348 NCC, *„Bunurile comune pot face obiectul unui aport la societăţi, asociaţii sau fundaţii, în condiţiile legii”*, aplicându-se în mod corespunzător dispoziţiile art. 346 şi 347 NCC. Aşadar, aceste dispoziţii trebuie coroborate cu cele existente în art. 1882 alin. (1) teza a II-a NCC, în care se prevede în mod expres necesitatea consimţământului celuilalt soţ.

Astfel, sub sancţiunea nulităţii relative prevăzute de art. 347 NCC, niciunul dintre soţi nu poate, fără acordul celuilalt soţ, să dispună de bunuri comune ca aport la o societate (inclusiv societate comercială - *s.n.*) sau pentru dobândirea de părţi sociale, or, după caz, de acţiuni [art. 349 alin. (1) NCC].

Potrivit art. 349 alin. (2) NCC, „În cazul societăţilor comerciale ale căror acţiuni sunt tranzacţionate pe o piaţă reglementată, soţul care şi-a dat acordul la întrebuinţarea bunurilor comune nu poate pretinde decât daune-interese de la celălalt soţ, fără a fi afectate drepturile dobândite de terţi”.

În toate cazurile, părţile sociale sau acţiunile sunt bunuri comune, dar soţul care a devenit asociat exercită singur drepturile care decurg din această calitate.

4. Capitalul social

Suma aporturilor asociaţilor, mai puţin aportul în muncă, formează capitalul social. Bunurile care compun capitalul social au un regim juridic diferit de cel aplicabil celorlalte bunuri care se află în patrimoniul societăţii.

Capitalul social prezintă un dublu interes: juridic şi contabil. Din punct de vedere *juridic*, capitalul social reprezintă gajul creditorilor sociali.

Capitalul social reprezentând suma aporturilor asociaţilor, poartă denumirea şi de **capital nominal**.

Capitalul social nominal este de două feluri: **capital social subscris** şi **capital social vărsat**. Legea nr. 31/1990, prevede în art. 220^1 şi noţiunea de „capital autorizat”.

Capital social **subscris** este reprezentat de valoarea totală a aporturilor asociaţilor şi este, de fapt, capitalul social.

Capital social **vărsat** reprezintă valoarea totală a aporturilor efectuate de asociaţi la momentul constituirii societăţii sau, ulterior, la majorarea capitalului social. Potrivit art. 7 şi 8 LSC, în actul constitutiv trebuie să se prevadă capitalul social subscris şi cel vărsat. În funcţie de forma de societate legea stabileşte condiţiile, termenele în care se va vărsa diferenţa de capital subscris.

Capitalul social autorizat este valoarea cu care poate fi majorat capitalul social prin emitere de noi acţiuni în schimbul aporturilor, majorare pe care o poate decide consiliul de administraţie, respectiv directoratul dacă s-a prevăzut această posibilitate în actul constitutiv al societăţii. Autorizarea poate dată şi ulterior de către adunarea generală a acţionarilor. Perioada pentru care se dă autorizarea de majorare a capitalului social este de 5 ani de la data înmatriculării societăţii sau de la data modificării actului constitutiv conform hotărârii adunării generale a acţionarilor.

Capitalul social este fix şi real pe toată durata de existenţă a societăţii. În cazul reducerii acestuia, asociaţii sunt obligaţi să-l reîntregească, altfel, în cazurile în care legea prevede un minim de capital social, reducerea acestuia sub limita minimă este cauza de dizolvare a societăţii.

Capitalul social **este intangibil** în sensul că nu poate fi folosit pentru plata dividendelor sau cu o altă destinaţie. Cu toate acestea, bunurile în natură aduse la capitalul social pot fi înstrăinate, dar operează o modificare a structurii, a compoziţiei acestuia. Capitalul social se configurează sub forma unei cifre a unei valori, dar este ştiut că aporturile asociaţilor pot să constea, fie în numerar, fie în natură şi, în unele cazuri, chiar în creanţe. Orice modificare a structurii capitalului social trebuie menţionată în registrul comerţului pentru publicitate şi opozabilitate faţă de terţi.

Dacă s-a aportat un bun imobil şi acesta se vinde, practic structura capitalului social va avea lichidităţi (numerar).

Capitalul social poate fi majorat din noi aporturi, fie din dividende sau din rezervele societăţii. Capitalul social prezintă interes şi pentru asociaţi, deoarece dreptul la dividende şi la conducerea societăţii (adoptarea deciziilor) depinde, în principiu, de procentul pe care îl deţine fiecare asociat din capitalul social.

Din punct de vedere *contabil*, capitalul se distinge de activul patrimonial. În momentul constituirii societăţii, activul patrimonial se identifică cu capitalul social. Disocierea între capital şi patrimoniu apare imediat după înregistrarea în contabilitate a primelor datorii ale societăţii, respectiv cele care izvorăsc din cheltuielile ocazionate cu înfiinţarea societăţii. Ulterior, în măsura în care societatea obţine beneficii (profit), activul patrimonial creşte, depăşind capitalul social.

În plan contabil, în bilanţ, capitalul social este înregistrat la pasivul patrimonial, căci societatea are obligaţia restituirii aporturilor către asociaţi, de regulă, sub forma unei sume de bani, în momentul dizolvării şi lichidării societăţii. Cu toate acestea, din punct de vedere juridic, bunurile aportate figurează la activul patrimonial şi numai din punct de vedere valoric apar la pasivul patrimoniului (ca datorii ale societăţii faţă de asociaţi).

Capitalul social nominal se delimitează de fondurile proprii ale societăţii. Fondurile proprii cuprind capitalul şi rezervele. Acestea sunt sumele investite de asociaţi, spre deosebire de sursele exterioare de finanţare (împrumuturile).

Dincolo de orice discuţii şi diferenţiere între sensul juridic şi cel economic al capitalului social[1] există câteva certitudini:

- capitalul social este o componentă a patrimoniului societăţii[2];
- capitalul social este exprimat sub forma unei cifre a unei valori, dar valoarea este determinată de valoarea fiecărui bun aportat;
- capitalul social reprezintă gajul creditorilor sociali;
- între capitalul social şi patrimoniul societăţii există şi unele deosebiri, în primul rând, din punct de vedere conceptual, noţional. Capitalul social este expresia valorică a aporturilor asociaţilor, în timp ce patrimoniul societăţii este format din totalitatea drepturilor şi obligaţiilor cu valoare economică, precum şi bunurile care aparţin societăţii. În cazul în care un acţionar vinde acţiunile, vânzătorul transmite cumpărătorului dreptul asupra acestora şi nicidecum, asupra patrimoniului societăţii;
- capitalul social este divizat în acţiuni, părţi sociale sau „părţi de interes”, atribuite asociaţilor în schimbul aportului fiecăruia la capital.

---

[1] A se vedea St.D. Cărpenaru, *Tratat de drept comercial român. Conform Noului Cod civil*, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2012, *op. cit.*, p. 130-135.

[2] I. Băcanu, *Reducerea capitalului social al societăţilor comerciale*, în R.D.C. nr. 5/1995, p. 23.

Concluzii

În condiţiile noilor dispoziţii cuprinse în Codul civil şi în Codul de procedură civilă se impune o abordare modernă, uneori novatoare a problematicii societăţilor, în general, şi a celor comerciale, în special, mai cu seamă în privinţa aporturilor asociaţilor la capitalul social. Capitalul social, ca sumă a aporturilor asociaţilor, reprezintă una dintre pârghiile principale ale constituirii şi funcţionării societăţilor, atât în privinţa drepturilor şi obligaţiilor asociaţilor cât şi ca garanţie a creditorilor sociali.

Bibliografie

- ✓ **I. Adam, C.N. Savu**, Legea societăţilor comerciale. Comentarii şi explicaţii, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2010;
- ✓ **S. Angheni**, Drept comercial. Profesioniştii-comercianţi, Editura C.H. Beck, 2013;
- ✓ **S. Angheni, M. Volonciu, C. Stoica**, Drept comercial, ed. a 4-a, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2008;
- ✓ **O. Căpăţînă**, Societăţile comerciale, ed. a II-a, actualizată şi întregită, Ed. Lumina Lex, Bucureşti, 1996;
- ✓ **St.D. Cărpenaru**, Drept comercial român, ed. a VI-a, revăzută şi adăugită, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2007;
- ✓ **St.D. Cărpenaru, S. David, C. Predoiu, Gh. Pipera**, Legea societăţii comerciale, Comentariu pe articole, ed. a 4-a, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2009;
- ✓ **E. Cârcei**, Drept comercial român, Ed. All Beck, Bucureşti, 2000;
- ✓ **M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy**, Droit des sociétés, ed. a 16-a, Litec, Paris, 2003;
- ✓ **C. Cucu, M.V. Gavriş, C.G. Bădoiu, C. Haraga**, Legea societăţilor comerciale nr. 31/1990. Practică Judiciară. Decizii ale Curţii Constituţionale. Adnotări, Ed. Hamangiu, Bucureşti,2007;
- ✓ **I.L. Georgescu**, Drept comercial român, vol. II, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2002;
- ✓ **V. Nemeş**, Drept comercial. Conform Noului Cod civil, Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2012.
- ✓ **R. Petrescu**, Constituirea şi modificarea societăţii comerciale, Ed. Oscar Print, Bucureşti, 1998;
- ✓ **Gh. Pipera**, Drept comercial român, vol. I, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2008;
- ✓ **I. Shiau, T. Prescure**, Legea societăţilor comerciale nr. 31/1990, Analize şi comentarii pe articole, Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2007;
- ✓ **M. Şcheaua**, Legea societăţilor comerciale nr. 31/1990, Comentată şi adnotată, Ed. All Beck, Bucureşti, 2000;
- ✓ **Ph. Merle**, Droit commercial - Sociétés commerciales, ed. a 3-a, Dalloz, Paris;
- ✓ **R.P. Vonica**, Dreptul societăţii comerciale, Ed. Holding Reporter şi Albastră, Bucureşti, 1998;

Contestația în anulare potrivit Noului Cod de Procedură Civilă

Gabriela ***RĂDUCAN****

În reglementarea Noului Cod de procedură civilă, sistemul căilor de atac este regândit şi transformat în mod fundamental, contestaţia în anulare cunoscând, la rândul său, o serie de metamorfoze, care ne-au determinat să ne aplecăm asupra prezentului studiu.

Contestaţia în anulare este o cale de atac *extraordinară*, de *retractare*, *comună* şi, de principiu, *nesuspensivă de executare,* fiind reglementată de art. 503 şi urmă. C.proc.civ. Trebuie să precizăm că a fost consacrată pentru întâia dată drept o *cale extraordinară* de atac în art. 317-321 C.proc.civ, prin modificările aduse Codului de procedură civilă din anul 1948, deşi rădăcinile sale sunt cu mult mai vechi, în jurisprudenţă fiind utilizată drept o "acţiune în anulare" întemeiată pe fostul art. 735 C.proc.civ. (care privea nulitatea actelor de procedură, între acestea fiind inclusă şi hotărârea judecătorească)[1].

*

În raport de hotărârile judecătoreşti care pot face obiectul contestaţiei în anulare şi de motivele pentru care se poate exercita, în noua reglementare distingem tot două forme ale acesteia: a) *contestaţie în anulare obişnuită* (de drept comun**)** şi b) *contestaţie în anulare specială***.**

a) Articolul 317 CPC 1865 prevedea contestaţia în anulare „de drept comun" sau obişnuită, cu care, teoretic, se poate ataca orice hotărâre *irevocabilă* (***definitivă***, potrivit accepţiunii Noului Cod de procedură civilă), iar în art. 318 se regăsea contestaţia în anulare specială al cărei obiect îl putea reprezenta numai o decizie dată în recurs. Deşi cele două forme tradiţionale ale contestaţiei în anulare s-au menţinut, nu acelaşi lucru s-a întâmplat şi cu motivele care intră în conţinutul lor. În noua reglementare s-a menţinut ca unic motiv pentru exercitarea contestaţiei în anulare obişnuite doar primul motiv din art. 317 CPC 1865, care a fost, însă, modificat în substanţa sa, în privinţa condiţiilor de admisibilitate.

Astfel, art. **503 alin. (1)** C.proc.civ **consacră** un motiv general, de drept comun, sub aspectul obiectului: ***„****Hotărârile definitive pot fi atacate cu contestaţie în anulare* ***atunci când contestatorul nu a fost legal citat şi nici nu a fost prezent la termenul când a avut loc judecata****".*

O primă observaţie se impune cu privire la obiectul contestaţiei în anulare obişnuite, mai exact la sintagma "*hotărâri definitive*" din art. 503 alin. (1) C.proc.civ. care, de principiu, trebuie interpretată prin prisma dispoziţiilor art. 634 alin. (1) C.proc.civ., neavând relevanţă dacă hotărârea definitivă atacată a fost pronunţată în fond apel sau în recurs, în revizuire, într-o altă contestaţie în anulare sau chiar în contestaţia la

[1] A se vedea pentru dezvoltări, I. Deleanu, *Tratat de procedură civilă*, vol. II, ed. Universul Juridic 2013, p. 310.

executare, nici dacă este vorba despre o hotărâre de expedient ori o decizie de casare intermediară etc.

Pe de alt parte, suntem de părere că sintagma „hotărâri definitive" include şi hotărârile care *de plano* nu erau definitive, dar care ***au rămas definitive*** *(hotărâri rămase definitive în instanţa de apel sau prin neapelare)*, soluţia rezultând pe cale de interpretare şi din art. 504 alin. (1) şi (2) C.proc.civ. Oricum, având în vedere faptul că obiectul contestaţiei în anulare obişnuită a constituit constant o controversă doctrinară şi jurisprudenţială s-ar fi impus ca noua reglementare să aducă mai multă claritate asupra acestui aspect.

Un prim aspect de noutate rezidă în aceea că, faţă de vechea reglementare, nu mai este suficient ca *„partea să nu fi fost legal citată la termenul când a avut loc judecata"*, ci este necesar ca aceasta ***nici să nu fi fost prezentă*** la termenul de judecată. Soluţia este logică, având în vedere că, în sistemul nostru procedural, viciul citării se acoperă prin prezenţa personală la şedinţa de judecată a persoanei cu care procedura e viciată. Deşi, în jurisprudenţă, instanţele judecătoreşti au apreciat corespunzător acest motiv, pentru o mai mare claritate, prin inserarea acestei noi condiţii, legiuitorul a dorit să accentueze că *nu poate fi reţinut vreun prejudiciu*, care să necesite desfiinţarea hotărârii astfel pronunţate, *dacă partea a fost prezentă la termenul când a avut loc judecata*, deoarece a avut la acel moment posibilitatea deplinei exercitări a dreptului său la apărare. Mai mult, dacă o parte ar exercita contestaţia în anulare pe acest motiv, invocând necitarea sa regulată la termenul când a avut loc judecata, dar, din dosar ar reieşi că acesta a fost, totuşi, prezent, ne aflăm în prezenţa unui *abuz de drept* procesual, care poate fi sancţionat, în condiţiile legii.

Pe de altă pate, la fel ca în reglementarea precedentă, nu poate fi reţinut acest motiv de contestaţie dacă partea nu a fost legal citată pentru unul sau mai multe termene anterioare dezbaterilor, deşi a fost prezentă la termenul când a avut loc judecata, întrucât, pentru oricare alt termen de judecată anterior celui la care s-au închis dezbaterile şi s-au pus concluzii pe fond, partea lezată putea invoca nulitatea în condiţiile art. 178 alin. (2) C.proc.civ.

În acelaşi timp, se cuvine să subliniem că, prin expresia *„a fost prezent*", urmează să înţelegem nu doar condiţia prezenţei *personale* a contestatorului, ci şi prezenţa sa prin mandatar avocat sau convenţional sau prin reprezentant legal (tutore, curator, ocrotitor legal) potrivit art. 160 alin. (1) coroborat cu art. 503 alin. (1) C.proc.civ.

Ca atare, nu sunt modificări de fond, aşa încât, toată jurisprudenţa aferentă art. 317 alin. (1) pct. 1 CPC 1865 poate fi valorificată şi în reglementarea actuală.

Totodată, din formularea normei legale subînţelegem şi faptul că noua reglementare ia în calcul şi vicierea procedurii de *comunicare* în ipoteza în care suntem într-o materie în care *termenul de recurs curge de la pronunţarea hotărârii*, nu de la comunicare, iar partea nu a fost legal citată la termenul la care a avut loc judecata şi nici nu a fost prezentă la acel termen[1]. În acest caz, poate partea interesată să exercite direct contestaţie în anulare, fără să fi exercitat recursul?

Dacă termenul de recurs curge de la pronunţare, partea nefiind prezentă, nu are nicio culpă în nerespectarea termenului, având dreptul să solicite *repunerea în termenul de*

---

[1] [1] G.Boroi, prelegere în cadrul conferinţei I.N.M. inserată în Broşura conferinţei, p. 2012.

recurs, aşa că, mai înainte de a formula contestaţia în anulare, poate exercita chiar recursul.[1]

Însă, ce se întâmplă atunci când procedura de comunicare este viciată (de pildă, atunci când procedura de citare s-a efectuat la un alt domiciliu decât cel real)? Credem că trebuie distins după cum termenul de recurs curge de la pronunţarea sau de la comunicarea hotărârii.

Atunci când termenul de recurs curge de la pronunţare, există, practic, două termene: cel de *declarare* a căii de atac şi cel de *motivare* a recursului, iar termenul de motivare a recursului nu începe să curgă, întrucât hotărârea nu a fost comunicată, ceea ce înseamnă că nu se poate cere nici repunerea în termen, situaţia fiind identică aceleia în care termenul de recurs curge de la comunicare, dar hotărârea nu a fost comunicată.[2]

Atunci când termenul de recurs curge de la comunicarea hotărârii, cele două termene – de *declarare* a căii de atac şi *de motivare* – se suprapun, iar cât timp hotărârea nu este legal comunicată, termenul de declarare a recursului nici nu a început să curgă. Partea interesată trebuie să solicite comunicarea legală a hotărârii, iar ulterior comunicării, să invoce nelegala sa citare, ca motiv de recurs, în termenul de motivare a recursului, *omisso medio* neputând sări peste această cale de atac direct la calea contestaţiei în anulare, cu atât mai mult faţă de dispoziţiile imperative ale art. 504 alin. (1) C.proc.civ. potrivit cărora „ *Contestaţia în anulare este inadmisibilă dacă motivul prevăzut la art. 503 alin. (1) putea fi invocat pe calea apelului sau a recursului".*

În privinţa *condiţiilor de admisibilitate a contestaţiei în anulare* pentru acest motiv, faţă de vechea reglementare a intervenit o modificare importantă prin inserarea normelor din art. 504 alin. (1) şi (2) C.proc.civ: „***(1)*** *Contestaţia în anulare este inadmisibilă dacă motivul prevăzut la art. 503 alin. (1) putea fi invocat pe calea apelului sau a recursului.* ***(2)*** *Cu toate acestea, contestaţia poate fi primită în cazul în care motivul a fost invocat prin cererea de recurs, dar instanţa l-a respins pentru că avea nevoie de verificări de fapt incompatibile cu recursul* ***sau dacă recursul, fără vina părţii, a fost respins fără a fi cercetat în fond".***

Se observă astfel că, în raport de posibilitatea exercitării apelului sau recursului, contestaţia în anulare obişnuită are un caracter *subsidiar,* nefiind deschisă cât timp acest motiv al necitării putea fi invocat ca motiv de apel sau de recurs şi nici în ipoteza în care, deşi a fost invocat ca motiv de recurs, acesta a fost respins (în acest ultim caz, întrucât contestaţia în anulare obişnuită nu este o cale de reformare care să remedieze eventualele greşeli de judecată)[3].

Pe de altă parte, prima ipoteză a art. 504 alin. (2) C.proc.civ. rămâne aceeaşi ca şi în art. 317 alin. (2) CPC 1865 („*instanţa l-a respins pentru că avea nevoie de verificări de fapt incompatibile cu recursul"*), legiuitorul vizând situaţiile în care, pentru cercetarea motivului privind lipsa citării, era necesară administrarea de probe (altele decât eventuale *înscrisuri noi,* admisibile în recurs), caz în care, recursul ar fi fost respins. Or, se apreciază că, în astfel de situaţii, partea nu poate fi considerată culpabilă pentru faptul că nu a anticipat soluţia de respingere din cauza faptului că erau necesare verificări de fapt incompatibile cu recursul, aşa încât contestaţia în anulare este admisibilă.

---

[1] În acelaşi sens, V.M. Ciobanu, *Tratat teoretic şi practic de procedură civilă,* vol. II, Ed. Naţional, p. 421; G. Boroi, prelegere în cadrul conferinţei I.N.M. inserată în Broşura conferinţei, p. 2012; I. Deleanu, *op. cit.,* p. 320 etc.

[2] G. Boroi, prelegere în cadrul conferinţei I.N.M. inserată în Broşura conferinţei, p. 2012.

[3] În acest sens şi C.A. Bucureşti, sec. a IV-a civ., dec. nr. 225/2008, în R.R.L. nr. 2/2009, p. 172 şi 173.

Însă, cea de a doua ipoteză a art. 504 alin. (2) C.proc.civ. - *„fără vina părţii, recursul a fost respins fără a fi cercetat în fond”* – impune o serie de precizări. În fosta reglementare, culpa contestatorului în respingerea recursului fără a fi cercetat fondul nu prezenta relevanţă (de pildă, anularea recursului ca netimbrat, ca perimat, ca neregulat introdus) mai puţin în ipoteza în care se respingea recursul ca tardiv.[1] Deci, contestaţia în anulare era admisibilă, prin simpla incidenţă a motivului prevăzut de art. 317 alin. (1) CPC1865, fără a se ţine cont de culpa părţii.

În condiţiile în care noua teză legală a art. 504 alin. (2) C.proc.civ. impune această condiţie, înţelegem că, în realitate, legiuitorul a dorit restrângerea domeniului de aplicare a contestaţiei în anulare[2] şi, totodată, a închis calea exercitării contestaţiei în anulare, prin deviere (care se putea realiza prin eludarea interdicţiei din art. 504 alin. (1) C.proc.civ. în cazul exercitării unui recurs nemotivat, tardiv, netimbrat sau perimat, ca ulterior, să poată să recurgă la contestaţia în anulare), mai exact, pentru a nu i se crea contestatorului posibilitatea de a-şi acoperi culpa procesuală.

b) În ceea ce priveşte contestaţia în anulare specială, aceasta se exercită numai împotriva hotărârilor instanţelor de recurs, însă, potrivit principiului *ubi eadem ratio eadem solutio*, art. 503 alin. (3) C.proc.civ., prevăd că dispoziţiile din alin. (2) pct. 1, 2 şi 4 C.proc.civ. “se aplică în mod corespunzător hotărârilor instanţelor de apel care, potrivit legii, nu pot fi atacate cu recurs”, soluţie logică având în vedere faptul că, potrivit noii reglementări procesuale, numeroase hotărâri vor rămâne definitive în apel, nefiindu-le recunoscută calea recursului (a se vedea, de pildă, alineatul secund al art. 483 C.proc.civ.). *Contestaţia în anulare specială* poate fi exercitată pentru oricare din următoarele patru motive:

1. *hotărârea dată în recurs a fost pronunţată de o instanţă necompetenţă absolut sau cu încălcarea normelor referitoare la alcătuirea instanţei şi, deşi se invocase excepţia corespunzătoare, instanţa de recurs a omis să se pronunţe asupra acesteia;*

2. *dezlegarea dată recursului este rezultatul unei erori materiale*;

3. *instanţa de recurs, respingând recursul sau admiţându-l în parte, a omis să cerceteze vreunul dintre motivele de casare invocate de recurent în termen;*

4. *instanţa de recurs nu s-a pronunţat asupra unuia dintre recursurile declarate în cauză*.

Se observă că motivele de la art. 503 alin. (2) pct.2-3 C.proc.civ. preiau, aproape în totalitate, dispoziţiile art. 318 CPC 1865. În privinţa pct.3, din norma legală a fost eliminată menţiunea *„din greşeală”,* însă, s-a adăugat o condiţie suplimentară aceea motivul să fi fost invocat de recurent *în termen*. Din rigoarea noii norme, deducem că motivul de recurs trebuie invocat în termenul de motivare a recursului, iar dacă a fost invocat ulterior în instanţa de recurs (de regulă, ca motiv de ordine publică, cunoscând fiind faptul că, un motiv de casare de ordine publică putea fi invocat şi de instanţă din oficiu, fără ca aceasta să fie obligată, însă, să-l invoce), iar aceasta a omis să-l cerceteze ori nu l-a luat în considerare, nu este admisibilă contestaţiei în anulare.

La motivele de contestaţie în anulare specială din sistemul fostului cod, s-au mai adăugat cele de la art. 503 alin. (2) pct. 1 şi pct. 4 C.proc.civ.

---

[1] G. Boroi, prelegere în cadrul conferinţei I.N.M. inserată în Broşura conferinţei, p. 2012.
[2] G. Boroi, prelegere în cadrul conferinţei I.N.M. inserată în Broşura conferinţei, p. 2012.

După cum se observă, motivul de la pct. 1 constituie o reluare dezvoltată a fostului art. 317 alin. (1) pct. 2 CPC 1865, „*hotărârea dată în recurs a fost pronunţată de o instanţă necompetenţă absolut sau cu încălcarea normelor referitoare la alcătuirea instanţei* [deci, a normelor de organizare judecătorească privind *compunerea* şi *constituirea* instanţei - n.n.] *şi, deşi se invocase excepţia corespunzătoare, instanţa de recurs a omis să se pronunţe asupra acesteia"*.

De asemenea, motivul de la art. 503 alin. (2) pct. 4 C.proc.civ. („*instanţa de recurs nu s-a pronunţat asupra unuia dintre recursurile declarate în cauză")*, introdus în noua reglementare ca urmare a cazurilor de acest fel semnalate în practica judiciară[1].

Într-o lucrare anterioară[2] am anticipat această soluţie, prin aplicarea analogiei legii şi a principiului *ubi eadem ratio eadem solutio*, arătând că este admisibilă contestaţia pentru motivul potrivit căruia *"instanţa a omis să cerceteze vreunul dintre motivele de casare invocate de recurent"* **şi atunci când, în cauză s-au declarat mai multe recursuri, iar instanţa a omis să se pronunţe asupra unuia dintre acestea**, dar este inadmisibilă dacă, motivul asupra căreia instanţa de recurs nu s-a pronunţat fusese formulat tardiv. Astăzi, salutăm intervenţia legiuitorului care, pentru mai multă claritate, a consacrat legislativ soluţia anterior propusă.

În privinţa motivului prevăzut de art. 503 alin. (2) pct. 1 C.proc.civ. se impun următoarele *observaţii:*

Există două ipoteze avute în vedere de acest motiv: cel privind necompetenţa absolută a instanţei de recurs şi cel privind greşita alcătuire a instanţei (compunere şi constituire).

Referitor *la prima ipoteză* vom înţelege că, pe calea contestaţiei în anulare specială, va fi posibilă invocarea motivului privind necompetenţa absolută a instanţei de recurs sau, după caz, a instanţei de apel (numai atunci când ne aflăm într-o materie în care *hotărârea din apel este definitivă*, nefiind recunoscută calea recursului), cu condiţia ca, excepţia de necompetenţă să fi fost invocată în termen în faţa instanţei a cărei decizie se atacă cu contestaţia în anulare.

Având în vedere dispoziţiile art. 130 alin. (2) C.proc.civ., potrivit cărora necompetenţa materială sau necompetenţa teritorială exclusivă trebuie invocată la primul termen de judecată la care părţile sunt legal citate în faţa primei instanţe, dacă excepţia nu s-a invocat în termen, atunci ea s-a acoperit, nemaiputând fi reiterată ulterior, deoarece părţile sunt decăzute din dreptul de a o mai invoca. Ca atare, nu se poate invoca în faţa instanţei de recurs faptul că este necompetenţă, cât timp necompetenţă a fost instanţa de fond, deci, cu atât mai mult nu s-ar putea invoca prin contestaţia în anulare. De altfel, în concepţia noii reglementări procesuale (art. 130 şi art. 131 C.proc.civ.) - exceptând necompetenţa generală a instanţelor - problema necompetenţei devine una de ordine privată, care trebuie soluţionată în *limine litis,* aşa încât să nu se ajungă la o mare întârziere în antamarea cauzei pe fond.

Pe de altă parte, potrivit art. 130 alin. (1) C.proc.civ., *necompetenţa generală* a instanţei (care include ca o specie şi *necompetenţa internaţională*), poate fi invocată "în orice stare a pricinii", deci, chiar direct în recurs. Or, dacă într-o astfel de materie s-a invocat excepţia în faţa instanţei de recurs, oricând până la închiderea dezbaterilor în faţa acesteia, iar instanţa a omis să soluţioneze excepţia, contestaţia în anulare specială este admisibilă. Cu toate acestea, opinăm că nu ar putea fi invocată necompetenţa ge-

[1] G. Boroi, prelegere în cadrul conferinţei I.N.M. inserată în Broşura conferinţei, p. 2012.

[2] G. Răducan, *Drept procesual civil,* Ed. All Beck, 2005, p. 248, iar mai apoi, în G. Răducan, *Drept procesual civil român şi comunitar european*, Ed. Hamangiu, 2009, p. 251.

nerală pentru întâia dată prin contestaţia în anulare, deoarece ar însemna să transformăm această cale de atac într-una de *reformare,* ceea ce cu siguranţă legiuitorul nu a dorit.

Ceea ce este greu de imaginat, însă, este teza legală a art. 503 alin. (2) pct. 1 C.proc.civ., potrivit căreia cererea ajunge la o instanţă de recurs necompetenţă, iar instanţele de fond au fost competente absolut (deşi, într-o astfel de situaţie, identificarea instanţei de recurs este o simplă formalitate, pe care o aduce la îndeplinire instanţa a cărei hotărâre se atacă cu recurs, pe cale administrativă; or, nu ne putem imagina decât *eroarea,* ca şi cauză de trimitere şi înregistrare a dosarului la o instanţă de control necompetenţă - s.n.) sau în cazul în care necompetenţa a existat *ab initio* la toate instanţele de fond, în faţa cărora a fost invocată în termen, fiind reiterată şi în recurs, iar instanţa a omis să se pronunţe asupra ei.[1] Însă, pentru ipotezele cu totul excepţionale în care ar putea exista astfel de nereguli, va fi deschisă calea contestaţiei în anulare.

Referitor la cea de a *doua ipoteză* vom înţelege că, pe calea contestaţiei în anulare specială, va fi putea fi invocată şi *încălcarea normelor referitoare la alcătuirea instanţei*. Reglementarea din art. 317 pct. 2 CPC 1865 nu consacra legal această posibilitate, deşi, până în anul 1985, în baza acestei norme, în jurisprudenţă au existat soluţii în sensul că textul este aplicabil, constituind motiv de contestaţie în anulare, şi în cazul incompatibilităţii judecătorului sau în alte cazuri de norme imperative referitoare la compunerea sau constituirea instanţei.[2]

Lato sensu, prin normele privind "alcătuirea instanţei,, înţelegem normele de organizare judecătorească referitoare la: *greşita compunere* sau *greşita constituire a instanţei*, normele privind *incompatibilitatea*, *abţinerea* şi *recuzarea.* Cu toate acestea, obiect al contestaţiei în anulare nu ar putea face decât hotărârile date cu nerespectarea normelor de ordine publică privind alcătuirea instanţei, iar nu şi a celor relative, fiind exclusă, deci, invocarea normelor de incompatibilitate de la art. 42 C.proc.civ. [pentru care partea interesată a avut deschisă calea excepţiei de recuzare, iar, dacă au fost recuzaţi judecătorii din compunerea completului de recurs, a fost deschisă şi calea unui recurs special, potrivit art. 53 alin. (1) teza a II-a C.proc.civ].

În ce priveşte motivul de contestaţie în anulare specială prevăzut de art. 503 alin. (2) pct. 2 C.proc.civ., acesta este o reluare integrală a primului motiv din fostul art. 318 alin. (1) CPC 1865, anume „*dezlegarea dată recursului este rezultatul unei erori materiale"*, motiv pentru care doctrina şi jurisprudenţa aferentă vor putea fi valorificate şi pe viitor. Reamintim că, fiind vorba despre erori materiale care au determinat soluţia recursului, acest motiv trebuie interpretat restrictiv, el nefiind niciodată admisibil pentru a critica soluţia pronunţată în recurs şi nici pentru a înfăţişa instanţei învestite cu contestaţia în anulare un înscris faţă de care soluţia instanţei de recurs (sau de apel, când hotărârea acesteia este definitivă) ar apărea că este o greşeală materială. Contestaţia în anulare întemeiată pe acest motiv va fi admisibilă doar atunci când, eroarea materială există faţă de ceea ce se găsea sau trebuia să se găsească (de exemplu, s-a anulat ca netimbrat recursul, deşi dovada taxei de timbru fusese depusă la registratură anterior soluţionării cauzei, dar, din motive neimputabile părţii, aceasta nu a ajuns la dosar) la dosarul instanţei la data la care s-a soluţionat recursul.

În fine, în ce priveşte motivul de contestaţie în anulare specială întemeiat pe dispoziţiile art. 503 alin. (3) pct. 3 C.proc.civ., potrivit cărora, contestaţia în anulare este admisibilă şi atunci când "*instanţa de recurs, respingând recursul sau admiţându-l în parte,*

---

[1] G. Boroi, prelegere în cadrul conferinţei I.N.M. inserată în Broşura conferinţei, p. 2012.
[2] G. Boroi, prelegere în cadrul conferinţei I.N.M. inserată în Broşura conferinţei, p. 2012.

a omis să cerceteze vreunul dintre motivele de casare invocate de recurent în termen", este tot o reluare a celui de al doilea motiv prevăzut şi de art. 318 alin. (1) CPC 1865.

Textul vizează tot o eroare a instanţei, cu precizarea însă că motivele la care se referă acest punct sunt motivele de casare menţionate la art. 488 C.proc.civ. Nu este admisibilă contestaţia în anulare dacă se arată că în recurs, instanţa a invocat din oficiu un motiv de casare de ordine publică, pe care apoi a uitat să-l analizeze, nici dacă, ulterior termenului de motivare, recurentul a invocat un motiv de casare de ordine publică pe care instanţa de recurs nu l-a luat în considerare, în ambele situaţii obligaţia de a arăta în termen motivele de casare prevăzute de art. 488 C.proc.civ. revenind recurentului.

De asemenea, nu este admisibilă contestaţia în anulare nici atunci când contestatorul invocă că, analizând recursul, instanţa nu a răspuns la toate argumentele[1] formulate de acesta în susţinerea unui anumit motiv de casare.[2]

Reamintim că, acest motiv de contestaţie în anulare poate fi primit doar în situaţia în care recursul a fost respins[3] sau admis în parte, iar nu şi atunci când soluţia a fost una de casare totală, care are ca efect repunerea în discuţie a tuturor motivelor invocate în recurs.[4]

* *

Se impune, totodată, să facem scurte precizări asupra art. 503 alin. (3) C.proc.civ., potrivit cărora dispoziţiile din alin. (2) pct.1,2 şi 4 C.proc.civ. "se aplică în mod corespunzător ***hotărârilor instanţelor de apel care, potrivit legii, nu pot fi atacate cu recurs****".*

Aşa cum şi în fosta reglementare existau situaţii în care hotărârile nu puteau fi atacate cu recurs (hotărâri pronunţate în primă şi ultimă instanţă, cum ar fi, de pildă, plângerile îndreptate împotriva unor acte administrativ-jurisdicţionale), în noul sistem procesual vor exista numeroase cazuri în care va exista doar o judecată în primă instanţă şi una în apel, hotărârea devenind astfel definitivă, întrucât art. 483 alin. (2) C.proc.civ. nu recunoaşte deschisă calea recursului în anumite materii.

Se observă, însă, că art. 503 alin. (3) C.proc.civ. exclude de la admisibilitatea contestaţie în anulare exercitată astfel de hotărâri, care sunt definitive în apel, aplicarea art. 503 alin. (2) pct.3 C.proc.civ. Raţiunea legiuitorului este aceea că punctul 3 este creat pe ideea că partea este ţinută de cele 8 motive de recurs prevăzute de art. 488 C.proc.civ., or, în apel, nu există motive prestabilite de lege, astfel că nu se justifică admisibilitatea unei contestaţii în anulare. Dacă am admite contrariul, ar "exista riscul unei avalanşe de contestaţii în anulare, în care diferenţa între motive şi argumentări s-ar fi estompat. Or, în realitate, motivul de apel ar consta într-o eventuală nelegalitate sau netemeinicie calificată şi dezvoltată de parte. Între a oferi această posibilitate sau a

---

[1] Pentru o soluţie contrară, a se vedea şi opinia separată la dec. nr. 1519/2005 a I.C.C.J., sec. cont. adm. şi fisc., publicată în B.C. nr. 2/2005, p. 64-65, cu trimitere la Hotărârea Curţii Europene din 19.12.1997, parag. 59-60 în cauza *Halle c. Finlandei* unde s-a decis că instanţa de control trebuie să "*examineze efectiv problemele esenţiale care îi sunt supuse examinării, nu să se mulţumească a confirma pur şi simplu concluziile unei jurisdicţii inferioare*".

[2] Trib.Supr., sec. civ., dec.nr.84/1970, în C.D., 1970, p. 258.

[3] Trib.Supr., sec. civ., dec.nr.729/1961, în C.D., 1961, p. 368.

[4] Trib.Supr., *Completul de 7 judecători*, dec.nr.16/1980, R.R.D. nr. 10/1980, p. 64.

prelua la apel doar celelalte două motive, s-a optat pentru a doua variantă, prin urmare nu este vorba despre o omisiune sau o eroare."[1]

Pe de altă parte, în legătură cu aplicabilitatea contestaţiei în anulare împotriva acestor hotărâri definitive în apel, se pune problema dacă art. 503 alin. (2) pct.3 C.proc.civ. vizează exclusiv apeluri sau recursuri principale ori şi apeluri sau recursuri incidente şi provocate? Împărtăşim şi noi opinia recent exprimată[2], în sensul că aceste norme sunt aplicabile şi în cazul apelurilor şi recursurilor incidente sau provocate, cât timp, legiuitorul nu distinge.

***

Ceea ce priveşte ***instanţa competentă*** *să soluţioneze contestaţia în anulare, prevederile art. 505 C.proc.civ. dispun: „(1) Contestaţia în anulare se introduce la instanţa a cărei hotărâre se atacă. (2) În cazul în care se invocă motive care atrag competenţe diferite, nu operează prorogarea competenţei", primul alineat fiind reluarea integrală a art. 319 alin. (1) CPC1865, iar alineatul secund fiind un element de noutate.*

Textul determină o serie de observaţii. O primă observaţie care se deduce logic, este aceea că, atunci când se atacă hotărârea instanţei de apel, contestaţia în anulare se introduce la acea instanţă, iar nu la instanţa de recurs.

„Ipoteza avută în vedere de alineatul secund al art. 505 C.proc.civ., este aceea în care s-au formulat, de către acelaşi contestator, două contestaţii în anulare: una împotriva deciziei date în recurs pentru vreunul din motivele prevăzute la art. 503 alin. (2) C.proc.civ. şi una introdusă împotriva hotărârii recurate, pentru citare nelegală. Atunci când contestatorul a făcut o singură contestaţie în anulare, instanţa de recurs va trebui să îşi decline competenţa în privinţa motivului privind citarea nelegală la termenul la care a avut loc judecata în apel şi să reţină spre soluţionare doar contestaţia care vizează celelalte motive. În acest caz, instanţa de recurs ar trebui să suspende judecata până la soluţionarea de către instanţa de apel a contestaţiei în anulare. În cazul în care contestaţia în anulare de competenţa instanţei de apel este admisă, instanţa de recurs urmează să respingă contestaţia în anulare a cărei judecată a fost suspendată ca lipsită de obiect, având în vedere dispariţia hotărârii atacate cu recurs. Invers, dacă se suspendă la instanţa de fond (de apel) după ce se respinge contestaţia în anulare în recurs, s-ar putea să fie nevoie ca instanţa să se pronunţe şi pe contestaţia suspendată la instanţa de fond".[3]

****

Noua reglementare aduce o serie de transformări şi în materia ***termenului de exercitare*** *a contestaţiei în anulare.*

Vechea reglementare anterioară, **art. 319 alin. (2) CPC1865** distingea în materia termenului după cum hotărârea care formează obiectul contestaţiei era sau nu susceptibilă de executare silită, acest criteriu creând adesea probleme de interpretare în jurisprudenţă, astfel încât, legiuitorul a considerat că reglementarea unui termen unic ar aduce un plus de claritate, sens în care **art. 506** C.proc.civ**. dispune:** *„(1) Contestaţia în*

---

[1] G. Boroi, prelegere în cadrul conferinţei I.N.M. inserată în Broşura conferinţei, p. 2012.
[2] G. Boroi, prelegere în cadrul conferinţei I.N.M. inserată în Broşura conferinţei, p. 2012.
[3] G. Boroi, prelegere în cadrul conferinţei I.N.M. inserată în Broşura conferinţei, p. 2012.

anulare poate fi introdusă în termen de 15 zile de la data comunicării hotărârii, dar nu mai târziu de un an de la data când hotărârea a rămas definitivă. (2) Contestaţia se motivează în termenul de 15 zile prevăzut la alin. (1), sub sancţiunea nulităţii acesteia".

Mai mult, cu caracter de noutate, legiuitorul consacră în alineatul secund al art. 506 C.proc.civ. o dispoziţie utilă, pentru a evita situaţiile create sub imperiul vechi reglementări, când, nefiind prevăzut un astfel de termen, adesea contestatorul formula motivul direct în faţa instanţei sesizate cu soluţionarea contestaţiei în anulare. Observăm, de asemenea, faptul că nemotivarea contestaţiei în anulare în termenul de 15 zile atrage sancţiunea *nulităţii* exprese şi necondiţionate a acesteia, întocmai ca în materia recursului. Cum termenul curge de la *comunicarea* hotărârii, nu se va mai putea invoca faptul că nemotivarea contestaţiei în anulare, la momentul formulării sale, s-ar datora necunoaşterii hotărârii care, fie nu a fost încă redactată, fie nu a fost comunicată (cum se întâmpla sub imperiu vechii reglementări).

Tot cu caracter de noutate, art. 504 alin. (3) C.proc.civ. prevede că *„**(3)** O hotărâre împotriva căreia s-a exercitat contestaţia în anulare nu mai poate fi atacată de aceeaşi parte cu o nouă contestaţie în anulare, chiar dacă se invocă alte motive".*

Pe de altă parte, dacă o parte a contestat hotărârea, nu înseamnă că orice altă parte, la rândul ei nemulţumită de hotărâre, nu ar putea-o ataca cu contestaţie în anulare, pentru motivele ei proprii, cât timp justifică un interes.

*****

*Referitor la posibilitatea **suspendarea executării** hotărârii atacate cu contestaţie în anulare, nu sunt elemente de noutate, textul art. 507 C.proc.civ. („Instanţa poate suspenda executarea hotărârii a cărei anulare se cere, sub condiţia dării unei cauţiuni. Dispoziţiile art. 484 se aplică în mod corespunzător") reiau întocmai prevederile art. 319[1] CPC 1865.*

*Însă, în privinţa **procedurii de judecată**, apar o serie de noutăţi.*

******

Potrivit art. 508 alin. (1) C.proc.civ, *„Contestaţia în anulare se soluţionează de urgenţă şi cu precădere, potrivit dispoziţiilor procedurale aplicabile judecăţii finalizate cu hotărârea atacată."* În consecinţă, în cazul contestaţiei în anulare reglementate de art. 503 alin. (2) C.proc.civ, este incidentă procedura aplicabilă instanţei de recurs, pentru contestaţia în anulare reglementată de art. 503 alin. (3) va fi aplicabilă procedura instanţei de apel, iar pentru contestaţia având ca motiv nelegala citare, după caz, poate fi aplicabilă chiar şi procedura din faţa primei instanţe.

Cu privire la această prevedere, s-a subliniat că formula „aplicabile judecăţii finalizate cu hotărârea atacată" nu a avut în vedere aplicarea şi a procedurii filtrului din recurs[1].

Părţile trebuie să îşi facă cunoscute apărările atât la judecata în primă instanţă, cât şi în căile de atac ordinare şi cele extraordinare, motiv pentru care, ca şi în reglementarea anterioară, întâmpinarea este obligatorie. Astfel, art. 508 alin. (2) C.proc.civ. dispune că *„Întâmpinarea este obligatorie şi se depune la dosar cu cel puţin 5 zile înaintea*

[1] G. Boroi, prelegere în cadrul conferinţei I.N.M. inserată în Broşura conferinţei, p. 2012.

primului termen de judecată. Contestatorul va lua cunoştinţă de conţinutul acesteia de la dosarul cauzei". Având în vedere etapa procesuală în care ne aflăm, fiind vorba despre o cale extraordinară de atac exercitată doar în condiţiile stricte ale legii, este firesc să nu se mai aplică regulile procedurale de la judecata în primă instanţă privind comunicarea întâmpinării, a răspunsului la întâmpinare etc., pentru a nu afecta celeritatea soluţionării acesteia.

În ceea ce priveşte soluţiile posibile în contestaţia în anulare, în ipoteza în care contestaţia în anulare este întemeiată, conform art. 508 alin. (3) C.proc.civ. „ *instanţa va pronunţa o singură hotărâre prin care va anula hotărârea atacată şi va soluţiona cauza. Dacă soluţionarea cauzei la acelaşi termen nu este posibilă, instanţa va pronunţa o hotărâre de anulare a hotărârii atacate şi va fixa termen în vederea soluţionării cauzei printr-o nouă hotărâre".* În această ultimă ipoteză, vor exista două hotărâri: una de anulare a sentinţei sau deciziei atacate şi hotărârea asupra recursului sau apelului.

Totodată, în art. 508 alin. (3) teza a III-a C.proc.civ. se precizează că *„În acest ultim caz, hotărârea de anulare nu poate fi atacată separat",* ceea ce înseamnă că a fost preluată întru totul soluţia jurisprudenţială a pronunţării a două hotărâri, fără a se recunoaşte însă posibilitatea atacării primei hotărâri, pe considerentul că ar fi condus la tergiversarea procesului. Pe un considerent similar, s-a propus şi în doctrină ca soluţia de anulare a hotărârii atacate să îmbrace forma încheierii premergătoare ce nu poate fi atacată decât o dată cu fondul.[1]

În fine, un ultim aspect care necesită o precizare rezidă în privinţa art. 508 alin. (4) C.proc.civ, *„Hotărârea dată în contestaţie în anulare este supusă aceloraşi căi de atac ca şi hotărârea atacată",* dispoziţie care reia întocmai prevederile art. 320 alin. (3) CPC1865, în sensul că trebuie observat că această normă prezintă interes numai pentru motivul prevăzut la art. 503 alin. (1) C.proc.civ., fiind inaplicabil pentru motivele prevăzute la art. 503 alin. (2) C.proc.civ.

****

Ajunşi la finalul acestui studiu succint, care şi-a propus o trecere în revistă a elementelor de noutate în materia contestaţiei în anulare, concluzionăm că legiuitorul a reuşit, în mare parte, să clarifice şi să elimine unele controverse apărute în jurisprudenţă şi în literatura de specialitate, însă, în continuare au rămas o serie de aspect care, după părerea noastră, vor crea dificultăţi de interpretare, în special cu privire la obiectul contestaţiei în anulare obişnuite. De *lege ferenda*, opinăm că introducerea unei *proceduri de filtru,* asemănătoare celei de la recurs la Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie, prevăzută de art. 493 C.proc.civ., s-ar impune şi în această materie, pentru a evita încărcarea instanţelor cu numeroase contestaţii în anulare inadmisibile *de plano.*

[1] G. Boroi, prelegere în cadrul conferinţei I.N.M. inserată în Broşura conferinţei p. 2012

Aspecte de noutate în materia incidentelor privind normele de competență în dreptul procesual civil

*Gabriela **RĂDUCAN**[*],*
*Mădălina **DINU**[**]*

Abstract: *Odată cu intrarea în vigoare a Noului Cod de Procedură Civilă, procesul civil a fost reconfigurat, iar noile texte suscită interes imediat pentru lumea juridică prin prisma consacrării legislative a unor soluţii jurisprudenţiale, prin legiferarea unor noi instituţii sau prin modificarea unor instituţii fundamentale. În acest context, inclusiv normele care reglementează competenţa au fost readaptate noilor cerinţe ale vieţii juridice, iar incidente referitoare la excepţia de necompetenţă, conexitatea, conflictele de competenţă, strămutarea, litispendenţa aduc elemente de noutate a căror finalitate este aceea a creării de reguli juridice de natură a servi intereselor particulare actuale, fructificând experienţele jurisprudenţiale trecute şi angajând viitorul.*

Cuvinte cheie: *excepţia de necompetenţă, conexitatea, conflictele de competenţă, strămutarea, litispendenţa*

Excepţia de necompetenţă

Excepţia de necompetenţă constituie mijlocul procesual prin care, în condiţiile legii, partea interesată, procurorul sau instanţa invocă, fără să pună în discuţie fondul dreptului, neregularităţi procedurale privitoare competenţa instanţei sesizate urmărind declinarea competentei în favoarea unei alte instanţe.

Excepţia de necompetenţă în noua legiferare are acelaşi conţinut ca în vechea reglementare, dispoziţiile art. 129 NCPC regăsindu-se în cuprinsul art. 159 ind.1 din VCPC, astfel cum acesta a fost modificat prin Legea nr.202/2010[1].

Necompetenţa este generată de încălcarea normelor de competentă prescrise de lege[2], putând fi, în funcţie de caracterul acestor norme de ordine publică sau de ordine privată. Astfel, conform art. 129 NCPC, necompetenţa este de ordin publică, în cazul încălcării competenţei generale, când procesul nu este de competenţa instanţelor judecătoreşti, în ipoteza încălcării competenţei materiale, când procesul este de competenţa unei instanţe de alt grad, precum şi atunci când se încalcă competenţa teritorială exclusivă, caz în care procesul este de competenţa unei alte instanţe de acelaşi grad şi

---

[*] Conferenţiar universitar dr., Universitatea "TITU MAIORESCU" - Facultatea de Drept.
[**] Asistent universitar drd., Universitatea "TITU MAIORESCU" - Facultatea de Drept.

[1] Legea 202/2010 privind unele măsuri pentru accelerarea soluţionării proceselor. Mica reforma a Justiţiei, publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 714 din 26 octombrie 2010.

[2] G. Boroi, O. Spineanu-Matei, A. Constanda, C. Negrilă, V. Dănăilă, D.N. Theohari, G. Răducan, D.M. Gavris, F.G. Păncescu, M. Eftimie, *Noul Cod de Procedură Civilă, Comentariu pe articole*, Vol. I, art. 1-526, Ed. Hamangiu, 2013, p. 338

părţile nu o pot înlătura, pentru celelalte cazuri, competenţa fiind reglementată de norme de ordine privată.

Încă de la modificarea adusă Codului de Procedură Civilă prin Legea 202/2010, legiuitorul a regândit regimul normelor de ordine publică din perspectiva modalităţii de invocare a excepţiei de necompetenţă de ordine publică. Astfel, atât în vechea cât şi în actuala reglementare, necompetenţa generală a instanţei constituie singurul caz în care excepţia poate fi invocată de oricare dintre părţi, de instanţă din oficiu, în orice moment procesual, inclusiv direct, pentru prima dată în căile de atac. Deşi necompetenţa materială şi necompetenţa teritorială exclusivă sunt reglementate de norme de ordine publică, mijlocul procesual de invocare a acestora a dobândit o natură mixtă[1], în sensul că, pot fi invocate de părţi ori de către judecător la primul termen de judecată la care părţile sunt legal citate în faţa primei instanţe. Prin urmare, deşi de ordine publică, excepţia necompetenţei materiale şi excepţia necompetenţei teritoriale exclusive nu pot fi invocate decât într-un anumit termen, respectiv, în faţa primei instanţe la primul termen la care părţile sunt legal citate. Invocarea excepţiei de necompetenţă după acest moment, atrage ca sancţiune decăderea părţii din dreptul de a o mai invoca, instanţa iniţial investită continuând să judece pricina, deşi, din punct de vedere material sau teritorial exclusiv ar putea fi necompetentă. În acest context, dacă nu a fost invocată în termenul defipt de lege, necompetenţa materială sau teritorială exclusivă nu poate constitui motiv de desfiinţare a hotărârii în căile de atac. Desigur, dacă a fost invocată în termen legal în faţa primei instanţe însă aceasta a fost respinsă, excepţia de necompetenţă poate fi reiterată în căile de atac.

Din punct de vedere al momentului până la care poate fi invocată excepţia de necompetenţă materială sau teritorială exclusivă, acesta este al primului termen de judecată la care părţile sunt legal citate în faţa primei instanţe. Prin urmare, legiuitorul nu impune obligativitatea invocării acesteia prin întâmpinare de către pârât, acesta având posibilitatea de a o invoca chiar verbal în faţa instanţei la care primul termen la care părţile sunt legal citate. Totuşi, un element de noutate referitor la invocarea excepţiilor absolute este adus prin art. 247 alin. (3) NCPC, în raport de care *„părţile sunt obligate să invoce toate mijloacele de apărare şi toate excepţiile procesuale de îndată ce le sunt cunoscute, iar în caz contrar, ele vor răspunde pentru pagubele pricinuite părţii adverse, dispoziţiile art. 189-191 fiind aplicabile”,* ceea ce înseamnă că, deşi excepţiile de ordine publică pot fi ridicate pentru prima dată în faţa instanţei de recurs cu consecinţa admiterii acestora când sunt întemeiate, totuşi, partea care a cunoscut incidenta excepţiei într-un moment procesual anterior însă nu a invocat-o poate fi obligată la plata de despăgubiri către partea adversă dacă acesteia i-a fost cauzat un prejudiciu.

Din perspectiva persoanelor care pot invoca necompetenţa materială şi teritorială exclusivă, legea conferă această posibilitate atât instanţei din oficiu, procurorului, pentru situaţiile în care acesta participă, cât şi oricăreia dintre părţi. Având în vedere prevederile art. 130 alin. 4, în raport de care” *dacă necompetenţa nu este de ordine publică, partea care a făcut cererea la o instanţă necompetentă nu va putea cere declararea necompetenţei”,* apreciem că, pentru situaţiile în care competenţa este de ordine publică, aceasta poate fi invocată şi de către reclamant, deşi el este cel care a formulat cererea în faţa instanţei înaintea căreia invocă necompetenţa, spre deosebire de

[1] V.M. Ciobanu, T.C. Briciu, C.C. Dinu, *„Reforma sistmului judiciar. Modificările Codului de Procedură Civilă şi a legislaţiei conexe aduse prin Legea nr. 202/2010 privind unele masuri pentru accelerarea solutionarii proceselor”,* R.R.D.P. nr. 6/2010, p. 27

necompetenţa de ordine privată, pe care reclamantul nu o poate invoca, întrucât, acesta, prin sesizarea unei instanţe în detrimentul alteia, el a făcut o alegere de competenţă.

Totodată judecătorul are obligaţia ca, la primul termen de judecată la care părţile sunt legal citate în faţa primei instanţe, să verifice şi să stabilească dacă instanţa sesizată este competentă general, material şi teritorial să judece pricina. Desigur, în virtutea principiului contradictorialităţii instanţa va pune în discuţia părţilor acest aspect, concluziile acestora fiind consemnate în încheierea de şedinţă prin care instanţa se va pronunţa asupra competenţei sale. În mod expres dispoziţiile art. 131 alin. (1) stabilesc că, încheierea prin care instanţa se pronunţă asupra competenţei are caracter interlocutoriu, ceea ce înseamnă că, pe de o parte, aceasta leagă instanţa, nemaiputându-se reveni asupra măsurii dispuse, pe de altă parte, această încheiere nu poate fi atacată decât odată cu hotărârea dată pe fondul cauzei.

Din punct de vedere al soluţiilor pe care le poate pronunţa instanţa în faţa căreia se invocă excepţia de necompetenţă acestea pot consta în:

- Admiterea excepţiei de necompetenţă şi declinarea cauzei către instanţa competentă sau, dacă competenţa aparţine unui organ cu activitate jurisdicţională, trimiterea către acesta a dosarului în vederea soluţionării; pentru aceste ipoteze, hotărârea este definitivă, nefiind supusă niciunei căi de atac;
- Admiterea excepţiei de necompetenţă cu consecinţa respingerii cererii de chemare în judecată ca inadmisibilă, atunci când pricina este de competenţa unui organ fără activitate jurisdicţională sau nu este de competenţa instanţelor române; în acest caz, hotărârea de respingere ca inadmisibilă a cererii poate fi atacată cu recurs la instanţa ierarhic superioară; deşi legiuitorul nu prevede termenul pentru exercitarea căii de atac, apreciem că acesta nu poate fi decât termenul general de recurs de 30 de zile de la comunicarea hotărârii;
- Respingerea excepţiei de necompetenţă, caz în care instanţa va purcede la judecarea cauzei; încheierea prin care instanţa respinge excepţia are caracter interlocutoriu, aceasta putând fi atacată doar odată cu hotărârea dată pe fond.

Conflictul de competenţă[1]

Desemnează situaţia în care fie două sau mai multe instanţe se declară deopotrivă competente să judece acelaşi proces, caz în care există un conflict pozitiv de competenţă sau, dimpotrivă, două sau mai multe instanţe îşi declină reciproc competenţa de a judeca acelaşi proces, situaţie în care suntem în prezenţa unui conflict negativ de competenţă.

Instanţa competentă să soluţioneze conflictul de competenţă pe calea regulatorului de competenţă este instanţa superioară şi comună instanţelor aflate în conflict.

Un element de noutate îl constituie legiferarea expresă a conflictului de competenţă ce poate apărea în cadrul secţiilor specializate din cadrul aceleiaşi instanţe sau a completelor specializate. Astfel, dacă două secţii diferite din cadrul aceleiaşi instanţe îşi declină competenţa una în favoarea celeilalte sau dimpotrivă, ambele se consideră competente în soluţionarea cererii, conflictul se va soluţiona de către instanţa superioară celei aflate în

[1] Conform art. 133 NCPC, "*Există conflict de competenţă: 1. când două sau mai multe instanţe se declară deopotrivă competente să judece acelaşi proces; 2. când două sau mai multe instanţe şi-au declinat reciproc competenţa de a judeca acelaşi proces sau, în cazul declinărilor succesive, dacă ultima instanţă învestită îşi declină la rândul său competenţa în favoarea uneia dintre instanţele care anterior s-au declarat necompetente.*

conflict, secţia acesteia fiind stabilită prin raportare la specializarea secţiei în faţa căreia s-a ivit conflictul. Astfel dacă atât secţia civilă, cât şi secţia de contencios administrativ se declară necompetente, cea din urmă fiind cea în faţa căreia s-a ivit conflictul, acesta va fi soluţionat de Curtea de Apel – secţia contencios administrativ şi fiscal.

Singura instanţă cu care nu se poate intra în conflict de competenţă este Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie. Hotărârea de declinare a competenţei sau de stabilire a competenţei pronunţată de Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie fiind obligatorie pentru instanţa de trimitere. În ipoteza în care conflictul se iveşte între două secţii ale Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie, acesta urmează a fi soluţionat de Completul de 5 judecători.

Ca şi în vechea reglementare, în cazul declarării necompetenţei, dovezile administrate în faţa instanţei necompetente rămân câştigate judecăţii iar instanţa competentă învestită cu soluţionarea cauzei nu va dispune refacerea lor decât pentru motive temeinice.

Conflictul de competenţă nu poate apărea decât în faţa primei instanţe. Nu se poate ivi un conflict de competenţă în faţa instanţei de apel, prin raportare la prevederile art. 475 alin. 3 NCPC, potrivit cărora, *„apelurile principale, incidente şi provocate făcute împotriva aceleiaşi hotărâri vor fi repartizate la acelaşi complet de judecată; când apelurile au fost repartizate la complete diferite, ultimul complet învestit va dispune pe cale administrativă trimiterea apelului la completul cel dintâi învestit”*, şi nici în faţa instanţei de recurs pentru aceleaşi considerente.

Litispendenţa

Litispendenţa[1] reprezintă incidentul procedural care presupune formularea aceleiaşi cereri de chemare în judecată (deci identitate de părţi, obiect şi cauză), înaintea mai multor instanţe care sunt deopotrivă competente. Finalitatea acestei instituţii este aceea a existenţei unei singure judecaţi în scopul evitării pronunţării unor hotărâri contradictorii. Ori de câte ori aceeaşi parte este chemată în faţa instanţei de judecată prin cereri diferite dar cu identitate de părţi, obiect, cauză, are posibilitatea de a reuni cererile astfel formulate în cadrul aceluiaşi dosar prin invocarea excepţiei de litispendenţă. Aceasta poate fi invocată nu doar de partea interesată ci şi de instanţă din oficiu, oricând în faţa instanţelor de fond.

Pentru situaţia în care o cerere este în recurs iar altă în faţa primei instanţe sau a instanţei de apel, legiuitorul a introdus un caz de suspendare legală obligatorie a judecăţii, instanţa de fond fiind obligată să suspende cauza până la momentul pronunţării instanţei de recurs. Deşi această situaţie este prevăzută în cuprinsul art. 138 alin. 6 NCPC care reglementează litispendenţa, apreciem că acesta nu este un caz de

[1] Conform art. 138 NCPC *„(1) Nimeni nu poate fi chemat în judecată pentru aceeaşi cauză, acelaşi obiect şi de aceeaşi parte, înaintea mai multor instanţe competente sau chiar înaintea aceleiaşi instanţe, prin cereri distincte. (2) Excepţia litispendenţei poate fi invocată de părţi sau de instanţă din oficiu în orice stare a procesului în faţa instanţelor de fond. (3) Când instanţele sunt de acelaşi grad, excepţia se invocă înaintea instanţei sesizate ulterior. Dacă excepţia se admite, dosarul va fi trimis de îndată primei instanţe învestite. (4) Când instanţele sunt de grad diferit, excepţia se invocă înaintea instanţei de grad inferior. Dacă excepţia se admite, dosarul va fi trimis de îndată instanţei de fond mai înalte în grad. (5) Încheierea prin care s-a soluţionat excepţia poate fi atacată numai odată cu fondul. (6) Când unul dintre procese se judecă în recurs, iar celălalt înaintea instanţelor de fond, acestea din urmă sunt obligate să suspende judecata până la soluţionarea recursului. (7) Dispoziţiile alin. (2), (3) şi (5) se aplică în mod corespunzător şi atunci când procesele identice se află pe rolul aceleiaşi instanţe.”*

litispendenţa, ci un caz de suspendare legală obligatorie a judecăţii, litispendenţa neputând fi incidentă decât în faţa instanţelor de fond (primă instanţă şi apel). Finalitatea suspendării este firească având în vedere că, în cazul respingerii recursului, sau a admiterii recursului cu consecinţa casării hotărârii recurate şi rejudecării căii de atac de către instanţă de recurs, hotărârea definitivă va putea fi opusă prin intermediul excepţiei autorităţii de lucru judecat în faţa instanţei de fond. Dacă însă instanţa de recurs va admite recursul, va casa hotărârea şi va trimite cauza spre rejudecare instanţei de fond, atunci excepţia de litispendenţă devine incidentă. Încheierea prin care instanţa s-a pronunţat asupra excepţiei de litispendenţă, indiferent dacă aceasta a fost admisă sau respinsă, are caracter interlocutoriu, aceasta putând fi atacată doar cu hotărârea dată pe fondul cauzei.

Conexitatea

Conexitatea reprezintă un caz de prorogare legală de competenţă care are ca scop asigurarea unei bune judecăţi prin reunirea în cadrul aceluiaşi dosar a două sau mai multe cauze în care sunt aceleaşi părţi sau chiar împreună cu alte părţi şi al căror obiect şi cauză au între ele o strânsă legătură.

Prorogarea de competenţă, în cazul în care instanţa admite excepţia de conexitate, constă în aceea că, instanţa la care se face întrunirea cauzelor devine competentă şi în soluţionarea cererii conexe[1], cerere care, în absenţa conexităţii ar fi de competenţa unei alte instanţe. Totuşi, prin reunirea mai multor cereri în cadrul aceluiaşi dosar nu înseamnă că există vreo subsidiaritate între cereri, ci fiecare dintre acestea îşi păstrează individualitatea, finalitatea conexării constând în evitarea pronunţării unor hotărâri contradictorii, atunci când între obiectul şi cauza acestora există o strânsă legătură.

În noua reglementare, legiuitorul nu aduce acestui incident procedural modificări esenţiale, rezumându-se a reglementa expres faptul că *„este posibilă conexarea mai multor procese în primă instanţă”*, aspect care însă nu trebuie să conducă la concluzia că excepţia conexităţii nu ar putea fi incidentă în căile de atac atunci când vizează reunirea a două sau multe apeluri sau recursuri declarate împotriva aceleaşi hotărâri, ci menţiunea *„primă instanţă”* are ca scop determinarea fazei procesuale în care se poate admite judecarea împreună a cererilor aflate în strânsă legătură[2]. Cu alte cuvinte sintagma *„aceeaşi instanţă sau instanţe deosebite, dar de acelaşi grad”* din cuprinsul art. 164 alin. 1 din vechiul Cod de Procedură Civilă care determină pe rolul cărora instanţe trebuiau să se găsească dosarele pentru a putea opera conexitatea, a fost înlocuită în actuala reglementare cu cea de *„primă instanţă”,* sensul rămânând însă acelaşi, respectiv, de a nu se putea conexa decât acele cauze care se află pe rolul unor instanţe de acelaşi grad.

Ca şi în vechea reglementare, mijlocul procesual de invocare al conexităţii rămâne excepţia, iar din punct de vedere al persoanelor care o pot invoca, acestea pot fi părţile sau instanţa, din oficiu cel mai târziu la primul termen de judecată înaintea instanţei ulterior sesizate. Observăm că această excepţie are un caracter mixt, întrucât, deşi poate fi invocată de instanţă din oficiu (aspect ce o apropie de excepţiile absolute), totuşi ea nu poate fi invocată cel mai târziu la primul termen de judecată înaintea instanţei ulterior sesizate (aspect care constituie o caracteristică a excepţiilor relative). Instanţa se

---

[1] M. Tăbârcă, *Drept procesual civil – Vol. I – Teoria generală,* Ed. Universul Juridic, 2013, p. 712.

[2] G. Boroi, O. Spineanu-Matei, A. Constanda, C. Negrilă, V. Dănăilă, D.N. Theohari, G. Răducan, D.M. Gavris, F.G. Păncescu, M. Eftimie, *op. cit.*, p. 353.

va pronunţa asupra excepţiei printr-o încheiere interlocutorie care nu poate fi atacată decât odată cu hotărârea dată pe fond atât în caz de admitere cât şi în caz de respingere. Dacă instanţa admite excepţia de conexitate, regula este că dosarul va fi trimis instanţei mai întâi învestite. Desigur, această regulă consacră două excepţii, respectiv situaţia în care reclamantul şi pârâtul solicită trimiterea dosarului nu la prima instanţă investită, ci la una dintre celelalte instanţe şi situaţia în care una dintre cereri este de competenţa exclusivă a unei instanţe, ipoteză în care conexarea se va face la acea instanţă.

Strămutarea

Strămutarea este una dintre instituţiile care a fost reconfigurată în noua reglementare procesual civilă, unele dintre aspectele de noutate fiind binevenite, altele criticabile.

În primul rând dacă vechea reglementare[1] consacra trei temeiuri ale strămutării, respectiv, existenţa a două rude sau afini până la gradul al patrulea inclusiv ale uneia dintre părţi printre magistraţii sau asistenţii judiciari ai instanţei, bănuială legitimă şi siguranţă publică, actuala reglementare a eliminat primul motiv de strămutare, această cerere nemaiputând fi formulată decât pentru motive de bănuială legitimă şi siguranţă publică. Apreciem că, deşi legiuitorul a eliminat expres primul motiv de strămutare, partea interesată are posibilitatea, atunci când ia la cunoştinţă că una dintre părţi are două rude sau afini până la gradul al patrulea inclusiv ale uneia dintre părţi printre magistraţii sau asistenţii judiciari ai instanţei, să solicite strămutarea cauzei pe motiv de bănuială legitimă. Aceasta întrucât, potrivit art. 140 alin. 2 NCPC „*bănuiala se consideră legitimă în cazurile în care există îndoială cu privire la imparţialitatea judecătorilor din cauza circumstanţelor procesului, calităţii părţilor ori unor relaţii conflictuale locale*". Prin raportare la aceste dispoziţii, considerăm că nu există niciun impediment pentru partea interesată de a solicita şi de a i se admite cererea de strămutare, fiind evident faptul că imparţialitatea judecătorilor ar putea fi afectată prin existenţa a două rude sau afini până la gradul al patrulea inclusiv ale uneia dintre părţi printre magistraţii sau asistenţii judiciari ai instanţei care urmează a soluţiona pricina.

Din punct de vedere al instanţei competente, Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie nu mai are, ca în vechea reglementare,[2] plenitudinea de competenţă în a soluţiona cererile de strămutare întemeiate pe motive de bănuială legitimă. Astfel, în noua reglementare cererea de strămutare pentru acest motiv va fi soluţionată de curtea de apel, dacă instanţa de la care se cere strămutarea este o judecătorie sau un tribunal din circumscripţia acesteia, şi Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie dacă strămutarea se cere de la curtea de apel. Apreciem criticabilă această modificare, în considerarea faptului că instanţa care se pronunţă asupra strămutării, în cazul în care aceasta se solicită de la judecătorie sau tribunal, va fi soluţionată de curtea de apel din raza aceloraşi instanţe în care există

---

[1] Potrivit art. 37 alin. 1 din VCPC: *„Când una dintre părţi are două rude sau afini până la gradul al patrulea inclusiv printre magistraţii sau asistenţii judiciari ai instanţei, cealaltă parte poate să ceară strămutarea pricinii la o altă instanţă de acelaşi grad. (2) Strămutarea pricinii se mai poate cere pentru motive de bănuială legitimă sau de siguranţă publică. Bănuiala se socoteşte legitimă de câte ori se poate presupune că nepărtinirea judecătorilor ar putea fi ştirbită datorită împrejurării pricinii, calităţii părţilor ori vrăjmăşiilor locale. Constituie motive de siguranţă publică acele împrejurări care creează presupunerea că judecata procesului la instanţa competentă ar putea produce tulburarea ordinii publice*."

[2] Potrivit art. 39 alin. 2 din VCPC: *„Cererea de strămutare întemeiată pe motive de bănuială legitimă sau de siguranţă publică se depune la Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie."*

îndoială cu privire la imparţialitatea judecătorilor, context în care, subiectivismul instanţei de la care se solicită strămutarea ar putea avea ecou şi la instanţa superioară.

Strămutarea pe motiv de siguranţă publică, şi în noua reglementare, poate fi formulată doar de către procurorul general de la Parchetul de pe lângă Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie, competenţa în soluţionare aparţinând Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie.

Ca şi în Codul din 1865, instanţa sesizată cu cererea de strămutare poate dispune suspendarea judecării cauzei pe fond până la soluţionarea cererii de strămutare. Însă, spre deosebire de reglementarea anterioară, când preşedintele instanţei era cel care putea cere dosarul pricinii şi să ordone, fără citarea părţilor, suspendarea judecării pricinii, comunicând de urgenţă această măsură instanţei respective, în prezent, completul căruia i-a fost repartizată spre soluţionare cererea de strămutare, la solicitarea părţii interesate, poate dispune, suspendarea judecării procesului, cu darea unei cauţiuni în cuantum de 1.000 lei. De asemenea, pentru motive temeinice, suspendarea poate fi dispusă, tot la cererea părţii interesate şi sub condiţia plătii cauţiunii, fără citarea părţilor, chiar anterior primului termen de judecată. Încheierea prin care instanţa se pronunţă asupra suspendării urmează acelaşi regim juridic ca şi hotărârea dată asupra strămutării, în sensul că aceasta nu se motivează şi nu este supusă niciunei căi de atac. Totodată, măsura suspendării judecării procesului va fi comunicată de urgenţă instanţei de la care s-a cerut strămutarea.

Hotărârea prin care instanţa se pronunţă asupra strămutării nu se motivează şi este definitivă. Este de observat faptul că, în cuprinsul art. 144 alin. 2 NCPC legiuitorul nu mai preia *ad literam* dispoziţia din art. 40 alin. 1 VCPC, în sensul că, în prezent se prevede faptul că hotărârea este definitivă, în timp ce anterior hotărârea nu era supusă niciunei căi de atac. Apreciem că, deşi termenii au fost schimbaţi, finalitatea a rămas aceeaşi, în sensul că hotărârea prin care instanţa se pronunţă asupra strămutării nu este supusă niciunei căi de atac, fie ordinare, fie extraordinare. Nu suntem de acord cu opinia exprimată în doctrină[1], potrivit căreia hotărârea ar fi totuşi supusă căilor extraordinare de retractare, întrucât, pe de o parte, hotărârea nu se motivează, astfel încât hotărârea nu ar putea constitui suport al unei căi de retractare, pe de altă parte, dacă am admite că ar fi putea fi supusă revizuirii, obiectul acestei căi de atac ar trebui să îl constituie o hotărâre dată pe fondul cauzei şi nu o hotărâre care are ca obiect soluţionarea unui incident procesual şi prin care nu se antamează fondul cauzei.

Din punct de vedere al efectelor cererii de strămutare, dacă aceasta se admite, curtea de apel trimite cauza strămutată în vederea judecării unei alte instanţe de acelaşi grad din circumscripţia să, în timp ce Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie va strămuta judecarea cauzei la una dintre instanţele judecătoreşti de acelaşi grad aflate în circumscripţia oricăreia dintre curţile de apel învecinate cu curtea de apel în a cărei circumscripţie se află instanţa de la care se cere strămutarea.

Ca element de noutate, noul cod reglementează situaţia dosarului strămutat şi în căile de atac. Astfel, potrivit art. 145 alin. 3 NCPC, *„apelul său, recursul împotriva hotărârii date de instanţa la care s-a strămutat procesul sunt de competenţa instanţelor ierarhic superioare acesteia, iar în caz de admitere a apelului său recursului, trimiterea spre rejudecare, atunci când legea o prevede, se va face la o instanţă din circumscripţia celei care a soluţionat calea de atac”.*

[1] A.Constanda, în *Noul Cod de Procedură Civilă, op. cit.*, p. 359

Concluzii

Dacă în noua codificare procesual-civilă excepţia de necompetenţă nu aduce pe scena procesului civil modificări substanţiale, acestea operând prin intermediul Legii privind mica justiţie în anul 2010, nu acelaşi lucru putem susţine despre strămutare, instituţie care a fost reconfigurată atât prin prisma motivelor cât şi a instanţei competente în soluţionarea acesteia. Deşi la prima vedere strămutarea pare a aduce multe elemente de noutate, în realitatea, majoritatea textelor legale care o reglementează consacră cu titlu de dispoziţie legală soluţii jurisprudenţiale ale Codului din 1865. Incidente precum conexitatea, conflictele de competenţă, sau litispendenţa, preiau în linii mari dispoziţiile vechiului cod, fiind nuanţate însă anumite dispoziţii în vederea creării unei legături cu celelalte instituţii.

Modificări aduse de O.G. 13/2011 regimului juridic al dobânzii legale

Silvia ***CRISTEA****

1. Consideraţii introductive

Între soluţiile preluate din materia comercială de noul Cod Civil român se numără şi faptul că regula curgerii de plin drept a dobânzii pentru obligaţiile pecuniare se aplică în raporturile juridice ce decurg din exploatarea unei întreprinderi cu scop lucrativ, cu alte cuvinte, debitorul este de drept în întârziere (conform art. 1535 alin. 1 din n. C. civ.), iar creditorul are dreptul la dobânzi (conform art. 1535 alin. 1 din n. C. civ., coroborat cu art. 2 din O.G. 13/2011).

Datorită importanţei consecinţelor jurisprudenţiale ale acestor modificări aduse de n. C. civ., am considerat util să prezentăm o situaţie practică (secţiunea 2) şi abia apoi comentariul teoretic (secţiunea 3).

Faţă de simplitatea soluţiei aplicării unei dobânzi legale, într-un cuantum stabilit prin act normative, regretăm complexitatea dispoziţiilor legale ce impune coroborarea mai multor acte normative (n. C. civ., O.G., 13/2011, O.U.G. 47/2012, Legea 31/1990), motiv pentru care ne vom exprima opiniile într-o secţiune finală, intitulată concluzii, în care vom formula şi câteva delimitări noţionale.

2. Situaţie practică (Speţă). Neplata dividendelor. Temei juridic

O situaţie posibilă în practică[1] ar fi aceea în care o societate comercială cu capital integral de stat stabileşte, fapt probat prin înscrierea în procesul – verbal al şedinţei AGA din 3 februarie 2013, prin care s-a aprobat situaţia financiară anuală exerciţiului financiar încheiat pe anul 2012, ca termen de plată a dividendelor către acţionari termenul de 3 luni de la data hotărârii (adică data de 3 mai 2013). Nici actul constitutiv, nici hotărârea AGA nu conţin nicio dispoziţie privind sancţiunea aplicată în cazul întârzierii la plată a dividendelor. Ce despăgubire s-ar datora acţionarilor faţă de care obligaţia de plată a dividendelor n-ar fi îndeplinită la termen?

Răspunsul corect ar fi: începând cu data de 4 mai 2013 societatea comercială debitoare va datora, pe lângă suma reprezentând dividendele şi o dobândă legală penalizatoare, pe fiecare zi de întârziere, în cuantum de maxim 9,25% pe an sau 2,5% pe fiecare zi de întârziere + dobândă remuneratorie în cuantum de 5,25% an.

Temeiul juridic al acestei soluţii îl constituie:

a) dispoziţiile art. IV din O.U.G. 47/2012 pentru modificarea şi completarea unor acte normative şi reglementarea unor măsuri fiscal - bugetare[2], potrivit căruia se modifică art. 67 alin. 2 din Legea nr. 31/1990 privind societăţile comerciale[3], în urma modificării dividendele se plătesc cel mai târziu în termen de 6 luni de la data aprobării

---

* Conf. univ. dr., Departamentul Drept, ASE, Bucureşti, Cercetător asociat la Institutul de Cercetări Juridice al Academiei Române «Andrei Rădulescu».

[1] Situaţia este imaginară.

[2] Publicată în M. Of. nr. 635 din 6 septembrie 2012.

[3] Republicată în M. Of. nr. 1066 din 17 noiembrie 2011, cu modificările şi completările ulterioare.

situaţiei financiare anuale exerciţiului financiar încheiat; în caz contrar datorându-se dobânzi penalizatoare calculate conform art. 3 din O.G. 13/2011[1]. Aşadar termenul de 3 luni este un termen licit, încadrându-se în termenul maxim de 6 luni, prevăzut de lege.

b) art. 3 alin. 2 coroborat cu art. 3 alin. 1 din O.G. 13/2011 conform cărora rata dobânzii legale penalizatoare se stabileşte la nivelul ratei dobânzii de referinţă a B.N.R. plus patru puncte procentuale.

Cuantumul acesteia, conform Circularei B.N.R. 12/2012[2] este de 5,25% pe an + 4 puncte procentuale = 9,25% pe an.

3. Explicaţia teoretică a soluţiei propuse

Calificarea situaţiei practice prezentate anterior presupune analiza următoarelor aspecte: punerea în întârziere a debitorului (secţiunea 2.1), evaluarea pagubei produse creditorului şi opţiuni terminologice(secţiunea 2.2), definirea dobânzii, distincţia între dobânda legală remuneratorie şi cea penalizatoare cu aplicaţia specială în raporturile juridice ce decurg din exploatarea unei întreprinderi cu scop lucrativ şi anatocismul (secţiunea 2.3).

3.1. Punerea în întârziere a debitorului

Din perspectiva situaţiei practice prezentate în secţiunea 2 acest aspect ne interesează sub aspectul momentului din care se datorează dobânda legală. Într-o interpretare reducţionistă răspunsul la această întrebare se diferenţiază după cum avem de-a face cu raporturi juridice ce decurg din exploatarea unei întreprinderi cu scop lucrativ (caz în care scadenţa este data de la care se datorează dobânda, aplicând principiul dobânda curge de plin drept) şi cele ce nu decurg din exploatarea unei întreprinderi (pe care n. C. civ[6]. le separă în trei categorii corespunzătoare literelor a – c de mai jos).

Punerea în întârziere a debitorului poate fi făcută de creditor (fie prin notificare scrisă – a, fie prin cererea de chemare în judecată – b, potrivit art. 1522 n. C. civ.) sau poate opera de drept – c – (conform art. 1523 n. C. civ.).

a) Notificarea scrisă prin care creditorul îi solicită debitorului executarea obligaţiei are efectul punerii în întârziere a debitorului cu condiţia să i se acorde debitorului un termen de executare, a cărui întindere legiuitorul nu o precizează expres, dar indică două criterii care cumulativ trebuie avute în vedere în calculul acestuia: natura obligaţiei şi împrejurările în care se aplică. Notificarea se comunică debitorului prin executorul judecătoresc sau prin orice mijloc care să asigure dovada comunicării (de exemplu: scrisori, telegrame, fax).

b) Cererea de chemare în judecată a debitorului are valoarea unei puneri în întârziere a acestuia. Pentru a proteja interesele debitorului, legiuitorul n. C. civ. prevede că în ipoteza în care cererea de chemare în judecată s-a făcut fără ca anterior debitorul să fi

---

[1] Privind dobânda legală remuneratorie şi penalizatoare pentru obligaţii băneşti, precum şi pentru reglementarea unor măsuri financiar – fiscale în domeniul bancar, publicată în M. Of. nr. 607 din 29 august 2011 aprobată prin Legea nr. 43/2012 publicată în M. Of. nr. 183 din 21 martie 2012.

[2] Circulara 12/2012 este publicată în M. Of. nr. 213 din 30 martie 2012 şi este în vigoare, cu atât mai mult cu cât, prin hotărârea Consiliului de Administraţie al B.N.R. din data de 5 februarie 2013 rata de referinţă a B.N.R. s-a menţinut la 5,25% pe an. Hotărârea nu este opozabilă erga omnes, nefiind publicată în M. Of. al României.

[6] Noul Cod Civil român a fost republicat în M. Of. nr. 505 din 15 iulie 2011. Odată cu intrarea în vigoare a noului Cod Civil a fost abrogat şi Codul Comercial român, aşadar şi art. 43 ce conţinea regula prezentată mai sus. În prezenta lucrare vom folosi pentru noul Cod Civil prescurtarea n.C.civ.

fost pus în întârziere prin notificare, are dreptul să execute obligaţia într-un termen rezonabil, calculat de la data la care cererea i-a fost comunicată, caz în care cheltuielile de judecată cad în sarcina creditorului (considerându-se că prin executare datoria s-a stins, iar procesul nu-şi mai are rostul).

c) Debitorul este de drept în întârziere în următoarele cazuri:

- când prin contract s-a stipulat faptul că debitorul se află de drept în întârziere prin simpla împlinire a termenului stabilit pentru executare; această ipoteză preia soluţia consacrată de dreptul comercial în care, pentru a se asigura celeritatea tranzacţiilor şi securitatea creditorului, debitorul este de drept în întârziere de la data exigibilităţii creanţei, fără a fi necesară punerea în întârziere şi fără nicio altă formalitate prealabilă (încălcând astfel un principiu clasic al dreptului civil formulat în adagiul latin *dies non interpellat pro hominem* = termenul nu îl somează pe debitor).
- când obligaţia nu putea fi executată în mod util decât într-un anumit timp, pe care debitorul l-a lăsat să treacă, sau când nu a executat-o imediat, deşi exista urgenţă;
- prin fapta sa debitorul a făcut imposibilă executarea în natură a obligaţiei sau când a încălcat o obligaţie de a nu face; astfel debitorul s-a pus în întârziere făcând ceea ce se abţinuse să facă;
- debitorul şi-a manifestat în mod neîndoielnic faţă de creditor intenţia de a nu executa obligaţia sau când, fiind vorba de o obligaţie cu executare succesivă, refuză sau neglijează să îşi execute obligaţia în mod repetat;
- **nu a fost executată obligaţia de a plăti o sumă de bani, asumată în exerciţiul activităţii unei întreprinderi.**

Efectele punerii în întârziere sunt:

- obligaţia se naşte din săvârşirea unei fapte ilicite extracontractuale.

Efectele punerii în întârziere sunt:

- de la data punerii în întârziere se datorează daunele moratorii (potrivit principiului *qui în mora est culpa non vocat* = cine este în întârziere nu este legat de culpă);
- de la această dată, dacă debitorul refuză să execute obligaţii creditorul poate cere daune compensatorii;
- când obligaţia are ca obiect prestaţia de a da un bun individual determinat, riscul numai este suportat de debitorul obligaţiei de predare, ci de creditorul care nu a preluat bunul (conform art. 1274 n. C. civ.); dacă lucrul care nu a fost predat la timp a devenit inutil pentru creditor, acesta poate cere rezoluţiunea judiciară a contractului.[7]

3.2. Evaluarea pagubei produse creditorului. Opţiuni terminologice

Efectul principal al punerii în întârziere a debitorului este naşterea dreptului creditorului de a pretinde despăgubiri astfel încât să se asigure o reparare în întregime a prejudiciului cauzat prin neexecutare.

În drept, se foloseşte în mod tradiţional expresia de daună sau daune – interese, deşi într-o opinie (a se vedea I. Vlachide, op. cit., vol. II, p. 196) se consideră mai potrivit termenul de dezdăunare sau despăgubire, deoarece pentru creditor acesta este efectul: de a contracara paguba suportată; este vorba atât de cea suportată efectiv, cât şi de câştigul de care acesta a fost lipsit.

Pentru a diferenţia între diferitele categorii de daune şi modul lor de evaluare, fie că vorbim de daune moratorii, cominatorii, clauză penală şi dobânzi, cea mai potrivită cale este să distingem între evaluarea lor de către instanţă (sau evaluare judiciară), prin lege (evaluare legală) şi prin convenţia părţilor (evaluare convenţională).

3.2.1. Daunele cominatorii

Acestea nu reprezintă propriu-zis o formă de despăgubire, ci un mijloc de executare în natură a obligaţiei prin constrângerea debitorului la prestarea obiectului obligaţiei asumate; de aceea poate fi asociată cu materia executării silite a contractului, deoarece, când debitorul nu-şi execută obligaţia, chiar când creditorul apelează la executarea silită, legiuitorul oferă acestuia şi o altă posibilitate, aceea de a cere daune cominatorii.

Daunele cominatorii sunt sume de bani pe care debitorul este obligat să le plătească creditorului pentru fiecare zi de întârziere până la executarea obligaţiei. Instituţia daunelor cominatorii îşi are originea în dreptul pretorului roman de a emite formula prin care-l invită pe judecător să procedeze la o condamnare la dublul, triplul sau cvadruplu, faţă de valoarea lucrului datorat, pe debitorul care nu-şi execută obligaţia (de unde şi caracterul acestora de pedepse civile).

Trebuie menţionat că daunele cominatorii nu se aplică obligaţiilor care au ca obiect sume de bani (deoarece neexecutarea lor nu poate fi înlocuită prin echivalent, din moment ce ele trebuie executate tot în bani).

Regimul juridic al daunelor cominatorii necesită următoarele precizări, care constituie chiar cazuri în care acordarea lor nu se justifică:

- când executarea în natură nu mai este posibilă deoarece scopul pentru care au fost asumate obligaţiile nu mai poate fi atins;
- când este posibilă executarea obligaţiilor în natură pe cale silită, prin intermediul executorilor judecătoreşti sau de către creditor, pe contul debitorului;
- când refuzul debitorului de a executa este clar exprimat, astfel încât instanţa poate stabili direct despăgubirea cauzată de neexecutarea, executarea necorespunzătoare sau cu întârziere a obligaţiilor (a se vedea S. Angheni „Drept civil. Teoria generală a obligaţiilor”, Ed. Oscar Print, Bucureşti, 1995, p. 135).

3.2.2. Daunele moratorii

Daunele moratorii sunt despăgubiri băneşti care reprezintă echivalentul prejudiciului provocat creditorului prin întârzierea executării obligaţiei asumate prin contract, fără a fi necesară dovada vreunui prejudiciu suportat de către creditor.

Deoarece aceste daune acoperă doar paguba produsă prin simpla întârziere în executare, ele se pot cumula cu executarea în natură; iar în cazul în care nu mai e posibilă executarea în natură se pot cumula cu daunele compensatorii.

Deosebiri între daunele compensatorii şi cele moratorii:

- cele compensatorii nu pot fi cumulate cu executarea în natură a obligaţiei (pentru că tocmai pe aceasta o înlocuiesc), pe când cele moratorii pot;
- daunele compensatorii nu se aplică obligaţiilor pecuniare, pe când cele moratorii se aplică atât celor în natură cât şi celor băneşti;
- daunele compensatorii presupun intervenţia instanţei judecătoreşti, pe când cele moratorii pot fi fie convenţionale, fie judiciare.

Pentru acordarea daunelor moratorii este necesară îndeplinirea a două condiţii:

- fapta debitorului
- punerea în întârziere a acestuia (a se vedea secţiunea 12.5.3 de mai sus).

3.2.3 Evaluarea daunelor - interese

Evaluarea poate fi făcută de judecător (judiciară) sau de către părţi, printr-o clauză contractuală ce poartă denumirea de clauză penală (evaluare convenţională).

2.2.3.1. ***Evaluarea judiciară***

Principiile utilizate în evaluarea judecătorească, potrivit art. 1531 – 1536 Noul Cod civil sunt:

a) prejudiciul suportat de creditor, cauzat prin neexecutarea, executarea cu întârziere sau necorespunzătoare a obligaţiei de către debitor trebuie să acopere atât **pierderea efectiv suferită** (*damnum emergens*), cât şi **beneficiul nerealizat** (*lucrum cessans*).

De exemplu când obligaţia vânzătorului de a preda apartamentul cumpărătorului la o dată convenită în contract nu este respectată, creditorul (cumpărătorul) poate cere cheltuielile efectuate cu închirierea unui apartament mobilat, pentru care a plătit o chirie mai mare, deoarece a fost lipsit de folosinţa bunului cumpărat de la vânzător, dar nepredat (*damnum emergens*); dacă apartamentul ar fi fost predat şi cumpărătorul îşi permitea să închirieze una sau mai multe camere, costul acestor închirieri va reprezenta beneficiul nerealizat (*lucrum cessans)* şi va putea cere despăgubire şi pentru aceste pagube.

Faţă de Codul civil de la 1865, în noul Cod civil a fost introdusă o nouă instituţie şi anume, în cuantumul prejudiciului creditorul poate include şi cheltuielile pe care le-a efectuat pentru evitarea sau limitarea pagubelor, dar într-o limită rezonabilă (conform art. 1531 alin. 1). Aşadar instanţa va fi cea care trebuie să aprecieze caracterul rezonabil al acestor cheltuieli, adică dacă nu cumva depăşesc suma necesară acoperirii prejudiciului suportat de creditor şi atunci să respingă pretenţiile creditorului.

În situaţia analizată mai sus putem imagina că s-a încheiat de către cumpărător un contract de asigurare ce acoperă riscul neîndeplinirii obligaţiei de către vânzător. Cumpărătorul – creditor al obligaţiei neîndeplinite poate cere despăgubiri pentru că a încercat să-şi limiteze prejudiciul, dar instanţa va aprecia dacă valoarea primelor de asigurare plătite depăşeşte sau nu paguba suportată (sau dacă poliţa încasată de asiguratul – cumpărător constituie o despăgubire suficientă a acestuia).

b) al doilea principiu stabileşte că debitorul va fi obligat numai la repararea prejudiciului **previzibil** la momentul încheierii contractului.

Acest principiu admite o excepţie: când debitorul a lucrat cu rea – credinţă, intenţia sa fiind culpabilă cunoscând şi prevăzând paguba pe care ar cauza-o prin neîndeplinirea obligaţiei asumate (intenţia îmbracă forma dolului), potrivit art. 1533 Noul Cod civil, se repară atât prejudiciul previzibil, cât şi **cel imprevizibil**.

De exemplu un comerciant încheie un contract de transport cu un cărăuş şi acesta în loc să-l predea destinatarului îşi însuşeşte marfa. Prejudiciul previzibil este paguba suportată de comerciant prin faptul că nu mai poate încasa preţul mărfii transportate (pe care urma să o vândă), iar cel imprevizibil este dimensionat de "suferinţa" pe care o suportă vadul comercial, în sensul că din preţul pe care urma să-l încaseze comerciantul şi-ar fi plătit proprii creditori (a se vedea M. C. Raricescu "Curs elementar de drept civil. Drepturile reale. Obligaţiile", vol. II, Bucureşti, 1947, p. 584 – citat de I. Adam în op. cit., p. 699).

c) al treilea principiu vizează prejudiciul **direct** suportat de creditor (cu alte cuvinte acea pagubă ce se află în legătură cauzală cu faptul ce a generat neexecutarea contractului) nu şi prejudiciul indirect. Din interpretarea art. 1533 Noul Cod civil reiese că şi în ipoteza în care paguba este provocată în mod intenţionat sau se datorează culpei grave a debitorului, daunele – interese nu cuprind decât ceea ce este consecinţa directă şi necesară a neexecutării obligaţiei.

Un exemplu clasic în materie este cel propus de juristul Pothier în comentariile pe marginea codului civil francez şi anume: o persoană fizică cumpără animale bolnave de

la vânzător neştiind de boala acestora. Prejudiciul direct reprezintă faptul că animalele bolnave au contaminat celelalte animale ale cumpărătorului, iar moartea acestora trebuie despăgubită. Consecinţele indirecte ar fi acelea că, urmare a pierderii produse de moartea animalelor, cumpărătorul nu şi-a mai putut lucra pământul şi nu a mai obţinut câştigul pe care i l-ar fi asigurat vânzarea recoltei şi creditorii l-au urmărit pentru neplata datoriilor. (A se vedea P. Vlachide, op. cit., vol. II, p. 196).

2.2.3.2. *Evaluarea legală*

În dreptul civil, potrivit art. 1530 n.C.civ., oricine se obligă la efectuarea unei prestaţii este îndatorat să o îndeplinească, sub sancţiunea plăţii daunelor-interese.

Evaluarea **legală** este cea făcută de lege şi se referă la prejudiciul suportat de creditor în cazul obligaţiilor ce privesc o sumă de bani, care se pot executa întotdeauna în natură. În acest caz, debitorul datorează numai daune-interese pentru întârziere (moratorii), care se cumulează cu executarea obligaţiei. Dacă prestaţia constă într-o sumă de bani, daunele sunt prezumate şi, ca atare, nu mai trebuie dovedite de creditor, ele exprimându-se sub forma dobânzii aferente sumelor neachitate (conf. art. 1535 n.C.c). Dispoziţiile art. 1535 nu sunt aplicabile niciobligaţiilor de a da (care au ca obiect alte lucruri decât sume de bani) sau de a face, nici obligaţiilor născute din delicte sau cvasidelicte.

Din art. 1535 se desprind următoarele reguli:

- creditorul nu trebuie să facă dovada că prin întârziere i s-a cauzat un prejudiciu; fiind lipsit de folosinţa banilor valoarea prejudiciului este egală cu cuantumul dobânzii legale datorate pe perioada de întârziere;
- creditorul nu poate pretinde ca echivalent al prejudiciului decât dobânda prevăzută de lege, nicio altă despăgubire nu poate fi cumulată cu dobânda legală în cazul întârzierii;
- daunele-interese sunt datorate, de regulă de la data chemării în judecată, simpla notificare prin executor judecătoresc nefiind suficientă (*dies interpellat pro hominem*); ca excepţie dobânda curge de plin drept în materia contractului de mandat (conf. art. 2025 n.C.c);
- daunele –interese reglementate de art. 1535 sunt daune moratorii (menite a sancţiona îndeplinirea cu întârziere a obligaţiilor pecuniare);
- plata anticipată a dobânzii remuneratorii se poate efectua pe cel mult 6 luni, dobânda astfel încasată nu mai poate fi restituită (conf. art. 7 din OG 13/2011)

2.2.3.3 *Evaluarea convenţională. Clauza penală. Definiţie*

Potrivit art. 1538 din noul Cod civil „clauza penală este aceea prin care părţile stipulează că debitorul se obligă la o anumită prestaţie în cazul neexecutării obligaţiei principale”.

În temeiul cauzei penale, părţile contractante au posibilitatea ca, în cuprinsul contractului, sau printr-o convenţie separată, ulterioară momentului încheierii contractului, dar înainte de producerea prejudiciului, să determine cuantumul daunelor-interese datorate de debitor ca urmare a neîndeplinirii obligaţiilor contractuale. Se evită astfel un litigiu ulterior care ar avea ca obiect stabilirea întinderii despăgubirii debitorului pentru prejudiciul cauzat prin neexecutare.

Obiectul clauzei îl constituie o sumă de bani sau o altă prestaţie, numită penalitate.

Utilitatea clauzei mai rezultă şi din faptul că părţile sunt scutite de probatoriul cu privire la prejudiciul cauzat şi întinderea despăgubirii.

În fine, clauza penală mai este utilă şi pentru că dacă penalitatea este mai mică decât prejudiciul suportat de creditor, debitorul îşi diminuează întinderea răspunderii.

În concluzie, clauza penală este o convenţie dintre părţile contractante, accesorie obligaţiei principale, prin care debitorul se obligă la o anumită prestaţie, în cazul neexecutării obligaţiei principale, executării acesteia în mod necorespunzător, sau cu întârziere, pentru repararea faptei sale culpabile (a se vedea S. Angheni „Drept civil - teoria generală a obligaţiilor", Ed. Oscar Print, 1995, p.151-152).

3.3. Dobânda: definiţie, forme, cuantum. Anatocismul.

Potrivit art. 1 alin. 5 din O.G. 13/2011 prin dobândă se înţelege nu numai sumele socotite în bani cu acest titlu, ci şi alte prestaţii, sub orice titlu sau denumire, la care debitorul se obligă drept echivalent al folosinţei capitalului[1].

Potrivit art. 1 alin. 2 şi 3 din acelaşi articol 1 al Ordonanţei de Guvern nr. 13/2011, se poate percepe atât o dobândă remuneratorie (care este dobânda datorată de debitorul obligaţiei de a da o sumă de bani la un anumit termen, calculată pentru **perioada anterioară împlinirii scadenţei** obligaţiei) cât şi o dobândă penalizatoare (care este dobânda datorată pentru **neîndeplinirea obligaţiei respective la scadenţă**). Aşadar există două forme ale dobânzii, una se aplică înainte, cealaltă după împlinirea scadenţei.

Două sunt aspectele asupra cărora atragem atenţia:

- prima porneşte de la întrebarea privind aplicabilitatea celor două forme de dobândă;

- cea de-a doua priveşte întrebarea: se aplică ele chiar în lipsa oricărei precizări privind dobânda: adică în tăcerea părţilor se prezumă aplicarea celor două forme?

La prima întrebare legiuitorul ne formulează un răspuns limpede: conform art. 1 alin. 1 din Ordonanţa de Guvern nr. 13/2011 cele două forme de dobândă se aplică atât contractului de împrumut bănesc, cât şi pentru întârzierea la plata unei obligaţii băneşti (indiferent de modul în care operează punerea în întârziere, aşa cum precizam în secţiunea 3.1. de mai sus). Observăm că legiuitorul nostu în 2011 este mult mai deschis decât în cazul codului fiscal, când, conform art. 7 alin. 1 nr. 13 dobânda era definită cu aplicabilitate restrânsă, în mod expres la: contractul de depozit, contractul de leasing financiar, vânzarea cu plata în rate sau orice vânzare cu plata amânată.

Considerăm extinderea aplicării celor două forme de dobândă corespunzătoare caracterului acesteia de fruct civil datorat ca echivalent al folosinţei banilor: atâta timp cât creditorul este lipsit de folosinţa banilor, el trebuie despăgubit.

La cea de-a doua întrebare răspunsul este: când nu există nicio clauză contractuală privind cuantumul dobânzii; dar numai în ipoteza în care, potrivit dispoziţiilor legale sau prevederilor contractual, obligaţia este purtătoare de dobânzi remuneratorii şi/sau penalizatoare, după caz (conform art. 2 din Ordonanţa de Guvern nr. 13/2011). Aşadar, aplicarea regulilor dobânzii legale (indiferent de formă) este posibilă doar când există dispoziţii exprese în legătură cu practicarea unei dobânzi, chiar în ipoteza unor raporturi juridice ce nu decurg din exploatarea unei întreprinderi cu scop lucrativ.

În ceea ce priveşte cazurile de aplicare, legiuitorul instituie reguli diferite în ceea ce priveşte cuantumul dobânzii. Astfel, conform art. 3 alin. 1 din Ordonanţa de Guvern nr. 13/2011 rata dobânzii legale remuneratorii se stabileşte la nivelul dobânzii de referinţă a B.N.R. (care, conform Circularei 12/2012 a B.N.R. este în prezent de 5,25%

---

[7] Pentru compararea acestei definiţii cu cea propusă de art. 7 din Codul fiscal român, a se vedea S. Cristea „Cumulul dobânzilor cu penalităţile de întârziere" în R.D.C. nr. 6/2004, p. 86-88.

pe an = 2,5% pe zi), iar rata dobânzii penalizatoare se stabileşte la nivelul ratei dobânzii de referinţă plus 4 puncte procentuale, adică 5,25% + 4% = 9,25% pe an, adică 1,4% pe zi (conform art. 3 alin. 2 din Ordonanţa de Guvern nr. 13/2011, coroborat cu Circulara 12/2012 a B.N.R.).

Conform art. 3 alin. 4 din Ordonanţa de Guvern nr. 13/2011, în raporturile ce nu decurg din exploatarea unei întreprinderi cu scop lucrativ, rata dobânzii legale se stabileşte prin diminuarea cuantumului cu 20% fie că este vorba de cea remuneratorie sau cea penalizatoare[81].

Per a contrario, în raporturile juridice ce nu decurg din exploatarea unei întreprinderi în scop lucrativ atât cuantumul dobânzii remuneratorii cât şi cel al dobânzii penalizatoare se situează la nivelul dobânzii legale.

În ceea ce priveşte rata dobânzii contractuale (convenţionale), în raporturile juridice ce nu decurg din exploatarea unei întreprinderi cu scop lucrativ, conform art. 5 alin. 1 din Ordonanţa de Guvern nr. 13/2011, aceasta nu poate depăşi dobânda legală cu mai mult de 50% pe an. Orice clauză contractuală ce depăşeşte această limită este nulă de drept, creditorul fiind decăzut şi din dreptul de a mai pretinde dobânda legală (conform art. 5 alin. 2 din Ordonanţa de Guvern nr. 13/2011); pentru a stabili caracterul legal sau ilegal al dobânzii convenţionale se va porni de la nivelul dobânzii legale în vigoare la data formulării clauzei contractuale (conform art. 5 alin. 3 din Ordonanţa de Guvern nr. 13/2011).

În ceea ce priveşte raporturile juridice de drept internaţional privat, când legea română este aplicabilă contractului, dobânda legală este de 6% pe an (conform art. 4 din Ordonanţa de Guvern nr. 13/2011).

Per a contrario, când raporturile juridice decurg din exploatarea unei întreprinderi cu caracter lucrativ, dobânda convenţională este liberă, neexistând nicio îngrădire legală.

Anatocismul – sau „dobânda la dobândă" – este acea înţelegere prin care părţile contractante convin ca dobânda să se capitalizeze, adică să se adauge la suma datorată şi să se calculeze din nou dobânda[2].

Potrivit Ordonanţei de Guvern nr. 13/2011, de la regula că dobânda se poate calcula numai asupra cuantumului sumei împrumutate, este admis ca excepţie, anatocismul numai dacă sunt îndeplinite cumulativ următoarele două condiţii (conform art. 8 alin. 1 şi 2):

- convenţia privind „dobânda la dobândă" să aibă aplicare numai după data scadenţei;
- şi capitalizarea este posibilă numai pentru dobânzi datorate pe cel puţin un an[3].

Aceste dispoziţii se aplică dobânzii penalizatoare, deşi conform art. 8 alin. 3 din Ordonanţa de Guvern nr. 13/2011 şi dobânzile remuneratorii se pot capitaliza şi produce dobânzi, dar numai sunt prevăzute condiţiile limitative de mai înainte.

---

[8] Nivelul ratei dobânzii de referinţă a B.N.R., ca rată a dobânzii de politică monetară stabilită prin hotărâre a Consiliului de administraţie al B.N.R. se va publica în Monitorul oficial al României ori de câte ori nivelul dobânzii de politică monetară se va modifica (conform art. 3 alin. 1 coroborat cu art. 3 alin. 4 din Ordonanţa de Guvern nr. 13/2011). Aceste rate nu se aplică dobânzilor percepute sau plătite de B.N.R., de instituţii de credit, de instituţiile financiare nebancare şi de Ministerul Finanţelor Publice, care se supun unor dispoziţii legale speciale, conform art. 9 din Ordonanţa de Guvern nr. 13/2011.

[2] În ceea ce priveşte istoricul aplicării regulii anatocismului în România a se vedea S. Cristea „Dreptul afacerilor" – ediţia a III-a, revizuită şi adăugită, Ed. Universitară, Bucureşti, 2012, p. 338.

[3] Pentru posibilitatea stipulării unei clauze de indexare dobândă fixă şi variabilă în raport cu teoria impreviziunii; conform art. 1271 n. C. civ., a se vedea R. Postolache „Drept bancar", Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2012, p. 275 – 276.

În ceea ce priveşte diferenţele de regim juridic dintre cele două forme de dobânzi legale, o atenţie specială trebuie acordată dispoziţiilor art. 1535 şi 1538 – 1543 din n. C. civ. care sunt aplicabile numai dobânzii penalizatoare (conform art. 10 din Ordonanţa de Guvern nr. 13/2011). Deoarece dispoziţiile art. 1538 – 1543 din n. C. civ. privesc clauza penală[1] şi arvuna, exced sferei noastre de cuprindere nu le vom supune analizei.

Art. 1535 n. C. civ. instituie următoarele reguli privind obligaţiile băneşti şi daunele – moratorii (dobânzi penalizatoare)[2]:

a) creditorul nu trebuie să facă dovada existenţei şi întinderii prejudiciului cauzat de întârzierea în executarea obligaţiei;

b) daunele – moratorii sunt datorate, în principiu, din ziua scadenţei obligaţiei de plată (punerea în întârziere funcţionează după regulile analizate în secţiunea 2 a prezentei lucrări);

c) în principiu, cuantumul daunelor – interese moratorii este fix (când e vorba de aplicarea legii se aplică dispoziţiile Ordonanţei de Guvern nr. 13/2011, iar în celelalte cazuri e vorba de rata stabilită în mod convenţional). Potrivit art. 1535 alin. 2 din n. C. civ. debitorul nu poate dovedi că prejudiciul suferit de creditor este mai mic decât dobânda legală sau faţă de rata convenţional stabilită. De la această regulă n. C. civ. admite două excepţii:

- când părţile contractante au stabilit o dobândă remuneratorie, şi nu au prevăzut o clauză privind dobânda penalizatoare, iar cuantumul dobânzii legale penalizatoare, aplicabilă în tăcerea părţilor, este mai mic, atunci aceeaşi rată valabilă pentru dobânda remuneratorie se va aplica şi după scadenţă[3] (conform art. 1535 alin. 2).

- când dobânda penalizatoare convenţională (daunele interese moratorii contractuale) este mai mică decât dobânda legală penalizatoare, conform art. 1535 alin. 3, creditorul are dreptul atât la obţinerea cuantumului dobânzii legale, cât şi la daune – interese suplimentare pentru recuperarea integrală a prejudiciului suportat.

Concluzii

Faţă de importanţa regimului juridic aplicat dobânzii legale (demonstrată şi de numărul mare de soluţii jurisprudenţiale în materie) considerăm necesare următoarele observaţii:

- determinarea ratei aplicabile obligă la un regim probatoriu special: dobânda trebuie să fie redactată prin act scris; lipsa înscrisului conduce la aplicarea dobânzii legale (conform art. 6 din Ordonanţa de Guvern nr. 13/2011);

- în raport cu legislaţia anterioară (atât codul civil de la 1864, dar şi Ordonanţa de Guvern nr. 9/2000, abrogată prin intrarea în vigoare a Ordonanţei de Guvern nr. 13/2011) care cuprindea referiri numai la daune – moratorii (dobândă penalizatoare) noua reglementare (e vorba de Ordonanţa de Guvern nr. 13/2011) cuprinde dispoziţii exprese privind dobânda practicată şi anterior scadenţei, pe care o numeşte remu-

---

[1] A se vedea S. Angheni „Reductibilitatea clauzei penale. Rezerve legislative, doctrinare şi jurisprudenţiale" în Volumul editat de Institutul de Cercetări Juridice „Justiţie, stat de drept şi cultură juridică", 13 mai 2011, Ed. Universul Juridic, p. 565 – 574.

[2] A se vedea B. Oglindă „Dreptul afacerilor – teoria generală, contractul", Ed. Universul Juridic, 2012, p. 480.

[3] A se vedea M. Dumitru „Regimul juridic al dobânzii moratorii", Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2010, p. 346 – 347.

neratorie după caracterul remuneratoriu al dobânzii[1], faţă de caracterul de sancţiune ce explică denumirea de dobândă penalizatoare (ce pedepseşte întârzierea executării obligaţiei);

- când regimul juridic al raportului juridic are caracter mixt (una din părţi are caracter de întreprindere cu scop lucrativ, cealaltă parte nu, ca în ipoteza analizată la secţiunea 2 a prezentei lucrări) modul de soluţionare corespunde situaţiei faptelor mixte de comerţ reglementate de Codul comercial român abrogat odată cu intrarea în vigoare a n. C. civ., rezolvarea corectă obligă la aplicarea regulilor raporturilor juridice ce decurg din exploatarea unei întreprinderi cu scop lucrativ[2].

În ceea ce priveşte analiza situaţiei practice prezentate considerăm că se impune o concluzie privind oportunitatea inserării unei clauze care să precizeze atât cuantumul dobânzii remuneratorii cât şi a celei penalizatoare. Aceasta deoarece în concret, celelalte soluţii ar putea fi:

- fie, în tăcerea părţilor contractante, nu se aplică nicio dobândă, neexistând voinţă în acest sens;
- fie există clauză privind fie dobânda remuneratorie, fie cea penalizatoare, fie amândouă, dar nu se precizează rata aplicabilă şi atunci se aplică, pentru situaţia ce exprimă voinţa părţilor, cuantumul dobânzii legale;
- fie există clauză contractuală privind rata dobânzii remuneratorii, fie pentru rata dobânzii penalizatoare, caz în care pentru cea a cărui cuantum nu e precizat se aplică dobânda legală.

Toate aceste variante impun o reevaluare, un nou calcul, şi deci o pierdere de timp; de aceea este de dorit ca avocatul ce consiliază părţile să le atragă atenţia asupra importanţei stipulării anticipate atât a fiecărei forme de dobândă, dar şi a cuantumului acestora, respectând limitele legale[3] prevăzute de Ordonanţa de Guvern nr. 13/2011.

---

[1] Despre caracterele dobânzii a se vedea S. Cristea „Cumulul dobânzii cu penalităţile de întârziere", în R.D.C. nr. 6/2004, p. 88.

[2] Pentru o opinie similară, dar întemeiată pe aplicarea art. 56 C. com. (abrogat prin intrarea în vigoare a n. C. civ.) a se vedea M. Dumitru „Regimul juridic al dobânzii legale", Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2008, p. 74 – 78.

[3] Sigur este de dorit ca practicianul jurist să consulte toate actele normative în vigoare la momentul încheierii contractului ce conţine obligaţii băneşti, pentru că, aşa cum arătam în secţiunile anterioare ale articolului, aplicarea dispoziţiilor legale presupune un proces complex de analiză.

Regimurile matrimoniale de tip separatist

Antigona-Camelia ***IORDANA***[*]

Abstract: *Noul Cod civil român a modificat substanţial viziunea privind regimul matrimonial al soţilor, introducând posibilitatea acestora de a adopta un regim matrimonial adaptat situaţiei lor patrimoniale. Viitorii soţi sau soţii au posibilitatea să aleagă între două sisteme de organizare familială total diferite: fie un sistem al separaţiei de bunuri, fie unul de comunitate. Ambele sisteme prezintă avantaje şi dezavantaje, dar numai soţii pot decide formula care li se pare cea mai indicată.*

Cuvinte cheie: *regim matrimonial, regimul de separaţie a bunurilor - pur şi simplu, separaţia de bunuri cu o societate de achiziţii, separaţia de bunuri cu participare la achiziţii.*

A. Consideraţii generale

Căsătoria produce mai multe efecte patrimoniale asupra persoanei decât orice altă relaţie familială.

În ţările europene, dar şi în România după intrarea în vigoare a noului Cod civil, în lipsa unui contract încheiat înainte de căsătorie, soţii sunt supuşi regimului legal prevăzut de legislaţia fiecărui stat. Posibilitatea încheierii unui contract oferă soţilor şansa de a adopta un regim matrimonial adaptat situaţiei lor patrimoniale. Tot astfel, obiectivele şi patrimoniile soţilor evoluează în timp, de aceea este oportună adaptarea sau modificarea regimului ales iniţial.

Viitorii soţi sau soţii au posibilitatea să aleagă între două sisteme de organizare familială total diferite: fie un sistem al separaţiei de bunuri, fie unul de comunitate. Ambele sisteme prezintă avantaje şi dezavantaje, dar numai soţii pot decide formula care li se pare cea mai indicată.

La polul opus regimurilor matrimoniale de tip comunitar, regimurile matrimoniale de tip separatist tind să realizeze o delimitare a intereselor soţilor, oferindu-le acestora diferite grade de independenţă patrimonială.

I. Regimul de separaţie a bunurilor - pur şi simplu

Regimul separaţiei de bunuri – pur și simplu este, comparativ cu alte regimuri matrimoniale, cel mai separatist, mai individualist, cel care oferă cea mai mare independenţă patrimonială soţilor, tinzând să realizeze cea mai completă disociere a intereselor acestora[1].

Totodată, acest regim „este cel mai simplu dintre regimurile matrimoniale”[2]. Regimul separaţiei are, ce e drept, un serios inconvenient, acela de a nu stabili nicio comunitate de interese între soţi, ceea ce pare în contradicţie cu scopul ideal şi moral al căsătoriei[3].

---

[*] Conf.univ.dr., Universitatea Titu Maiorescu, Facultatea de Drept.

[1] H. Deschenaux, P.-H. Steinauer, *Le nouveau droit matrimonial*, Berna, 1987, p. 520.

[2] C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, *Tratat de drept civil român*, vol. III, Ed. ALL, Bucureşti, 1998, p. 37.

[3] Ibidem.

Însă a existat şi opinia, pe care o îmbrăţişăm, conform căreia „acest regim este singurul în armonie cu adevărata natură a căsătoriei, care constă nu în strivirea unei individualităţi juridiceşte egală. Acest respect reciproc este cea mai bună garanţie faţă de ceea ce se numeşte unirea sufletelor”[1].

Indiferent de opiniile *pro* sau *contra* legate de acest tip de regim matrimonial, reintroducerea în legislaţia familiei din România a posibilităţii de a opta pentru acest regim, ni se pare oportună[2].

Regimul separaţiei de bunuri - pur şi simplu reprezintă regimul matrimonial legal în Grecia (sub rezerva unui drept, dar nu automat, de partajare a achiziţiilor la disoluţia regimului), în Austria (sub rezerva partajului, la disoluţia regimului, a bunurilor de folosinţă a celor doi soţi şi a economiilor celor doi), în Anglia, Scoţia, Irlanda, Portugalia (pentru situaţii anume determinate de lege) şi Letonia.

Acest tip de regim matrimonial se bazează pe o triplă separaţie: ***separaţia de patrimonii a soţilor, separaţie în privinţa datoriilor acestora şi separaţie în gestionarea bunurilor fiecăruia dintre soţi.***

a. În acest tip de regim matrimonial se disting două categorii de bunuri – bunurile soţiei şi bunurile soţului, indiferent de data dobândirii acestor bunuri (înainte sau în timpul căsătoriei) şi indiferent de modul lor de dobândire (vânzare-cumpărare, donaţie, succesiune, etc.).

Astfel, spre deosebire de regimurile de tip comunitar, fiecare soţ este proprietar exclusiv al veniturilor rezultate din muncă. Tot astfel, dacă unul dintre soţi achiziţionează în nume propriu un bun mobil sau imobil este prezumat proprietar al respectivului bun, indiferent de modul de finanţare, chiar şi în situaţia în care celălalt soţ şi-ar fi adus o contribuţie financiară. Cu toate acestea, soţul care a participat financiar la achiziţionarea unui bun propriu al celuilalt soţ, poate cere despăgubiri la lichidarea regimului matrimonial, dar dreptul de proprietate asupra bunului nu va fi pus în discuţie.

În ţările care au reglementat cu mult timp în urmă acest tip de regim matrimonial s-a observat că frecvent, soţii achiziţionează în comun bunuri mobile sau imobile – locuinţa conjugală, autoturismul, etc., dar în acest caz aceste bunuri sunt supuse regimului de drept comun al indiviziunii şi anume, fiecare dintre soţi este coproprietar al bunului în funcţie de cota-sa parte, în principiu, proporţional cu aportul său. Totodată, sumele depuse într-un cont bancar comun sunt prezumate că aparţin în mod egal ambilor soţi, chiar dacă acel cont este alimentat doar de unul dintre soţi.

În lipsa probelor, se poate întâmpla ca proprietatea exclusivă a unuia dintre soţi asupra unui bun, să nu poată fi dovedită. În acest caz, fiecare dintre soţi este prezumat proprietar indiviz asupra ½ din acel bun. De aici şi necesitatea de a conserva mijloacele de probă care să justifice originea fondurilor utilizate la achiziţionarea bunurilor.

Totodată, în contractul de căsătorie soţii pot stipula că anumite bunuri indiferent de originea sau finanţarea lor, aparţin exclusiv numai unuia dintre soţi sau din contră aparţin comunităţii.

De exemplu, dreptul englez nu cunoaşte noţiunea de regim matrimonial, căsătoria neproducând niciun efect asupra regimului bunurilor aparţinând soţilor[3]. Marile

---

[1] T. Huc, *Commentaire théoretique et practique du Cod civil*, vol. IX, 1892-1903, p. 477.

[2] De altfel, în dreptul român contemporan a existat opinia conform căreia „se impune reconsiderarea principiului libertăţii contractuale în domeniul regimurilor matrimoniale, ce ar trebui să se concretizeze în modificarea legislaţiei familiei în sensul de a permite reintroducerea convenţiilor matrimoniale”. O. Calmuski, M. Uliescu, *Le régime matrimonial en Roumanie. Evolution et perspectives* în Droit de la famille en Europe, p. 567.

[3] Les regimes matrimoniaux en Grande-Bretagne, p. 1, disponibil pe http://www.group.monossier.com/droit/din 4.01.2004.

principii care reglementează raporturile dintre soţi se găsesc în regulile referitoare la bunuri, succesiuni şi *„equity”*, de unde rezultă că separaţia de bunuri este regulă absolută. Fiecare soţ dispune de bunurile sale într-o libertate totală în ceea ce priveşte actele de administrare şi de dispoziţie. Contractele de căsătorie *„Pre-marital contracts”* sunt rare şi ele implică uneori un transfer de proprietate, purtând asupra unor bunuri certe, în profitul unuia dintre soţi sau al copiilor ce se vor naşte şi merg până la constituirea unui *„trust”* care poate să existe între soţi. Dar aceste bunuri nu pot fi considerate ca bunuri proprii ale unuia dintre soţi, ele profitând ambilor. Însă proprietatea bunurilor soţilor depinde de modul lor de administrare:

- Dacă administrarea este organizată conform *„joint tenancy”* proprietarii, adică soţii, deţin în părţi egale totalitatea fondului *„trust”*-ului. Bunurile *„trust”*-ate aparţin obligatoriu soţului supravieţuitor, şi aceasta, chiar în eventualitatea existenţei unui testament în favoarea unui terţ. De asemenea, dacă domiciliul familiei a fost finanţat de cei doi soţi, în proporţii inegale, în caz de vindere, preţul este partajat în mod egal.

- Dacă administrarea este organizată conform *„tenancy în common”* proprietarii deţin o fracţiune din bunuri, determinată convenţional. În caz de deces, bunurile *„trust”*-ate aparţinând defunctului sunt împărţite conform dispoziţiilor testamentare. Dar dacă domiciliul soţilor aparţine în proprietate soţului decedat, soţul supravieţuitor poate, prin ordonanţa judiciară *„Matrimonial Homes Act”*, să continue să locuiască acolo.

Regimul separaţiei de bunuri este reglementat în noul Cod civil român în Capitolul VI, Secţiunea a 3-a, art. 360-365, ca alternativă la regimul comunităţii. Regim matrimonial convenţional, acest tip de regim matrimonial poate fi adoptat de soţi prin încheierea unei convenţii matrimoniale, fie de la încheierea căsătoriei sau ulterior, prin schimbarea convenţională a regimului matrimonial în timpul căsătoriei (art. 369 din noul C.civ.). Separaţia de bunuri poate fi dispusă de către instanţa judecătorească, în baza art. 370 pct. (1) din noul C.civ. „atunci când celălalt soţ încheie acte care pun în pericol interesele patrimoniale ale familiei.”

Potrivit art. 360 pct. (1) din noul C.civ. român, *„Fiecare dintre soţi este proprietar exclusiv în privinţa bunurilor dobândite înainte de încheierea căsătoriei, precum şi a celor pe care le dobândeşte în nume propriu după această dată”.*

Astfel, orice bun dobândit de unul dintre soţi intră în patrimoniul propriu al respectivului soţ, neavând nicio relevanţă data dobândirii bunului - anterioară sau posterioară încheierii căsătoriei – şi/sau caracterul oneros sau gratuit al dobândirii bunului în cauză. Totodată conform art. 362 pct. (1) *„Bunurile dobândite împreună de soţi aparţin acestora în proprietate comună pe cote-părţi, în condiţiile legii.”*

În doctrină s-a afirmat că[1]: *“Deşi simple în aparenţă, principiul dominant fiind acela „fiecare pentru sine”*, regulile de fond în privinţa separaţiei patrimoniilor la nivelul activului se pot adesea complica”, în ipoteza în care unul dintre soţi ar dobândi un bun utilizând fonduri/bunuri aparţinând celuilalt soţ fără acordul acestuia din urmă, când s-ar pune problema determinării naturii juridice a bunului dobândit în asemenea condiţii.

În situaţia dobândirii unui bun în baza unui act juridic cu titlu gratuit, voinţa donatorului fiind aceea de a-i gratifica pe ambii soţi ne aflăm într-o starea de indiviziune „impusă” soţilor[2]. În această ipoteză devin aplicabile prevederile art. 362 pct. (1) din noul C.civ.

---

[1] M. Avram, L.M. Andrei, *Instituţia familiei în noul cod civil, Manual pentru uzul formatorilor SNG*, Bucureşti, 2010, p. 268.

[2] Idem, p. 269.

S-a afirmat şi că[1]: „pentru a preîntâmpina producerea unor confuzii în cadrul patrimoniilor lor, soţii sunt nevoiţi ca în permanenţă să ţină o evidenţă strictă a bunurilor achiziţionate şi a datoriilor contractate.” Astfel, conform prevederilor art. 361 din noul C.civ. la adoptarea acestui regim, notarul public întocmeşte un inventar al bunurilor mobile proprii, indiferent de modul lor de dobândire, putându-se întocmi un inventar şi pentru bunurile mobile dobândite în timpul funcţionării acestui regim matrimonial. În lipsa inventarului se prezumă, până la proba contrarie, că dreptul de proprietate exclusivă aparţine soţului posesor. În cazul unei posesii comune, în lipsa inventarului, se prezumă, până la proba contrară, existenţa coproprietăţii.

Dacă bunul a fost dobândit printr-un act juridic supus, potrivit legii, unei condiţii de formă pentru validitate ori unor cerinţe de publicitate, dreptul de proprietate exclusivă nu se poate dovedi decât prin înscrisul care îndeplineşte formele cerute de lege.

În concluzie, regula, în cadrul unui regim al separaţiei de bunuri, este aceea că bunurile mobile/imobile ale soţilor sunt proprii, iar excepţia o constituie doar bunurile dobândite de soţi împreună în timpul căsătoriei, care sunt bunuri aflate în coproprietatea acestora, fiind exclusă posibilitatea soţilor de a avea în proprietate bunuri comune în devălmăşie. Totodată, proprietatea asupra unui bun este determinată de titularul achiziţiei, iar nu de originea finanţării.

b. În privinţa datoriilor soţilor, fiecare soţ este singur responsabil de datoriile pe care le-a contractat în nume propriu şi de cele legate de bunurile proprii, indiferent dacă au fost contractate înainte sau în timpul căsătoriei. Cu toate acestea, indiferent de regimul matrimonial, chiar dacă soţii sunt căsătoriţi în regimul separaţiei, ei răspund în solidar pentru datoriile legate de întreţinerea gospodăriei şi educaţia copiilor.

Conform legislaţiei franceze, există solidaritate şi, de exemplu în legătură cu plata chiriei pentru locuinţa conjugală, contribuţiile sociale neachitate, etc., iar în materie fiscală soţii sunt deopotrivă solidari în ceea ce priveşte impozitul pe venituri, al impozitului pe avere[2], şi referitor la taxa de abitaţie[3]. Solidaritatea între soţi se poate naşte şi în cazul în care împreună contractează un împrumut, sau se garantează reciproc.

Conform prevederilor noului Cod civil român, independenţa patrimonială a soţilor se manifestă şi în privinţa datoriilor, în principiu neexistând decât datorii personale ale fiecărui soţ, cu excepţia datoriile izvorâte din cheltuielile căsătoriei. Astfel, potrivit dispoziţiilor art. 364 pct. (2) *„soţii răspund solidar pentru obligaţiile asumate de oricare dintre ei pentru acoperirea cheltuielilor obişnuite ale căsătoriei şi a celor legate de creşterea şi educarea copiilor”,* niciunul dintre soţi neputând fi ţinut de obligaţiile născute din actele săvârşite de celalalt soţ [art. 364 pct. (1)]. Aşadar, regimul separaţiei de bunuri nu îi scuteşte pe soţi de obligaţiile prevăzute ca făcând parte din aşa numitul „regim primar”. Astfel, în lipsa unei convenţii contrare, fiecare din soţi este ţinut să contribuie la cheltuielile căsătoriei proporţional cu mijloacele de care dispune. Este posibil ca unul din soţi să contracteze datorii pentru care se va angaja răspunderea solidară a ambilor soţi, cu excepţia situaţiilor în care soţul interesat face dovada caracterului inutil ori excesiv al cheltuielilor făcute de celălalt. Fără îndoială acest caracter

---

[1] Idem, p. 266-267.

[2] L'impôt sur la fortune en France et dans le Monde, disponibil pe http://www.irs-france.com/impot-sur-fortune.html din data de 20.03.2013.

[3] Taxă de abitaţie reprezintă un impozit care se aplică fiecărei persoane (proprietar/ chiriaş), care dispune de un bun imobiliar. Acesta este plătită de către persoana care locuieşte în imobil de la 1 ianuarie a anului fiscal. http://www.impots.gouv.fr/portal/dgi/public/particuliers.impot?espId=1&impot=TH&pageId=part_taxe_habitation&sfid=50.

solidar al obligaţiei reprezintă o formă de protecţie a terţilor de bună-credinţă care intră în relaţii patrimoniale cu unul dintre soţi.

În concluzie, datoriile care grevau patrimoniul fiecărui soţ în momentul încheierii căsătoriei, precum şi acelea asumate de el în timpul căsătoriei rămân personale ale soţului respectiv, (indiferent dacă sunt de natură contractuală sau delictuală) şi vor fi guvernate de dreptul comun al obligaţiilor. [1]

c. Administrarea patrimoniilor. Despre administrarea patrimoniilor noul Cod civil român nu aminteşte nimic. Legea franceză - ca de altfel toate celelalte legislaţii care prevăd regimul separaţiei de bunuri ca regim convenţional - mult mai riguroasă, prevede în art. 1536 C.civ. că dacă soţii au stipulat în contractul lor de căsătorie că se află căsătoriţi sub acest regim „*fiecare dintre ei conservă administrarea, folosinţa şi libera dispoziţie a bunurilor sale proprii"*. Consecinţa independenţei patrimoniale face ca fiecare soţ să conserve gestiunea, folosinţa şi libera dispoziţie asupra bunurilor proprii, fără să aibă nevoie de consimţământul celuilalt soţ. Însă acest principiu general suferă mai multe excepţii notabile:

- soţul, proprietar exclusiv al locuinţei conjugale nu poate dispune de aceasta fără consimţământul celuilalt soţ,
- fiecare soţ trebuie să contribuie la cheltuielile menajului, indiferent de valoarea bunurilor proprii,
- dacă unul dintre soţi se afla „în neputinţă de a-şi manifesta voinţa" (din cauza bolii, absenţei,etc.) celălalt soţ poate solicita instanţei autorizarea de a administra bunurile proprii ale consortului,
- dacă unul dintre soţi nu-şi îndeplineşte obligaţiile şi pune în pericol interesele familiei, celălalt poate solicita intervenţia judecătorului, putând obţine de exemplu un drept de control asupra gestiunii bunurilor proprii ale soţului "vinovat".

Singurele prevederi din legea română sunt cele referitoare la folosinţa de către un soţ a bunurilor celuilalt. Astfel, art. 363 pct. 1 prevede că soţul care se foloseşte de bunurile celuilalt soţ fără împotrivirea acestuia din urmă are obligaţiile unui uzufructuar, cu excepţia celor care se referă la inventarierea bunurilor, la constituirea garanţiei pentru îndeplinirea obligaţiilor uzufructuarului şi cele referitoare la numirea administratorului. Însă „*el va fi dator să restituie numai fructele existente la data solicitării lor de către celălalt soţ sau, după caz, la data încetării ori schimbării regimului matrimonial"* (art. 363 pct. 1 teza 2).

Codul civil francez, în art. 1540 alin. 3 reglementează cazul în care un soţ foloseşte bunurile celuilalt soţ fără acordul acestuia, sancţionând imixtiunea unuia dintre soţi în gestionarea bunurilor celuilalt, în dispreţul opoziţiei acestuia, făcându-l responsabil de toate urmările acestei ingerinţe, răspunderea lui, nelimitată, cuprinzând toate fructele pe care le-a perceput, a neglijat să le perceapă sau le-a consumat în mod fraudulos.

Conform normelor C.civ. român *„dacă unul dintre soţi încheie singur un act prin care dobândeşte un bun, folosindu-se, în tot sau în parte, de bunurile aparţinând celuilalt soţ, acesta din urmă poate alege, în proporţia bunurilor proprii folosite fără acordul său, între a reclama pentru sine proprietatea bunului achiziţionat şi a pretinde daune-interese de la soţul dobânditor. Proprietatea nu poate fi însă reclamată decât înainte ca soţul dobânditor să dispună de bunul dobândit, cu excepţia cazului în care*

[1] M. Avram, L.M. Andrei, *Instituţia familiei în noul cod civil, Manual pentru uzul formatorilor SNG*, Bucureşti, 2010, p. 269.

terţul dobânditor a cunoscut că bunul a fost achiziţionat de către soţul vânzător prin valorificarea bunurilor celuilalt soţ" (art. 363 pct.2).

i. noua reglementare utilizează în teza I expresia *„folosindu-se, în tot sau în parte de bunurile celuilalt soţ"* şi expresia *„valorificarea bunurilor celuilalt soţ"* în teza a II-a. De aici ar rezulta că soţul neproprietar a uzat numai de dreptul de folosinţă asupra bunurilor consortului, întrebuinţând aceste bunuri şi dobândind pentru sine un bun propriu. În această situaţie soţul posesor/proprietar al bunurilor folosite fără acordul său are la dispoziţie între a reclama pentru sine proprietatea bunului achiziţionat de consort, dacă de acest bun consortul său nu a dispus, sau poate pretinde daune-interese de la acesta din urmă.

ii. întrebuinţarea/valorificarea bunurilor de o anumită valoare economică a celuilalt soţ, poate conduce fie la dobândirea unui bun de o valoare semnificativ mai mare decât cea a bunurilor întrebuinţate, fie prin întrebuinţarea bunurilor - acestea îşi pierd din valoarea economică iniţială.

iii. considerăm că noua reglementare nu face aici referire la situaţia în care un soţ dispune (înstrăinează), fără acordul celuilalt soţ, bunurile aflate în patrimonial acestuia din urmă.

La încetarea regimului separaţiei de bunuri, fiecare dintre soţi are un drept de retenţie asupra bunurilor celuilalt până la acoperirea integrală a datoriilor pe care le au unul faţă de celălalt. Însă dreptul de retenţie prevăzut de cod, neexistând niciun titlu executor, va crea abuzuri, intervenţia instanţei fiind în cazul expus de art. 363 absolut necesară.

Recunoscând necesitatea autonomiei şi independenţei viitorilor soţi/soţilor şi din dorinţa de a asigura totuşi o solidaritate a cuplului - deja reglementată de regimul primar - unele legislaţii au optat pentru adoptarea unor regimuri matrimoniale secundare, de tip separatist, aşa-numite „mixte": a. ***Separaţia de bunuri cu o societate de achiziţii***, b. ***Separaţia de bunuri cu participare la achiziţii.***

II. Separaţia de bunuri cu o societate de achiziţii

Niciuna dintre ţările europene nu a reţinut acest tip de regim matrimonial ca regim legal aplicabil soţilor, existând doar sub forma sa convenţională.

a. În momentul încheierii contractului matrimonial, acest regim permite să se dea unor bunuri determinate, chiar unui singur bun determinat, un caracter de comunitate. Cel mai des, soţii fac să între în societatea de achiziţii, imobilul conjugal şi păstrează pentru restul bunurilor un regim separatist, sau introduc în comunitate bunurile imobile dobândite în timpul căsătoriei (salariile, autoturismul, reşedinţa secundară, etc.). Este important să se precizeze riguros în contractul de căsătorie ce intră şi ce nu intră în societatea de achiziţii, sub sancţiunea deschiderii caii contestaţiilor de tot felul, fie din partea soţilor, fie din partea terţilor creditori.

De exemplu, acest tip de regim permite viitorului soţ, proprietar al unui imobil dobândit sau deţinut înainte de căsătorie, să dispună ca acel imobil să profite şi viitorului său soţ, evitând alegerea unui regim de comunitate.

b. Întrucât acest tip de regim nu este organizat de lege, el aparţine voinţei soţilor care pot să prevadă tot, inclusiv regulile referitoare la gestiunea bunului sau bunurilor aflate în societate, sau de soarta societăţii la desfacerea căsătoriei.

În materia regimul separaţiei cu o societate de achiziţii există trei mase de bunuri: bunurile proprii ale fiecăruia dintre soţi şi masa societăţii de achiziţii. Sub rezerva respectării regulilor regimului primar, fiecare soţ administrează, în principiu, singur bunurile

sale şi dispune liber de acestea. Bunurile personale ale soţilor sunt administrate liber de fiecare dintre ei, însă regulile care guvernează administrarea achiziţiilor aduse în societate sunt mai greu de definit. În majoritatea cazurilor, practicienii îi sfătuiesc expres pe viitorii soţi să reglementeze această problemă, prin convenţia matrimonială.

Conform legislaţiei franceze bunurile societăţii sunt guvernate de regulile comunităţii legale şi anume gestiunea concurentă şi cogestiunea.[1]

Conform dreptului belgian soţii nu sunt ţinuţi solidar de datoriile contractate în contul societăţii de achiziţii, cu excepţia cazului în care creditorul a prevăzut ca soţii să se angajeze personal în mod egal. Dreptul creditorilor de a se îndrepta împotriva unuia dintre soţi este reglementat de dreptul comun: creditorii pot urmării bunurile societăţii de achiziţii înainte de desfacerea căsătoriei.[2]

c. În principiu, lichidarea regimului are loc la decesul unuia dintre soţi sau în caz de divorţ, lichidare care nu ar trebui să ridice probleme importante, câtă vreme se socoteşte că nu există bunuri comune. În practică însă pot apărea diverse probleme.

Partajarea bunurilor societăţii este supusă regimului comun al indiviziunii. Soţii au de exemplu posibilitatea să prevadă ca bunurile din societate să revină soţului supravieţuitor. Dar întrucât nu este vorba de bunuri comune, această decizie este asimilată de legea belgiană, cu o donaţie în favoarea soţului supravieţuitor, supusă dreptului succesoral şi care trebuie să respecte dispoziţiile referitoare la moştenitorii rezervatari.

În principiu regimul permite atribuirea surplusului, soţului căruia la disoluţia regimului i s-a atribuit, în totalitate, societatea de achiziţii (lucru care nu este posibil pentru bunurile aflate în indiviziune). Deşi este puţin întrebuinţat, acest regim are numeroşi partizani în doctrina franceză.

În acelaşi timp, acest regim convenţional nu trebuie confundat cu regimul legal spaniol, numit al „societăţii de achiziţii", regim care se apropie de un regim de comunitate a veniturilor şi achiziţiilor, din moment ce art. 1347 al Codului civil spaniol prevede că termenul „achiziţii" cuprinde bunurile profesionale, fructele bunurilor proprii şi ale achiziţiilor, bunurile achiziţionate cu titlu oneros sau pe cheltuiala patrimoniului comun, iar bunurile achiziţionate prin dreptul de înlocuire au caracter de achiziţii la fel ca şi întreprinderile fondate de soţi pe cheltuiala bunurilor comune.

III. Separaţia de bunuri cu participare la achiziţii

Regim legal în Germania şi Elveţia şi convenţional în ţări ca Franţa, Italia, Belgia el reprezintă un compromis atunci când unul dintre soţi are o profesie de risc iar celălalt nu lucrează sau are venituri mici[3].

Este, aşa cum s-a afirmat „un regim mixt, care oferă soţilor posibilitatea de a fi separaţi în privinţa bunurilor lor, dar asociaţi la beneficii, pentru a încerca să le concilieze gustul independenţei cu ataşamentul la comunitate, sub forma unui sistem contabil de participare diferită care să opereze în valoare, la desfiinţarea regimului[4].

S-a considerat că este normal ca soţul care sacrifică o parte a carierei sale profesionale sau care îşi întrerupe această carieră pentru îngrijirea copiilor să fie protejat. În

---

[1] *Séparation de biens avec société* d'*acquêts, disponibil pe* http://www.jureka.fr/famille/encyclopedie-du-droit/separation-de-biens-avec-societe-d%E2%80%99acquets.

[2] *Séparation de biens avec société* d'*acquêts,* http://www.notaire.be/se-marier-vivre-ensemble/le-mariage/les-autres-regimes-de-separation-de-biens/la-separation-de-biens-avec-societe-dacquets.

[3] Regimes matrimoniaux, p. 6 disponibil pe http://angie1979.free.fr/FAQ/Q-R/R.htm din 9.1.2004.

[4] Ge. Cornu, *Les regimes matrimoniaux*, PUF, Paris, 1997.

acest scop, este posibil să se prevadă într-un contract de căsătorie încheiat sub forma separaţiei de bunuri pură şi simplă, o clauză referitoare la economiile şi achiziţiile realizate de fiecare dintre soţi în timpul căsătoriei: acesta este regimul separaţiei de bunuri cu participare la achiziţii.

Însă, acest tip de regim matrimonial poate prezenta uneori dezavantaje serioase, comparativ cu un regim de separaţie pur şi simplu. Din acest motiv, este posibil să se prevadă într-un contract de căsătorie ce adoptă regimul separaţiei de bunuri, o clauză referitoare la economiile şi la achiziţiile realizate de fiecare dintre soţi în timpul căsătoriei. Aceste economii şi achiziţii sunt numite „câştiguri acumulate".

Fără niciun dubiu, acest regim a adunat, cel puţin în teorie, avantajele separaţiei de bunuri şi cele ale comunităţii: în timpul căsătoriei el prezintă aceleaşi caracteristici ca şi regimul separaţiei de bunuri pur şi simplu. Atunci când intervine disoluţia regimului el devine un regim comunitar, fiecare dintre soţi devenind participant la îmbogăţirea celuilalt.

Dar cel care caracterizează exact acest regim este adagiul „fiecare soţ trăieşte în regimul separaţiei de bunuri şi moare în regimul comunităţii".

Astfel, în principiu, fiecare dintre soţi are un drept de participare la jumătate din valoarea achiziţiilor nete care se regăsesc în patrimoniul consortului, şi există măsura dublei estimări: a activului iniţial şi a activului final. În momentul disoluţiei căsătoriei trebuie calculată creşterea activelor realizate de fiecare soţ, în timpul acestui regim. Acest activ este calculat net, adică prin scăderea pasivului.

i. **Activul final** - Calculul se face ţinând cont de activul final, care constă din:

- toate bunurile ce aparţin fiecăruia dintre soţi la momentul disoluţiei,
- bunurile ce au fost donate cu titlu gratuit de către unul dintre soţi în timpul regimului, fără acordul celuilalt soţ,
- bunurile de care un soţ a dispus, în frauda consortului.

Este adevărat că în regimul separaţiei de bunuri cu participare la achiziţii fiecare soţ administrează liber patrimoniul personal şi nu are nicio putere asupra patrimoniului consortului său, însă legiuitorul a adus anumite „temperări" acestei gestiuni exclusive, cu scopul de a evita manoperele dolosive ale oricăruia dintre soţi, care ar putea conduce la eliminarea partenerului de la partajul achiziţiilor, prin acte care ar conduce la pierderea patrimoniului unuia dintre soţi, prin donaţii între vii sau vânzări frauduloase. De exemplu, legislaţia franceză impune soţului care doreşte să facă o donaţie cu titlu gratuit, să obţină consimţământul consortului său, dacă donaţia poartă asupra unei achiziţii.

ii. **Activul iniţial** – din activul final este scăzut activul iniţial. Activul iniţial cuprinde bunurile care, în regimul legal de comunitate sunt considerate ca fiind bunuri proprii ale fiecăruia dintre soţi, şi anume bunurile prezente la momentul încheierii căsătoriei, bunurile dobândite prin succesiune sau donaţie, bunurile de uz personal şi cele destinate exercitării profesiei.

iii. **Câştiguri partajabile** – rezultatul net. După calcularea îmbogăţirii nete a fiecăruia dintre soţi urmează compensarea. Excedentul este împărţit la doi, iar produsul reprezintă creşterea creanţei soţului contra consortului său, plătibil în bani. De exemplu, patrimoniul originar al soţiei era de 10 000 €, iar patrimoniul final de 50 000 €, plus valoarea (câştigurile) patrimoniului său fiind de 40 000 €. Patrimoniul originar al soţului a fost de 50 000 €, iar patrimoniul final de 100 000 €, plus valoarea (câştigurile) patrimoniului său fiind de 50 000 €. Compensând câştigurile până la concurenţa sumei celei mai mici, avem: 50

000 – 40 000, adică 10 000 €. Partajul câştigului final net este de 10 000 € care se va împărţii între cei doi soţi, soţul fiind obligat să plătească soţiei suma de 5 000 €.

Totuşi, participarea este limitată numai la câştigurile soţului, nu şi la pierderi. Trebuie avut în vedere faptul că practic, suntem în prezenţa unui regim al separaţiei de bunuri. Aceasta înseamnă că fiecare soţ rămâne, în principiu, titular al datoriilor pe care le contractează.

De asemenea, este posibil ca soţii să prevadă în contractul matrimonial o participare în natură. Acest lucru înseamnă că vor trebui atribuite bunuri (nu bani), care aparţin soţului care are un câştig mai mare decât consortul său, ca beneficiu al acestei participări.

IV. Regimul separaţiei de bunuri sau cel al comunităţii?

În regimul separaţiei de bunuri nu există o solidaritate obligatorie între soţi, dar însăşi faptul căsătoriei naşte drepturi şi obligaţii pentru aceştia. Noţiunea de „separaţie" ce califică acest regim este, în general, percepută greşit. Nu este vorba de „separarea" bunurilor pentru a uni persoanele. Ar trebui să ne gândim mai degrabă la noţiunea de „independenţă a bunurilor". Calificarea „separaţia de bunuri" ne duce cu gândul la o soluţie egoistă sau individualistă, când de fapt acest regim este bazat pe libertatea celor doi soţi, libertate limitată totuşi la anumiţi parametri. (ex. fiecare dintre soţi trebuie să participe la nevoile căsătoriei proporţional cu veniturile sale). Răspunzând principiului independenţei şi al individualismului drepturilor fiecărui soţ, el atrage tinerii care exercită o activitate profesională. *A priori*, el poate dezavantaja soţii care nu pot beneficia de niciun drept asupra veniturilor profesionale ale consortului sau asupra economiilor şi investiţiilor realizate de acesta.

Avantajele şi dezavantajele regimurilor de separaţie

Avantaje:

- În afara obligaţiilor afectate cu prioritate nevoilor mariajului, veniturile şi economiile soţilor rămân proprii celui care le-a produs.
- Datoriile anterioare şi posterioare căsătoriei, în afara celor contractate pentru nevoile acesteia, rămân în sarcina soţului care le-a contractat, protejându-se astfel bunurile fiecăruia dintre ei.
- Există posibilitatea achiziţionării unui bun în indiviziune şi în general o gestiune liberă a patrimoniului propriu fără riscul unor contestaţii.
- Posibilitatea de a vinde liber (cu excepţia locuinţei familiei) bunurile imobile, fără intervenţia consortului.
- În cazul declarării falimentului unuia dintre soţii căsătoriţi sub acest regim matrimonial, numai bunurile acestuia sunt sesizate şi vândute, patrimoniul consortului său fiind astfel apărat.
- Dacă intervine separaţia în fapt, fiecare dintre soţi conservă integralitatea veniturilor şi a economiilor, fără să fie obligat să le împartă cu consortul sau.
- O relativă simplificare la lichidarea regimului, după disoluţia sa.
- Acest regim convine comercianţilor sau soţilor care exercită fiecare o activitate profesională „de risc", ori celor care au copii dintr-o căsătorie anterioară.

Dezavantaje:

- Şi în acest tip de regim, de datoriile fiscale (impozite) este ţinut un soţ pentru consortul sau.

- Acest regim este injust pentru persoana mai slabă a cuplului, pentru că veniturile sunt separate şi nu dispune de o remuneraţie a muncii în gospodărie sau în familie şi de un partaj automat al veniturilor profesionale, ca în regimul comunităţii de bunuri. Şi atunci s-a impus imperativ crearea unei solidarităţi între soţi, de exemplu, în practică această solidaritate s-a realizat prin crearea unui cont curent, deschis pe numele ambilor soţi, alimentat din remuneraţia soţului care lucrează şi unde economiile realizate să fie partajate în conturi separate, deschise pe numele fiecăruia dintre ei.

- Nu există posibilitatea atribuirii comunităţii soţului supravieţuitor, ca în cazul regimului de comunitate, pentru că nu a existat comunitate, dar cele mai multe legislaţii atribuie, din oficiu, un drept de uzufruct soţului supravieţuitor asupra locuinţei familiei şi a mobilierului acesteia.

- Uneori intervin probleme la indiviziunea ordinară a bunurilor achiziţionate „în doi".

- Despre regimul separaţiei de bunuri cu participare la achiziţii s-a afirmat că reprezintă un regim hibrid, existând dificultăţi la disoluţia regimului de evaluare a patrimoniului originar.

- Este periculos pentru soţul/soţia fără activitate profesională.

Cei care apreciază acest regim matrimonial susţin că există o independenţă a unui soţ faţă de celălalt, iar ceea ce întreprind împreună, întreprind pentru că sunt de acord să o facă, fiind liberi să aleagă.

B. Avantajele şi dezavantajele regimurilor de comunitate

Alte cupluri preferă să unească patrimoniile, orientându-se spre regimurile de comunitate.

Persoanele care critică aceste tipuri de regim susţin că:

- regimurile de comunitate sunt mai mult o încătuşare decât o solidaritate;
- este inuman ca o persoană să nu poată avea un cont bancar personal la dispoziţia sa[1].

Avantaje:

- Soţul mai slab economic este protejat din momentul încheierii căsătoriei, toate veniturile din muncă ale consortului său sunt comune, adică aparţin fiecăruia dintre soţi, în proporţie egală. Există deci o participare automată a fiecăruia la prosperitatea celuilalt. Munca în familie pentru „menajul casnic" a unuia dintre soţi este de asemenea luată în calcul (dacă femeia nu munceşte „în exterior", remuneraţia soţului său este „comună").

- Este posibil să se aducă în comunitate un bun imobil, bun propriu unuia dintre soţi, achiziţionat dintr-un împrumut ipotecar, şi să se convină condiţiile de reluare în proprietate, în caz de divorţ sau de deces.

- Este mai uşor de atribuit patrimoniul comun moştenitorilor testamentari ai soţilor, fie pentru totalitatea bunurilor mobile şi imobile, fie pentru bunuri determinate etc., şi aceasta fără contestaţii din partea copiilor sau a creditorilor copiilor.

- Egalitate în drepturi şi obligaţii între soţi.

- În cazul regimului comunităţii universale, sistem foarte simplu, există o simetrie între comunitatea de viaţă şi cea de interese. Totodată, există pentru soţul supravieţuitor posibilitatea să dispună singur de toate bunurile şi în plus are şi avantaje fiscale (dacă există clauza de atribuire pentru soţul supravieţuitor).

---

[1] Le contract de mariage, Les question – La réponse chambre de notaire de Paris, 2003, p. 5.

Dezavantaje:

- În caz de neînţelegeri între soţi sau de separare în fapt, veniturile soţilor rămân comune, chiar dacă aceştia trăiesc separat sau dacă disoluţia căsătoriei pare iremediabilă.
- Cu câteva excepţii (investiţiile necesare comerţului sau în caz de declaraţie de achiziţionare de valori mobiliare) este imposibil de achiziţionat un bun imobil de către un singur soţ, printr-un împrumut ipotecar, acordul consortului fiind absolut necesar, chiar şi atunci când preţul imobilului ar fi achitat din veniturile personale ale cumpărătorului.
- Exercitarea unei activităţi comerciale sub acest regim, ar putea deveni periculoasă: în caz de faliment, toate bunurile comune sunt considerate gajuri ale creditorilor şi sesizate ca atare. Însă există totdeauna posibilitatea pentru unul dintre soţi, care doreşte să exercite o activitate comercială, să creeze o societate personală sau să schimbe contractul de căsătorie adoptând un regim al separaţiei de bunuri.
- Dacă unul dintre soţi are datorii, chiar şi după separarea în fapt, consortul său poate încă să fie „deranjat" de creditori.
- În caz de conflict exista de obicei, dificultăţi în partajarea bunurilor comune.
- În cazul regimului comunităţii universale (cu clauză de atribuire pentru soţul supravieţuitor) drepturile rezervate copiilor din căsătorie sunt sacrificate, dacă soţul supravieţuitor dispune de bunuri.

În concluzie, alegerea unui regim matrimonial nu este uşoară.

Nu se poate vorbi nici despre un regim matrimonial „mai bun", nici despre un regim matrimonial „ideal": fiecare situaţie individuală, fiecare familie este unică. În consecinţă este dificil să se generalizeze şi numai consilierea personalizată a notarului poate ajuta viitorii soţi sau soţii să aleagă regimul matrimonial cel mai potrivit situaţiei lor.

Doctrinarii şi practicienii dreptului afirmă că nu există un regim matrimonial bun şi unul rău, ci numai un regim bine sau prost adaptat la fiecare caz în parte.

Bibliografie selectivă

- **M. Avram, L.M. Andrei**, Instituţia familiei în noul cod civil, Manual pentru uzul formatorilor SNG, Bucureşti, 2010
- **O. Calmuski, M. Uliescu**, Le régime matrimonial en Roumanie. Evolution et perspectives în Droit de la famille en Europe
- **Ge. Cornu,** Les regimes matrimoniaux, PUF, Paris, 1997
- **H. Deschenaux, P.-H. Steinauer**, Le nouveau droit matrimonial, Berna, 1987
- **C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu**, Tratat de drept civil român, vol.III, Editura ALL, Bucureşti, 1998
- **T. Huc**, Commentaire théoretique et practique du Cod civil, vol.IX, 1892-1903
- L'impôt sur la fortune en France et dans le Monde, disponibil pe http://www.irs-france.com/impot-sur-fortune.html
- Le contract de mariage, Les question – La réponse chambre de notaire de Paris, 2003
- Les regimes matrimoniaux en Grande-Bretagne, pag.1, disponibil pe http:// www.group.monossier.com/droit
- *Séparation de biens avec société* d'*acquêts, disponibil pe* http: //www.jureka.fr /famille/encyclopedie-du-droit/separation-de-biens-avec-societe-d%E2%80%99acquets
- *Séparation de biens avec société* d'*acquêts,* http://www.notaire.be/se-marier-vivre-ensemble/le-mariage/les-autres-regimes-de-separation-de-biens/la-separation-de-biens-avec-societe-dacquets
- Regimes matrimoniaux, disponibil pe http://angie1979.free.fr/FAQ/Q-R/R.htm

Administratorul special în procedura insolvenței

Carmen ***PĂLĂCEAN***[*]

Abstract: *Legea nr. 85/2006 defineşte administratorul special ca fiind reprezentantul desemnat de adunarea generala a acţionarilor/asociaţilor debitorului persoană juridică, să efectueze în numele şi pe seama debitorului actele de administrare necesare în perioadele de procedură când debitorului i se permite să-şi administreze activitatea şi să reprezinte în procedură interesele acţionarilor/asociaţilor pe perioada în care debitorului i s-a ridicat dreptul de administrare.*

Legea nu prevede nicio condiţie pe care trebuie să o îndeplinească persoana care poate dobândi calitatea de administrator special. Ca urmare, poate fi desemnată, în această calitate, orice persoană fizică sau persoană juridică, asociat sau neasociat, membru ori nu al organelor de conducere, chiar practician în insolvenţă, altul decât administratorul judiciar sau lichidatorul desemnat în dosar. Astfel, în această funcţie poate fi desemnat unul dintre administratorii existenţi, sau poate fi nominalizat un specialist în situaţii de criză.

Cuvinte cheie: *procedura insolvenţei, administrator special, administrator judiciar, reorganizare, faliment.*

Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenţei[1], comparativ cu Legea nr. 64/1995[2] introduce în peisajul procedurii insolvenţei o figură nouă - administratorul special – care înlocuieşte instituţia reprezentantului asociaţilor/acţionarilor reglementată de legea precedentă.

Textele care reglementează instituţia sunt prevăzute de art. 3 pct. 26 şi art. 18 din Legea nr. 85/2006, dar mai există şi alte texte de lege care fac referire la acesta.

Legea nr. 85/2006[3] defineşte administratorul special ca fiind reprezentantul desemnat de adunarea generala a acţionarilor/asociaţilor debitorului persoană juridică, să efectueze în numele şi pe seama debitorului actele de administrare necesare în perioadele de procedură când debitorului i se permite să-şi administreze activitatea şi să reprezinte în procedură interesele acţionarilor/asociaţilor pe perioada în care debitorului i s-a ridicat dreptul de administrare[4].

Desemnarea administratorului special

Legea nu prevede nicio condiţie pe care trebuie să o îndeplinească persoana care poate dobândi calitatea de administrator special. Ca urmare, poate fi desemnată, în această calitate, orice persoană fizică sau persoană juridică, asociat sau neasociat,

---

[*] Conf. univ. dr. Universitatea Titu Maiorescu – Facultatea de Drept.

[1] Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenţei, publicată în Monitorul Oficial al României nr. 359 din 21 aprilie 2006.

[2] Legea nr. 64/1995 a fost abrogată prin Legea nr. 85/2006, publicată în Monitorul Oficial al României nr. 359 din 21 aprilie 2006.

[3] Art. 3 pct. 26 din Legea nr. 85/2006.

[4] Art. 18 din Legea nr. 85/2006 face referire doar la adunarea acţionarilor/asociaţilor debitorului.

membru ori nu al organelor de conducere, chiar practician în insolvenţă, altul decât administratorul judiciar sau lichidatorul desemnat în dosar[1]. Astfel, în această funcţie poate fi desemnat unul dintre administratorii existenţi, sau poate fi nominalizat un specialist în situaţii de criză[2].

Administratorul special nu este unul dintre organele care aplică procedura, nu trebuie confundat nici cu administratorul judiciar şi nici cu administratorii debitorului prevăzuţi de Legea nr. 31/1990 şi reprezintă interesele debitorului doar în măsura în care acestuia din urma nu i s-a ridicat dreptul de administrare. Administratorul special participă la procedură *pe seama debitorului*, adică reprezentându-l pe acesta[3].

Desemnarea administratorului special este obligatorie în cazul ridicării dreptului debitorului de a-şi administra averea. Acest aspect rezultă atât din interpretarea art. 18 coroborat cu art. 3 pct. 26 din Legea privind procedura insolvenţei.

Potrivit art. 3 pct. 26 din Legea nr. 85/2006, pentru *desemnarea administratorului special*, după deschiderea procedurii, administratorul judiciar sau lichidatorul desemnat în cauza trebuie să convoace adunarea generală a acţionarilor/asociaţilor debitorului, în termen de 10 de zile de la deschiderea procedurii sau, dacă aceasta nu a fost însoţită şi de ridicarea dreptului debitorului de a-şi administra averea, de la ridicarea respectivului drept. Adunarea generală va fi prezidată de către practicianul în insolvenţă, administrator judiciar sau lichidator, după caz.

În lipsa unor distincţii anume în cuprinsul legii, la alegerea administratorului special, adunarea generală a asociaţilor va putea decide cu votul majorităţii asociaţilor prezenţi la şedinţă, şi nu a valorii participaţiilor lor.

Dacă adunarea generală a asociaţilor/acţionarilor convocată conform art. 3 pct. 26 nu desemnează un administrator special, debitorului i se va ridica dreptul de administrare, dacă acesta nu a fost ridicat, iar debitorul, respectiv asociaţii/acţionarii sunt decăzuţi din drepturile recunoscute de procedură şi care sunt exercitate prin administrator special. Dacă un administrator special nu a fost desemnat, pentru soluţionarea acţiunilor prevăzute la art. 46 şi a celor reglementate de art. 79 şi 80 debitorul va fi reprezentat de un curator special desemnat dintre organele de conducere statutare aflate în exerciţiul funcţiunii la data deschiderii procedurii. Desemnarea se va face de către judecătorul-sindic în camera de consiliu şi fără citarea părţilor[4].

Legea nu reglementează nicio sancţiune pentru nedesemnarea administratorului special de către adunarea generală a asociaţilor/acţionarilor, dar într-o asemenea situaţie îi vor reveni administratorului judiciar toate atribuţiile de administrare şi reprezentare a debitorului[5].

Înlocuirea administratorului special poate interveni în baza aceloraşi criterii, în adunarea acţionarilor/asociaţilor. Organele care, potrivit art. 5 din Legea nr. 85/2006, aplică procedura insolvenţei – în primul rând judecătorul sindic, nu au abilitatea legală de a se substitui voinţei adunării menţionate, dar pot în fapt să solicite înlocuirea acestuia, pentru motive întemeiate.

---

[1] Veronica Stoica, Mirela Gorunescu, Verginel Lozneanu, Gabriel Ungureanu, Valeria Gheorghiu, *Insolvenţa. Problemă acută a operatorilor economici*, Ed. Pro Universitaria, Bucureşti, 2007, p. 146.

[2] Ion Turcu, *Legea procedurii insolvenţei. Comentariu pe articole*, Ediţia 4, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2012, p. 182.

[3] Ion Turcu, *op. cit.*, p. 182.

[4] Nicoleta Ţăndăreanu, *Insolvenţa în reglementarea Legii nr. 85/2006*, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2012, p. 135.

[5] Ion Turcu, *op. cit.*, p. 183.

În procedura generală, până la confirmarea unui plan de reorganizare, administratorul special îl va reprezenta pe debitor şi va efectua în numele şi pe seama acestuia actele de administrare necesare[1], sub supravegherea administratorului judiciar, dacă acestuia nu i-a fost ridicat dreptul de administrare. După confirmarea unui plan de reorganizare el va administra activitatea debitorului, de asemenea sub supravegherea administratorului judiciar. După ce debitorului i-a fost ridicat dreptul de administrare, mandatul administratorului special se reduce la a reprezenta interesele asociaţilor/acţionarilor debitorul fiind reprezentat de către administratorul judiciar sau de către lichidator. În consecinţă, natura juridică a raporturilor dintre administratorul special şi debitorul, persoană juridică, supus Legii nr. 85/2006, respectiv asociaţii ori membrii acestuia, sunt raporturi specifice mandatului comercial[2].

În cazul în care administratorul, asociaţii/acţionarii debitorului nu sunt de găsit în fapt, evident nu se poate numi un administrator special. Astfel, sunt posibile şi cauze în care procedura să se deruleze şi fără administrator special. Legea nu are în vedere prevederea unei sancţiuni pentru nedesemnarea unui administrator special ci, în principiu, desemnarea acestuia ori de către ori este posibilă în mod obiectiv. Astfel, în cauzele în care nu se poate desemna un administrator special se pune practic problema derulării procedurii în forma simplificată, în care administratorul special ar avea de exercitat drepturi/obligaţii mai restrânse şi care oricum trebuie să revină efectiv administratorului judiciar, ca de altfel în toate situaţiile în care nu se desemnează un administrator special.

Atribuţiile administratorului special

Rolul administratorului special este diferit în desfăşurarea procedurii. În perioada în care debitorul are permisiunea legală să-şi administreze activitatea, administratorul special are ca atribuţie efectuarea actelor de administrare necesare, precum şi reprezentarea intereselor debitorului în procedură.

Între prevederile art. 3 pct. 26 şi prevederile art. 18 apare o neconcordanţă în exprimarea atribuţiilor administratorului special. Dispoziţiile art. 18 nu reflectă suficient de clar că acest administrator special va efectua şi actele de administrare a averii debitorului între momentul deschiderii procedurii şi momentul ridicării dreptului de administrare[3].

Într-o opinie se arată că exercitarea conducerii debitorului, care implică şi administrarea averii acestuia, de către administratorul special este prevăzută expres doar în cazul reorganizării pe baza planului confirmat (art. 103 alin. 2). Pentru perioada de observaţie dispoziţiile din textul legii nu au în vedere expres o astfel de atribuţie dar aceasta se poate analiza pe cale de interpretare. Astfel, dispoziţiile art. 18 alin. (1) teza I se referă doar la aspectul reprezentării ca obiect al mandatului administratorului special, în sensul că de la momentul deschiderii procedurii până la cel al ridicării dreptului de administrare al debitorului, administratorul special reprezintă interesele atât ale debitorului, cât şi ale acţionarilor/asociaţilor acestuia şi participă la procedură pe seama debitorului.

Sub toate cele trei aspecte este vorba de reprezentare, administratorul special având de la organul statutar al debitorului un mandat de reprezentare în sensul arătat (că este vorba de un mandat rezultă chiar din formularea art. 18 alin. (1) teza II şi art. 3 pct. 30).

---

[1] I. Adam, C.N. Savu, *Legea procedurii insolvenţei. Comentarii şi explicaţii*, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2006, p. 193.

[2] Nicoleta Ţăndăreanu, *op. cit.*, p. 147.

[3] Ion Turcu, *op. cit.*, p. 182.

Opinia contrară, în sensul că administratorului special i-ar reveni în atribuţii conducerea debitorului în perioada dintre deschiderea procedurii şi ridicarea dreptului de conducere a debitorului, este susţinută în doctrină şi prin faptul că însăşi denumirea de "administrator special" îşi găseşte justificarea numai în măsura în care posedă şi atribuţii de administrare (altfel denumirea ar fi de "reprezentant special").

Conform art. 47 alin. (1), dacă debitorul nu îşi declară intenţia de reorganizare în condiţiile prevăzute de art. 28 alin. (1) lit. h) sau, după caz, de art. 33 alin. (6), dreptul debitorului de a-şi administra activitatea este suspendat de drept şi intră în funcţie deplină administratorul judiciar.

Atât reprezentarea în procedură cât şi administrarea/conducerea debitorului în timpul reorganizării constituie aspectele definitorii în ceea ce priveşte administratorul special. În general, conţinutul mandatului administratorului special trebuie stabilit în raport cu prevederile Legii nr. 85/2006, cu completările posibile potrivit art. 149 din aceasta lege.

În doctrină s-a exprimat şi opinia în sensul că în condiţiile în care atât administratorul judiciar, cât şi administratorul special îşi exercită atribuţiile în raport cu debitorul, pentru a se evita apariţia confuziilor ar trebui reţinut că administratorul judiciar reprezintă debitorul în raporturile cu terţii, în timp ce administratorul special reprezintă interesele debitorului în cadrul procedurii.

Potrivit dispoziţiilor art. 18 alin. (2) din Legea nr. 85/2006 administratorul special are următoarele atribuţii:

a) exprimă intenţia debitorului de a propune un plan, potrivit art. 28 alin. (1) lit. h), coroborat cu art. 33 alin. (2);

Intenţia de a propune un plan de reorganizare va fi transpusă printr-o declaraţie, formulată de către debitor odată cu depunerea cererii pentru a fi supus procedurii insolvenţei sau cel târziu în termen de 10 zile de la momentul înregistrării acesteia. Dacă procedura s-a deschis la cererea unui creditor, debitorul îşi va manifesta intenţia de a-şi reorganiza activitatea în termen de 10 zile de la primirea copiei de pe cererea creditorului[1].

b) participă, în calitate de reprezentant al debitorului, la judecarea acţiunilor prevăzute la art. 79 şi 80 (acţiuni în anularea tranzacţiilor efectuate în dauna creditorilor);

Conform dispoziţiilor art. 79, administratorul judiciar sau, după caz, lichidatorul poate introduce la judecătorul-sindic acţiuni pentru anularea actelor frauduloase încheiate de debitor în dauna drepturilor creditorilor, în cei 3 ani anteriori deschiderii procedurii.

Conform dispoziţiilor art. 80, (1) administratorul judiciar sau, după caz, lichidatorul poate introduce la judecătorul-sindic acţiuni pentru anularea constituirilor ori a transferurilor de drepturi patrimoniale către terţi şi pentru restituirea de către aceştia a bunurilor transmise şi a valorii altor prestaţii executate, realizate de debitor prin următoarele acte:

a) acte de transfer cu titlu gratuit, efectuate în cei 3 ani anteriori deschiderii procedurii; sunt exceptate sponsorizările în scop umanitar;

b) operaţiuni comerciale în care prestaţia debitorului depăşeşte vădit pe cea primită, efectuate în cei 3 ani anteriori deschiderii procedurii;

---

[1] Veronica Stoica, Mirela Gorunescu, Verginel Lozneanu, Gabriel Ungureanu, Valeria Gheorghiu, *op. cit.*, p. 148.

[1] Ion Turcu, *op. cit.* p. 182.

c) acte încheiate în cei 3 ani anteriori deschiderii procedurii, cu intenţia tuturor părţilor implicate în acestea de a sustrage bunuri de la urmărirea de către creditori sau de a le leza în orice alt fel drepturile;

d) acte de transfer de proprietate către un creditor pentru stingerea unei datorii anterioare sau în folosul acestuia, efectuate în cele 120 de zile anterioare deschiderii procedurii, dacă suma pe care creditorul ar putea să o obţină în caz de faliment al debitorului este mai mică decât valoarea actului de transfer;

e) constituirea ori perfectarea unei garanţii reale pentru o creanţă care era chirografară, în cele 120 de zile anterioare deschiderii procedurii;

f) plăţile anticipate ale datoriilor, efectuate în cele 120 de zile anterioare deschiderii procedurii, dacă scadenţa lor fusese stabilită pentru o dată ulterioară deschiderii procedurii;

g) actele de transfer sau asumarea de obligaţii efectuate de debitor într-o perioadă de 2 ani anteriori datei deschiderii procedurii, cu intenţia de a ascunde/întârzia starea de insolvenţă ori de a frauda o persoană fizică sau juridică faţă de care era la data efectuării transferului unor operaţiuni cu instrumente financiare derivate, inclusiv ducerea la îndeplinire a unui acord de compensare bilaterală (netting), realizate în baza unui contract financiar calificat, ori a devenit ulterior debitor, în sensul prezentei legi.

Prevederile alin. (1) lit. d)-f) nu sunt aplicabile actelor încheiate, cu bună-credinţă, în executarea unui acord cu creditorii, încheiat ca urmare a unor negocieri extrajudiciare pentru restructurarea datoriilor debitorului, sub rezerva ca acordul să fi fost de natură a conduce, în mod rezonabil, la redresarea financiară a debitorului şi să nu aibă ca scop prejudicierea şi/sau discriminarea unor creditori. Prevederile respective se aplică şi actelor juridice încheiate în cadrul procedurii prevăzute de Legea nr. 381/2009 privind introducerea concordatului preventiv şi mandatului ad-hoc.

Dispoziţiile alin. (2) prevăd categoriile de operaţiuni, încheiate în cei 3 ani anteriori deschiderii procedurii cu persoanele aflate în raporturi juridice cu debitorul, care vor putea, să fie anulate şi prestaţiile recuperate, dacă sunt în dauna creditorilor:

a) cu un asociat comanditat sau cu un asociat deţinând cel puţin 20% din capitalul societăţii comerciale ori, după caz, din drepturile de vot în adunarea generală a asociaţilor, atunci când debitorul este respectiva societate în comandită, respectiv o societate agricolă, în nume colectiv sau cu răspundere limitată;

b) cu un membru sau administrator, atunci când debitorul este un grup de interes economic;

c) cu un acţionar deţinând cel puţin 20% din acţiunile debitorului ori, după caz, din drepturile de vot în adunarea generală a acţionarilor, atunci când debitorul este respectiva societate pe acţiuni;

d) cu un administrator, director sau un membru al organelor de supraveghere a debitorului, societate cooperativă, societate pe acţiuni cu răspundere limitată sau, după caz, societate agricolă;

e) cu orice altă persoană fizică ori juridică, deţinând o poziţie dominantă asupra debitorului sau a activităţii sale;

f) cu un coindivizar asupra unui bun comun.

Administratorul special va putea propune şi administra probe, poate da lămuriri şi explicaţii judecătorului-sindic, poate formula contestaţii sau căi de atac, etc.[1]

---

[1] Veronica Stoica, Mirela Gorunescu, Verginel Lozneanu, Gabriel Ungureanu, Valeria Gheorghiu, *op. cit.*, p. 148.

c) formulează contestaţii în cadrul procedurii reglementate de prezenta lege;

Administratorul special va putea contesta măsurile luate de administratorul judiciar/lichidator ori de câte ori consideră că sunt încălcate drepturile debitorului sau ale asociaţilor/membrilor sau va putea introduce recurs împotriva hotărârilor pronunţate de către judecătorul sindic.

d) propune un plan de reorganizare;

Potrivit dispoziţiilor art. 94 alin. 1 lit. a) din Legea nr. 85/2006, debitorul, cu aprobarea adunării generale a acţionarilor/asociaţilor, poate propune un plan de reorganizare, în termen de 30 de zile de la afişarea tabelului definitiv de creanţe, cu condiţia formulării, potrivit art. 28, a intenţiei de reorganizare, dacă procedura a fost declanşată de acesta, şi potrivit art. 33 alin. (6), în cazul în care procedura a fost deschisă ca urmare a cererii unuia sau a mai multor creditori. Legea privind procedura insolvenţei condiţionează admiterea planului de reorganizare de faptul că, debitorul trebuie să-şi declare intenţia de reorganizare, prin intermediul unei declaraţii, în cel mult 10 zile de la data depunerii cererii de către debitor, respectiv de la data primirii copiei de pe cererea creditorului, după cum procedura a fost declanşată la cererea debitorului sau a creditorilor[1].

Nerespectarea termenelor prevăzute la alin. (1) conduce la decăderea părţilor respective din dreptul de a depune un plan de reorganizare şi, ca urmare, la trecerea, din dispoziţia judecătorului-sindic, la faliment.

Potrivit art. 95 alin. (1), planul de reorganizare va indica, în raport de modalitatea de reorganizare propusă, perspectivele de redresare în raport cu posibilităţile şi specificul activităţii debitorului, cu mijloacele financiare disponibile şi cu cererea pieţei faţă de oferta debitorului, specificând măsurile adecvate pentru punerea sa în aplicare[2].

Planul poate fi propus şi întocmit de către administratorul special şi va fi aprobat de adunarea generală a asociaţilor/membrilor acesteia.

Legea prevede şi anumite limitări în ceea ce priveşte posibilitatea de a propune un plan de reorganizare de către debitor.

Astfel, un vor putea propune un plan de reorganizare debitorul care, într-un interval de 5 ani anteriori formulării cererilor introductive, a mai fost subiect al procedurii instituite în baza prezentei legi şi nici debitorul care a fost condamnat definitiv pentru falsificare sau pentru infracţiuni prevăzute în Legea nr. 21/1996 sau ai cărui administratori, directori şi/sau asociaţi au fost condamnaţi definitiv pentru: bancrută frauduloasă, gestiune frauduloasă, abuz de încredere, înşelăciune, delapidare, mărturie mincinoasă, infracţiuni de fals ori infracţiuni prevăzute în Legea nr. 21/1996, în ultimii 5 ani anteriori deschiderii procedurii.

e) administrează activitatea debitorului, sub supravegherea administratorului judiciar, după confirmarea planului;

În urma confirmării unui plan de reorganizare, debitorul îşi va conduce activitatea sub supravegherea administratorului judiciar şi în conformitate cu planul confirmat, până când judecătorul-sindic va dispune, motivat, fie încheierea procedurii insolvenţei şi luarea tuturor măsurilor pentru reinserţia debitorului în activitatea comercială, fie încetarea reorganizării şi trecerea la faliment, în condiţiile art. 107 şi următoarele din Legea nr. 85/2006.

---

[1] Veronica Stoica, Mirela Gorunescu, Verginel Lozneanu, Gabriel Ungureanu, Valeria Gheorghiu, *op. cit.*, p. 148-149.

[2] Nicoleta Ţăndăreanu, *op. cit.*, p. 309.

Pe parcursul reorganizării, debitorul va fi condus de administratorul special, sub supravegherea administratorului judiciar. Acţionarii, asociaţii şi membrii cu răspundere limitată nu au dreptul de a interveni în conducerea activităţii ori în administrarea averii debitorului, cu excepţia şi în limita cazurilor expres şi limitativ prevăzute de lege şi în planul de reorganizare.

Legea prevede o limită maximă pentru executarea planului: trei ani, socotiţi de la data confirmării. Această perioadă poate fi extinsă cu cel mult un an, la recomandarea administratorului judiciar, la cel mult 18 luni după confirmarea planului, dacă propunerea este votată de cel puţin două treimi dintre creditorii aflaţi în sold la acea dată.

f) după intrarea în faliment, participă la inventar, semnând actul, primeşte raportul final şi bilanţul de închidere şi participă la şedinţa convocată pentru soluţionarea obiecţiunilor şi aprobarea raportului;

Ca reprezentant al debitorului, administratorul special va participa la inventarierea bunurilor. În caz de neprezentare, debitorului nu-i este recunoscut dreptul de a contesta datele cuprinse în procesul-verbal de inventariere. Inventarul trebuie realizat de către lichidator iar procesul-verbal de inventariere trebuie semnat de către lichidator şi administratorul special.

După ce bunurile din averea debitorului au fost lichidate, lichidatorul va supune judecătorului-sindic un raport final însoţit de situaţiile financiare finale; copii de pe acestea vor fi comunicate tuturor creditorilor şi debitorului, prin administrator special şi vor fi afişate la uşa tribunalului. Legea prevede că judecătorul-sindic va convoca adunarea creditorilor în termen de maximum 30 de zile de la afişarea raportului final. Creditorii pot formula obiecţii la raportul final cu cel puţin 5 zile înainte de data convocării.

Deşi legea prevede că numai creditorii pot formula obiecţii la raportul final, considerăm că este necesar să se recunoască dreptul de a face obiecţii şi administratorului special, în calitate de reprezentant al intereselor asociaţilor/acţionarilor/membrilor, şi implicit al debitorului[1].

La data şedinţei, judecătorul-sindic va soluţiona, prin încheiere, toate obiecţiunile la raportul final, îl va aproba sau va dispune, dacă este cazul, modificarea corespunzătoare a acestuia.

g) primeşte notificarea închiderii procedurii.

Potrivit art. 136, prin închiderea procedurii, judecătorul-sindic, administratorul/lichidatorul şi toate persoanele care i-au asistat sunt descărcaţi de orice îndatoriri sau responsabilităţi cu privire la procedură, debitor şi averea lui, creditori, titulari de garanţii, acţionari sau asociaţi. Sentinţa de închidere a procedurii insolvenţei va fi notificată de către judecătorul-sindic direcţiei teritoriale a finanţelor publice şi oficiului registrului comerţului sau după caz, registrului societăţilor agricole unde debitorul este înmatriculat, pentru efectuarea menţiunii.

Enumerarea atribuţiilor avută în vedere prin textul de lege menţionat are caracter exemplificativ (enumerându-se mai mult categorii de atribuţii) iar nu limitativ, din economia legii mai rezultând şi alte ipoteze de exercitare a mandatului său de către administratorul special.

Din conţinutul art. 3 pct. 26 şi art. 18 alin. (2) din Legea nr. 85/2006 rezultă atribuţiile administratorului special:

---

[1] Nicoleta Ţăndăreanu, *op. cit.*, p. 398.

1. Reprezentarea legală a debitorului – doar în situaţia în care debitorul îşi păstrează dreptul de a-şi administra averea.

2. Reprezentarea intereselor asociaţilor/acţionarilor.

3. Exercitarea unor drepturi ale debitorului şi participarea la unele acte de procedură (formularea de contestaţii, participarea la judecarea acţiunilor în anularea actelor încheiate în perioada suspectă, la inventarierea patrimoniului după intrarea în faliment, notificarea închiderii procedurii).

În opinia noastră în cazul deschiderii procedurii şi a parcurgerii perioadei de observaţie fără ridicarea dreptului de administrare sau a parcurgerii perioadei reorganizării judiciare, mandatul administratorului special este deplin iar conducerea activităţii se face sub supravegherea administratorului judiciar.

În situaţia ridicării dreptului de administrare în timpul perioadei de observaţie sau odată cu deschiderea procedurii falimentului, mandatul administratorului special se limitează la reprezentarea intereselor asociaţilor/acţionarilor, la exercitarea unor drepturi ale debitorului şi la participarea efectuării unor acte de procedură.

Potrivit art. 49 alin. (1) din Legea nr. 85/2006, debitorul are dreptul să desfăşoare activităţi curente şi să efectueze plăti, iar exercitarea acestora se face fie prin administratorul special, dacă debitorului nu i s-a ridicat dreptul de administrare, fie prin administratorul judiciar, dacă i s-a ridicat acest drept.

Actele juridice sau plăţile care ies din limitele obişnuite ale activităţii debitorului se pot încheia doar cu acordul comitetului creditorilor sau a judecătorului sindic, indiferent dacă este ridicat sau nu dreptul de administrare.

Concluzii

Administratorul special este reprezentantul desemnat de adunarea generala a acţionarilor/asociaţilor debitorului, persoană juridică, împuternicit să efectueze în numele şi pe seama acestuia actele de administrare necesare în perioadele de procedură când debitorului i se permite să-şi administreze activitatea şi să le reprezinte interesele în procedură pe perioada în care debitorului i s-a ridicat dreptul de administrare. Adunarea generală a acţionarilor, asociaţilor persoanei juridice va fi convocată de administratorul judiciar ori de lichidator, pentru desemnarea administratorului special, în termen de maximum 10 zile de la deschiderea procedurii sau, după caz, de la ridicarea dreptului debitorului de a-şi administra averea.

Noţiunea a fost completată prin Legea nr. 277/2009 cu următoarele: Dacă adunarea asociaţilor/acţionarilor convocată nu desemnează un administrator special, debitorului i se va ridica dreptul de administrare, dacă acesta nu a fost ridicat, iar debitorul, respectiv asociaţii/acţionarii sunt decăzuţi din drepturile recunoscute de procedură şi care sunt exercitate prin administrator special. Dacă un administrator special nu a fost desemnat, pentru soluţionarea acţiunilor prevăzute la art. 46, 79 şi 80, debitorul va fi reprezentat de un curator special desemnat dintre organele de conducere statutare aflate în exerciţiul funcţiunii la data deschiderii procedurii. Desemnarea se va face de către judecătorul-sindic în camera de consiliu şi fără citarea părţilor. În cazul în care ulterior adunarea asociaţilor/acţionarilor alege un administrator special, acesta va lua procedura în stadiul în care se găseşte la data desemnării sale[1].

După desemnarea sa, numai administratorul special poate reprezenta pe debitor şi interesele acţionarilor/asociaţilor şi numai acesta poate face acte de administrare sau de

[1] Nicoleta Ţăndăreanu, *op. cit.*, p. 59.

procedură. Nedesemnarea administratorului special în termenul prevăzut de lege atrage ridicarea de îndată a dreptului de administrare al debitorului, dar şi decăderea debitorului, precum şi a acţionarilor/asociaţilor din drepturile recunoscute de procedură care trebuiau exercitate prin acest administrator special. Curatorul special va fi desemnat numai în cazurile limitativ prevăzute de art. 46, 79 şi 80 din Legea nr. 85/2006.

Bibliografie:

1. **Adam, I., Savu, C.N.,** Legea procedurii insolvenţei. Comentarii şi explicaţii, Editura C.H. Beck, Bucureşti, 2006;
2. **Cărpenaru, Stanciu D.,** Tratat de Drept comercial român, Ed. Universul Juridic Bucureşti, 2012;
3. **Piperea, Gheorghe**, "*Insolventa: legea, regulile, realitatea*", Editura Wolters Kluwer, 2008;
4. **Stoica Veronica, Gorunescu Mirela, Lozneanu Verginel, Ungureanu Gabriel, Gheorghiu Valeria**, Insolvenţa. Problemă acută a operatorilor economici, Editura Pro Universitaria, Bucureşti, 2007.
5. **Turcu Ion**, Legea procedurii insolvenţei. Comentariu pe articole, Ediţia 4, Editura C.H. Beck, Bucureşti, 2012;
6. **Ţăndăreanu Nicoleta**, Insolvenţa în reglementarea Legii nr. 85/2006, Editura Universul Juridic, Bucureşti, 2012.

Acte normative:

1. Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenţei, cu modificările şi completările ulterioare;
2. Legea nr. 31/1990 privind societăţile comerciale, republicată, cu modificările şi completările ulterioare;
3. Legea nr. 26/1990 privind registrul comerţului, republicată, cu modificările şi completările ulterioare;
4. Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul Civil.

Politica legislativă internă în materia reglementării dezmembrămintelor dreptului de proprietate. Noi viziuni europene incidente dreptului de proprietate privată în Romania

*Conf. Univ. Drd. Manuela **TĂBĂRAŞ***

Abstract: *Intrarea în vigoare a noului Cod Civil a marcat o etapă semnificativă în recunoaşterea efectelor deosebite asupra dreptului în general, a dezmembrămintelor dreptului de proprietate în special, atribute tratate nu de puţine ori ca simple anexe ale dreptului şi nu ca însuşiri, caracteristici, particularităţi definitorii ale acestora, de natură fie să îl întărească, fie dimpotrivă, să îl slăbească, dar care, prin conţinutul lor, grevează în mod indiscutabil dreptul de proprietate. Noul Cod Civil creează noi calificări juridice în materie ţinând cont de conţinutul juridic al acestor drepturi şi stabileşte într-un mod detaliat, modalităţi de realizare a acestora din perspectiva conţinutului şi limitelor pentru care se doresc a fi create aceste dezmembrăminte, motiv pentru care am considerat că acest titlu special al cărţii a III-a – "Despre bunuri" - a Codului Civil trebuie să se bucure de o atenţie semnificativă.*

Cuvinte cheie: *superficie, uzufruct, uz, abitaţia, servitute*

Reglementarea în noul Cod Civil a dezmembrămintelor dreptului de proprietate privată se realizează în capitolul tradiţional "Despre Bunuri" ce poartă numărul 3 al cărţii şi care, în opinia legiuitorului, a urmărit să realizeze o unificare a dispoziţiilor privind dreptul de proprietate, ţinând cont de doctrina şi jurisprudenţa dată materiei.

Această regândire a dreptului de proprietate şi a dezmembrămintelor acestuia era inevitabilă, fiind rezultatul sintetizării evoluţiilor jurisprudenţiale, în primul rând convenţionale şi legale în subsidiar, a stărilor de fapt privitoare la proprietate astfel că prin modificări de genul: *limitarea duratei dreptului de superficie la 99 de ani, reglementarea dobândirii servituţilor pozitive, reglementarea posesiei de bună credinţă şi a unor situaţii de intervertire a precarităţii în posesie,* legiuitorul nu face decât să răspundă unor deziderate firesti, care nu impun exaltări, ci dau o aprofundare completă a noţiunilor, dar şi a implicaţiilor practice pe care instrumentarea contractuală le poate crea, astfel că acest scurt studiu este pe departe a fi unul exhaustiv domeniului, el putând ocupa studiul câtorva lucrări de doctorat, ci unul mai degrabă analitico-rezumativ de natură să stimuleze interesul cititorului pentru o mai sârguincioasă aplecare asupra studiului dreptului civil câtă vreme, nu de puţine ori, suntem surprinşi cu fraze de-a dreptul hilare pentru un practicant din care deduce ca partenerul nostru juridic nici nu a lecturat noile dispoziţii.

Dezmembrămintele dreptului de proprietate privată enumerate în noul Cod Civil sunt în principiu aceleaşi: *superficia reglementată de la art. 693 până la art. 702 Cod Civil, uzufructul reglementat de la art. 703 până la art. 748 Cod Civil inclusiv, uzul şi abitaţia reglementate împreună de la art. 759 până la 764 Cod Civil inclusiv şi servituţile reglementate de la art. 755 până la art. 772 Cod Civil inclusiv.*

În ceea ce priveşte primul dezmembrământ, trebuie reţinut că dreptul de superficie nu a avut o reglementare juridică în Codul civil de la 1864 fiind mai degrabă o creaţie a jurisprudenţei şi ulterior şi a legiuitorului prin dispoziţiile conexe ale legislaţiei aferente publicităţii imobiliare şi cadastrului.

Prin noile dispoziţii, ***superficia*** este dreptul real imobiliar care cuprinde în conţinutul său dreptul de a avea sau de a edifica o construcţie pe terenul altuia, deasupra sau în subsolul acelui teren (edificarea unei clădiri, ridicarea unei construcţii noi, modificarea prin extindere, remodelare a unei construcţii deja existente, şi de ce nu mansardarea unei construcţii sau supraetajarea lor[1]) astfel că acest drept de proprietate asupra *construcţiei prezente sau viitoare* presupune şi prerogativa folosinţei terenului proprietate a altei persoane.

De reţinut că toate dispoziţiile privitoare la superficie se referă şi la *plantaţiile prinse în rădăcini şi lucrările autonome cu caracter durabil,* respectiv construcţiile, plantaţiile sau orice alte lucrări cu caracter de sine stătător, realizate asupra unui imobil, precizarea legiuitorului făcând distincţiile faţă de lucrările provizorii sau adăugate care pot fi ridicate oricând de edificator.

Alături de calificarea superficiei ca un drept real imobiliar, supus în ceea ce priveşte condiţiile formale înscrierii în Cartea Funciară, aşa cum lămureşte pe deplin şi alin. 2 al conceptului, tot acest aliniat vine să arate modurile structurale prin care se constituie superficia, astfel: în ceea ce priveşte constituirea acesteia, superficia ia naştere în temeiul unui act juridic, care potrivit opiniei noastre, poate să fie atât un act oneros, cât şi unul gratuit, dar nu putem nega nici posibilitatea unui act juridic pentru cauză de moarte, cum ar fi testamentul[2], situaţii în care, sub condiţia ultimei teze a aliniatului, dar şi a calificării dreptului de superficie ca un drept real imobiliar, *forma actului juridic este imperativa* şi ad validitatem autentică, câtă vreme deşi obiectul actului juridic nu este înstrăinarea nemişcătorului, ci un dezmembrământ al dreptului de proprietate asupra acestuia, Titlul X al Legii 247/2005 privind circulaţia juridică a terenurilor, dar mai cu seamă dispoziţiile Legii 7/1996 privind cadastru şi intabularea, (care sub dreptului formal sunt de actualitate), permit intabularea superficiei sub condiţia exclusivistă a formei autentice a formei de constituire.

Teza a doua a alineatului arată că dreptul de superficie se poate obţine şi prin uzucapiune, respectiv prin folosirea cu titlu public şi neprecar a posesiei terenului cu titlu de superficie, adică de folosinţă spre uzul şi exploatarea construcţiei.

Nu în ultimul rând legiuitorul arată că superficia se poate constitui şi prin alte moduri prevăzute de lege sub condiţia naturii autentice a actului, legiuitorul explicitând în următorul alineatul posibilitatea dezmembrării atributelor dreptului de proprietate de către titular la momentul înstrăinării, prin care acesta transmite proprietatea construcţiei unei persoane diferite de dobânditorul terenului (situaţie în care art. 695 alin. 2 arată că structura construcţiei nu poate fi modificată de titularul dreptului de superficie pentru că în această ipoteză proprietarul ar putea să ceară derogatoriu, în termen de 3 ani, încetarea dreptului de superficie, sau mai blând, repunerea în situaţia anterioară), situaţie în care dreptul de superficie se naşte *ope legis, inter vivos* sau *mortis causa,* chiar dacă în actul juridic autentic nu s-a stipulat în mod expres constituirea acestui drept în favoarea noului dobânditor al construcţiei.

Foarte adevărat este că menţionarea acestui beneficiu legal nu este o satisfacţie legală, ci doar o situaţie de compromis menită să acopere un instrumentator al actului juridic

---

[1] I. Sferdian, *Discuţii referitoare la dreptul de superficie*, Dreptul 6/2006, p. 77-79.

[2] Pentru aceeaşi idee a se vedea Sevastian Cercel, *Noul Cod Civil*, p. 751, Ed. CH. Beck, Bucureşti, 2012.

lipsit de diligenţă, pentru că este evident că *în conţinutul acestuia este recomandabil ca părţile să stabilească întinderea dreptului, atât sub aspectul conţinutului său* (reglementarea doar a unui drept de folosinţă sau dimpotrivă a unui drept de dispoziţie în mod liber asupra terenului pe care se află edificată construcţia – suprafaţă construită, cât şi asupra terenului necesar folosirii acesteia, obligatoriu împreună cu dreptul de proprietate asupra construcţiei pentru că este evident că terenul se poate înstrăina sau ipoteca în geneză cu construcţia în favoarea căreia s-a născut acest drept fără a fi necesar acordul proprietarului terenului, în absenţa acestor reglementări exercitarea dreptului de superficie fiind limitată la aria construită a terenului şi la cea necesară exploatării construcţiei – aşa cum dispun prevederile art. 695 cod civil), *cât şi sub aspectul întinderii sale materiale* asupra întregului teren, asupra unei suprafeţe de teren delimitate prin identificări cadastrale supuse formelor de publicitate imobiliară, pentru a preîntâmpina astfel orice dispute ulterioare pe tema conţinutului constituit asupra acestui drept.

La aceste variante se adaugă un mod original de obţinere a superficiei care reprezintă de altfel şi o modalitate indirectă de recunoaştere acestui drept, respectiv prin *renunţarea* în formă autentică sau cu titlu autentic (cum este hotărârea judecătorească), a *proprietarului terenului la dreptul de a invoca accesiunea*, iar această formă nou introdusă şi recunoscută se poate manifesta pe calea cesiunii dreptului de a invoca accesiunea, situaţie care justifică potrivit tezei secunde a alin. 4, dreptul unui terţ de a-şi înscrie superficia.

Prin aceste ultime două alineate se recunoaşte caracterul actului juridic unilateral ca temei al superficiei, este adevărat, *inter vivos,* recunoscut de legiuitor în mod expres.

Înainte de a încheia această geneză trebuie arătat în linia explicaţiei anterioare, potrivit cu care constituirea superficiei se realizează oneros sau gratuit, că, în ipoteza naturii juridice oneroase, părţile sunt libere să stabilească natura juridică a contraprestaţiei superficiarului şi câtimea acesteia, el putând să dea sau să facă ceva, printr-o prestaţie unică sau prestaţie succesivă, liber consimţită de părţi, atât sub aspectul naturii, cât şi a cantităţii şi a modalităţii de executare.

În ipoteza în care instrumentatorul actului a omis o reglementare pe acest aspect fie ca reper al negocierii părţilor, fie ca temei al conduitei instanţei, legiuitorul arată că titularul dreptului de superficie datorează sub forme de rate lunare o sumă egală cu chiria stabilită pe piaţa liberă, având ca repere evaluatorii natura terenului, destinaţia construcţiei, dacă ea există, poziţia de interes geo-socială a terenului, precum şi orice alte criterii de natură a determina contravaloarea folosinţei, rezultat care va putea fi modificat de-a lungul perioadei de constituire a dreptului de superficie, teoretic îndelungată, supusă de regulă unor schimbări evoluţionale ale situaţiilor economice, sociale, topografice, în raport cu momentul constituirii dreptului, care pot justifica modificarea pozitivă sau negativă a contraprestaţiei superficiarului.

Sub aspect temporar dispoziţiile legiuitorului sunt suculente prin aceea că se limitează temporar durata acestui drept la o perioadă de cel mult 99 de ani, drept care, este adevărat, poate fi reînnoit prin aceleaşi condiţii de fond şi de formă, în absenţa unei înţelegeri contrare de reprelungire a dreptului, dreptul de superficie încetând.

De reţinut că dispariţia construcţiei nu conduce la încetarea dreptului de superficie anticipat celor 99 de ani sau termenului inferior acestei durate convenit de către părţi (fiind evident că termenul de 99 ani este termenul maxim permis de lege, părţile putând conveni orice întindere temporară a dreptului până la cuantumul celor 99 de ani), însă pentru continuarea acestui drept părţile trebuie să insereze o stipulaţie expresă convenţională în acest sens, iar din interpretarea per a contrario a prevederilor alin. 4 al art. 695 Cod civil rezultă că în această ipoteză dreptul de folosinţă asupra terenului nu se poate înstrăina sau ipoteca.

Prin reglementarea unei întinderi temporare a dreptului de superficie, întindere lăsată pe de altă parte la latitudinea părţilor, se instituie aşadar o cauză de suspendare a dreptului de a invoca accesiunea imobiliară sub aspectul prescriptibilităţii.

Radierea din Cartea Funciară a acestui drept se va realiza *de iure* la *expirarea termenului,* fără a fi necesară declaraţia autentică a titularului de acord a radierii, simpla menţionare a termenului fiind pe deplin satisfăcătoare, *prin pieirea construcţiei,* dacă avem o clauză contractual stipulată în acest caz, dar şi în *alte cazuri* prevăzute de lege ca sancţiuni de regulă, pentru nerespectarea unei legi sau unei convenţii, dar nu numai[1].

Radierea dreptului de superficie se va realiza în condiţiile cărţii titlului VII Cartea Funciară, care reglementează în capitolele sale acţiunea, modalitatea de radiere a drepturilor afectate de termene şi a condiţiilor de fond şi de formă ale admisibilităţii cererii de radiere cu dispoziţiile Legii 7/1996 privind cadastru şi publicitatea imobiliară.

Dispoziţiile art. 659 sunt extrem de satisfăcătoare reglementării situaţiei juridice a titularului dreptului de proprietate asupra terenului, reglementându-se în primul alineat că în lipsa unei stipulaţii contrare, cum este aceea de reînnoire a superficiei, proprietarul terenului dobândeşte prin accesiune construcţia superficiarului sub condiţia şi cu obligaţia de a achita acestuia valoarea de circulaţie a imobilului la data expirării termenului, valoare care, apreciem noi, poate avea ca reper fie un raport de expertiză, fie Ghidul orientativ pentru valorile proprietăţilor imobiliare expertizat de Uniunea Naţională a Notarilor Publici din România, la care se referă de altfel şi dispoziţiile normelor fiscale, ultimul fiind apreciat de noi ca un argument obiectiv şi general valabil, dar şi mai puţin costisitor părţilor.

O altă soluţie propusă de legiuitor o regăsim în ipoteza valorii superioare a construcţiei în raport cu terenul pe care este edificată construcţia, situaţie în care, proprietarului terenului i se dezvoltă opţiuni, acesta având dreptul de a alege, fie de a-i cere constructorului achiziţionarea terenului la valoarea de circulaţie a unui teren liber de construcţii, deci a unui teren care nu a primit sporul de valoare al unei construcţii, fie de a-i cere constructorului ridicarea construcţiei şi repunerea terenului în situaţia anterioară, toate acestea pe cheltuiala exclusivă a constructorului.

Având în vedere dreptul de dispoziţie asupra terenului deţinut de titularul superficiei, analiza efectelor încetării superficiei trebuie să trateze şi efectele dezmembrămintelor consimţite de superficiar pe parcursul exercitării dreptului care potrivit legii, în lipsa unei convenţii contrare cu titularul dreptului de proprietate asupra terenului, se sting în momentul încetării dreptului de superficie.

Aşadar în această normă legiuitorul nu are în vedere dezmembrămintele create asupra terenului de care dispune cu drept de folosinţă superficiarul.

În ipoteza consolidării în persoana titularului dreptului de superficie al dreptului de proprietate asupra terenului, titularul sus menţionat devine proprietarul deplin al imobilului, teren şi construcţie. Odată cu stingerea dreptului de superficie, în lipsa unor stipulaţii contrare, dezmembrămintele consimţite de superficiar se menţin pe durata constituită, dar nu mai târziu de împlinirea termenului la care termenul de constituire a dreptului de superficie ar expira. Aceeaşi situaţie având-o şi ipotecile născute pe durata existentei superficiei, nu mai puţin adevărat este că această ipoteză ar putea fi raportată şi la situaţia consolidării şi stingerii superficiei în favoarea unu terţ, de exemplu în absenţa unor clauze derogatorii de la norma de bază.

---

[1] În jurisprudenţă se indică exproprierea sau abuzul de folosinţă drept cauze legale de încetare a superficiei, a se vedea Sevastian Cercel, *Noul Cod Civil*, p. 758, Ed. CH. Beck, Bucureşti 2012.

Totodată legiuitorul arată că ipotecile care grevează dreptul de superficie se strămută de drept asupra sumei primite de la proprietarul terenului sau dimpotrivă, se extind de drept asupra terenului, în cazul în care se contopeşte calitatea de superficiar cu cea de proprietar al terenului sau dimpotrivă, se strămută nefericit asupra materialelor rezultate din demolarea construcţiei edificate pe teren. În ipoteza contrară în care grevările ar fi fost generate de proprietarul terenului, acestea rămân grevate terenului, iar dacă dreptul se consolidează superficiarului prin plata unei despăgubiri echivalente valorii de circulaţie a terenului, ele se vor strămuta de drept asupra sumei de bani primită cu titlu de preţ de proprietarul terenului. Scopul aşadar al tuturor acestor posibilităţi este de a proteja interesele creditorilor ipotecari, fie prin menţinerea asiguratorie a garanţiei deja existente asupra nemişcătorului, fie prin asigurarea pe calea subrogaţiei a unor noi asigurări în favoarea acestor creditori garantaţi.

În ipoteza dramatică a pieirii construcţiei, drepturile reale care grevau dreptul de superficie se sting (cu excepţia vreunei situaţii contrare legal reglementate), însă ipotecile născute cu privire la nuda proprietate asupra terenului supravieţuitor construcţiei constituite în perioada şi pe durata superficiei se menţin asupra dreptului cu toate atributele reîntregit.

Aşadar prin consolidare devenind titular asupra întregului imobil, acesta este ţinut să respecte toate dezmembrămintele constituite de superficiar pentru un termen ce nu poate depăşi durate pentru care dreptul de superficie a fost construit.

Apărarea dreptului de superficie de către titularul dreptului căruia îi este periclitat dreptul se poate exercita oricând de către reclamantul superficiar, fiind imprescriptibilă sub aspect extinctiv, apropiindu-se aşadar natura acesteia de natura imprescriptibilă a acţiunii în revendicare imobiliară, chiar dacă dreptul la superficie nu este un drept peren ci limitat temporar, sub forma acţiunii confesorii reale întemeiate pe dreptul real de folosinţă împotriva oricărei persoane care împiedică pe superficiar în exercitarea totală şi netulburată a dreptului său, putând fi exercitată, potrivit legiuitorului, chiar şi împotriva proprietarului terenului chiar şi în lipsa unui raport contractual, dată fiind natura juridică reală a acestui drept.

Aşadar imprescriptibilitatea acţiunii confesorii de superficie priveşte nu doar ipostaza protejării titularului construcţiei deja edificata, cât şi ipoteza în care această construcţie este una viitoare urmând a fi edificată pe terenul beneficiar al dreptului.

Dispoziţiile cu caracter de noutate analizate succint în prezentul studiu trebuiesc interpretate, în ceea ce priveşte aplicabilitatea lor, restrictiv în raport de prevederile art. 68 din Legea de punere în aplicare al codului civil nr. 71/2011 care arătă în aplicarea legii în timp a dispoziţiilor reglementate ca noile dispoziţii legale nu se aplică drepturilor de superficie constituite anterior intrării în vigoare a Codului Civil.

Aşadar, concluzionând, noutăţile aduse acestui prim dezmembrământ al dreptului de proprietate sunt rodul unor evoluţii firesti şi aşteptate a practicii contractuale şi a jurisprudenţei instanţelor din România, fiind un *sine qua non* al unei societăţi evoluate, moderne, dezvoltate economic şi juridic şi ele variază de la natura acestui drept şi al caracterelor juridice profund modificate în raport de tradiţia anterioară (drept real principal imprescriptibil, neperpetuu, deopotrivă gratuit sau oneros, convenţional, jurisprudenţial sau legal constituit, unilateral prin acte *mortis causa* sau prin acte bilaterale *inter vivos* şi nu numai) la întinderea lui sub aspect material, temporar sau topografic până la efectele extrem de flexibile şi de liber negociate de constituitori pentru a se asigura o fidelizare a intereselor părţilor în managementul unui raport juridic real de valorificare a unor drepturi şi interese reciproce.

Obligaţia de non-concurenţă a administratorului în reglementarea legii societăţilor şi a Codului civil

Carmen **TODICĂ**[*]

Abstract: *Deontologia profesională a administratorului precum şi legea societăţilor comerciale îl obligă pe acesta să nu participe la anumite activităţi care vor putea crea suspiciuni şi incertitudini în privinţa persoanei sau prestaţiilor impuse de funcţia exercitată în perioada mandatului. Fidelitatea administratorului faţă de societate presupune obligaţia de non-concurenţă şi de urmărire a intereselor societăţii*[1]*. Aceasta din urmă, ca urmare a modificărilor legislative survenite (prin OUG nr. 82/2007), a fost reglementată în art. 144*[1] *alin. 4 sub forma obligaţiei de loialitate faţă de societate. Potrivit acestei obligaţii „membrii consiliului de administraţie îşi vor exercita mandatul cu loialitate, în interesul societăţii". Deşi textul are în vedere consiliul de administraţie, obligaţia îşi găseşte aplicabilitate şi în cazul directorilor, membrilor directoratului şi consiliului de supraveghere din sistemul dualist de administrare a societăţii pe acţiuni*[2]*, dar şi în privinţa oricărui administrator din orice altă formă de societate. În ceea ce priveşte obligaţia de non concurenţă, ea îşi găseşte o reglementare diferenţiată în corpusul Legii societăţilor.*

Cuvinte cheie: *fidelitate, non concurenta, administrator, demisie, revocabilitate*

1. Consideraţii generale privind sfera de aplicabilitate a obligaţiei de non concurenţă

Încă de la început, se impune precizarea că restricţiile de **concurenţă privesc numai pe administratorii societăţilor pe acţiuni şi cu răspundere limitată, nu şi pe cei ai *societăţilor de persoane*.**

În acest din urmă caz, obligaţia de non-concurenţă incumbă numai asociaţilor nu şi administratorilor şi se concretizează într-o inechitate a legiuitorului, din moment ce art. 7 lit. e din legea nr. 31/1990 permite ca administratorii societăţilor de persoane să fie desemnaţi dintre neasociaţi. **Prin urmare, administratorului neasociat în societăţile de persoane îi este permis să facă un act de concurenţă neloială care în acelaşi timp este ilicit şi sancţionat în societăţile de capitaluri şi cu răspundere limitată**. Astfel, la societăţile de persoane (societatea în nume colectiv şi în comandită simplă), „*asociaţii nu pot lua parte ca asociaţi cu răspundere nelimitată în alte societăţi concurente sau având acelaşi obiect şi nici să facă operaţiuni în contul lor sau al altora, în acelaşi fel de comerţ sau într-unul asemănător, fără consimţământul celor-*

---

[*] Conf. univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea Titu Maiorescu.

[1] Gh. Piperea – *Obligaţiile şi răspunderea administratorilor societăţii comerciale,* Ed. ALL Beck, Bucureşti, 1998, p. 74. În literatura de specialitate a fost analizată şi ca o obligaţie de abţinere a administratorului de la anumite acţiuni sau operaţiuni prevăzute de lege (E. Munteanu – Regimul juridic al societăţilor comerciale pe acţiuni, Ed. All Beck, Bucureşti 2007*., p.* 96; O. Căpăţână – *Societăţile comerciale*, ediţia a II-a, Ed. Lumina Le, Bucureşti, 1998, p. 339-340).

[2] Potrivit art. 152, art. 153^2 alin. 6, şi art. 153^8 alin. 3. care dispun că art. 144^1 se aplică în mod corespunzător.

*lalţi asociaţi"(*art. 82 alin. 1 şi art. 90 din Legea nr. 31/1990). Dacă fără consimţământul celorlalţi asociaţi, asociatul în cauză săvârşeşte operaţiunile vizate, el este pasibil de plata unor despăgubiri societăţii pentru prejudiciul cauzat prin încălcarea obligaţiei de non-concurenţă sau poate fi exclus din societate.

Pe cale de consecinţă**, administratorul asociat al unei astfel de societăţi va răspunde delictual faţă de societate, pentru încălcarea obligaţiei putând fi sancţionat inclusiv cu revocarea din funcţie, în schimb administratorului neasociat nu îi este opozabilă restricţia de non-concurenţă.** Obligaţia de non-concurenţă nu poate fi extinsă prin analogie şi la administratorul neasociat deoarece suntem în prezenţa unei restricţii a capacităţii de folosinţă, iar *exceptio est strictissime interpretationis*.

2. Obligaţia de non concurenţă în reglementarea specifică societăţilor cu răspundere limitată

În ***societatea cu răspundere limitată***, potrivit art. 197 alin. 2 din Legea nr. 31/1990, „*administratorii nu pot primi fără autorizaţia adunării asociaţilor mandatul de administrator în alte societăţi concurente sau având acelaşi obiect de activitate, nici să facă acelaşi fel de comerţ ori altul concurent pe cont propriu sau pe contul altei persoane fizice sau juridice* ***sub sancţiunea revocării şi răspunderii pentru daune.***"

Restricţia impusă administratorului unei societăţi cu răspundere limitată se explică prin aceea că acesta cunoaşte toate operaţiunile şi secretele societăţii, putând să o prejudicieze în măsura în care ar putea folosi aceste informaţii într-o altă societate concurentă sau într-un comerţ asemănător desfăşurat pe cont propriu sau pentru terţe persoane. Raţiunea legii este de a evita conflictul de interese care ar apărea în mod inevitabil între administrator şi societatea pe care o administrează. Administratorul, datorită posibilităţii pe care o are de a se implica în gestiunea societăţii, nu prezintă garanţia că ar putea crea o linie de demarcaţie între interesele celor două societăţi concurente sau între interesele societăţii cu răspundere limitată şi cele ale unui comerciant concurent. Din acest motiv este justificată prudenţa asociaţilor de a stabili interzicerea desfăşurării unor activităţi concurente de către administrator. În caz contrar el ar avea posibilitatea să exercite concurenţă neloială, să deturneze în interes propriu unele oferte făcute societăţii ori să folosească informaţii confidenţiale[1].

Ca efect al interdicţiei instituite de lege, orice asociat sau administrator are dreptul să se asigure că sediul şi mijloacele societăţii sunt corect folosite de către administratori, şi cu atât mai mult de asociatul administrator care deţine cele mai multe părţi sociale. Altfel, răspunderea administratorilor ar fi lipsită de conţinut, datorită imposibilităţii verificării conduitei acestora, iar protecţia asociaţilor faţă de eventualele abuzuri în administrare ar fi iluzorie[2].

---

[1] I. C. Medeleanu – *Discuţii în legătură cu unele cazuri de excludere a asociatului din societatea cu răspundere limitată*, în *Dreptul nr.* 1/2002, p. 92.

[2] *Dec. 73/23 martie 2007, a CA Cluj, secţ. com. şi de cont. adm. şi fiscal*, în R.R.D.A. nr. 6/2007. În speţă, reclamantul BHG a arătat că motivul pentru care pârâţii MAP şi TEE îi refuză accesul în sediul societăţii este că aceştia utilizează utilajele societăţii pentru a produce încălţăminte, tocmai obiectul de activitate al societăţii pârâte SC BTMC SRL. Totodată reclamantul şi cei doi pârâţi persoane fizice sunt administratori ai pârâtei SC BTMC SRL, având fiecare puteri depline. Societatea pârâtă este proprietara imobilului în care se găseşte sediul său şi în care reclamantul caută să obţină acces, o parte din spaţiu fiind închiriată către SC ISTC SRL, firmă care îi are ca asociaţi pe cei doi pârâţi persoane fizice. Cel puţin T.E., care a semnat ca administrator al SC. ISTC SRL la încheierea contractului de închiriere, se găseşte în această situaţie de incompatibilitate, iar o autorizare a adunării

Credem că prohibiţia din art. 197 alin. 2 din Legea nr. 31/1990 este instituită în interesul societăţii, de aceea asociaţii pot renunţa la ea. Textul de lege nu instituie o interdicţie *de plano* cu privire la implicarea administratorilor într-o altă societate concurentă sau având acelaşi obiect de activitate ori de a desfăşura acelaşi fel de comerţ sau altul asemănător, pe cont propriu sau pe contul unor alte persoane. Astfel, existenţa autorizării adunării asociaţilor pentru desfăşurarea actelor enunţate înlătură interdicţia legală. Condiţia autorizării asociaţilor este îndeplinită dacă, la momentul numirii în funcţie, asociaţii aveau cunoştinţă de mandatul administratorului sau de comerţul pe care acesta îl exercita.

Cu titlu de **sancţiune, *administratorul va fi revocat şi va răspunde pentru daunele produse societăţii***[1] atunci când îşi exercită mandatul în societăţi concurente sau având acelaşi obiect de activitate sau practică acelaşi fel de comerţ, personal sau în numele altei persoane, fizice sau juridice, fără autorizarea adunării generale. Prin urmare, în caz de încălcare a prohibiţiei de concurenţă, sancţiunile vizează administratorul culpabil, atât patrimonial cât şi personal.

Sub aspect patrimonial, societatea poate obţine repararea integrală a prejudiciului pe calea acţiunii în răspundere pentru daune. Dreptul de a solicita daune aparţine exclusiv entităţii colective şi nu asociaţilor *ut singuli*, iar despăgubirile vor cuprinde atât pierderea efectivă (*damnum emergens*) cât şi beneficiul nerealizat (*lucrum cessans*)[2]. În această situaţie, termenul de prescripţie extinctivă pentru daunele produse prin concurenţă neloială, săvârşită de administratorul unei societăţi comerciale începe să curgă nu de la data înfiinţării de către acesta a unei societăţi comerciale concurente, ci pe măsura desfăşurării faptelor de concurenţă neloială pentru fiecare activitate cauzatoare de prejudicii, se naşte un termen distinct de prescripţie[3].

Independent de sancţiunea patrimonială, societatea poate decide şi revocarea administratorului. În acest sens, practica a stabilit ca fiind nulă clauza din actul constitutiv prevăzând excluderea din societate a administratorului care comite acte de concurenţă, sancţiunea legală fiind revocarea acestuia[4].

---

generale a asociaţilor SC BTMC SRL care ar fi presupus acordul reclamantului, deţinător a 50% din părţile sociale, nu a fost prezentată.

[1] A se *vedea Dec. nr. 760/1997 a C.S.J., secţ. com.,* în *Dreptul* nr. 2/1998, p. 137 – „*Instanţa de fond a reţinut corect această fraudă fiindcă pârâtul, având şi calitatea de administrator a înfiinţat o nouă societate cu acelaşi obiect, având şi aici calitatea de administrator, deci, o societate concurentă, cu acelaşi fel de comerţ, pe contul altei persoane juridice, situaţie reglementată de art. 145 alin. 2 (devenit în prezent art. 197 alin. 2 – s.n.) din Legea nr. 31/1990,* ***pentru care sancţiunea este revocarea şi răspunderea pentru daune*****".**

[2] *Dec. nr. 3071/17 iunie 2003 a Î.C.C.J., secţ. com.*, în R.D.C. nr. 11/2004, p. 226-228. În speţă, s-a dispus obligarea pârâtei O.O. la plata despăgubirilor şi a dobânzilor bancare aferente, reprezentând daune cauzate de pârâtă prin comerţul concurent prestat în defavoarea SC O. SRL a cărei administrator era, şi în favoarea societăţii p. I. SRL Alba, înfiinţată în acest scop de OA soţul pârâtei.

[3] *Idem*. Instanţa a stabilit că în cauză, determinant pentru naşterea dreptului la acţiune nu este momentul constituirii societăţi comerciale concurente ci desfăşurarea faptelor de concurenţă neloială, care s-a produs în timp, începând cu înfiinţarea societăţii concurente şi pe parcursul activităţii, astfel că acţiunea în daune este în termen, fiind formulată pentru o perioadă de 3 ani anterioară introducerii acţiunii.

[4] *Decizia nr. 811/1995 a CSJ, s.com*., în *Dreptul nr.* 5/1996, p. 126. În speţă reclamanta nu putea invoca o atare clauză drept temei al cererii sale, cu atât mai mult cu cât legea prevede posibilitatea revocării din funcţia de administrator în cazul în care se constată că asociatul cu calitatea de administrator desfăşoară activităţi de comerţ de aceeaşi natură pe cont propriu cu alt comerciant.

3. Obligaţia de non-concurenţă în reglementarea specifică a societăţilor de capitaluri

În ***societăţile pe acţiuni şi implicit în societăţile în comandită pe acţiuni***, obligaţia de non-concurenţă diferă după cum este vorba de directori, respectiv membri ai directoratului, pe de o parte, şi administratori, respectiv membri al consiliului de supraveghere pe de altă parte.

Astfel, cu referire la ***administratorii*** din sistemul unitar, respectiv ***membrii consiliului de supraveghere*** din sistemul dualist de administrare, art. 153^{16} alin. 1 dispune „*o persoană fizică nu poate exercita concomitent cel mult 5 mandate de administrator şi/sau de membru al consiliului de supraveghere în societăţi pe acţiuni al cărui sediu se află pe teritoriul României*". Această prevedere se aplică atât persoanei fizice administrator sau membru al consiliului de supraveghere, cât şi persoanei fizice reprezentant permanent al unei persoane juridice administrator ori membru al consiliului de supraveghere. Interdicţia de non-concurenţă nu se aplică însă în cazul în care cel ales în consiliul de administraţie sau în consiliul de supraveghere este proprietar a cel puţin o pătrime din totalul acţiunilor societăţii sau este membru în consiliul de administraţie ori în consiliul de supraveghere al unei societăţi ce deţine pătrimea respectivă (art. 153^{16} alin. 2).

Cu titlu de sancţiune, conform art. 153^{16} alin. 3, persoana care încalcă interdicţia „*este obligată să demisioneze din funcţiile de membru al consiliului de administraţie sau al consiliului de supraveghere care depăşesc numărul maxim de mandate, în termen de o lună de la data apariţiei situaţiei de incompatibilitate. La expirarea acestei perioade, el* (membrul consiliului de administraţie, respectiv al consiliului de supraveghere), *va pierde mandatul obţinut prin depăşirea numărului legal de mandate, în ordinea cronologică a numirilor, şi va fi obligat la restituirea remuneraţiei şi a altor beneficii primite către societatea în care a exercitat acest mandat. Deliberările şi deciziile la care el a luat parte în exercitarea mandatului respectiv rămân valabile".*

Faţă de redactarea textului de lege (art. 153^{16} alin. 1-3 din Legea nr. 31/1990) se impun câteva **precizări**.

În primul rând, legea interzice deţinerea a mai mult de 5 mandate de administrator[1] şi/sau membru al consiliului de supraveghere în societăţi pe acţiuni al căror sediu se află pe teritoriul României. *Per a contrario*, rezultă că interdicţia nu operează în cazul în care funcţiile sunt deţinute în societăţi cu sediul în străinătate. Astfel, se permite ca o persoană să deţină mai mult de 5 mandate de administrator/membru al consiliului de supraveghere în societăţi cu sediul în străinătate, fără ca acest fapt să intre sub incidenţa art. 153^{16} alin. 1.

În al doilea rând, în ipoteza în care se încalcă interdicţia de non-concurenţă, (astfel cum rezultă expres din text) **sancţiunea nu este nulitatea deliberărilor** şi deciziilor luate în exercitarea mandatului ce depăşeşte numărul maxim permis de lege. Soluţia este pe deplin justificată[2], cu atât mai mult cu cât atât organele de conducere ale socie-

---

[1] În veche reglementare a art. 145 alin. 1, abrogat prin Legea nr. 441/2006, „nimeni nu poate funcţiona în mai mult de trei consilii de administraţie concomitent", printr-o interpretare *per a contrario* **se admitea ca o persoană să poată avea calitatea de administrator unic în mai mult de trei societăţi**, fără ca acest fapt să intre sub incidenţa art. 145 alin. 1. O astfel de interpretare în realitate nu era conformă cu intenţia legiuitorului care a urmărit o limitare a calităţii de administrator în general şi nu a calităţii de membru în consiliul de administraţie, fapt ce justifică formularea actuală a textului ce interzice exercitarea concomitentă a mai mult de 5 mandate de administrator.

[2] G.T. Nicolescu – *Administrarea societăţilor comerciale pe acţiuni potrivit noilor reglementări legale*, în C.J. nr. 1/2007, p. 86.

tăţii, dar şi terţii, s-au întemeiat cu bună credinţă pe calitatea de administrator a persoanei în cauză, neştiind şi neputând şti că aceasta încalcă o interdicţie expresă a legii.

În acest caz, cu titlu de sancţiune, **administratorul**/membrul consiliului de supraveghere **este obligat la restituirea remuneraţiei şi a altor beneficii primite**, societăţii în care a exercitat mandatul respectiv. Sub acest aspect, reglementarea conţine un element de noutate. Spre deosebire de prevederile anterioare modificărilor survenite prin Legea nr. 441/2006, care obligau administratorul la plata remuneraţiei încasate cu depăşirea numărului legal de mandate către stat[1], în varianta actuală a legii, administratorul/membrul consiliului de supraveghere restituie aceste sume către societate. Primind remuneraţia şi beneficiile de la aceasta, era şi firesc ca, în cazul în care pierdea calitatea de administrator, cu titlu de sancţiune pentru depăşirea numărului de mandate, aceste sume să fie restituite societăţii în care a exercitat mandatul ce depăşea numărul legal.

În situaţia în care remuneraţia şi beneficiile nu sunt restituite benevol, se poate solicita restituirea printr-o acţiune în justiţie[2]. Deşi în prezent legea nu mai precizează cine este titularul acţiunii[3], având în vedere raţiunea instituirii interdicţiei, calitatea procesuală activă aparţine societăţii comerciale în care a fost exercitat mandatul cu încălcarea dispoziţiilor legale. Societatea urmează a fi reprezentată în justiţie de către orice acţionar, în ipoteza în care cel în culpă funcţionează ca administrator /membru al consiliului de administraţie (în sistemul unitar de administrare), respectiv de către Directorat, dacă cel în cauză este membru al consiliului de supraveghere (în sistemul dualist de administrare).

Separat de această sancţiune pecuniară, legea prevede şi sancţiuni nepatrimoniale specifice. Astfel, persoana în cauză este obligată să demisioneze din funcţia de membru al consiliului de administraţie/supraveghere ce depăşeşte numărul maxim de mandate. Deşi textul utilizează noţiunea de demisie, având în vedere că administratorul nu are calitatea de salariat, credem, că, în realitate, este vorba de o renunţare la mandat. În măsura în care nu se renunţă benevol la mandat în termen de o lună de la data apariţiei situaţiei de incompatibilitate, după expirarea acestei perioade, administratorul va pierde de drept mandatul obţinut prin depăşirea numărului legal de mandate.

Astfel, în mod cu totul eronat, art. 135^{16} alin. 3, teza I, prevede obligaţia persoanei care încalcă interdicţia deţinerii numărului maxim de mandate, de a *demisiona* din funcţia de membru al consiliul de administraţie sau al consiliului de supraveghere. În înţelesul Codului muncii, respectiv art. 79 alin. 1, demisia este „actul *unilateral* de voinţă a *salariatului* care, printr-o notificare scrisă, comunică angajatorului încetarea con-

---

[1] Potrivit art. 145 alin. 3 teza a II-a din reglementarea anterioară a Legii nr. 31/1990, „*acela care nu va respecta dispoziţia de mai sus* (a interzicerii de a funcţiona în mai mult de 3 consilii de administraţie s. n.) […] *va fi condamnat, în folosul statului, la plata remuneraţiei şi a celorlalte beneficii ce i se cuvin, cât şi la restituirea sumelor încasate*". Astfel, se instituia o amendă civilă al cărui cuantum varia de la caz la caz în funcţie de remuneraţia şi celelalte beneficii ce i se cuveneau pentru perioade cât ar fi exercitat funcţia de administrator prin încălcarea interdicţiei.

[2] În reglementarea anterioară a art. 145 alin. 3, sancţiunea aplicabilă era condamnarea administratorului în folosul statului, la plata remuneraţiei şi acelorlalte beneficii ce i se cuveneau. Soluţia condamnării la plata în folosul statului, ca sancţiune civilă, nu era pe deplin justificată. De cele mai multe ori, cea păgubită printr-o asemenea atitudine era însăşi societatea. Din moment ce societatea era cea care a plătit avantajele şi remuneraţia administratorului, decăzut de drept din această calitate era inechitabil să fie prejudiciată pe lângă activitatea de concurenţă exercitată de administrator şi prin pierderea acestor sume.

[3] Potrivit art. 145 alin. 4 din reglementarea anterioară, „*acţiunea împotriva administratorilor va putea fi exercitată de către orice acţionar sau de Ministerul Finanţelor Publice*".

tractului individual de muncă, după împlinirea unui termen de preaviz". Astfel, demisia este un act unilateral de voinţă, şi nu o obligaţie legală a salariatului de a înceta contractul individual de muncă. Privită în acest mod, obligaţia de a demisiona din funcţia de administrator sau membru al consiliului de supraveghere poate fi calificată drept „inadvertenţă legislativă". Aceasta deoarece administratorul societăţii pe acţiuni în sistemul unitar de administrare şi respectiv membrul consiliului de supraveghere în sistemul dualist de administrare, nu pot avea calitatea de salariat, iar raporturile cu societatea administrată sunt raporturi de mandat şi nu cele specifice contractului de muncă[1].

***De lege ferenda*, credem a fi mai adecvată o formulare a art. 153[16] alin. 3, teza I, în sensul că „*persoana care încalcă prevederile prezentului articol este obligată să renunţe* (în loc de „să demisioneze") din funcţiile de membru al consiliul de administraţie sau al consiliului de supraveghere, în termen de o lună de la data apariţiei situaţiei de incompatibilitate". Totodată, raportat la dispoziţia legală subsecventă potrivit căreia „la expirarea acestei perioade, el va pierde mandatul obţinut prin depăşirea numărului legal de mandate, în ordinea cronologică a numirilor", considerăm că şi în acest caz, sintagma de „pierdere a mandatului" este impropriu utilizată, aceasta deoarece un mandat odată conferit, poate fi eventual revocat în condiţiile legii, dar nu „pierdut".**

În ceea ce priveşte revocabilitatea administratorilor, aceasta este consecinţa firească a concepţiei contractuale a funcţiei deţinute. Astfel, asimilarea administratorului cu un mandatar, justifică pe deplin revocabilitatea *ad nutum* a mandatului conferit acestora. Competenţa revocării administratorilor /membrilor consiliului de supraveghere aparţine, potrivit art. 111 alin. 2 lit. b), adunării generale ordinare a acţionarilor, iar hotărârea va fi luată în condiţii de cvorum şi majoritate prevăzute de lege pentru adunarea generală ordinară, cu îndeplinirea condiţiilor de publicitate prevăzute pentru valabilitatea ţinerii acestei adunări. **Ţinând cont de procedura complexă a revocării mandatului de administrator, dispoziţiile art. 135[16] alin. 3 au în vedere nu o „pierdere a mandatului" în sensul de revocare a acestuia, ci o *pierdere de drept* a calităţii de administrator/ membru al consiliului de supraveghere, ceea ce exclude o hotărâre a adunării generale ordinare în acest sens. Pentru aceste considerente, apreciem că formularea conţinută în reglementarea anterioară (fostul art. 145 alin. 5) era mai potrivită, respectiv „acela care nu va respecta dispoziţiile de mai sus va *pierde de drept* calitatea sa de administrator, obţinută prin depăşirea numărului legal, în ordinea cronologică a numirilor…".**

În al treilea rând, corelativ obligaţiei de non-concurenţă, persoana nominalizată pentru ocuparea funcţiei de administrator, respectiv membru al consiliului de supraveghere, are şi obligaţia de a încunoştinţa organul societăţii însărcinat cu numirea sa (în speţă, adunarea generală ordinară) despre o eventuală situaţie de concurenţă, potrivit art. 153[17] din lege[2].

---

[1] În plus, chiar legea societăţilor interzice expres cumulul calităţii de administrator /membru al consiliului de supraveghere cu cea ce salariat. Potrivit art. 137 alin. 3, *„pe durata îndeplinirii mandatului, administratorii nu pot încheia cu societatea un contract de muncă*". În cazul în care administratorii au fost desemnaţi dintre salariaţii societăţii, contractul individual de muncă este suspendat pe perioada mandatului. În mod similar, art. 153[8] alin. 1, dispune în privinţa membrilor consiliului de supraveghere că „*ei nu pot cumula calitatea de membru în consiliul de supraveghere cu cea de salariat al societăţii*".

[2] Potrivit ar. 153[17] "*înainte de a fi numită director sau administrator, respective membru al directoratului sau al consiliului de supraveghere într-o societate pe acţiuni, persoana nominalizată va*

Pentru neîndeplinirea atât a obligaţiei de non-concurenţă cât şi a obligaţiei de încunoştinţare, administratorii/ membrii consiliului de supraveghere răspund delictual faţă de societate, potrivit art. 73 lit. e) din lege (stricta îndeplinire a îndatoririlor legale). Deşi legea nu prevede, acţiunea împotriva administratorului poate fi exercitată de societatea comercială. Astfel, **societatea beneficiază de o acţiune în răspundere delictuală împotriva administratorului pentru prejudiciul cauzat atât prin nerespectarea interdicţiei legale cât şi prin atitudinea dolosivă (dol prin reticenţă)** cu care a captat voinţa adunării generale ordinare pentru a fi numit administrator/membru al consiliului de supraveghere.

În al patrulea rând, restricţia referitoare la administratori/membrii consiliului de supraveghere se aplică indiferent dacă societăţile vizate sunt, sau nu, concurente cu societatea unde administratorul îşi exercită atribuţiile şi indiferent de existenţa unei decizii contrare a consiliului de administraţie/supraveghere sau a adunării generale a acţionarilor.

4. Obligaţia de non concurenţă a directorilor şi membrilor directoratului

În ceea ce priveşte ***directorii*** unei societăţi pe acţiuni, în sistem unitar*, şi* ***membrii directoratului***, în sistemul dualist, potrivit art. 153^{15} din lege, aceştia „*nu vor putea fi, fără autorizarea consiliului de administraţie, respectiv a consiliului de supraveghere, directori, administratori, membrii ai directoratului ori ai consiliului de supraveghere, cenzori sau, după caz, auditori interni ori asociaţi cu răspundere nelimitată, în alte societăţi concurente sau având acelaşi obiect, nici nu pot exercita acelaşi comerţ sau altul concurent, pe cont propriu sau al altei persoane,* ***sub pedeapsa revocării şi răspunderii pentru daune***”.

În primul rând în virtutea obligaţiei de non - concurenţă *se interzice cumulul de funcţii în alte societăţi concurente sau având acelaşi obiect de activitate*. Observăm că restricţiile[1] referitoare la directori şi membrii directoratului sunt mai accentuate, pe lângă funcţia de directori, administratori, membri ai organelor colective de administrare, aceştia neputând fi nici cenzori/auditori interni, nici asociaţi cu răspundere nelimitată la alte societăţi concurente sau având acelaşi obiect de activitate. Prin această reglementare s-a urmărit limitarea cumulului calităţii de director, respectiv membru al directoratului cu alte funcţii în societăţi concurente, tocmai pentru a se asigura respectarea obligaţiei de fidelitate faţă de societatea pe care o reprezintă. Soluţia este logică, din moment ce directorii, respectiv membrii directoratului sunt cei care exercită conducerea operativă a societăţii, având nevoie de suficient timp pentru a îşi îndeplini atribuţiile.

Interdicţia de non-concurenţă nu se aplică dacă nu este vorba de un comerţ concurent sau o societate concurentă având acelaşi obiect de activitate precum şi în situaţia în care operaţiunile de concurenţă vizate sunt autorizate de consiliul de administraţie,

---

informa organul societăţii însărcinat cu numirea sa cu privire la orice aspecte relevante din perspectiva art. 153^{15} şi art. 153^{16}”.

[1] Textul de lege, reglementând o concurenţă indirectă, instituie două restricţii distincte. Astfel, se interzice participarea ca organe de gestiune şi control (în calitate de administrator, director, membru al directoratului şi al consiliului de supraveghere sau cenzor ori auditor) în orice societate concurentă, precum şi asumarea calităţii de simplu asociat cu răspundere nelimitată, deci independent de exercitarea funcţiilor de gestiune şi control în cadrul unei societăţi concurente, în nume colectiv, în comandită simplă sau pe acţiuni – A se vedea O. Căpăţână – Dreptul concurenţei neloiale, Ed. Lumina Lex, 1998, *p.* 304-305.

respectiv de consiliul de supraveghere. Deşi textul nu prevede condiţii speciale în privinţa modalităţii de autorizare, aceasta nu poate îmbrăca altă formă decât cea a deciziei, având în vedere că atât consiliu de administraţie, cât şi consiliul de supraveghere îşi exprimă voinţa prin acest tip de act. Decizia de autorizare trebuie îşi adoptată în condiţiile de cvorum şi majoritate prevăzute de lege (art. 153^{20}).

Autorizarea de a deţine alte funcţii în societăţi concurente sau având acelaşi obiect de activitate nu poate fi generică, ci trebuie să prevadă în mod expres situaţia concretă în care se aplică (pentru o anumită societate expres nominalizată, sau pentru un anumit tip de comerţ). Totodată ea poate fi limitată la o anumită categorie de acte sau operaţiuni pe care directorul sau membrul directoratului le poate desfăşura în societatea concurentă.

În al doilea rând, prohibiţia de non-concurenţă, în concepţia Legii nr. 31/1991, are în vedere şi *acte de comerţ ce prezintă analogie cu profilul de activitate al societăţii prejudiciate* prin actul de concurenţă săvârşit de director/membrul directoratului. Prin urmare aceştia nu pot exercita acelaşi fel de comerţ sau altul concurent, pe cont propriu sau al altei persoane. Criteriile utilizate pentru constatarea similitudinilor dintre societăţi fiind complexe, au dat naştere în doctrină unor divergenţe de opinii. Deosebim astfel un punct de vedere necondiţionat (formalist) şi unul condiţionat (finalist).

Teza necondiţionată consideră că există concurenţă dacă directorul/membrul directoratului săvârşeşte personal sau participă la societăţi comerciale care încheie operaţiuni enumerate în actul constitutiv al societăţii lezate, aceasta indiferent dacă societatea exercită în fapt numai unele din activităţile ce formează obiectul statutar.

Teza condiţionată porneşte de la criterii opuse, având în vedere realizarea actului de comerţ. **Opinia, pe care o împărtăşim, acordă întâietatea activităţii desfăşurate în concret de societatea prejudiciată, independent de conţinutul mai extins al actului constitutiv[1]. Credem că o societate are acelaşi obiect de activitate cu o alta sau o persoană desfăşoară un „comerţ identic" sau asemănător cu o altă persoană nu datorită similitudinilor prevederilor din actul constitutiv ci datorită exercitării de către societăţi, respectiv persoane, în acelaşi moment, a aceloraşi activităţi. Astfel, pentru existenţa obligaţiei de non-concurenţă se impune ca societăţile sau comercianţii să se afle într-un raport de concurenţă.**

În al treilea rând, corelativ obligaţiei analizate, legea (art. 153^{17}) impune ca înainte de a fi numită director/membru al directoratului, persoana în cauză să informeze organul ce face numirea (în speţă consiliul de administraţie, respectiv consiliul de supraveghere), cu privire la eventualele situaţii de concurenţă, în caz contrar fiind răspunzătoare pentru dol prin reticenţă.

În ipoteza în care directorul/membrul directoratului încalcă obligaţia de non-concurenţă (deţine fără autorizarea consiliului de administraţie/supraveghere alte funcţii în alte societăţi concurente sau având acelaşi obiect de activitate ori exercită acelaşi comerţ sau altul concurent, cu al societăţii), precum şi în situaţia în care nu comunică organului însărcinat cu numirea sa eventuala situaţie de concurenţă, **legea prevede drept sancţiune revocarea şi angajarea răspunderii acestuia pentru daune**. Astfel, în practică s-a decis că, în cazul încheierii unui contract cu încălcarea obligaţiei de non-concurenţă, sancţiunea o constituie revocarea şi răspunderea pentru daune a persoanelor vinovate şi nu nulitatea contractului [2].

---

[1] O. Căpăţână – *op. cit.*, p. 295-296.

[2] *Dec. nr. 3099/2003 a C.S.J., secţ. com.*, în B.J. (*În cazul încheierii unui contract de prestări servicii în condiţiile încălcării dispoziţiilor art. 145 alin. 5 din Legea nr. 31/1990, republicată,*

5. Concluzii

Astfel cum prevede art. 73 din lege, administratorii sunt solidar răspunzători faţă de societate, între altele, pentru stricta îndeplinire a îndatoririlor pe care legea le impune, iar din moment ce obligaţia de fidelitate (deci inclusiv cu componenta sa obligaţia de non-concurenţă) este una legală, nerespectarea ei atrage răspunderea delictuală pentru prejudiciile cauzate societăţii. **Sub aspect patrimonial, societatea poate obţine repararea integrală a prejudiciului printr-o acţiune în despăgubiri. Independent de sancţiunea patrimonială societatea este îndreptăţită să-l revoce pe administrator (sancţiune nepatrimonială).**

Complexitatea obligaţiei de fidelitate face ca încălcarea ei să fie sancţionată şi din punct de vedere penal de Legea nr. 31/1990, în afară de răspunderea patrimonială a administratorului şi de revocarea sa din funcţie**.**

Fiind vorba de încălcarea unei obligaţii legale (art. 73 lit. e), acţiunea în despăgubiri exercitată de societate împotriva directorului/membrului directoratului în caz de nerespectare a obligaţiei de non - concurenţă este o acţiune în răspundere civilă delictuală, guvernată de prevederile art. 1.357 Noul Cod civil. Dovada ocupării funcţiei de director, respectiv de membru al directoratului în alte societăţi concurente sau având acelaşi obiect de activitate se face cu înscrisuri (copie a actului constitutiv, decizia de numire în funcţie a consiliului de administraţie sau a consiliului de supraveghere, certificat constatator eliberat de oficiul registrului comerţului). În schimb, efectuarea de operaţiuni de comerţ similare sau concurente, fiind o împrejurare de fapt, poate fi dovedită cu orice mijloc de probă.

Referinţe

1. **Căpăţână, O.** – *Dreptul concurenţei neloiale,* Ed. Lumina Lex, 1998

2. **Căpăţână, O.** – *Societăţile comerciale*¸ ediţia a II a, Ed. Lumina Lex, Bucureşti 1998.,

3. **Piperea Gh.** – *Obligaţiile şi răspunderea administratorilor societăţii comerciale,* Ed. ALL Beck, Bucureşti, 1998

4. **Medeleanu I.C.** – *Discuţii în legătură cu unele cazuri de excludere a asociatului din societatea cu răspundere limitată*, în *Dreptul* nr. 1/2002

5. **Munteanu E.** – Regimul juridic al societăţilor comerciale pe acţiuni, Ed. All Beck, Bucureşti 2007,

6. **Nicolescu G.T.** – *Administrarea societăţilor comerciale pe acţiuni potrivit noilor reglementări legale*, în C.J. nr.1/2007

---

sancţiunea o constituie revocarea şi răspunderea pentru daune a persoanelor vinovate şi nu nulitatea contractului). Reglementarea conţinută în fostul art. 145 alin. 5 din lege se regăseşte în prezent în dispoziţiile art. 153[15].

Politica legislativă în domeniul concurenței. Noi perspective în reglementarea națională şi europeană

Diana ***UNGUREANU****

Abstract: *Aşa cum Neelie Kroes, comisarul european pentru concurenţă, recunoştea într-un discurs public, atât consumatorii, cât şi comercianţii pierd în fiecare an milioane de euro ca urmare a încălcării regulilor de concurenţă. Aceşti particulari au dreptul la un sistem eficient care să completeze aplicarea de către autorităţile publice a politicii de concurenţă.*

Facilitarea introducerii acţiunilor în daune pentru încălcarea regulilor de concurenţă nu doar că va consolida aplicare politicii de concurenţă, dar va face mai accesibilă pentru consumatorii şi comercianţii care au suferit pierderi ca urmare a încălcării regulilor de concurenţă posibilitatea acoperii acestora.

Comisia Europeană a analizat condiţiile în care părţile pot introduce acţiuni în despăgubire înaintea instanţelor statelor membre pentru încălcarea regulilor de concurenţă.

În majoritatea statelor membre, acţiunile în daune sunt extrem de limitate, politica de concurenţă fiind aplicată în principal de autorităţile de concurenţă.

În decembrie 2005, Comisia Europeană a publicat o carte verde şi un document de lucru privind acţiunile în despăgubire pentru încălcări ale regulilor comunitare de concurenţă.

În aprilie 2008 a fost adoptată cartea albă privind acţiunile în despăgubire pentru încălcări ale regulilor comunitare de concurenţă, având ca scop obţinerea în fiecare stat membru unei protecţii eficiente minimă a dreptului la despăgubiri al persoanelor prejudiciate în temeiul articolelor 101 TFUE şi 102 TFUE, precum şi condiţii de egalitate şi o mai mare securitate juridică în cadrul Uniunii Europene.

Cuvinte cheie: *dreptul european al concurenţei; aplicarea privată a dreptului european al concurenţei; acţiuni în daune; Cartea verde privind acţiunile în despăgubire pentru încălcări ale regulilor comunitare de concurenţă; Cartea albă privind acţiunile în despăgubire pentru încălcări ale regulilor comunitare de concurenţă*

1. Aplicarea privată a normelor comunitare de concurenţă – noţiune şi justificare

Prejudiciile cauzate prin practici anticoncurenţiale (fixarea preţurilor, înţelegeri de împărţire a pieţei etc.) pot fi imense, ridicându-se la miliarde de euro în fiecare an. De exemplu, în Franţa, un cartel al operatorilor de telefonie mobilă de împărţire a pieţei a cauzat consumatorilor, în perioada 2000-2002, un prejudiciu cuprins între 295-590 milioane euro. În Marea Britanie, o înţelegere de creştere a preţurilor între marile

* Lector univ.dr., Universitatea Creştină Dimitrie Cantemir, Judecător, Curtea de Apel Piteşti, Formator, Institutul Naţional al Magistraturii.

supermarketuri şi producătorii de lapte a costat consumatorii, într-o perioadă de 2 ani, circa 375 milioane euro. În Olanda, un cartel al producătorilor de bere a provocat consumatorilor o pierdere cauzată de creşterea preţurilor de aproape 400 milioane Euro din 1996-1999[1].

Un studiu de impact realizat de Comisia Europeană a arătat că anual costurile directe ale consumatorilor şi altor victime ajung de la aproximativ 13 miliarde euro la peste 37 miliarde euro, reprezentând prejudiciul rezultat din obligarea consumatorilor şi altor victime la o plată mai mare ca urmare a comportamentului ilegal al participanţilor la cartel (en. „*overcharges*"), cât şi din beneficiile economice nerealizate de consumatori şi alte victime care nu au cumpărat ori care au cumpărat o cantitate mai mică, în urma creşterii preţurilor[2].

Cu toate acestea, lipsesc aproape cu desăvârşire acţiunile în despăgubiri pentru cazurile de încălcare a normelor comunitare antitrust. Amenzile aplicate de Comisia Europeană sau de autorităţile naţionale de concurenţă nu se întorc la cel care a suferit prejudiciul, ele având doar un scop sancţionator şi de prevenire, nu şi o funcţie reparatorie[3].

În august 2004, un raport comparativ, cunoscut ca „*Raportul Arshurst*"[4], identifica aproximativ 60 de astfel de cauze soluţionate, dintre care 12 în aplicarea dreptului comunitar, 32 în aplicarea dreptului naţional şi 6 în aplicarea ambelor. Dintre acestea, în aproximativ 28 victimele obţinuseră daune, 8 în temeiul dreptului comunitar, 16 în temeiul dreptului naţional şi 4 în temeiul ambelor[5].

Aşa cum sublinia Neelie Kroes, comisar responsabil cu politicile concurenţiale, „fiecare cetăţean are dreptul de a fi beneficiarul unui mediu economic bazat pe o concurenţă efectivă. Atunci când aceste reguli nu sunt respectate, persoanele fizice şi juridice ar trebui să poată cere despăgubiri"[6].

Acelaşi imperativ a fost exprimat de Curtea de la Luxemburg în cauza C-453/99[7], în care domnul Crehan, un berar, chemat în judecată pentru neachitarea unor facturi pentru berea livrată, a invocat în favoarea sa faptul că a fost parte a unui acord anticoncurenţial prin care i se impusese o obligaţie de cumpărare a unei cantităţi lunare de bere la un anumit preţ (vânzare forţată), solicitând constatarea nulităţii acestui contract, dar şi despăgubiri.

Curtea de la Luxemburg a statuat că: „aplicarea efectivă a articolului 81 din tratat şi, în particular, efectul direct al interdicţiei stabilite la articolul 81 alineatul (1) ar fi puse

---

[1] Aceste date sunt disponibile în studiul de impact publicat la adresa http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/impact_report.pdf.

[2] Un studiu recent cu privire la cuantificarea acestor daune este disponibil la adresa http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_study.pdf.

[3] Pentru o paralelă între aplicarea publică şi aplicarea privată a dreptului comunitar al concurenţei, a se vedea K. Holmes, Public Enforcement or Private Enforcement? Enforcement of Competition Law in the EC and UK, în European Competition Law Review, 2004, 25 (1), p. 25-36.

[4] La adresa http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/comparative_report_clean_en.pdf.

[5] Pentru un exemplu de astfel de cauză a se vedea P. Gonzales-Espejo, C. Fernandez, Actions for Damages based on Community Competition Law: New Case Law on Direct Applicability of Articles 81 and 82 by Spanish Civil Courts, în European Competition Law Review, 2002, 23 (4), p.163-171.

[6] N. Kroes, *More Private Antitrust Enforcement through Better Access to Damages: An Invitation for an Open Debate*, în *Era Forum*, 1/2006, p. 13, www.era.int/damagesactions/documentation.

[7] Cauza Courage/Crehan, C-453/99, ECR [2001], p. I-6297, pct. 26; pentru o prezentare detaliată a acestei cauze a se vedea A. Andreangeli, Courage Ltd v. Crehan and the Enforcement of Article 81 Before the National Courts, în European Competition Law Review, 2004, 25 (12), p. 758-764.

în pericol dacă acest text nu ar deschide oricărui particular calea unei acţiuni în daune pentru prejudiciul suferit ca urmare a unui contract sau a unei conduite de natură a restrânge sau denatura concurenţa"[1].

„Instanţele naţionale au un rol esenţial în aplicarea regulilor comunitare de concurenţă. Atunci când statuează asupra litigiilor între particulari, ele protejează drepturile subiective în acord cu dreptul comunitar, spre exemplu acordând despăgubiri victimelor încălcării".

Instanţele naţionale sunt obligate, în principiu, aplicând dreptul comunitar, să acorde despăgubiri pentru prejudiciile suferite ca efect al încălcării unei reguli direct aplicabile de concurenţă prevăzute în Tratatul CE[2].

Aceasta este ideea care a determinat Comisia Europeană să întreprindă demersuri pentru facilitarea aplicării regulilor de concurenţă între particulari (en. „*private enforcement*"), demersuri având ca scop declarat facilitarea acţiunilor în daune ale particularilor în faţa instanţelor naţionale pentru încălcări ale dreptului comunitar al concurenţei.

2. De la cartea verde la cartea albă privind acţiunile în despăgubire pentru încălcări ale regulilor comunitare de concurenţă

Studiul comparativ efectuat la solicitarea Comisiei Europene în august 2004 constata că în Europa aplicarea privată a regulilor comunitare de concurenţă prin intermediul acţiunilor în despăgubiri este slab dezvoltată, iar victimele întâlnesc obstacole substanţiale atunci când încearcă să obţină daune în instanţă pentru încălcări ale acestor reguli.

Regulile şi procedurile care reglementează răspunderea civilă în faţa instanţelor naţionale sunt inadecvate pentru despăgubirea efectivă a persoanelor prejudiciate de încălcările dreptului concurenţei.

Mecanismele juridice tradiţionale nu sunt foarte eficiente în contextul specific al acţiunilor în despăgubiri pentru prejudicii cauzate ca urmare a încălcării regulilor de concurenţă.

Potrivit sistemelor de drept europene actuale, este foarte dificil să se exercite dreptul la despăgubiri şi foarte puţine victime primesc reparaţii[3].

Autorităţile din domeniul concurenţei au competenţe şi resurse limitate pentru a sancţiona numeroasele încălcări ale dreptului concurenţei cu care sunt confruntate. Aplicarea de către autorităţile naţionale de concurenţă a regulilor de concurenţă (en. „*public enforcement*"), prin care se sancţionează încălcările regulilor de concurenţă, trebuie dublată obligatoriu de o aplicare eficientă a aceloraşi reguli de către instanţele naţionale chemate să soluţioneze litigiile prin care victimele încălcărilor regulilor de concurenţă pot obţine despăgubiri pentru prejudiciile create (en. „*private enforcement*")[4].

Aşa cum sublinia încă din 2006 Neelie Kroes, „munca diligentă a Comisiei şi a statelor membre în aplicarea tratatului nu este un substitut pentru vigilenţa particularilor în protejarea drepturilor lor […] Nicio persoană vătămată printr-o acţiune ilegală n-ar

---

[1] Cauza Courage/Crehan, cit. supra, pct. 26.

[2] Concluziile avocatului general Van Gerven, C-128/92, Banks/British Coal, ECR [1994], p. I-1209.

[3] Pentru o comparaţie cu sistemul american a se vedea B. J. Rodger, *Private Enforcement and the Entreprise Act: An Exemplary System of Awarding Damages*, în European Competition Law Review, 2003, 24 (3), p. 103-113.

[4] În acest sens, a se vedea G. V. S. McCurdy, *The Impact of Modernisation of the EU Competition Law System on the Courts and Private Enforcement of the Competition Laws: A Comparative Perspective*, în European Competition Law Review, 2004, 25 (8), p. 509-510.

trebui să aştepte ca o autoritate publică să intervină. Ar trebui ca aceştia să poată să-şi apere singuri drepturile”[1].

În ultimii ani a devenit tot mai clar că eficienţa articolelor articolelor 101 TFUE şi 102 TFUE este ameninţată, în absenţa unui mecanism prin care victimele să obţină reparaţii.

Cazurile de concurenţă necesită o analiză factuală şi economică foarte complexă, de multe ori probele cruciale fiind inaccesibile sau ascunse de către pârâţi, ceea ce creează pentru reclamanţi o balanţă nefavorabilă între risc şi despăgubiri, iar cei mai afectaţi sunt consumatorii şi întreprinderile mici şi mijlocii.

Cea mai eficientă cale de realizare a acestor obiective referitoare la acţiunile în despăgubire constă în combinarea măsurilor la nivel comunitar şi naţional.

În acest sens, în decembrie 2005, Comisia Europeană a publicat o carte verde[2] şi un document de lucru privind acţiunile în despăgubire pentru încălcări ale regulilor comunitare de concurenţă[3].

Calificată ca o „invitaţie deschisă”[4], cartea verde privind acţiunile în despăgubire, un document de discuţie prin care Comisia Europeană a urmărit identificarea obstacolelor în calea unui sistem eficient al acţiunilor în despăgubire şi a propus diferite opţiuni referitoare la înlăturarea acestora, în vederea creării unui sistem eficient de aplicare privată în Comunitate, a constituit fundamentul pe care Comisia a pregătit, iar în decembrie 2006 a publicat un studiu de impact pentru elaborarea cărţii albe, în care au fost prezentate posibile măsuri de adoptat de către sistemele juridice naţionale[5].

În aprilie 2007, Parlamentul European a solicitat Comisiei Europene să elaboreze o carte albă, în care să prezinte propuneri detaliate pentru facilitarea exercitării acţiunilor în despăgubire, în vederea creării unui cadru adecvat şi eficient în vederea aplicării private a regulilor de concurenţă; în acest sens în decembrie 2007 s-a publicat studiul de impact privind cartea albă referitoare la acţiunile în despăgubire.

În aprilie 2008 a fost adoptată cartea albă privind acţiunile în despăgubire pentru încălcări ale regulilor comunitare de concurenţă, având ca scop obţinerea în fiecare stat membru unei protecţii eficiente minimă a dreptului la despăgubiri al persoanelor prejudiciate în temeiul articolelor 101 TFUE şi 102 TFUE, precum şi condiţii de egalitate şi o mai mare securitate juridică în cadrul Uniunii Europene.

Opţiunile de politică generală prezentate în cartea albă urmăreau ameliorarea condiţiilor juridice privind exercitarea acţiunilor în despăgubire, principiile directoare absolute fiind despăgubirea integrală şi aplicarea eficientă a normelor în materia concurenţei de către Comisie şi autorităţile naţionale din domeniul concurenţei.

---

[1] N. Kroes, *More Private Antitrust Enforcement through Better Access to Damages: An Invitation for an open Debate, op. cit.,* p.10-11.

[2] Informaţii detaliate despre acest document pot fi obţinute la adresa http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/actions_for_damages/gp.html.

[3] A se vedea şi discursul lui Mario Monti, comisarul european pentru concurenţă, Private Litigation as a a key complement to public enforcement of competition rulesc and the first conclusions on the implementation of the new Merger Regulation, Fiesole, 17 septembrie 2004.

[4] N. Kroes, *More Private Antitrust Enforcement through Better Access to Damages: An Invitation for an open Debate, op. cit.,* p. 14.

[5] Pentru o prezentare detaliată a acesteia a se vedea C. Diemer, *The Green Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules*, în European Competition Law Review, 2006, 27 (6), p. 309-316: J. Pheasant, *Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules: The European Commission's Green Paper, în European Competition Law Review*, 2006, 27 (7), p. 365-381.

3. Acţiunile în daune. măsurile şi opţiunile de politică propuse în cartea albă[1]

a) Calitatea procesuală

În demersul său, Comisia Europeană a pornit de la consacrarea, în practica CJCE, a faptului că „orice persoană" care a suferit un prejudiciu ca urmare a încălcării normelor antitrust trebuie să beneficieze de dreptul de a cere reparaţii în faţa instanţelor naţionale[2].

Acest principiu se aplică astfel şi cumpărătorilor indirecţi, anume cumpărătorii care, fără să fi avut o legătură directă cu autorul încălcării, au suferit totuşi prejudicii importante, întrucât asupra lor s-a repercutat un supraprеţ impus în mod ilegal, care a afectat tot lanţul de distribuţie.

b) Acţiunile colective

Necesitatea lor este evidentă în cazul pagubelor ocazionale având o valoare relativ mică, fiind impusă de neajunsurile procedurale cauzate de introducerea unei multitudini de acţiuni individuale în legătură cu aceeaşi încălcare a regulilor antitrust.

Comisia Europeană a propus combinarea a două mecanisme complementare de reparaţie colectivă: acţiuni de reprezentare, introduse de entităţi calificate, cum ar fi: asociaţiile de consumatori, asociaţiile profesionale ale comercianţilor sau organisme de stat care au ca obiect protejarea unor interese specifice şi acţiuni colective pe bază de consimţământ prealabil explicit, în care persoanele prejudiciate decid în mod expres să grupeze cererile pe care le-au formulat ca urmare a prejudiciului şi să intenteze o singură acţiune în justiţie[3].

S-a apreciat ca importantă facultatea persoanelor prejudiciate de a introduce o acţiune individuală în despăgubiri, dacă doresc acest lucru.

De asemenea, s-a apreciat ca necesară adoptarea de măsuri legislative cu scopul evitării acordării mai multor despăgubiri pentru acelaşi prejudiciu.

c) Accesul la probe

Multe din probele-cheie necesare pentru dovedirea unui prejudiciu sunt adeseori tăinuite şi, întrucât acestea sunt deţinute de pârâţi sau de către terţi, ca regulă, reclamantul nu le cunoaşte în detaliu. De aici rezultă o asimetrie structurală a informaţiilor.

„Asimetria informaţiilor" (en. „*information asymmetry*") există atunci când o parte (de obicei pârâtul) are acces la mai multe probe pe care s-ar putea întemeia o acţiune judiciară decât (potenţialul) reclamant.

Comisia a propus asigurarea, în cadrul UE, a unui nivel minim de divulgare *inter partes* în aceste cazuri de despăgubire.

Accesul la probe ar trebui să vizeze stabilirea faptelor şi să se bazeze pe un control jurisdicţional strict al temeiniciei cererii de despăgubire şi al proporţionalităţii cererii de divulgare.

---

[1] Informaţii detaliate asupra acestui document pot fi obţinute la adresa http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html.

[2] Cauza Courage/Crehan, cit. supra; cauzele conexate Manfredi, cit. supra.

[3] A se vedea R. Becker, N. Bessot şi E. de Smijter, The White Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, la adresa http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html.

Cartea albă a propus condiţii pentru emiterea unei dispoziţii de divulgare, şi anume: să se ceară divulgarea unor categorii de informaţii bine definite, care pot fi utilizate ca probe; dispoziţia instanţei naţionale privind divulgarea informaţiilor trebuie să fie proporţională cu obiectivul cererii; declaraţiile date de către întreprinderi în cadrul unui program de clemenţă nu pot fi divulgate.

d) Forţa obligatorie a deciziilor adoptate de autorităţile naţionale de concurenţă

Conform articolului 16 alineatul (1) din Regulamentul 1/2003[1], o decizie a Comisiei prin care aceasta constată încălcarea articolelor 101 TFUE sau 102 TFUE este obligatorie pentru instanţele naţionale, care nu pot adopta o decizie contrară decât dacă aceasta este anulată de CJCE. Astfel, victimele încălcării regulilor de concurenţă se pot întemeia pe decizia Comisiei într-o acţiune în despăgubire subsecventă, introdusă la instanţa naţională, împotriva celui la care se referă decizia.

Cu privire la deciziile adoptate de autorităţile naţionale din domeniul concurenţei prin care se constată o încălcare a articolelor 101 TFUE sau 102 TFUE, norme similare există doar în câteva state membre.

În cartea albă s-a propus ca instanţele naţionale care trebuie să statueze în acţiuni în despăgubiri referitoare la practicile vizate la articolele 101 TFUE sau 102 TFUE, în legătură cu care o autoritate naţională în domeniul concurenţei din cadrul Reţelei Europene a Concurenţei a adoptat deja o decizie definitivă prin care constată existenţa unei încălcări a prevederilor din articolele respective sau cu privire la care o instanţă de recurs a adoptat deja o hotărâre definitivă de validare a deciziei autorităţii naţionale de concurenţă sau cu privire la care instanţa de recurs în cauză a constatat o încălcare să nu poată adopta decizii contrare deciziei sau hotărârii menţionate.

e) Cerinţa privind existenţa vinovăţiei

În unele state membre, existenţa vinovăţiei fie nu este necesară pentru a se obţine repararea daunelor cauzate de o încălcare a normelor concurenţei, fie se prezumă absolut existenţa vinovăţiei în cazul în care s-a dovedit încălcarea normelor în materia concurenţei. Comisia a considerat că, din perspectiva politicii în domeniu, nu existau motive de a se opune acestei din urmă abordări.

Comisia a sugerat următoarea soluţie: atunci când persoana prejudiciată a demonstrat că au fost încălcate prevederile articolelor 101 TFUE sau 102 TFUE, persoana care se face vinovată de încălcarea normelor este ţinută să răspundă pentru daunele create, cu excepţia situaţiei în care aceasta din urmă poate demonstra că încălcarea normelor a fost rezultatul unei erori scuzabile (în cazul în care o persoană cu discernământ care a depus toate diligenţele posibile nu ar fi fost în măsură să conştientizeze că acţiunea sa a determinat o limitare a concurenţei).

f) Daune

Pentru a facilita calcularea daunelor, Comisia a avut în vedere stabilirea unui cadru cu linii orientative pragmatice, fără caracter obligatoriu, pentru cuantificarea daunelor

[1] Regulamentul (CE) nr. 1/2003 al Consiliului din 16 decembrie 2002 privind punerea în aplicare a normelor de concurenţă prevăzute la articolele 81 şi 82 din tratat, JO L 1, p. 1; Ediţie specială 02/vol. 1, p. 167.

în cazuri de încălcare a normelor antitrust, de exemplu prin metode aproximative de calcul sau norme simplificate de estimare a pierderii[1].

Un prim pas în acest sens a fost făcut prin publicarea unui studiu elaborat pentru Comisia Europeană de către Oxera şi o echipă internaţională de avocaţi, care îşi propune să ofere îndrumare în acest sens instanţelor naţionale[2].

Studiul a pornit de la premisa menţinerii unui echilibru între determinarea cât mai exactă a valorii reale a pagubei şi identificarea unei abordări uşor de aplicat şi adaptate cadrului juridic naţional şi european. Calcularea exactă a daunelor presupune o informare completă despre ce s-ar fi întâmplat într-o lume paralelă în care încălcarea nu ar fi avut loc. (en. „*but for*"). Or, nu există o astfel de informare corectă. Prin urmare, estimarea pagubei nu se poate face decât cu ajutorul unor modele economice, care reprezintă, în mod necesar, o simplificare a lumii reale, putând varia în raport de factorii pe care îi iau în calcul. Principiul este acela că persoanele prejudiciate trebuie să obţină ca despăgubire totală cel puţin valoarea reală a prejudiciului suferit, respectiv prejudiciul efectiv produs de o creştere a preţului în dauna concurenţei, precum şi pierderea de profit suferită ca urmare a reducerii vânzărilor, incluzând şi dobânda.

Studiul a evidenţiat faptul că multe state au reguli care limitează libertatea de apreciere a judecătorului în calcularea daunelor, conferindu-i instanţei mijloace eficiente şi reale de cuantificare a daunelor, fără a fi necesară dovedirea pagubei până la ultimul cent.

Cu toate acestea, studiul a atras atenţia asupra faptului că anumite tipuri de acţiuni în daune au mai multe şanse de reuşită în statele membre decât altele.

g) Transferul suprataxei

Această apărare ar trebui permisă pârâtului, autor al încălcării, căruia i s-ar cere să despăgubească clienţii săi direcţi pentru un suprapreţ pe care aceştia l-au suportat; în caz contrar, s-ar putea ajunge la o îmbogăţire fără justă cauză a cumpărătorilor care au suportat suprapreţurile. Cartea albă recomandă măsuri care să permită eventualelor persoane prejudiciate să dovedească mai uşor transferul costurilor ilegale în amonte în lanţul de distribuţie până la acestea, pentru a evita ca autorul încălcării să fie exonerat de orice responsabilitate, cum ar fi: pârâţii ar trebui să aibă dreptul de a invoca, împotriva reclamantului, apărarea bazată pe transferul suprapreţurilor; cumpărătorii indirecţi ar trebui să se poată întemeia pe prezumţia relativă conform căreia suprapreţul practicat în mod ilegal le-a fost transferat în totalitate.

h) Termene de prescripţie

Principiul efectivităţii presupune stabilirea termenului de prescripţie astfel încât să nu facă imposibilă sau excesiv de dificilă exercitarea, de către victimele încălcării, a dreptului la reparaţie pentru prejudiciile suferite[3] .

În cazul acţiunilor independente (en. „*stand-alone*"), Comisia a propus ca termenele de prescripţie să nu înceapă să curgă înainte de momentul la care persoana prejudiciată ca urmare a încălcării este în mod rezonabil prezumată că are cunoştinţă de acest fapt, precum şi de prejudiciul care i-a fost creat. În cazul unei încălcări continue sau repetate,

---

[1] A se vedea şi F. Wagner von Papp, Evaluating Damages in Competition Cases, material prezentat în cadrul seminarului „Training of judges in EC Competition Law and Economics", Toulouse, 18-19 septrembrie 2009.

[2] Studiul la adresa: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_study.pdf.

[3] Cauza C-261/95 Palmisani, ECR [1997], p. I-4025; cauza Courage/Crehan, cit. supra, cauzele Manfredi, cit. supra.

Comisia a propus ca termenele de prescripţie să nu înceapă să curgă înainte de data la care încetează încălcarea. În cazul acţiunilor subsecvente emiterii unei decizii a autorităţii naţionale de concurenţă (*follow-on*), Comisia a propus curgerea unui nou termen de prescripţie de cel puţin doi ani, care să înceapă atunci când devine definitivă decizia autorităţii naţionale de concurenţă privind o încălcare a regulilor de concurenţă pe care se întemeiază reclamantul în acţiunea în despăgubiri.

i) Cheltuielile de procedură

Comisia a încurajat instituirea de către statele membre a unor norme procedurale de natură să încurajeze soluţionarea litigiilor prin tranzacţiile judiciare între părţi, ca mod de reducere a costurilor, şi, de asemenea, stabilirea unor taxe judiciare care să nu devină un element major de descurajare în ceea ce priveşte introducerea acţiunilor în despăgubire ca urmare a încălcării normelor antitrust şi să ofere instanţelor naţionale posibilitatea de a acorda derogări de la principiul „cine pierde, plăteşte", în cazuri bine întemeiate, de preferinţă în etapa iniţială a procedurii.

j) Interacţiunea dintre programele de clemenţă şi acţiunile în despăgubire

În cadrul acţiunilor în despăgubire trebuie să se ia măsuri adecvate de protecţie a confidenţialităţii declaraţiilor date de întreprinderi, astfel încât să se evite plasarea solicitantului de clemenţă într-o situaţie mai puţin favorabilă decât coautorii încălcării normelor de concurenţă şi indiferent dacă cererea de clemenţă este acceptată sau respinsă sau dacă nu are ca efect adoptarea unei decizii de către autoritatea naţională de concurenţă.

În ceea ce priveşte limitarea răspunderii civile a beneficiarilor de clemenţă ce au obţinut imunitatea la amendă, Comisia a propus examinarea în continuare a posibilităţii de limitare a răspunderii civile a persoanelor care beneficiază de imunitate la acţiunile în despăgubiri introduse de partenerii săi contractuali direcţi şi indirecţi.

5. Evoluţii ulterioare cărţii albe. rezoluţia parlamentului european referitoare la cartea albă

Observaţiile şi comentariile referitoare la măsurile propuse prin cartea albă au putut fi transmise Comisiei Europene până la 15 iulie 2008. Pe marginea analizei acestora, Comisia urmează să decidă cum va acţiona în continuare.

În poziţia sa, autoritatea naţională română de concurenţă, Consiliul Concurenţei a arătat[1] că punerea în aplicare a soluţiilor propuse prin cartea albă, deşi majoritatea sunt în spiritul dreptului românesc, ar necesita consacrarea prin prevederi legislative exprese.

În data de 26 martie 2009 a fost adoptată Rezoluţia nelegislativă a Parlamentului European referitoare la cartea albă privind acţiunile în despăgubire pentru cazurile de încălcare a normelor comunitare antitrust, care salută cartea albă, făcând totodată constatări şi recomandări Comisiei.[2]

Una dintre aceste recomandări a subliniat că Direcţia Generală Sănătate şi Consumatori din cadrul Comisiei a publicat la sfârşitul anului 2008 rezultatele a două studii privind acţiunile colective în despăgubire în statele membre şi eventualele

---

[1] http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/white_paper_comments/romanac_en.pdf

[2] Rezoluţia Parlamentului European din 26 martie 2009 referitoare la Cartea albă privind acţiunile în despăgubire pentru cazurile de încălcare a normelor CE antitrust, INI/2008/2154.

obstacole pentru piaţa internă cauzate de legislaţiile diferite ale statelor membre[1] şi a atras atenţia, de asemenea, asupra publicării de către Comisie a unei cărţi verzi referitoare la posibilele opţiuni de acţiune ale Comunităţii în domeniul legislaţiei privind protecţia consumatorilor, precum şi asupra anunţului acesteia cu privire la publicarea unui alt document de strategie în 2009. Parlamentul European a subliniat astfel că măsurile la nivel comunitar nu trebuie să conducă la o fragmentare arbitrară şi inutilă a dreptului procesual naţional şi că, prin urmare, ar trebui să se acorde o atenţie sporită verificării dacă şi în ce măsură ar trebui aleasă o abordare orizontală sau integrată pentru a facilita acordurile extrajudiciare şi acţiunile în despăgubire. Parlamentul European a invitat Comisia să verifice eventualele temeiuri juridice şi un mod de acţiune orizontal şi integrat, fără a fi necesar un instrument orizontal, şi să nu prezinte deocamdată mecanismele reparatorii colective pentru victimele încălcărilor normelor comunitare în domeniul concurenţei, fără participarea Parlamentului la adoptarea unor astfel de mecanisme reparatorii colective prin procedura de codecizie. Recomandarea a fost aceea a abordării în mod consecvent a acţiunilor în despăgubire pentru încălcări ale normelor comunitare în domeniul concurenţei, împreună cu acţiunile în despăgubire extracontractuală, întrucât o abordare orizontală sau integrată ar putea acoperi norme procedurale comune mecanismelor reparatorii colective din diverse domenii juridice, fără însă ca această abordare să amâne sau să evite elaborarea propunerilor şi măsurilor identificate ca fiind necesare pentru aplicarea deplină a dreptului comunitar al concurenţei.

O recomandare foarte importantă a fost aceea ca Comisia să acorde victimelor încălcărilor normelor comunitare în domeniul concurenţei, după încheierea unei anchete, acces la informaţiile necesare pentru introducerea acţiunilor în despăgubire şi a subliniat că articolul 255 CE şi Regulamentul (CE) nr. 1049/2001[2], care defineşte dreptul de acces la documentele instituţiilor, trebuie interpretat în consecinţă, însă acordând totodată o atenţie specială protejării secretelor comerciale ale pârâtului sau părţilor terţe.

Parlamentul European a considerat că o instanţă naţională nu ar trebui să aibă obligaţia de a respecta o decizie a unei autorităţi naţionale din domeniul concurenţei dintr-un alt stat membru, fără a aduce atingere dispoziţiilor care prevăd efectul obligatoriu al deciziilor adoptate de un stat membru al Reţelei Europene de Concurenţă.

De asemenea, Parlamentul a subliniat că o faptă săvârşită cu intenţie trebuie să constituie întotdeauna condiţia preliminară pentru o acţiune în despăgubire şi că încălcarea normelor comunitare în domeniul concurenţei trebuie să fi fost săvârşită cel puţin din culpă, dacă legislaţia naţională nu prevede o prezumţie sau o prezumţie relativă de vinovăţie în cazul încălcării normelor comunitare în domeniul concurenţei, garantând aplicarea consistentă şi coerentă a dreptului concurenţei.

În aceeaşi rezoluţie s-a subliniat că termenele de prescripţie servesc şi securităţii juridice şi, de aceea, în cazul în care nu este introdusă o acţiune de drept public sau privat, este necesar să se aplice un termen de prescripţie de 5 ani şi se observă că accesul la justiţie trebuie, de asemenea, să fie echilibrat de măsuri ferme pentru a împiedica abuzurile, de exemplu, sub forma acţiunilor nefondate, vexatorii sau de „şantaj”. În

---

[1] Rezoluţia este disponibilă la adresa http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2009-0187+0+DOC+XML+V0//RO, pct.5

[2] Regulamentul (CE) nr. 1049/2001 al Parlamentului European şi al Consiliului din 30 mai 2001 privind accesul public la documentele Parlamentului European, ale Consiliului şi ale Comisiei, JO L 145, p. 43; Ediţie specială 01/vol. 3, p. 76.

sfârşit, Parlamentul a subliniat că, în pofida importanţei aplicării programului de clemenţă, exonerarea integrală a martorilor care cooperează de la răspunderea individuală şi în solidar este contrară sistemului, respingând-o astfel categoric deoarece prejudiciază numeroase victime ale încălcărilor normelor comunitare în domeniul concurenţei.

În data de 22.09.2009, Comitetul Economic şi Social European a dat publicităţii avizul său asupra cărţii albe[1].

Comitetul Economic şi Social European, deşi a salutat cartea albă, a subliniat faptul că responsabilitatea aplicării dreptului Uniunii Europene al concurenţei trebuie să aparţină în primul rând autorităţilor de concurenţă ale statelor membre şi Comisiei şi că acesta trebuie să rămână un principiu fundamental al politicii de concurenţă a Uniunii Europene.

În ceea ce priveşte aplicarea privată a dreptului concurenţei, Comitetul Economic şi Social European a fost de părere că acţiunea Comisiei trebuie să implice două tipuri de instrumente combinate şi complementare:

- în primul rând, ar trebui codificat într-un instrument legislativ *acquis*-ul comunitar cu privire la daunele pe care le pot obţine victimele încălcărilor concurenţei;
- în al doilea rând, ar trebui schiţate anumite linii directoare fără caracter obligatoriu cu privire la metodele de calcul şi anumite reguli de simplificare a estimării pierderilor.

Ultima dintre aceste recomandări şi-a găsit deja un răspuns prin publicarea unui studiu elaborat pentru Comisia Europeană de către Oxera şi o echipă internaţională de avocaţi, care îşi propune să ofere îndrumare în acest sens instanţelor naţionale[2].

Comitetul a subliniat că, în vreme ce aplicarea publică se centrează pe sancţionare şi prevenire, obiectivul acţiunilor în daune este să furnizeze o reperare integrală a daunelor suferite, incluzând pierderea (*damnum emergens*), profitul nerealizat (*lucrum cessans*) şi dobânzi.

6. Concluzii

Pentru a se asigura o eficienţă deplină acţiunilor în despăgubire la nivelul UE, consacrarea unor prevederi speciale exprese la nivel comunitar ar putea reprezenta o soluţie simplă şi eficientă pentru statele membre.

Acestor cerinţe este chemat să le răspundă propunerea de directivă a Consiliului privind regulile care guvernează acţiunile în daune pentru încălcări ale articolelor 101 şi 102 TFUE din 2009[3].

Deşi nu a fost încă publicată, propunerea de directivă a trezit deja reacţii în doctrină, care a apreciat-o ca fiind o „propunere modestă”[4], în comparaţie cu marele pas înainte care era aşteptat de la aceasta.

În propunerea de directivă, Comisia s-a abţinut să explice nevoia dezvoltării aplicării private a dreptului concurenţei prin efectul preventiv şi descurajator al acestor acţiuni. Comisia a plătit astfel tribut numeroaselor critici primite sub acest aspect. În expunerea de motive, Comisia a clarificat faptul că propunerea de directivă adoptă o abordare compensatorie: scopul său este acela de a permite acelora care au suferite daune cauzate

---

[1] JO C 228, 22.99.2009, p.40.

[2] http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_study.pdf.

[3] Pentru un comentariu asupra acestui proiect, a se vedea J. Alfaro, T. Reher, Towards the Directive on Private Enforcement of EC Competition Law: Is the Time Ripe?, în The European Antitrust Review 2010.

[4] A se vedea J. Alfaro, T. Reher, *Towards the Directive on Private Enforcement of EC Competition Law: Is the Time Ripe?*, în The European Antitrust Review 2010.

de o încălcare a dreptului Uniunii Europene al concurenţei să recupereze acea pierdere de la întreprinderile care au încălcat legea. Propunerea de directivă salută doar efectul descurajator şi preventiv ca un efect secundar al acestor acţiuni în daune.

De asemenea, Comisia se abţine de la orice tendinţă de armonizare a legilor procedurale, lăsând loc în schimb pentru statele membre să-şi dezvolte individual propriile mecanisme procedurale.

Poate nu este pasul uriaş pe care îl aştepta doctrina, dar este cu siguranţă un mare pas înainte.

Bibliografie:

1. **J. Alfaro, T. Reher**, Towards the Directive on Private Enforcement of EC Competition Law: Is the Time Ripe?, The European Antitrust Review 2010

2. Andreangeli, Courage Ltd v. Crehan and the Enforcement of Article 81 Before the National Courts, în European Competition Law Review, 2004, 25 (12), p. 758-764

3. **R. Becker, N. Bessot şi E. de Smijter**, The White Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, la adresa http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html.

4. **G. V. S. McCurdy**, The Impact of Modernisation of the EU Competition Law System on the Courts and Private Enforcement of the Competition Laws: A Comparative Perspective, în European Competition Law Review, 2004, 25 (8), p. 509-510.

5. **C. Diemer,** The Green Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, în European Competition Law Review, 2006, 27 (6), p. 309-316

6. **P. Gonzales-Espejo, C. Fernandez**, Actions for Damages based on Community Competition Law: New Case Law on Direct Applicability of Articles 81 and 82 by Spanish Civil Courts, în European Competition Law Review, 2002, 23 (4), p.163-171.

7. **K. Holmes**, Public Enforcement or Private Enforcement? Enforcement of Competition Law in the EC and UK, în European Competition Law Review, 2004, 25 (1), p.25-36.

8. **N. Kroes**, *More Private Antitrust Enforcement through Better Access to Damages: An Invitation for an Open Debate*, în *Era Forum*, 1/2006, p. 13, www.era.int/damagesactions/documentation.

9. **N. Kroes**, More Private Antitrust Enforcement through Better Access to Damages: An Invitation for an open Debate, op. cit., p.10-11.

10. **Mario Monti**, Private Litigation as a a key complement to public enforcement of competition rulesc and the first conclusions on the implementation of the new Merger Regulation, Fiesole, 17 septembrie 2004.

11. **J. Pheasant**, Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules: The European Commission's Green Paper, în European Competition Law Review, 2006, 27 (7), p. 365-381.

12. **F. Wagner von Papp**, Evaluating Damages in Competition Cases, material prezentat în cadrul seminarului „Training of judges in EC Competition Law and Economics", Toulouse, 18-19 septembrie 2009.

Consideraţii privind natura juridică a contractului de consumaţie

Camelia ***SPASICI***[*]

Abstract: *Contractul de consumaţie are la bază cea mai importantă instituţie a dreptului civil, şi anume contractul. Contractul de consumaţie constituie subiect de dispută în literatura de specialitate, mai ales sub aspectul naturii sale juridice.*

În doctrină se pune întrebarea dacă contractul de consumaţie este o operaţiune juridică, aşa cum este înţeles contractul în dreptul civil sau este un concept nou. Răspunzând la această întrebare potrivit unei opinii de seamă contractul de consumaţie nu este decât o instituţie legală, un instrument juridic obiectiv şi, nu un acord de voinţe în sensul dreptului civil. Acest tip de contract nu se prezintă decât ca un instrument legal de supunere a unor operaţiuni juridice.

După consultarea mai multor opinii privind natura juridică a contractului de consumaţie concluzia la care se ajunge este că acest contract se poate regăsi numai sub forma unui contract special (o vânzare, un împrumut, o locaţiune etc.) în care părţi sunt profesionistul şi consumatorul şi căruia i se aplică dispoziţiile speciale în materie. Aşadar nu se poate vorbi despre un contract de consumaţie anume, ci numai despre o vânzare de consumaţie.

Cuvinte cheie: *contract de consumaţie, libertate contractuală, profesionist, consumator, vânzare de consumaţie*

În doctrină se pune însă întrebarea: contractul regăsit în raporturile speciale de consumaţie este acelaşi cu cel consacrat în dreptul civil ?

Răspunsul la întrebarea de mai sus poate fi aflat numai analizând natura juridică a aşa zisului „contract de consumaţie”. În acest context facem următoarele observaţii.

a) Contractul: cel mai cunoscut act juridic

Regulile comune instituţiei sunt date de teoria generală a contractului, domeniu abstract, cu rol principal în formularea conceptelor fundamentale[1]. Concret, contractul se regăseşte, numai în formele sale particulare, ale „contractelor speciale” (de exemplu, vânzarea, locaţiunea, împrumutul, mandatul etc.).

Contractul este acordul de voinţe dintre două sau mai multe persoane (realizat, încheiat, format, s.n.) cu intenţia de a constitui, modifica sau stinge un raport juridic” (art. 1166 C. civ.)[2].

---

[*] Lector univ. dr. , Universitatea din Bucureşti, Facultatea de Administraţie şi Afaceri.

[1] Vezi AN Gheorghe, C. Spasici, D.S. Arjoca, *Dreptul consumaţiei*, Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2012,. 36 şi urm.

[2] Vezi G. Boroi, C.A. Anghelescu, *Curs de drept civil. Partea generală,* Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2012, p. 110.

În dreptul modern al contractelor, voinţa are un rol esenţial, fiind fundamentul actului juridic. Voinţele individuale sunt cele care dau naştere obligaţiilor necesare satisfacerii nevoilor contractanţilor.

Voinţele concordante nu sunt însă autonome; ele trebuie raportate la respectul cuvenit faţă de lege. Astfel, limitarea libertăţii de a contracta dă dreptul persoanelor să încheie orice contracte, dar *numai în limitele impuse de lege*, de ordinea publică şi de bunele moravuri.

Limitele legale contractuale au în vedere respectarea *ordinii publice*. Noţiunea de ordine publică se compune din: ordinea politică, morală, socială şi economică.

În principiu, acordul de voinţe realizat cu îndeplinirea condiţiilor cerute de lege transformă simpla înţelegere dintre persoane în forma sa calificată, contractul.

Momentul încheierii contractului corespunde momentului realizării acordului de voinţe. Încheierea contractului marchează transformarea simplului acord de voinţe în forma sa juridică, producătoare de obligaţii. Astfel, momentul încheierii contractului desemnează astfel momentul naşterii (existenţei) contractului.

Din momentul încheierii sale, contractul produce efecte juridice. Din acest moment, simplul angajament devine obligaţie, relaţia socială devine raport juridic, iar persoanele capătă calitatea de părţi contractante etc.[1].

Contractul trebuie să îndeplinească condiţiile impuse de lege, cunoscute drept „condiţii de validitate".

Condiţiile esenţiale pentru validitatea unui contract sunt: capacitatea de a contracta, consimţământul părţilor, un obiect determinat şi licit, o cauză licită şi morală". La acestea, de multe ori, legea mai cere şi „o anumită formă a contractului" (art. 1179 C. civ.).

Potrivit art. 1180 C. civ., poate contracta „orice persoană care nu este declarată incapabilă de lege şi nicioprită să încheie anumite contracte" (capacitatea civilă este recunoscută tuturor persoanelor; orice persoană are capacitate de folosinţă şi, cu excepţia cazurilor prevăzute de lege, capacitate de exerciţiu - art. 28 C. civ.).

Nu au capacitate de exerciţiu: minorul care nu a împlinit vârsta de 14 ani şi interzisul judecătoresc. Pentru cei care nu au capacitate de exerciţiu, actele juridice se încheie de reprezentanţii lor legali (art. 43 alin. 1 C. civ.).

Elementul principal al contractului este „acordul de voinţe" (fiecare dintre părţi având propria sa voinţă).

Contractul se încheie prin negocierea lui de către părţi sau prin acceptarea fără rezerve a unei oferte de a contracta (art. 1182 alin. 1 C. civ.).

În consecinţă, „oferta" şi „acceptarea" reprezintă cele două voinţe care, prin reunire (prin acord) determină direct formarea acordului de voinţe, adică a consimţământul părţilor.

Pentru îndeplinirea condiţiilor de validitate, consimţământul trebuie să fie valabil exprimat (art. 1179 alin. 1 pct. 2 C. civ.).

Consimţământul trebuie să fie serios, liber şi exprimat în cunoştinţă de cauză (adică să nu fie viciat)[2].

Consimţământul este viciat când este dat din eroare, surprins prin dol sau smuls prin violenţă. De asemenea, consimţământul este viciat în caz de leziune (art. 1206 C. civ.).

Eroarea reprezintă falsa reprezentare a unor împrejurări la încheierea unui act juridic.

Partea care, la momentul încheierii contractului, se afla într-o eroare esenţială poate cere anularea acestuia (art. 1207 C. civ.).

---

[1] Vezi L. Stănciulescu, *Drept civil. Contracte*, Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2012, p. 21.

[2] Vezi D. Cosma, *Teoria actului juridic civil,* Ed. Ştiinţifică, Bucureşti, 1969, p. 150-151.

Dolul constă în manevrele frauduloase ale uneia dintre părţi pentru a determina cealaltă parte să încheie contractul.

Violenţa constă în temerea indusă unei persoane pentru a o determina să încheie un contract.

Leziunea constă în disproporţia vădită de valoare între prestaţii ce există în momentul încheierii contractului[1].

Obiectul contractului îl reprezintă operaţiunea juridică, precum vânzarea, locaţiunea, împrumutul şi altele asemenea, convenită de părţi, astfel cum aceasta reiese din ansamblul drepturilor şi obligaţiilor contractuale (art. 1225 C. civ.).

Obiectul contractului trebuie să fie „determinat şi licit" (art. 1179 alin. 1 pct. 3 C. civ.).

Cauza este motivul care determină fiecare parte să încheie contractul (art. 1235 C. civ.). Cauza se prezintă astfel, ca un proces psihologic, premergător acordului de voinţe, ce constă în raţiunea (motivul, mobilul, imboldul etc.) care determină părţile să încheie contractul.

Prin *forma contractului* (stricto sensu) se înţelege modalitatea de exteriorizare a manifestării de voinţă făcută cu intenţia de a crea, modifica sau stinge un raport juridic civil concret.

Formalismul contractual se manifestă prin: forma ad validitatem, forma ad probationem şi forma prevăzută de lege pentru opozabilitatea contractelor faţă de terţi.

Contractul se încheie *prin simplul acord de voinţe* al părţilor dacă legea nu impune o anumită formalitate pentru încheierea sa valabilă. (art. 1178 C. civ.). Voinţa poate fi manifestată şi printr-un comportament care, potrivit legii, convenţiei părţilor, practicilor statornicite între acestea sau uzanţelor, nu lasă nicio îndoială asupra intenţiei de a produce efectele juridice corespunzătoare (art. 1240 alin. 2 C. civ.).

Ca excepţie, pentru *înscrierea în cartea funciară este cerută întotdeauna forma autentică*. Astfel, potrivit art. 1244 C. civ., „trebuie să fie încheiate prin înscris autentic (...) convenţiile care strămută sau constituie drepturi reale care urmează a fi înscrise în cartea funciară".

Forma cerută pentru probarea (ad probationem) actului juridic constă în cerinţa întocmirii unui înscris. Forma scrisă este cerută pentru actele juridice civile „al căror obiect are o valoare ce depăşeşte suma de 250 lei" (art. 303 alin. 2 C. proc. civ.).

Forma cerută pentru opozabilitate faţă de terţi este dată de formalităţile impuse pentru ca actul juridic să devină opozabil şi persoanelor care nu au participat la încheierea lui.

Obiectul publicităţii îl formează „drepturile, actele şi faptele privitoare la starea şi capacitatea persoanelor, cele în legătură cu bunurile care aparţin acestora, precum şi orice alte raporturi juridice...în cazurile expres prevăzute de lege (art. 18 alin. 1 C. civ.).

În cazul în care contractul a fost numai aparent încheiat, deşi nu îndeplinea condiţiile esenţiale de validitate prevăzute de art. 1179 C. civ., sancţiunea aplicabilă este nulitatea.

Contractul lovit de nulitate este „considerat a nu fi fost niciodată încheiat" (art. 1254 alin. 1 C. civ.).

După *criteriul interesului ocrotit*, nulitatea poate fi absolută sau relativă.

Nulitatea absolută sancţionează încălcarea unei dispoziţii legale instituite pentru ocrotirea unui interes general.

Nulitatea relativă sancţionează încălcarea unei dispoziţii legale instituite pentru ocrotirea unui interes particular.

---

[1] Prin leziune se înţelege prejudiciul material suferit de una dintre părţi ca urmare a încheierii unui contract (*laedere* – a răni; *laesio* – rană, vătămare, pagubă); a se vedea G. Boroi, C.A. Anghelescu, *op. cit.,* 2011, p. 149.

Contractul lovit de nulitate relativă este susceptibil de confirmare (art. 1261 alin. 2 C. civ.).

Nulitatea acoperită prin confirmare înseamnă validarea contractului (art. 1261 C. civ.).

Interpretarea contractului este operaţia juridică prin care se determină înţelesul clauzelor contractuale, prin cercetarea manifestării de voinţă (voinţa declarată în strânsă corelaţie cu voinţa internă, reală).

Regulile de interpretare a contractelor sunt prevăzute de art. 1266-1269 C. civ. „Contractele se interpretează după voinţa concordantă a părţilor, iar nu după sensul literal al termenilor" (art. 1266 alin. 1 C. civ.).

Interpretarea este distinctă de calificarea juridică a contractului. Cu toate acestea, „în practică, prin legătura dintre ele, cele două operaţii sunt adesea confundate"[1].

Calificarea contractului este operaţiunea prin care se raportează un caz concret (act juridic, fapt juridic) la un concept abstract recunoscut de o autoritate normativă, în scopul aplicării regimului său juridic.

Efectele contractului. Din momentul încheierii, contractul îşi produce propriile consecinţe juridice, cunoscute şi ca „efectele contractului".

Prin încheierea contractului, părţile intră în raporturi juridice (obligaţionale).

Obligaţia civilă (*largo sensu*) este alcătuită din două laturi inseparabile: una activă (creditorul) şi alta pasivă (debitorul şi datoria ce-i incumbă).

Principiile *obligativităţii şi relativităţii* efectelor contractului (*res inter alios acta*).

„Contractul valabil încheiat are putere de lege între părţile contractante" (art. 1270 alin. 1 C. civ.).

Părţile „sunt ţinute să îşi execute obligaţiile, chiar dacă executarea lor a devenit mai oneroasă, fie datorită creşterii costurilor executării propriei obligaţii, fie datorită scăderii valorii contraprestaţiei" (art. 1271 alin. 1 C. civ.).

Ca excepţie, potrivit teoriei impreviziunii, dacă executarea contractului a devenit excesiv de oneroasă datorită unei schimbări excepţionale a împrejurărilor care ar face vădit injustă obligarea debitorului la executarea obligaţiei, potrivit art. 1271 alin. 1 şi 2 C. civ. *instanţa poate să dispună:*

- adaptarea contractului, pentru a distribui în mod echitabil între părţi pierderile şi beneficiile ce rezultă din schimbarea împrejurărilor;
- încetarea contractului, la momentul şi în condiţiile pe care le stabileşte.

Cele mai cunoscute excepţii de la principiul relativităţii efectelor contractului sunt: promisiunea faptei altuia şi stipulaţia pentru altul.

Promisiunea faptei altuia (convenţia de porte-fort) este un contract prin care o persoană (debitorul) se obligă să determine pe o terţă persoană să-şi asume un anumit angajament în folosul creditorului din contract.

Stipulaţia pentru altul (contractul în favoarea unei terţe persoane) este un contract care conferă un drept unei persoane ce nu este nici parte.

Cesiunea contractului constă în cedarea către un terţ a locului pe care una dintre părţi îl ocupă în cadrul raportului juridic constituit, în timpul derulării contractului. De precizat că, o parte poate să îşi substituie un terţ în raporturile născute dintr-un contract numai dacă prestaţiile nu au fost încă integral executate, iar cealaltă parte consimte la aceasta (art. 1315 alin. 1 C. civ.).

Pentru încheierea valabilă a cesiunii contractului se cere acordul părţii cedate (condiţie de validitate). Astfel, în raporturile de cesiune a contractului se disting trei subiecte: cedatul, cedentul şi cesionarul.

---

[1] A se vedea L. Pop, *Tratat de drept civil. Obligaţiile,* Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2009, p. 555.

Cesiunea contractului poate fi totală sau parţială.

Contractul încetează, „în condiţiile legii, prin executare, acordul de voinţă al părţilor, denunţare unilaterală, expirarea termenului, îndeplinirea sau, după caz, neîndeplinirea condiţiei, imposibilitate fortuită de executare, precum şi din orice alte cauze prevăzute de lege" (art. 1321 C. civ.).

B). Contractul de consumaţie: un altfel de contract?

Apariţia domeniului contractual de consumaţie a determinat şi noi reconsiderări în materia perfectării, executării şi încetării contractelor. De exemplu, caracteristic este că în cadrul formării contractului, etapa negocierii a fost, în principiu, exclusă (în domeniul comercial)[1].

Dacă în plan economic noile forme contractuale şi-au dovedit eficienţa, în schimb ele au afectat negativ libertatea de voinţă a contractanţilor particulari (consumatorilor).

De exemplu, în activitatea lor, profesioniştii au adoptat diverse tehnici moderne care au permis comunicarea (şi contractarea) între absenţi. Acestea s-au adăugat tradiţionalei modalităţi de contractare prin corespondenţă, conturând o noţiune juridică inedită, şi anume, contractul la distanţă.

Achiziţionarea unor produse prin intermediul tehnicilor de comunicaţie la distanţă prezintă avantajul de a evita deplasarea, dar şi pe acela de a permite consumatorului să reflecteze înainte de a face o comandă.

Inconvenientele nu au fost excluse, fiindcă sunt legate de faptul că nu există un contact direct cu bunul pe care consumatorul doreşte să-l achiziţioneze sau posibilitatea de a verifica documentele ce-l însoţesc. Consumatorul nu poate cunoaşte decât informaţiile pe care comerciantul i le prezintă, ceea ce face ca, în această materie, conduita loială să joace un rol important.

Reamintim că potrivit art. 1 din Legea nr. 296/2004 privind Codul consumului obiectul reglementării îl constituie „raporturile juridice create între operatorii economici şi consumatori, cu privire la achiziţionarea de produse şi servicii, (...) asigurând cadrul necesar accesului la produse şi servicii" (art. 1) recunoscându-se, implicit, că relaţiile dintre comercianţi şi consumatori sunt de factură contractuală[2].

Adoptarea regulilor de mai sus este justificată de necesitatea manifestării unei voinţe libere şi în cunoştinţă de cauză din partea consumatorului şi egalităţii juridice între părţi la momentul încheierii contractului. Regimul juridic, special instituit, este aplicabil numai contractelor în care părţi sunt profesioniştii şi consumatorii[3].

În concluzie, contractul de consumaţie este identificat într-o modalitate generală, ca acel contract încheiat între comercianţi şi consumatori, dar şi prin menţionarea expresă a anumitor documente.

---

[1] Potrivit pct. 14 din anexa la Codul consumului, contractul încheiat cu consumatorii este cel dintre „comercianţi şi consumatori, inclusiv certificatele de garanţie, bonurile de comandă, facturile, borderourile sau bonurile de livrare, biletele, tichetele care conţin stipulări sau referiri la condiţii generale prestabilite".

[2] La nivelul Uniunii Europene a fost adoptată Directiva nr. 97/7/CEE a Parlamentului European şi a Consiliului din data de 20 mai 1997, transpusă în dreptul naţional prin O.G. nr. 130/2000, care reglementează condiţiile încheierii şi executării contractelor comerciale la distanţă între comercianţii care furnizează produse şi servicii, pe de o parte, şi consumatori, pe de altă parte.

[3] Vezi L. Stănculescu, V. Nemes, *Dreptul contractelor civile şi comerciale*, Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2013, p. 53 şi urm.

Rezultă că, *legea nu defineşte contractul prin referire la voinţa părţilor,* aşa cum face Codul civil. Astfel, scopul legii nu este de a defini contractul ca izvor de obligaţii, ci de a delimita domeniul de aplicare a unor reglementări legale.

C). Principiile contractului de consumaţie

În materie contractuală, influenţa dreptului consumaţiei se manifestă în special, pe trei direcţii: libertate contractuală, egalitate a voinţelor contractante şi fraternitate contractuală.

Principiul libertăţii restrânse la contractare şi al libertăţii nelimitate, la denunţare.

În zilele noastre, libertatea persoanei de a se angaja în etapa formării contractului a lăsat loc *siguranţei contractuale*, iar, în etapa executării contractului *libertăţii de a ieşi din raportul contractual* respectiv[1].

Astfel, principiul libertăţii contractuale înseamnă: libertate *restrânsă* la încheierea contractului[2], dar şi libertate *nelimitată* pentru a *întrerupe formarea* contractului şi *a ieşi* din raportul contractual.

În concluzie, există mult mai puţină libertate pentru a intra în raporturi contractuale, dar mai multă libertate pentru a întrerupe formarea contractului sau pentru a ieşi din raporturi contractuale, singurul remediu pentru inegalitatea contractuală[3].

Principiul egalităţii voinţelor contractante: o egalitate "căutată" (nu prezumată).

În raporturile contractuale consumeriste actuale, egalitatea reprezintă un "instrument primordial al justiţiei comutative".

Astfel înţeleasă, astăzi egalitatea între contractanţi nu mai este prezumată, ci căutată. Este depăşită, astfel, exigenţa egalităţii contractuale, şi se impune un "minim echilibru contractual"[4].

În condiţiile de mai sus, dreptul consumaţiei instituie principiul potrivit căreia părţile nu se află, de la început, pe picior de egalitate juridică, principiu fundamentat pe o realitate contractuală (de netăgăduit), potrivit căreia consumatorul este un contractant: anonim, izolat, neînsemnat, atacat şi puţin interesat.

Principiul fraternităţii contractuale (affectio contractus).

În primul rând, principiul are în vedere recomandarea unei *colaborări între părţi*, mai ales la nivelul formării contractului. Astfel, dreptul comun degajă un *ius fraternitatis* (o *affectio contractus*)[5].

Astfel, principiul fraternităţii contractuale*,* se dovedeşte *mai umanist* şi mai bogat în conţinut pentru că face trimitere la ceea ce este negociat şi nu de ceea ce este impus.

În consecinţă, părţile ar trebui să se facă dovada unei mai mari bunăvoinţe în momentul în care cuvântul dat trebuie şi respectat.

În concluzie, înnoirea teoriei generale de către dreptul consumaţiei s-a făcut cu afirmarea a trei principii: principiul libertăţii contractuale (dar o libertate controlată), principiul egalităţii contractuale (dar nu doar prezumată, ci stabilită) şi principiul fraternităţii contractuale (nu neapărat impusă, ci dorită).

---

[1] Potrivit concepţiei anterioare (individualistă şi voluntaristă) a Codului civil francez de la 1804, libertatea exista în general, pentru a intra în raporturi contractuale şi *numai în mod particular, pentru a ieşi* dintr-un raport contractual.

[2] Vezi E. Bazin, *Le consentement de consummateur*, ANRT, Lille, 1999, p. 505.

[3] Vezi L. Stănciulescu, *op. cit.*, (2012), p. 82-83.

[4] A se vedea E. Bazin *op. cit.,* p. 510.

[5] Mai exact, contractanţii trebuie să conlucreze pentru ca acordul lor să fie rezultatul unei colaborări durabile; vezi E. Bazin, *op. cit.*, p. 516.

D). „Diminuarea" voinţei interne şi consimţământul consumerist

În doctrina modernă s-a admis că acordul de voinţe dat de părţi *priveşte numai aspectele esenţiale* (de principiu) ale încheierii contractului. De exemplu, în situaţia vânzării de mai sus, consimţământul priveşte *numai lucrul vândut şi preţul plătit*. Astfel, detaliile ce privesc obligaţiile părţilor se stabilesc prin *dispoziţii legale* sau prin *„acte suplimentare de voinţă"*.[1]

Precizăm că accepţiunea europeană a fost preluată şi de Noul cod civil. Astfel, potrivit art. 1182 alin. 2 „Este suficient ca părţile să se pună de acord asupra *elementelor esenţiale* ale contractului, chiar dacă lasă unele *elemente secundare* spre a fi convenite ulterior ori încredinţează determinarea acestora unei alte persoane".

În noile condiţii, după *rolul pe care voinţa părţilor* îl are la încheierea contractului, contractele pot fi clasificate în: negociate; obligatorii (forţate) şi de adeziune.

Contractele negociate sunt cele pe care le putem denumi *tradiţionale* şi în cadrul cărora părţile *discută, negociază* toate clauzele sale, fără ca din exteriorul voinţei lor să li se impună ceva.

Contractele obligatorii (forţate) sunt cel în care condiţiile încheierii lor valabile sunt delimitate, impuse de *lege*.

Contractele de adeziune sunt contractele redactate în întregime sau aproape în întregime numai de către una dintre părţile contractante[2].

În doctrina franceză se vorbeşte chiar despre o „teorie a contractului de adeziune" care prezintă două elemente principale: *oferta caracter general* (se adresează publicului larg şi mai puţin unei categorii anume), *permanent* (referindu-se la contractele încheiate pe o perioadă mai mare) şi *detaliat* (stabilind toate clauzele contractului) şi *elementul superiorităţii forţei economice* (prin care ofertantul dictează condiţiile contractului şi implicit, refuză negocierile)[3].

Condiţiile generale sunt clauze abstracte, preredactate, aplicabile în contractele încheiate între părţi. Astfel, dacă oferta este acceptată, condiţiile generale fac parte din contract chiar dacă nu sunt prevăzute în cuprinsul acestuia[4].

Formarea consimţământului (şi implicit a contractului de consumaţie) a modificat concepţia clasică a întâlnirii dintre ofertă şi acceptare. Astfel, a fost impusă *o perioadă de tranziţie* între momentul emiterii ofertei profesionistului şi cel al exprimării voinţei de acceptare (consimţământului) a consumatorului.

Ca particularitate, doctrina a insistat pe „formarea progresivă" a consimţământului consumerist[5]. Astfel, s-a opinat că semnarea contractului de către consumator nu reprezintă decât o *etapă în formarea progresivă a voinţei acestuia*. Voinţa consumatorului nu este una definitivă, deoarece el are posibilitatea să reflecteze în termenul de denunţare[6].

---

[1] Acesta fiind şi spiritul C. civ. francez care reglementează cu titlu de „modele" cele mai uzuale contracte civile; vezi J. Flour, J.L. Aubert, E. Savaux, *Les obligations. L acte juridique,* Sirey, Paris, 2006, p. 127.

[2] Contractul de adeziune nu se confundă cu contractul tip, care este preredactat de una dintre părţi sau de ambele părţi, favorizând *standardizarea relaţiilor comerciale şi celeritatea*; vezi Fr. Terre, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations,* Dalloz, Paris, 1999, p. 189.

[3] Pentru amănunte vezi J. Flour, JL Aubert, E. Savaux, *op. cit.*, p. 129.

[4] Vezi F. Limbach, *Le consentement contractuel a l`epreuve des conditions generales*, L.G.D.J., Paris, 2004, p. 45 şi urm.

[5] Vezi J. Goicovici, *Formarea progresivă a contractului*, Ed. Wolters Kluver, Bucureşti, 2009, p. 29.

[6] Vezi F. Terre, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.* (2006), *p.* 248.

Într-un cadru oarecum asemănător, doctrina a susţinut şi *teoria formării „în etape" a contractului,* potrivit căreia deşi, într-o primă fază consimţământul profesionistului s-a întâlnit cu cel al consumatorului, contractul *nu a fost pe deplin format* (încheiat), ci doar provizoriu, urmând ca în termenul de dezicere pe măsură ce consumatorul nu îşi exercită dreptul de retractare, consimţământul său să se maturizeze iar contractul să se consolideze, până la perfectarea definitivă.

Teza formării progresive a contractului a fost criticată pe considerentul că, din dispoziţiile legale nu rezultă „constituirea graduală a consimţământului". Tot astfel, în anumite cazuri, termenul de exercitare a dreptului de denunţare se calculează de la data încheierii contractului. Mai mult, contractul produce şi efecte, fiind reglementate consecinţele dreptului de denunţare asupra prestaţiilor deja efectuate[1].

În mod sigur, contractul de consumaţie se încheie *prin voinţa părţilor*, profesionistul şi consumatorul. Potrivit 5 din O.G. nr. 130/2000, „dacă părţile nu au convenit altfel, momentul încheierii contractului la distanţă îl constituie momentul primirii mesajului de confirmare de către consumator, referitor la comanda sa". Astfel, făcându-se referire la „primirea" mesajului de confirmare (nefiind relevantă cunoaşterea mesajului, ci primirea lui) se consacră *teoria recepţiei* însuşită şi de Noul cod civil.

Dispoziţiile legale speciale îngrădesc într-o anumită măsură libertatea de voinţă, în special pentru comercianţi, dar aceasta este în interesul consumatorilor. În schimb, având însă o poziţie superioară la momentul încheierii contractului în raport cu consumatorii, comercianţii beneficiază de o mai mare libertate contractuală, favorizată şi de standardizarea raporturilor juridice.

Prin consacrarea unor condiţii restrictive la încheierea contractului, este asigurată libertatea contractuală a consumatorilor, restabilindu-se astfel egalitatea juridică între părţi.

Încheierea şi derularea contractului de consumaţie sunt caracterizate şi de unele de *mecanisme specifice impuse de legiuitor*, precum: obligaţiile precontractuale de informare, consiliere şi de securitate. Deşi denumite impropriu „obligaţii" aceste condiţii impuse profesionistului sunt mai de grabă „condiţii de validitate" deoarece operează în faza formării contractului (şi deci, nu sunt efecte ale acestuia).

Precizăm că, în doctrina franceză s-a opinat că formarea contractului de consumaţie corespunde *luptei împotriva inegalităţii dintre părţile contractante*.[2]

În finalul secţiunii apreciem că *noile principii ce diriguiesc consimţământul consumerist* (principiul libertăţii restrânse la contractare şi al libertăţii nelimitate, la denunţare, principiul egalitatea voinţelor contractante şi principiul fraternităţii contractuale) sunt rezultatul unui compromis realizat între cerinţa de justiţie şi spiritul securităţii contractuale.

E). Concluzii privind natura juridică specială a „contractului de consumaţie"

Prin reglementările speciale, contractul de consumaţie, constituie subiect de dispută în literatura de specialitate, mai ales sub aspectul *naturii sale juridice*.

În acest context, în doctrină s-a pus întrebarea: este contractul de consumaţie *o operaţiune juridică*, aşa cum este înţeles contractul în dreptul civil sau este *un concept nou*?

---

[1] Vezi L. Stănciulescu, *loc. cit*. (Vânzarea...2010), p. 19-20.

[2] Vezi R. Chendeb, *Le regime juridique du contrat de consumation, etude comparative*, L.G.D.J., Paris, 2010, p. 29.

Potrivit unei opinii contractul de consumaţie *nu e decât o instituţie legală, un instrument juridic obiectiv,* iar nu un acord de voinţe, în sensul dreptului civil[1].

Astfel, contractul de consumaţie nu poate avea o natură juridică proprie, în sensul dreptului privat, el fiind doar un instrument legal prin care se regularizează raporturile de dreptul consumaţiei, fără să ţină cont de conţinutul concret al raportului economic de consum.

Contractul de consumaţie *nu e act juridic*, ci „*un regim juridic legal"*, aplicabil unor raporturi comerciale concrete. Astfel, contractul de consumaţie a fost conceput ca o instituţie juridică complet independentă de voinţa subiecţilor cărora li se adresează. Astfel, contractul de consumaţie este numai „o armătură normativă, care se va aplica *ope legis* unui contract concret"[2].

Contractul de consumaţie nu se prezintă decât ca un *instrument legal de supunere a unor operaţiuni juridice* (concrete şi efectiv încheiate) unui anumit tip de regim juridic.

Nefiind o operaţiune juridică, contractul de consumaţie nu poate fi înţeles ca un contract special.

Ca „instituţie legală obiectivă", contractul de consumaţie *nu impune un consimţământ* în sensul însuşirii regulilor care îl definesc şi deci, contractul de consumaţie *nu poate avea o natură juridică,* ci doar un conţinut legislativ, descriind obiectiv o instituţie aplicabilă unor subiecţi speciali, determinaţi automat prin aplicarea literei legii.

În concluzie, potrivit susţinerii de mai sus, „contractul de consumaţie" este total deosebit de tipul „clasic" al contractului izvor de obligaţii, fiind compus de fapt, din două contracte distincte: un contract de fond (care poate fi o vânzare, un împrumut etc.) şi un „contractul de consumaţie". De exemplu, „în caz de vindere (de consumaţie), aceasta va asculta de regimul juridic special al contractului de vânzare-cumpărare, dar părţile vinderii vor fi ţinute să observe şi normele imperative ale dreptului consumaţiei"[3].

Într-o altă opinie, diferită, s-a susţinut că pentru identificarea naturii juridice a contractului de consumaţie trebuie plecat de la dispoziţiile art. 1177 C. civ., potrivit cărora "Contractul încheiat cu consumatorii este supus legilor speciale şi, în completare, dispoziţiilor prezentului cod" (referitoare la contract, s.n.).

Din cele de mai sus, rezultă că, în concepţia Noului cod civil, „contractul de consumaţie" este, pe fond, un contract - rod al unei manifestării de voinţe (afectat însă unui regim juridic special)[4].

În cauză, nu poate fi vorba nici de o nouă teorie generală, deoarece sintagma „contract de consumaţie" nu poate desemna un concept general, cu o existenţă de sine stătătoare (cel puţin pentru două considerente: înaintea contractelor speciale, nu există contracte generale, ci numai o teorie generală a contractului iar dreptul de consumaţie utilizează, de regulă, „figurile contractuale clasice" precum: vânzarea, împrumutul etc.[5].

În aceiaşi opinie se reţine că dreptul de consumaţie s-a născut pentru a reglementa contractele civile speciale (atunci când ele sunt încheiate între profesionişti şi consumatori).

---

[1] Vezi P. Vasilescu, *op. cit.* (2006), p. 47.

[2] Consimţământul şi voinţa juridică ale părţilor *sunt irelevante pentru regimul consumaţiei,* deci părţile nu-şi exprimă un consimţământ în sensul de a li se aplica şi acest drept extraordinar, ci ele trebuie doar să se supună dreptului consumaţiei; vezi p. Vasilescu*, op. cit.*, p. 50.

[3] Pentru amănunte în susţinerea opiniei, vezi p. Vasilescu, *op. cit.,* p. 47 şi urm.

[4] Vezi L. Stănciulescu, *op. cit.* (2012), p. 77 şi urm.

[5] Vezi S. Piedelievre, *Droit de la consummation*, Economica, Paris, 2008, p. 37 şi urm.

În concluzie, contractul de consumaţie se poate regăsi numai sub forma este unui contract special (o vânzare, un împrumut, o locaţiune etc.) în care părţi sunt profesionistul şi consumatorul şi căruia i se aplică dispoziţiile speciale, în materie. Deci, nu se poate vorbi despre un contract de consumaţie anume, ci numai despre o vânzare de consumaţie, un împrumut de consumaţie etc.[1]

Bibliografie

1. **E. Bazin**, Le consentement de consummateur, ANRT, Lille, 1999, p.505

2. **G. Boroi, C.A. Anghelescu**, Curs de drept civil. Partea generală, Editura Hamangiu, Bucureşti, 2012, p. 110

3. **R. Chendeb**, Le regim juridique du contrat de consumation, Etude comparative, LGDJ, Paris, 2010, p. 29

4. **D. Cosma**, Teoria actului juridic civil, Editura Ştiinţifică, Bucureşti, 1969, p. 150-151

5. **J. Faina, JL Aubert, E. Savaux**, Les obligations. L`acte juridique, Sirey, Paris, 2006, p. 127

6. **A.N. Gheorghe, C. Spasici, D.S. Arjoca**, Dreptul consumatorului, Editura Hamangiu, Bucureşti, 2012, p. 36

7. **J. Goicovici**, Formarea progresivă a contractului, Editura Wolters Kluwer, Bucureşti, 2009, p. 29

8. **F. Limbach**, Le consentement contractuel a l`epreuve des conditions generales, LGDJ, Paris, 2004, p. 45

9. **S. Piedelievre**, Droit de la consommation, Economica, Paris, 2008, p. 37

10. **L. Pop**, Tratat de drept civil. Obligaţii, Editura Juridic, Bucureşti, 2009, p.555

11. **L. Stănciulescu**, Drept civil. Contracte, Editura Hamangiu, Bucureşti, 2012, p. 21

12.**L. Stănciulescu, V. Nemes**, Dreptul contractelor civile şi comerciale, Editura Hamangiu, Bucureşti, 2013, p. 53

13.**L. Stănciulescu**, Vânzări de consum - varietate a contractului de vânzare în RDC nr 5/2010, p. 23.

14. **Fr. Terre, Ph Simler, Y. Lequette**, Droit civil. Les obligaţii, DALLOZ, Paris, 1999, p. 189

15. Codul Consumatorului

16. Directiva nr. 97/7/CE a Parlamentului European şi a Consiliului din 20 mai 1997 transpusă în legislaţia naţională prin HG nr 130/2000.

[1] Vezi L. Stănciulescu, *Vânzarea de consumaţie – varietate a contractului de vânzare-cumpărare*, în R.D.C. nr. 5/2010, p. 23.

Protecția internațională a brevetului de invenție

Violeta ***SLAVU****

Abstract: *Necesitatea protejări invenţiei pe plan internaţional se justifică pe de o parte de asigurarea respectării dreptului exclusiv de exploatare destul de vulnerabil mai ales după publicarea cererii de brevet iar pe de altă parte de limita teritorială conferită prin brevet.*

În prezent sediul materiei privind protecţia brevetului de invenţie pe plan internaţional este asigurat prin Convenţia de la Paris, Tratatul de cooperare în domeniul brevetelor (PCT), Convenţia de la München şi Acordul TRIPS. Indirect protecţia în spaţiul Uniunii Europene este asigurată prin Convenţia de la München ca efect al faptului că statele UE au aderat la aceasta. Totuşi pornind de la procedura destul de greoaie şi costisitoare reglementată în Convenţie, se reclamă cu necesitate crearea unui cadru legal la nivelul Uniunii Europene menit să simplifice procedura privind brevetul european unitar.

Astfel, la nivelul Uniunii Europene a fost adoptat ***Regulamentul(UE) nr.1257/2012 al Parlamentului European şi al Consiliului*** *din 17 decembrie 2012 de punere în aplicare a unei cooperări consolidate în domeniul creării unei protecţii unitare prin brevet,* ***Regulamentul (UE) nr.1260/2012 al Consiliului*** *din 17 decembrie 2012 de punere în aplicare a cooperării consolidate în domeniul creării unei protecţii unitare prin brevet în ceea ce priveşte dispoziţiile aplicabile în materie de traducere şi semnat cu prilejul reuniunii Consiliului Uniunii Europene de la Bruxelles (18-19 februarie 2013) de 26 de state,* ***Acordul privind Curtea unică în material brevetelor europene cu protecţie unitară (UPC).***

După cele mai optimiste previziuni, aceste acte normative se vor aplica de la data de 1 ianuarie 2014. Condiţia este ca Acordul va fi ratificat până la această dată de cel puţin 13 state semnatare, între care Franţa, Germania şi Marea Britanie.

Cuvinte cheie: *Brevet, Brevet european, Convenţia de la Munchen, Convenţia de la Paris, Oficiul European de Brevete, Regulamentul (UE)nr.1257/2012 al Parlamentului European şi al Consiliului, Regulamentul (UE) nr.1260/2012 al Consiliului, Acordul privind Curtea unică în materia brevetelor europene cu protecţie unitară (UPC).*

Aspecte generale

Brevetul reprezintă titlul de protecţie în materie de invenţii. Titularul brevetului de invenţie se bucură de un drept exclusiv de exploatare. Acest drept exclusiv de exploatare cunoaşte două categorii de limite. Pe de o parte sunt limitele generale ce decurg din brevet, în sensul că protecţia este asigurată pe o perioadă de timp determinată (maxim 20 de ani) şi numai pe teritoriul statului emitent, iar pe de altă parte limitele speciale astfel cum au fost reglementate prin dispoziţiile legii. Tot în categoria limitelor speciale includem şi licenţa obligatorie. Includerea licenţei obligatorii în categoria limitelor speciale se justifică prin condiţiile în care poate fi acordată, fără a fi

* Lector univ. dr., Universitatea Titu Maiorescu – Facultatea de Drept.

necesar consimţământul titularului de brevet. Această limită nu priveşte preţul licenţei. Care potrivit legii poate fi negociat de părţi iar în lipsa unui acord va fi stabilit de judecător astfel încât să fie echitabil.

Publicarea cererii de brevet marchează momentul de la care solicitantul se bucură de protecţie provizorie. Instituţia protecţiei provizorii, reglementată încă prin dispoziţiile Convenţiei de la Paris şi preluată de legislaţia internă, se justifică întrucât de la publicare invenţia devine vulnerabilă sub aspectul protecţiei. Ea poate fi cunoscută şi de ce nu realizată de către o persoană de specialitate. Cu toate acestea protecţia provizorie are un caracter atenuat în sensul că solicitantul nu poate formula o acţiune în contrafacere pentru că ar risca să piardă pe excepţia lipsei calităţii procesuale active. Aşadar acţiunea în contrafacere poate fi promovată numai de titularul de brevet.

Necesitatea protecţiei internaţionale a invenţiei. Sediul materiei

Pornind de la limitele teritoriale ale brevetului pe de o parte şi vulnerabilitatea invenţiei după publicarea cererii pe de altă parte s-a impus cu necesitate crearea instrumentelor juridice care să asigure protecţia invenţiilor şi dincolo de graniţele statului emitent al brevetului.

Prin urmare Convenţia de la Paris[1], prin reglementarea **dreptului de prioritate unionistă**, permite statelor care au aderat la această Convenţie, să solicite protecţia în oricare dintre statele membre ale Convenţiei. Procedura este destul de anevoioasă deoarece presupune depunerea unei cereri în fiecare din statele în care se doreşte a se obţine protecţia în termen de maxim 12 luni de la data primului depozit.

Convenţia de la Paris a stabilit principiile fundamentale ale protecţiei pe plan internaţional asigurată prin brevet iar Tratatul de cooperare în domeniul brevetelor (PCT)[2] a permis unificarea procedurilor de depunere şi procesare a unei cereri internaţionale de brevet, dar care ulterior sunt examinate în cadrul procedurilor naţionale.

Aşadar Tratatul de la Washington consacră un sistem de brevetare care presupune următoarele elemente:

- cerere unică de protecţie internaţională;
- documentarea internaţională;
- examinarea preliminară internaţională.

---

[1] Convenţia de la Paris pentru apărarea proprietăţii industriale din 26 martie 1883, convenţie revizuită succesiv la Bruxelles 1900, Washington 1914, Haga 1925, Londra 1934, Lisabona 1958, Stocholm 1967, convenţie ratificată pentru prima dată în România în forma revizuită la Washington, în 1920 pentru ca apoi prin Decretul nr.427/1963 publicat în Buletinul Oficial nr. 19 din 19.10.1963 şi Decretul nr.1177/1968 publicat în Buletinul Oficial nr. 1 din 6.01.1969 să se ratifice aderarea la toate celelalte forme revizuite ale Convenţiei de la Paris; pentru aderare şi ratificare vezi Dumitra Popescu, Felicia Maxim, *Drept internațional public.* Curs universitar, vol. II, Editura Lumina Lex, București, 2012, p. 42 și urm.

[2] România a ratificat Tratatul de cooperare în domeniul brevetelor (Patent Cooperation Treaty / PCT) adoptat la Conferinţa diplomatică de la Washington din 19 iunie 1970 prin Decretul nr.81/1979 publicat în Buletinul Oficial nr.22 din 08.03.1979. Tratatul a intrat în vigoare la 24 ianuarie 1978; pentru dezvoltări privind definiţia şi elementele tratatului vezi: Dumitra Popescu, Felicia Maxim, *Drept internațional public*, vol. I, Editura Renaissance, București, 2011, p. 29.

Prima fază formată din cererea unică de protecţie internaţională şi documentarea internaţională este obligatorie în timp ce examinarea preliminară internaţională (faza a doua) este facultativă.[1]

Procesul de unificare pe plan european a procedurilor de acordare a unui brevet de invenţie cunoaşte o continuare remarcabilă[2] prin adoptarea Convenţiei privind brevetului european[3]. Această convenţie constituie un aranjament special al Convenţiei de la Paris care prin reglementările sale, asigură dreptul comun al statelor contractante în domeniul brevetelor. Se instituie astfel o **procedură unică de eliberare a brevetelor** de către un **oficiu unic** pe baza unor **criterii unice de brevetabilitate**. Raportat la Tratatul de cooperare în domeniul brevetelor, Convenţia de la Munchen este un **tratat regional**[4].

Brevetul european[5] se eliberează de **Oficiul european de brevete**[6] în baza unei cereri de brevet european care poate fi depusă fie direct la acest oficiu sau la Departamentul de la Haga, fie la oficiul naţional receptor[7] . În prezent, 38 de ţări sunt membre ale Organizaţiei Europene de Brevete.

Brevetul european reprezintă un fascicol de brevete naţionale cu efecte în statele desemnate[8] şi se caracterizează printr-un regim juridic dublu în sensul că pe de o parte, condiţiile de brevetabilitate, întinderea protecţiei şi dreptul la calitatea de titular sunt stabilite de Convenţia de la München iar pe de altă parte drepturile şi obligaţiile titularului, precum şi sancţiunile sunt stabilite de legislaţiile naţionale.

Deşi prin Convenţia de la München s-a creat un sistem unic de eliberare a brevetelor, totuşi în prezent raportându-ne la ordinea juridică comunitară, nu există un brevet comunitar.

Crearea cadrului legal pentru un brevet unic menit să asigure protecţia la nivelul întregii Uniuni Europene poate contribui în mod esenţial la o mai bună valorificare a rezultatelor cercetării şi noilor cunoştinţe ştiinţifice şi tehnice.

Demersurile pentru un brevet comunitar au început în anii 1970, însă Convenţia Patentului Comunitar (CPC) ca rezultat al acestor demersuri a fost un eşec.

---

[1] Ioan Macovei, *Tratat de drept al proprietăţii intelectuale,* Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2010, p. 26-27.

[2] Constantin Anechitoaie, *Introducere în dreptul proprietăţii intelectuale,* ediţia a 6-a, Ed. Bren, Bucureşti, 2011, p. 252-251.

[3] România a aderat la Convenţia privind brevetul european semnat la Munchen la 5 octombrie 1973 şi intrat în vigoare la 7 octombrie 1977, prin Legea nr. 611 din 13 noiembrie 2002.

[4] Felicia Maxim, *Aspecte teoretice şi practice privind tratatul,* ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2012, p. 26-27.

[5] Art.2 alin (1) din Convenţia brevetului European dispune: "*Brevetele eliberate în temeiul prezentei convenţii sunt denumite* ***brevete europene".*** (Acestea sunt eliberate de Oficiul European de Brevete) n.n.

[6] Cu sediul în Munchen.

[7] OSIM în cazul României, care potrivit Legii nr. 64/1991 republicată în M.Of. nr. 541 din 8 august 2007, este obligat să transmită cererea către Oficiul European de Brevete.

[8] Potrivit art. 79[2)] alin. 1 din Convenţia de la München, *"Toate statele contractante părţi la prezenta convenţie la data înregistrării unei cereri de brevet european vor fi considerate ca fiind desemnate în cererea de eliberare a brevetului European"*

Mult mai târziu se încearcă să se reînvie proiectul CPC, prin realizarea la Luxemburg la data de 15 decembrie 1989 a "Acordului privind brevetele comunitare", dar şi acest demers este supus eşecului.

Primele discuţii privind adoptarea unui Regulament în această materie au fost purtate în contextul Cărţii verzi din iunie 1997 privind brevetul comunitar şi sistemul de brevete în Europa. Concluziile acesteia au fost prezentate în comunicarea Comisie din februarie 1999 privind *"Evoluţia în urma Cărţii verzi privind brevetul comunitar şi sistemul de brevete în Europa"*

Eforturile reînnoite din partea Uniunii Europene pentru un brevet european se concretizează într-un proiect de Regulament de Patent Comunitar (CPR) în anul 2000. Potrivit acestuia, "brevetul odată ce a fost acordat de către Oficiul European de Patente (EPO), în una din limbile sale procedurale (engleză, germană sau franceză) şi publicate în această limbă, cu o traducere a revendicărilor în alte două limbi procedurale, vor fi valabile fără nici o traducere ulterioară."[1]

Progrese reale în domeniul brevetului comunitar s-au făcut în anul 2003 când s-a realizat un acord politic[2]. Acordul a fost urmat de lansarea la data de 16 ianuarie 2006 de către Comisia Europeană a unei consultări publice cu privire la modul de acţiune viitoare în politica de brevet unitar menită să creeze un sistem de protecţie la nivelul Uniunii Europene, urmărindu-se prin aceasta o mai bună protecţie a nevoilor părţilor interesate. Dezbaterea publică privind brevetul unitar comunitar a generat peste 2500 de răspunsuri şi sugestii.

Progresul privind brevetul comunitar părea a fi blocat de problema regimului lingvistic al brevetului european, în sensul că pentru validarea unui brevet în statele membre ale Uniunii Europene, inventatorul/solicitantul trebuia să solicite validarea acestuia la nivel naţional în fiecare ţară în care este interesat să obţină protecţia. Costurile administrative şi mai ales de traducere ajung la aproximativ 32.000 EUR în cazul în care se solicită protecţia în toate statele membre.[3]

La 4 decembrie 2009, în cadrul Consiliului s-a ajuns la un acord de principiu privind orientarea generală a documentului. Astfel documentul iniţial a fost scindat în trei părţi:

- Regulamentul privind crearea brevetului european, care să garanteze o protecţie uniformă;
- Regulamentul privind regimul lingvistic al brevetului european;
- Acordul privind crearea unei Curţi Unificate pentru Brevete.

În acest context la 30 iunie 2010, Comisia a adoptat o propunere de regulament privind dispoziţiile referitoare la traducere pentru brevetul Uniunii Europene.

Această propunere este analizată în cadrul unei sesiuni extraordinare a Consiliului din 10 noiembrie 2010, nereuşind să obţină unanimitatea deoarece Italia şi Spania s-au opus adoptării propunerii de regulament pe motiv că prevederile acestuia sunt discriminatorii şi nu respectă diversitatea lingvistică a Uniunii Europene.

Comisia propunea ca brevetele comunitare să fie examinate şi acordate în limbile oficiale ale Oficiului European de Brevete, respectiv engleză, franceză şi germană. Una din opţiuni reţinută prin studiul de impact referitor la propunerea de regulament a fost

---

[1] Prof.dr.rer.nat. Marius Enăchescu, *Patentul unitar European, o oportunitate unică!,* Revista Marchet Watch, feb-martie 2013 [Nr.152], http://www.marketwatch.ro/articol/11934/Patentul_unitar_european_o_oportunitate_unica/

[2] Realizat la data de 3 martie 2003.

[3] În S.U.A. un brevet costă în medie 1850 EUR.

traducerea revendicărilor şi în alte două limbi considerate ca cele mai răspândite în Europa, şi anume italiană şi spaniolă, opţiune care nu a fost agreată de majoritatea statelor membre.

Prin urmare, 12 state membre[1] propun crearea unei cooperări consolidate în domeniul protecţiei prin brevet unitar. O astfel de procedură este rară şi a fost folosită o singură dată în trecut.[2]

Comisia a adoptat propunerea de decizie a Consiliului pentru autorizarea cooperării consolidate în domeniul realizării unei protecţii unitare prin brevet, la 14 decembrie 2010.

În timpul dezbaterilor din cadrul Consiliului, toate celelalte state membre, cu excepţia Spaniei şi Italiei au declarat intenţia de a participa la cooperarea consolidată. În ceea ce priveşte România, ea şi-a manifestat intenţia pro cooperare consolidată încă din februarie 2010.

Propunerea de autorizare a cooperării consolidate este aprobată de Parlamentul European la 15 februarie 2011.

Consiliul adoptă la 10 martie 2011, Decizia nr.2011/167/UE de autorizare a unei cooperări consolidate în domeniul creării unei protecţii prin brevet unitar. Consecvente faţă de poziţia lor, Spania şi Italia au votat contra.

În baza acestei decizii, Comisia a adoptat la 13 aprilie 2011 două propuneri de regulament:

- Regulament privind instituirea protecţiei unitare a brevetelor;
- Regulament privind regimul lingvistic aplicabil protecţiei unitare a brevetelor.

Decizia a fost atacată la 3 iunie 2011, printr-o acţiune în anulare întemeiată pe art.263 din Tratatul de la Lisabona de către Italia, iar la 10 iunie 2011, Spania a depus o acţiune similară la CJUE.

Temeiul acestor acţiuni îl reprezintă încălcarea art.20, paragraful 1 şi 2, al Tratatului Uniunii Europene (TUE)[3] şi art. 326 al Tratatului privind funcţionarea Uniunii Europene (TFUE)[4]

Acordul privind Curtea Unificată pentru Brevete

În forma sa iniţială, Acordul prevedea crearea unui tribunal pentru brevete europene şi UE(TB), compus dintr-un tribunal de primă instanţă, compus dintr-o divizie centrală şi divizii locale şi regionale, o curte de apel şi o grefă comună.

Curtea a statuat, prin avizul nr.1/09 al CJUE din 8 martie 2011 incompatibilitatea anumitor dispoziţii ale acordului cu dispoziţiile TFUE pentru următoarele motive:

- Atribuirea unei competenţe exclusive de a soluţiona acţiuni în domeniul brevetului comunitar, precum şi de a interpreta şi de a aplica dreptul Uniunii în

---

[1] Danemarca, Germania, Estonia, Franţa, Lituania, Luxemburg, Olanda, Polonia, Slovenia, Finlanda, Suedia şi Marea Britanie.

[2] Prof.dr.rer.nat. Marius Enachescu, op. cit.

[3] Art. 20 paragraful 1, al 1 TUE: *„Statele membre care doresc să stabilească între ele o formă de cooperare consolidată în cadrul competenţelor neexclusive ale Uniunii pot la instituţiile acesteia şi îşi pot exercita aceste competenţe prin aplicarea dispoziţiilor corespunzătoare ale tratatelor, în limitele şi în conformitate cu procedurile prevăzute la prezentul articol, precum şi la articolele 326-334 din TFUE”.*

[4] Art. 326 TFUE: *„Formele de cooperare consolidată trebuie să respecte competenţele, drepturile şi obligaţiile statelor membre neparticipante. Acestea din urmă nu împiedică punerea lor în aplicare de către statele membre participante”.*

domeniu, în favoarea unei instanţe internaţionale, în afara cadrului instituţional şi jurisdicţional al Uniunii ar priva instanţele statelor membre de competenţa privind interpretarea şi aplicarea dreptului Uniunii;

- În cazul în care printr-o decizie pronunţată de Tribunalul pentru brevete europene şi comunitare, s-ar încălca dreptul Uniunii, o astfel de decizie nu ar putea face obiectul unei proceduri de constatare a neîndeplinirii obligaţiilor şi nici nu ar putea atrage o eventuală răspundere patrimonială a unuia sau mai multor state membre.

CJUE a mai arătat că situaţia Tribunalului pentru Brevete este diferită de cea a Curţii de Justiţie Benelux, aceasta din urmă fiind comună mai multor state membre, se află în cadrul jurisdicţional al Uniunii, motiv pentru care deciziile sale sunt supuse unor mecanisme prin care se asigură eficacitatea deplină a normelor Uniunii[1].

În timpul preşedenţiei poloneze, Uniunea Europeană a avut ca scop realizarea unui text final privind brevetul unitar comunitar până în decembrie 2011. Scopul nu a putut fi atins datorită dezacordului cu privire la problema locaţiei sediului Curţii Centrale a instanţei unificate[2].

Problema locaţiei Curţii centrale este tranşată printr-un ***acord de compromis*** realizat la Consiliul European din 28-29 iunie 2012. Astfel în funcţie de tehnologie, locaţiile au fost împărţite între Paris, Londra şi München după cum urmează:

- Sediul diviziei centrale a Tribunalului de Primă Instanţă al Instanţei Unice în materie de Brevete (IUB) împreună cu biroul preşedintelui de Primă Instanţă va fi amplasat la Paris[3];
- Două secţiuni ale diviziei centrale, unul cu sediul la Londra pentru litigii privind chimie, inclusiv produse farmaceutice, clasificarea C, nevoi umane, clasificarea A şi celălalt cu sediul la München (inginerie mecanică, clasificarea F)

Urmează alte dezbateri şi compromisuri finalizate prin adoptarea:

- Regulamentului (UE) al Parlamentul European şi al Consiliului din 17 decembrie 2012, de punere în aplicare a unei cooperări consolidate în domeniul creării unei protecţii unitare prin brevet[4];
- Regulamentului (UE) nr.1260/2012 al Consiliului din 17 decembrie 2012, de punere în aplicare a cooperării consolidate în domeniul creării unei protecţii unitare prin brevet în ceea ce priveşte dispoziţiile aplicabile în materie de traducere[5].

În perioada 18-19 februarie 2013 s-a desfăşurat la Bruxelles reuniunea Consiliului de Competitivitate al Uniunii Europene, care a reunit miniştrii responsabili pe probleme legate de industrie, piaţa internă şi cercetare din statele membre.

---

[1] Avizul 1/09, punctual 82.

[2] Prof.dr.rer.nat. Marius Enachescu, op.cit.

[3] "*Primul preşedinte al Tribunalului de Primă Instanţă ar trebui să fie originar din statul membru în care se află divizia centrală"* pct.3 din cap. I CREŞTERE ECONOMICĂ, INVESTIŢII ŞI LOCURI DE MUNCĂ în EUCO 76/3/12, REV 3, Concluziile Consiliului European, Bruxelles, 28-29 iunie 2012.

[4] Potrivit art. 18 pct.6 alin. 2: *"Prezentul regulament este obligatoriu în toate elementele sale şi se aplică direct în statele membre participante în conformitate cu tratatele"*.

[5] Art. 7 dispune:

(1) Prezentul regulament intră în vigoare în a douăzecea zi de la data publicării în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene.

(2) Prezentul regulament se aplică de la 1 ianuarie 2014 sau de la data intrării în vigoare a Acordului privind instanţa unică pentru brevete, oricare este data mai îndepărtată.

În cadrul reuniunii a fost semnat **Acordul privind Curtea unică în materia brevetelor europene cu protecţie unitară (UPC)**.

Curtea unică, instituită prin Acord este alcătuită:

- dintr-un tribunal de primă instanţă;
- o curte de apel şi
- o grefă comună.

Noul sistem jurisdicţional, astfel instituit va contribui la armonizarea practicii judiciare în materia brevetelor de invenţie la nivelul Uniunii Europene precum şi la reducerea costurilor litigiilor în domeniul brevetelor.

Curtea unificată pentru brevete reprezintă elementul final care a vizat crearea unui sistem mult mai eficient de brevetare în Uniunea Europeană.

Concluzii

Consiliul European din 28-29 iunie 2012 a încheiat negocierile privind viitorul sistem de brevet unitar în Uniunea Europeană. Acest moment capătă o semnificaţie importantă întrucât vine după o lungă perioadă de negocieri (aproximativ 30 de ani). Această decizie, de altfel mult aşteptată a pregătit calea pentru instituirea unei protecţii prin brevete mai ieftină, mai simplă şi mai eficientă pentru societăţile din Uniunea Europeană, dar mai ales pentru întreprinderile mici şi mijlocii.

"*După treizeci de ani de negocieri, am ajuns la un acord privind brevetul european. Odată cu finalizarea acordului, societăţile europene vor constata că, în loc să depună o cerere de brevetare în 27 de state membre, de acum vor putea depune cererea într-un singur loc. Iar acest lucru va avea un impact favorabil asupra creşterii şi a activităţii economice din Europa*"[1]

Prin adoptarea celor două Regulamente de instituire a cooperării consolidate pentru protecţia unitară prin brevei şi dispoziţiile în materie de traducere, la 17 decembrie 2012 şi semnarea[2] la 19 februarie 2013 a Acordului privind Curtea Unificată pentru Brevete, s-a creat un nou sistem de protecţie privind brevetul. Acest sistem, cel puţin la vremea la care discutăm este cel mai eficient în materia de protecţiei internaţionale brevetului de invenţie. Reducând mult costurile în vederea obţinerii unui brevet european unic pe de o parte şi simplificând procedura de brevetare[3], pe de altă parte, va contribui decisiv la implementarea agendei europene privind creşterea economică în Uniunea Europeană.

În prezent aplicarea "pachetului" privind brevetul unic european, depinde de ratificarea Acordului privind Curtea Unificată de Brevete, de către cel puţin 13 state semnatare, între care şi Franţa, Anglia şi Germania[4].

---

[1] Helle Thorning-Schmidt, prim-ministrul Danemarcei, la conferinţa de presă din 29 iunie 2012.

[2] Acordul a fost semnat de 26 de state (din 27 posibile având în vedere că Spania şi Italia s-au opus).

[3] Nivelul taxelor si dificultatea procedurii de obţinere a brevetului european se reflectă şi în numărul mic de cereri de brevet european. Astfel în anul 2011, s-au acordat numai 62.000 de brevete europene, în timp în S.U.A. s-au înregistrat 224.000, iar în China 172.000 de brevete.

[4] În două state membre, procedurile interne necesare pentru autorizarea semnării încă nu s-au încheiat, iar un stat membru nu a semnat. Ele pot să adere la acord şi mai târziu.

Bibliografie

1. **Constantin Anechitoaie**, *Introducere în dreptul proprietăţii intelectuale,* ediţia a 6-a, ed. Bren, Bucureşti, 2011;
2. **Marius Enăchescu**, *Patentul unitar European, o oportunitate unică!,* Revista Marchet Watch, februarie-martie 2013[Nr.152];
3. **Ioan Macovei**, *Tratat de drept al proprietăţii intelectuale,* ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2010;
4. **Dumitra Popescu, Felicia Maxim**, *Drept international public*, vol. I, ed. Renaissance, Bucureşti, 2011;
5. **Dumitra Popescu, Felicia Maxim**, *Drept international public*, vol. II, ed. Lumina Lex, Bucureşti, 2012;
6. Felicia Maxim, *Aspecte teoretice şi practice privind tratatul,* Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2012
7. Helle Thorning-Schmidt, prim-ministrul Danemarcei, la conferinţa de presă din 29 iunie 2012.

Acte normative

1. Convenţia de la Paris pentru apărarea proprietăţii industriale din 26 martie 1883, convenţie revizuită succesiv la Bruxelles 1900, Washington 1914, Haga 1925, Londra 1934, Lisabona 1958, Stocholm 1967, convenţie ratificată pentru prima dată în România în forma revizuită la Washington, în 1920 pentru ca apoi prin Decretul nr.427/1963 publicat în Buletinul Oficial nr. 19 din 19.10.1963 şi Decretul nr.1177/1968 publicat în Buletinul Oficial nr.1 din 6.01.1969 să se ratifice aderarea la toate celelalte forme revizuite ale Convenţiei de la Paris;
2. Tratatul de cooperare în domeniul brevetelor (Patent Cooperation Treaty / PCT) adoptat la Conferinţa diplomatică de la Washington din 19 iunie 1970, ratificat de România prin Decretul nr.81/1979 publicat în Buletinul Oficial nr.22 din 08.03.1979;
3. Convenţia privind brevetul european semnat la Munchen la 5 octombrie 1973 şi intrat în vigoare la 7 octombrie 1977, la care România a aderat prin Legea nr.611 din 13 noiembrie 2002;
4. Tratatul Uniunii Europene, intrat în vigoare 1 decembrie 2009; şi TFUE.
5. Tratatul de funcţionare a Uniunii Europene publicat în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene C 83/47 din 30.03.2010;
6. Regulamentului (UE) al Parlamentul European şi al Consiliului din 17 decembrie 2012, de punere în aplicare a unei cooperări consolidate în domeniul creării unei protecţii unitare prin brevet;
7. Regulamentului (UE) nr.1260/2012 al Consiliului din 17 decembrie 2012, de punere în aplicare a cooperării consolidate în domeniul creării unei protecţii unitare prin brevet în ceea ce priveşte dispoziţiile aplicabile în materie de traducere, publicat în Jurnalul Oficial al U.E, L 361/89 din 31.12.2012;
8. EUCO 76/3/12, REV 3, Concluziile Consiliului European, Bruxelles, 28-29 iunie 2012;
9. www.eur-lex.europa.eu/ro;
10. www.osim.ro

Limitele voinței juridice în contractul de vânzare-cumpărare

Mihaela Cristina ***PAUL (MODREA)***[*]
Elena ***GALAN***[**]

Abstract: *În perioada actuală, a regândirii unor factori care influenţează funcţionarea economiei de piaţă, studierea limitelor voinţei juridice a contractului de vânzare-cumpărare, reprezintă o necesitate de prim rang.*

Realităţile economico-sociale din ultima parte a secolului XX şi din primul deceniu al secolului XXI au reliefat o accentuare fără precedent a fenomenului globalizării, cu consecinţa firească a conturării voinţei juridice asupra contractelor de vânzare-cumpărare.

Contractul de vânzare-cumpărare este un contract negociat, întrucât nu există în cazul său nicio ingerinţă în voinţa juridică a părţilor.

Orice om este liber să vândă sau să cumpere. Principiul autonomiei de voinţă este expresia libertăţii individului de a încheia sau nu un contract, potrivit intereselor sale. De altfel, principiul autonomiei de voinţă nu-l vom întâlni numai la contractul de vânzare-cumpărare, ci şi la orice alt contract. Dar această libertate nu este absolută, ea fiind limitată de normele ordinii publice şi de regulile moralei.

Cuvinte cheie: *Contract, voinţă juridică, promisiune, vânzare, cumpărare*

1. Consimţământul în contractul de vânzare-cumpărare

Actul juridic civil este prin esenţa sa un act conştient deci subiectul de drept care-l încheie trebuie să aibă puterea de a discerne asupra consecinţelor juridice ale actului încheiat prin manifestarea sa de voinţă.

Prezenţa sau lipsa discernământului constituie o stare de fapt, iar capacitatea subiectului de drept de a încheia actul juridic reprezintă o stare de drept. Persoana fizică care are capacitatea de exerciţiu deplină este prezumată ca având şi discernământul necesar pentru a încheia actele juridice corespunzătoare capacităţii ei, de aceea lipsa de discernământ trebuie să fie dovedită, iar dovada să fie neechivocă.

Există situaţii în care persoana se află în incapacitate naturală, deşi din punct de vedere legal este considerată capabilă pentru încheierea actelor juridice. Astfel, cel care se află într-o stare de dependenţă de droguri (stupefiante, cum se susţine în speţă) este lipsit temporar de discernământ şi deci de o voinţă conştientă, dar aşa cum s-a precizat dovada acestei stări trebuie să fie neechivocă, raportat la momentul încheierii actului.

Orice om este liber să vândă sau să cumpere. Principiul autonomiei de voinţă este expresia libertăţii individului de a încheia sau nu un contract, potrivit intereselor sale. De altfel, principiul autonomiei de voinţă nu-l vom întâlni numai la contractul de vânzare-cumpărare, ci şi la orice alt contract. Dar această libertate nu este absolută, ea

[*] Lector Univ. Drd., Universitatea Titu Maiorescu Bucureşti.
[**] Director general – Inspecţia de Integritate, Agenţia Naţională de Integritate.

fiind limitată de normele ordinii publice şi de regulile moralei. În acest sens, apar unele restricţii legale şi convenţionale ale libertăţii de a vinde şi a cumpăra.

A. Restricţii legale ale libertăţii de a vinde

a) *Vânzări interzise.* Interesele publice determină legiuitorul să interzică vânzarea unor bunuri care sfidează morala (ex.: vânzarea imaginilor care contravin regulilor moralei etc.), care vizează securitatea şi sănătatea publică (ex.: vânzarea stupefiantelor etc.) sau vânzarea unor bunuri asupra cărora statul are monopolul. În general, legea interzice vânzarea bunurilor care sunt scoase din circuitul civil.

În sfârşit, jurisprudenţa a stabilit că „numai lucrurile care sânt în circuitul civil pot face obiectul unui contract de vânzare între persoane fizice”[1].

b) *Vânzări supuse unei autorizaţii administrative*

c) *Vânzări reglementate***.** În comerţul interior, autorităţile pot decide ca, la fixarea preţului, să nu se depăşească un plafon maxim.

d) *Vânzarea forţată*. Există unele cazuri în care vânzarea are loc în absenta consimţământului vânzătorului. Este cazul vânzării la licitaţie publică în cadrul procedurii executorii silite şi vânzării la licitaţie publică a unui bun aflat în indiviziune, a cărui partajare în natură nu este posibilă[2].

e) *Refuzul de a vinde*. Deşi, conform principiului autonomiei de voinţă, vânzătorul este liber să vândă sau să nu, uneori legea îl obligă la vânzare, din anumite interese de ordin public. Astfel, în materie imobiliară, în caz de expropriere, art. 481 *C. civ*. prevede că „Nimeni nu poate fi silit a ceda proprietatea sa, afară numai pentru cauza de utilitate publică şi primind o dreaptă şi prealabilă despăgubire”.

f) *Vânzări rezervate unor anumiţi cumpărători*.

B. Restricţii convenţionale ale libertăţii de a vinde şi de a cumpăra

a) *Înţelegerea între vânzători.* De exemplu, producătorii sau distribuitorii unor mărfuri, în scopul evitării concurenţei, pot împarţi între ei piaţa, prin împărţirea între ei a zonelor de vânzare[3].

b) *Preţul impus de vânzător*. Sunt situaţii când, prin convenţia vânzătorului şi a cumpărătorului, se interzice acestuia din urmă să revândă la un alt preţ sau la un preţ inferior.

c) *Clauzele exclusivităţii de vânzare*. Tot prin convenţia părţilor, vânzătorul poate impune cumpărătorului să nu revândă marfa în afara unui perimetru şi în anumite zone.

d) *Convenţia de preempţiune sau pactul de preferinţă*

e) *Promisiunea unilaterală de vânzare*

f) *Promisiunea unilaterală de a cumpăra*

Ca în orice contract şi la vânzare-cumpărare este necesar să se manifeste consimţământul vânzătorului şi al cumpărătorului. El se materializează, în mod obişnuit, prin ofertă şi acceptare.

Eroarea, dolul de rând şi violenta. Ca în cazul oricărui contract, şi la vânzare-cumpărare, consimţământul vânzătorului şi al cumpărătorului trebuie să fie liber. Cu alte cuvinte, el nu trebuie să fie viciat. Violenta, ca viciu de consimţământ, nu ridică pro-

---

[1] Trib. Jud. Suceava, dec. civ; nr. 611/1987, în *Revista romana de drept*, nr. 4/1988, p. 70

[2] R. Sanilevici, *Drept civil. Contracte*, Universitatea „ Al. I. Cuza “, Iaşi, Facultatea de Drept, 1973, p. 7.

[3] Henri, Leon şi Jean Mazeaud, *op. cit.*, p. 26.

bleme deosebite, deoarece sunt aplicabile regulile generale ale contractelor. În materia vânzării însă, eroarea şi dolul prezintă o serie de particularităţi, motiv pentru care le vom trata succint.

a) *Vânzarea bunului altuia*. Deoarece vom examina această problema într-un capitol următor, ne vom limita să analizăm vânzarea bunului altuia ca o consecinţă a erorii din partea cumpărătorului. Deşi vânzătorul nu poate înstrăina bunul altuia (*nemo dat quod non habet*), în cazul în care totuşi ar face-o, practica judiciară a considerat vânzarea anulabilă, atât pentru eroare asupra substanţei lucrului care alcătuieşte vânzarea anulabilă, cât şi pentru eroarea asupra calităţii esenţiale a vânzătorului, considerat de către cumpărător ca fiind proprietarul bunului. Astfel, instanţa supremă a stabilit că „vânzarea lucrului altuia are la bază o eroare asupra calităţii de proprietar a vânzătorului şi este anulabilă”[1].

Vânzarea lucrului este lovită de nulitate relativă, cea ce înseamnă că anularea va putea fi invocată numai de către cumpărător. Vânzătorul nu poate invoca anularea vânzării, deoarece „eroarea comisă de un contractant asupra propriei sale persoane nu poate vicia contractul”[2].

Obligaţia de garanţie pentru evicţiune va continua să existe chiar şi atunci când cumpărătorul a fost evins de adevăratul proprietar. „Pentru a-şi redobândi bunul, adevăratul proprietar va trebui să recurgă la acţiunea în revendicare şi nu la acţiunea în anulare a vânzării, deoarece el este terţ faţă de acest contract”[3].

În concluzie, vânzarea lucrului altuia are la baza atât eroarea din partea cumpărătorului, cât şi eroarea asupra persoanei.

b) *Dolul în cazul contractului de vânzare-cumpărare*. Cunoscut şi sub denumirea de eroare provocată, dolul trebuie să emane de la un cocontractant. Deşi poate fi provocat şi de cumpărător, de regulă, el provine de la vânzător. În cazul vânzării, dolul trebuie să fie de o anumită gravitate (*dolul malus*) sau, cum s-a pronunţat instanţa supremă, „manoperele folosite să prezinte o anumită gravitate”[4].

Pe lângă gravitate, dolul mai trebuie să fie principal sau determinant, în sensul că, în absenţa dolului, cealaltă parte nu ar fi contractant.

2. Promisiunea unilaterală de vânzare şi autonomia de voinţă

Este un acord de voinţă între vânzător şi o anumită persoană, prin care vânzătorul promite că-i va vinde un bun, de regulă într-un anumit termen, cumpărătorul rezervându-şi şi dreptul ca, în termenul stabilit, să cumpere sau nu bunul[5]. Promisiunea de a vinde se deosebeşte de oferta de vânzare şi nu dă naştere decât la obligaţia de a face. Deşi unii autori au calificat promisiunea unilaterală de a vinde ca fiind un contract[6], ne raliem opiniei potrivit căreia ea nu este decât un antecontract, „care dă naştere la un drept de

---

[1] Trib. Suprem, în compun. prevăzuta de art. 39 alin. 2 şi 3 din Legea pentru organizarea judecătoreasca, dec. nr. 51 din 18 august 1969, în *Repertoriul de practica judiciară în materie civila pe anii 1975-1980, ed; cit.*, p. 126; în acelaşi sens: Trib. Suprem, col. civ., dec. nr. 491 din 30 martie 1964, p. 42, în *Repertoriul de practica judiciară în materie civila pe anii 1952-1969, ed. cit.*, p. 208.

[2] Fr. Deak, *Contracte speciale…, ed. cit.,* p. 21.

[3] Trib. Suprem, sect. civ., dec. nr. 1816/1975, în *Repertoriul de practica judiciară în materie civila pe anii 1975-1980, ed. cit*., p. 87.

[4] Trib. Suprem, sect. civ., dec. nr. 351 din 14 februarie 1973, în *Repertoriu de practica judiciară în materie civila pe anii 1969-1975, ed. cit*., p. 115.

[5] Fr. Deak, *Contracte speciale, ed. cit*., p. 13.

[6] I. Zinveliu, Contracte civile, instrumente de satisfacere a intereselor cetăţenilor, Ed. Dacia, Cluj-Napoca, 1978, p. 13.

creanţă, una dintre părţi fiind obligată (obligaţia de a face) faţă de cealaltă să vândă un anumit bun, beneficiarul promisiunii putând opta în sensul de a-l cumpăra ori nu" [1].

Alţi autori[2] au definit promisiunea unilaterală de vânzare, ca fiind actul bilateral, prin care „o persoană primeşte promisiunea proprietarului de a vinde acel lucru, rezervându-şi facultatea de a-şi manifesta ulterior, de obicei, în interiorul unui termen, consimţământul de a-l cumpăra sau nu."

Când părţile au stipulat un termen, iar înăuntrul acestuia cumpărătorul nu şi-a manifestat consimţământul, ulterior nu-l mai poate obliga pe vânzător să încheie contractul. În absenţa termenului, vânzătorul are posibilitatea să ceară cumpărătorului să opteze. În principiu, în absenţa unui termen convenţional s-a considerat că este aplicabil termenul general de prescripţie, care va începe să curgă din momentul încheierii promisiunii de vânzare. Cu toate acestea, ţinând seama de natura bunului promis spre vânzare (ex.: fructe, legume, etc.), în lipsa termenului, beneficiarul va trebui să opteze într-un termen util. Dacă în cadrul termenului cumpărătorul îşi manifestă opţiunea, iar vânzătorul refuză să încheie contractul, judecătorul va putea fixa un termen în scopul încheierii contractului. Deci, până la epuizarea termenului, vânzătorul nu poate vinde bunul altei persoane[3].

Încălcarea promisiunii dă naştere la despăgubiri în favoarea cumpărătorului.

Ceea ce este esenţial în cazul promisiunii unilateral de a vinde, este faptul că acesta nu strămută proprietatea de la vânzător la cumpărător. În calitate de proprietar al bunului, vânzătorul va continua să suporte riscul pieirii fortuite a bunului. Atunci când, înăuntrul termenului, vânzătorul vinde bunul altei persoane, beneficiarul poate ca, în temeiul art. 1075 *C. civ*., să ceara despăgubiri civile, evident, dacă a fost păgubit.

În momentul în care beneficiarul promisiunii se hotărăşte să cumpere, atunci când îşi manifestă consimţământul, contractul de vânzare-cumpărare se consideră încheiat, fără a mai fi necesar consimţământul vânzătorului. Acesta îşi manifestase deja consimţământul în momentul încheierii promisiunii, cumpărătorul urmând să decidă dacă cumpăra sau nu.

Vom retine însă că contractul de vânzare-cumpărare se va considera încheiat în momentul manifestării acceptării, când are loc transferul proprietăţii, şi nu retroactiv, de la data promisiunii.

Jurisprudenţa a avut ocazia să se pronunţe în legătură cu promisiunea unilaterală de a vinde. Astfel, instanţa supremă a stabilit că „Nu există nicio dispoziţie legală care să prevadă că promisiunea de vânzare a unui bun (imobil), făcută de un neproprietar, ar fi lovită de nulitate. Această soluţie îşi are raţiunea în faptul că persoana neproprietară are posibilitatea să cumpere, de la proprietar, bunul oferit spre vânzare, iar apoi să fie în măsura a perfectă vânzarea"[4].

Practica judiciară a fost constantă în a considera că promisiunea unilaterală de a vinde nu transferă dreptul de proprietate, ci dă naştere la obligaţii cu caracter personal, în sarcina uneia din părţi[5]. De asemenea, o astfel de promisiune are doar valoarea unui antecontract, care dă naştere la un drept de creanţă[6].

---

[1] Fr. Deak, *Contracte speciale, ed. cit*., p. 13.

[2] Fr. Deak, St. Cărpenaru, Contracte civile şi comerciale, Ed. Lumina Lex, 1993, p. 22.

[3] Dimitrie Alexandresco, vol. 8, partea a 2-a, *op. cit.,* p. 43.

[4] Trib. Suprem, sect. civ., dec. nr. 412 din 12 februarie 1980, în *Repertoriu de practica judiciară în materie civila pe anii 1975-1980, ed. cit*., p. 88.

[5] Trib. Suprem, col. civ., dec. nr. 561/1949, în *Justiţia noua,* nr. 5-6/1949, p. 608.

[6] Trib. Suprem, col. civ., dec. nr. 188/1981, în *Revista romana de drept*, nr. 10/1981, p. 71; Trib. Suprem, col. civ., dec. nr. 1071/1964, în *Culegere de decizii*, 1964, p. 72; Plen. Trib. Suprem, dec. de îndrum., nr. 7/1967, în *Culegere de decizii*, 1967, p. 27-28.

Dreptul de preempţiune conferă titularului său prioritatea de achiziţie prin efectul legii, în cazul în care proprietarul vinde[1].

Diferenţa dintre promisiune şi dreptul de preferinţă constă în aceea că prioritatea acordată beneficiarului nu este convenţională ci prin efectul legii. O a doua diferenţă este aceea că, dacă în primul caz promitentul se obligă să vândă, în al doilea caz vânzarea este numai un eveniment posibil[2].

În dreptul român, promisiunea unilaterală de vânzare nu este o vânzare sub condiţie, deoarece părţile nu au încheiat un contract de vânzare-cumpărare, ci cel mult un antecontract. Pe de altă parte, evenimentul prevăzut în condiţie nu poate fi însuşi consimţământul[3].

Promisiunea unilaterală de vânzare este un contract unilateral, dar şi antecontract de vânzare-cumpărare. Ea dă naştere unui drept de creanţă şi corelativ unei obligaţii de a face, ce poate fi executată în natură sau prin echivalent.

3. Exproprierea pentru cauză de utilitate publică în considerarea sa ca vânzare forţată şi autonomia de voinţă

Exproprierea pentru cauză de utilitate publică reprezintă tot o vânzare-cumpărare, dar forţată, independentă de consimţământul proprietarului[4].

Ea constă în trecerea forţată a unor bunuri determinate din proprietatea privată în proprietatea publică în vederea satisfacerii unor necesităţi de interes naţional sau local după o justă şi prealabilă despăgubire[5].

Exproprierea este un act juridic complex, cu caracter preponderent jurisdicţional, autonomia de voinţă fiind practic limitată la posibilitatea negocierii despăgubirilor.

Printre condiţiile exproprierii se află şi aceea a unei juste şi prealabile despăgubiri. *Odată emisă declaraţia de utilitate publică şi îndeplinite obligaţiile formalităţile de publicitate, expropriatul poate negocia cu expropriatorul despăgubirile. Practic acesta este singurul moment în care voinţa proprietarului este prezentă şi se manifestă liber.*

Justa despăgubire poate avea o accepţiune mai largă decât atunci desemnează forma de executare indirectă a obligaţiilor[6].

Atunci când expropriatul şi expropriatorul nu se învoiesc în privinţa despăgubirilor, ele se stabilesc de instanţă.

În concluzie, fiind vorba de trecerea forţată a unor bunuri determinate din proprietatea privată în proprietatea publică, *autonomia de voinţă este practic limitată la posibilitatea de a negocia despăgubirile.*

4. Capacitatea părţilor în contractul de vânzare-cumpărare şi autonomia de voinţă

Potrivit art. 1306 din vechiul *C. civ*. şi art. 1652 din noul C.civ., „Pot cumpăra şi vinde toţi cărora nu le este oprit prin lege”, înseamnă că, contractul de vânzare-

---

[1] C. Saint-Alary-Hoiun, *Le droit de preemtion*, L.G.D.J., 1979, p. 214.

[2] I. Dogaru, *Drept civil român. Idei producătoare de efecte juridice*, Ed. All Beck, Bucureşti, 2002, p. 788.

[3] Fr. Deak, *Drept civil. Contracte speciale*, Universitatea Bucureşti, 1978, p. 12.

[4] Fr. Deak, St. Cărpenaru, *Contracte civile şi comerciale*, Ed. Lumina Lex, 1993, p. 22.

[5] T. Sâmbrian, *Drept civil. Moduri originare de dobândire a proprietăţii*, Ed. Europa, Craiova, 1996, p. 225 şi urm.

[6] T. Sâmbrian, *op. cit.*, p. 239.

cumpărare poate fi încheiat de orice persoană. Capacitatea constituie deci regula, iar incapacitatea, excepţia (motiv pentru care incapacităţile sunt reglementate expres şi limitativ de lege).

Fiind un act de dispoziţie, contractul de vânzare-cumpărare impune părţilor să aibă capacitatea de exerciţiu. Uneori, acest contract mijloceşte efectuarea unor acte de conservare şi administrare (ex.: cumpărarea de materiale necesare unor reparaţii etc.), situaţie în care se cer părţilor „să aibă capacitatea de a face acte de conservare ori de administrare, respectiv să aibă încuviinţarea necesară încheierii unor astfel de acte”[1].

Potrivit art. 1654 din noul Cod civil sunt incapabili de a cumpăra, direct sau prin persoane interpuse chiar şi prin licitaţie publică:

a. Mandatarii, pentru bunurile pe care sunt însărcinaţi să le vândă; excepţia prevăzută la art. 1304 alin. 1 rămâne aplicabilă

b. Părinţii, tutorele, curatorul, administratorul provizoriu, pentru bunurile persoanelor pe care le reprezintă

c. Funcţionarii publici, judecătorii sindici,..., care pot influenţa condiţiile vânzării făcute prin intermediul lor sau care are ca obiect bunurile pe care le administrează ori a căror administrare o supraveghează.

Potrivit art. 1655 C.civ, persoanele prevăzute la art. 1654 alin. 1 nu pot, de asemenea, să vândă bunurile proprii pentru un preţ care constă într-o sumă de bani provenită din vânzarea ori exploatarea bunului sau patrimoniului pe care îl administrează ori a cărui administrare o supraveghează, după caz. Dispoziţiile alin. 1 se plică în mod corespunzător şi contractelor în care, în schimbul unei prestaţii promise de persoanele prevăzute la art. 1654 alin. 1, cealaltă parte se obligă să plătească o sumă de bani.

În lipsa discernământului, consimţământul nu poate fi considerat valabil exprimat la încheierea actului juridic, lipsa discernământului fiind asimilată cu lipsa consimţământului la încheierea actului respectiv, ceea ce duce la nulitatea absolută a acestuia.

5. Lucrul vândut şi autonomia de voinţă

a. Principiul liberei circulaţii

Art. 1310 din vechiul cod civil, ca şi corespondentul său art. 1595 din Codul civil francez, stabileşte principiul liberei circulaţii a lucrurilor, cu o derogare: nu pot forma obiectul contractului de vânzare-cumpărare, bunurile care nu sunt în circuitul civil. Interdicţia poate fi absolută, când e vorba de bunuri de interes public, sau relativă, când e vorba de bunuri ce pot fi cumpărate numai de anumite persoane sau numai în anumite condiţii.

Nu sunt în circuitul civil, deci nu fac obiectul unui contract de vânzare-cumpărare bunurile care aparţin domeniului public, bunurile care constituie monopolul statului etc.

Un bun nu poate fi declarat inalienabil prin voinţa părţilor. O astfel de clauză contravine principiului liberei circulaţii a bunurilor şi încalcă dreptul proprietarului de a dispune liber de lucrul său. Inalienabilitatea poate opera numai dacă se justifică un interes serios şi legitim şi are caracter temporar. Dacă nu sunt îndeplinite condiţiile arătate, clauza de inalienabilitate (*pactum de non aliendo*) este nulă[2].

---

[1] Fr. Deak, *Contracte speciale… ed. cit.,* p. 15.

[2] Trib. Suprem, S.civ., dec nr. 400/1978, în Culegere de decizii, 1978, p. 22.

b. Vânzarea lucrului altuia şi autonomia de voinţă

Art. 1599 din C.civ francez dispune o prohibiţie justificată: „vânzarea lucrului altuia este nulă”. Din text ar putea reieşi că vânzătorul trebuie să fie întotdeauna proprietar la momentul încheierii contractului. Lucru inexact, fiind suficient ca el să aibă această calitate la momentul transferului de proprietate.

Codul civil italian conţine o reglementare mai clară în art. 1478 alin. 1 şi 2: dacă la momentul încheierii contractului bunul nu era în proprietatea vânzătorului, acesta este obligat să procure bunul, iar cumpărătorul devine proprietar în acel moment.

În Codul civil român nu există un corespondent al celor două texte amintite, dar făcându-se aplicarea principiului *nemo plus iuris ad alium transfere potest, quam ipse habet sau nemo dat quod non habet* practica şi teoria au ajuns la următoarele concluzii:

- Dacă părţile sau cel puţin cumpărătorul a fost de bună-credinţă, fiind în eroare asupra calităţii esenţiale a vânzătorului, considerat proprietar, sancţiunea este nulitatea relativă. Adevăratul proprietar nu poate cere anularea actului de înstrăinare fiind terţ faţă de contract. El poate utiliza acţiunea în revendicare, atunci când nu are posesia imobilului, iar dacă o are poate opune titlul său[1].
- Dacă părţile sunt de rea credinţă, cunoscând că bunul aparţine altei persoane, actul este nul absolut, având cauză ilicită[2].

6. Preţul şi autonomia de voinţă

Pentru a exista contractul de vânzare-cumpărare, nu este suficient numai bunul vândut, ci şi preţul. Obiectul obligaţiei cumpărătorului constă tocmai în plata preţului. Jurisprudenţa a hotărât că, dacă vânzătorul era bolnav şi a decedat imediat după încheierea contractului de vânzare-cumpărare, „împrejurarea că preţul vânzării nu s-a găsit asupra sa la data decesului nu constituie dovada în sensul că vânzarea nu ar fi avut loc şi că deci nu ar fi reală, întrucât nu este exclusă posibilitatea ca preţul să fi fost plătit anterior încheierii actului”[3].

Preţul constă într-o sumă de bani pe care cumpărătorul o plăteşte vânzătorului. Dacă în locul sumei de bani cumpărătorul s-ar obliga să predea alt bun, atunci vom fi în prezenţa unui contract de schimb sau a unei dări în plată[4].

Condiţiile pe care trebuie să le îndeplinească preţul sânt următoarele:

a) *Preţul să existe*. Absenţa preţului atrage nulitatea absolută a contractului de vânzare-cumpărare. El trebuie stabilit de părţi în momentul încheierii contractului.

Sub aspectul existen’ei sale, preţul trebuie să fie *determinat* sau *determinabil*.

Preţul ***determinat***. De regulă, preţul este stabilit de părţi, ele hotărând ce sumă de bani trebuie să plătească cumpărătorul. Art. 1303 *C. civ*. (art. 1661 NCC) prevede că preţul vânzării trebuie să fie determinat de părţi. Preţul se poate fixa pe cale convenţională sau poate fi stabilit de lege

---

[1] Trib. Suprem, S.civ., dec. nr. 1816/1975 în I. Mihuţă, Repertoriu de practică judiciară în materie civilă a Tribunalului Suprem şi altor instanţe judecătoreşti pe anii 1975-1980, Ed. Ştiinţifică şi Enciclopedică, Bucureşti, 1982, p. 87.

[2] Tribunalul Judeţean Constanţa, col. Civ., dec nr. 778/1987 în Revista română de drept nr. 2/1988, p. 70; Curtea de Apel Galaţi, dec nr 1613/1996, Sinteză de practică judiciară a Curţii de Apel Galaţi, 1995. p. 76

[3] Trib. Suprem, sect. pen., dec. nr. 1195 din 19 august 1981, în *Repertoriu de practică judiciară în materie civilă pe anii 1980-1983, ed. cit*., p. 87.

[4] Trib. Suprem, sect. civ., dec. nr. 309 din 23 februarie 1971, în *Culegere de decizii 1971*, p. 53.

Preţul să fie ***determinabil.*** În acest caz, deşi preţul nu este fixat de părţi, în contract sânt menţionate doar elementele după care va fi determinat (de exemplu: la preţul zilei).

b) *Preţul să fie stabil în bani*. Această condiţie este de esenţa vânzării. Dacă în locul sumei de bani se convine asupra unui bun, ne vom găsi în prezenţa unui schimb.

c) *Preţul să fie real*. Nu este suficient ca un preţ să existe (în bani, determinat sau determinabil), dar nu mai este necesar ca el să fie real, adică să nu fie simulat sau derizoriu.

Preţul simulat. În contract, părţile pot consemna un preţ, dar într-un act secret să se menţioneze că preţul nu este datorat. În acest caz, preţul fiind doar o aparenţă, el este simulat. Deci, el trebuie plătit efectiv vânzătorului. În cazul preţului fictiv, înseamnă că acel contract nu va avea valoarea unei vânzări-cumpărări, ci a unei donaţii. Absenta preţului face ca actul să fie nul ca vânzare-cumpărare. Chiar dacă în contract s-a menţionat că preţul a fost primit, această menţiune nu este de natură a face dovada preţului[1].

Preţul derizoriu. Este posibil că părţile să convină asupra unui preţ, dar acesta să fie infim, adică să nu aibă o existenta reala (de exemplu: s-ar stabili drept preţ al unui autoturism suma de o mie lei). Preţul este neserios, derizoriu, când nu reflectă valoarea reală a bunului. Practic, suntem în absenţa unui preţ. Nu are importanţă că, în momentul încheierii contractului, cumpărătorul ar fi insolvabil, deoarece vânzătorul poate avea încredere că preţul i se va plăti la un termen ulterior.

Părţile pot stabili, prin negociere, în baza *autonomiei de voinţă* preţul, elementele cu ajutorul cărora acesta va putea fi determinat sau chiar să numească un terţ care să-l stabilească[2]. Acesta din urmă are calitatea de mandatar şi nu de arbitru, care de regulă are îndatorirea de a soluţiona litigiile apărute. Dacă terţul nu vrea sau nu poate determina preţul, vânzarea este nulă pentru lipsa preţului. Instanţa nu poate să procedeze la numirea unui terţ care să determine preţul sau să facă chiar ea acest lucru. În cazul în care sunt prevăzute preţuri obligatorii de către lege, părţile au obligaţia de a le respecta.

Uneori, intervenţia statului se manifestă şi în stabilirea unor preţuri obligatorii. În astfel de cazuri, dacă părţile stabilesc alte preţuri, acestea se înlocuiesc de drept ce cele legale. De obicei, preţuri legale obligatorii se întâlnesc în materia vânzării locuinţelor din fondul de stat. Intervenţia statului în stabilirea preţurilor se manifestă şi în cazul bunurilor de larg consum. Dacă în Franţa anilor 1900 municipalitatea putea să stabilească preţul la pâine şi carne[3], în România de azi guvernul stabileşte preţul minimal la grâu sau benzină, de exemplu.

Preţul trebuie să fie sincer şi serios. Fictivitatea atrage sancţiunile cunoscute în cazul simulaţiei.

În concluzie, la vânzările imobiliare stabilirea preţului pin negociere, în baza autonomiei de voinţă, trebuie să plece de la valorile minime stabilite de Societatea Generală a Experţilor Tehnici, altfel notarul va refuza să autentifice contractul, ce nu va putea fi astfel înscris în cartea funciară. Părţile trebuie să respecte în toate cazurile preţurile fixe sau minimale stabilite de lege.

---

[1] Trib. Iaşi, sect. a III-a, 21 iunie 1926, Pand. Rom., 1926, III, p. 152.

[2] Art. 1304 din Codul civil român, art. 1592 din Codul civil francez, art. 1473 din Codul civil italian.

[3] M.Planiol, *op. cit.*, vol. 2, p. 457

7. Obligaţiile vânzătorului şi autonomia de voinţă

Conform art. 1672 din NCC obligaţiile principale ale vânzătorului sunt următoarele:

1. Să transmită proprietatea bunului sau după caz dreptul vândut – părţile derogă prin prevederi contractuale de la acestea.[1]
2. Să predea bunul
3. Să îl garanteze pe cumpărător contra evicţiunii şi viciilor bunului.

Obligaţia de garanţie contra evicţiunii este una de drept ce poate fi modificată aşa cum arata art. 1698 din NCC. Părţile pot prin convenţie să adauge, să micşoreze sau să şteargă obligaţia de garanţie pentru evicţiune. Modificările convenţionale transformă garanţia din una de drept în una de fapt[2].

Există însă două limitări aduse voinţei părţilor:

- Vânzătorul nu se poate sustrage de la răspunderea contra evicţiunii, când aceasta este consecinţa unui fapt personal al său. De exemplu, anterior vânzării imobilului, vânzătorul l-a închiriat pe un termen lung, fără să aducă la cunoştinţa cumpărătorului acest fapt;
- Chiar dacă părţile ar fi convenit asupra exonerării totale de garanţie, vânzătorul nu poate fi scutit de obligaţia de a restitui preţul în caz de evicţiune. Face excepţie doar situaţia când cumpărătorul a cumpărat bunul pe riscul său ori când cunoştea ameninţarea evicţiunii.

Obligaţia vânzătorului este nu numai să asigure cumpărătorului liniştita folosinţă a bunului, dar şi utilă. În acest sens, art. 1352 *C. civ*. prevede că „vânzătorul este supus la răspundere pentru viciile ascunse lucrului, dacă, din cauza acelora, lucrul nu este bun de întrebuinţat, după destinaţia sa, sau întrebuinţarea să fie atât de micşorată, încât se poate presupune că cumpărătorul nu l-ar fi cumpărat, sau n-ar fi dat pe dânsul ceea ce a dat, de i-ar fi cunoscut viciile”. Viciile ascunse sunt cunoscute în doctrina judiciară şi sub denumirea de redhibitorii.

Răspunderea pentru viciile ascunse este, intr-adevăr, „o extensiune specială în materie de nulitate pentru cauza de eroare[3]“.

Art. 1352 *C. civ*. se aplica nu numai în materie civilă, ci şi în materie comercială, la bunurile imobile şi mobile (inclusiv la vânzarea bunurilor incorporale).

Viciul poate leza atât bunul principal, cât şi accesoriile lui. Esenţial este însă ca viciile „să fie atât de mari, încât din cauza lor lucrul să nu fie bun de întrebuinţat după destinaţia sa, sau întrebuinţarea să fie atât de micşorată, încât se poate presupune că cumpărătorul nu l-ar fi cumpărat sau nu ar fi dat preţul ce l-a plătit, dacă ar fi cunoscut viciile[4]“. Când viciile pot fi uşor reparate, atunci cumpărătorul va putea solicita numai repararea lor.

Reţinem însă prevederea din art. 1360 *C. civ*., conform căreia acţiunea redhibitorie nu există în cazul vânzărilor silite la licitaţie publică. Prin vânzare publică se înţelege acea vânzare făcută de o autoritate publică.

Textele de lege care reglementează obligaţia de garanţie pentru vicii[5], fiind supletive, părţile sunt libere să o modifice în sensul limitării, înlăturării sau agravării acesteia. Ca şi în cazul celeilalte obligaţii de garanţie, clauzele de agravare nu suferă limitări legale.

---

[1] A se vedea textele de lege corespondente – art. 1604 din Codul civil francez şi art 1476 din Codul civil italian.

[2] C.civ francez în art. 1627 şi cel italian în art. 1487 şi urm., conţin dispoziţii asemănătoare.

[3] Dimitrie Alexandresco, vol. 8, *op. cit.*, p. 334; Fr. Deak, *op. cit.*, p. 32.

[4] C. Hamagiu, N. Georgean, vol. 8, *op. cit.*, p. 676

[5] V.Stoica, C.Turuianu, Obligaţia de garanţie contra viciilor bunurilor vândute de persoane fizice, cu privire specială asupra autovehiculelor, în Revista română de drept, nr. 9-12/1989, p. 6-18

În schimb, clauzele de limitare sau înlăturare a garanţiei pentru vicii îşi produc efecte numai dacă vânzătorul este de bună-credinţă, necunoscând viciile[1].

Concluzii

Modul în care legiuitorul a definit vânzarea nu este exact, în primul rând pentru că vânzătorul nu se obliga să transmită cumpărătorului proprietatea bunului, ci el transforma însăşi proprietatea lucrului vândut, iar, pe de altă parte, proprietatea se transformă doar prin singurul efect al consimţământului.

Contractul de vânzare-cumpărare reprezintă un instrument juridic care reglementează cea mai mare parte a schimburilor comerciale din zilele noastre.

Mulţumiri

Proiect cofinanţat de Fondul Social European, prin Programul Operaţional Sectorial pentru Dezvoltarea Resurselor Umane 2007 – 2013, POSDRU/CPP 107/DMI 1.5/S/77082/2010: "Burse doctorale de pregătire ecoeconomică şi bioeconomică complexă pentru siguranţa şi securitatea alimentelor şi furajelor din ecosisteme antropice", coordonat de Institutul National de Cercetări Economice, "Costin C. Kiriţescu", Romania.

Bibliografie

1. **Alexandresco D.**, Explicaţiunea teoretică şi practică a dreptului civil român, vol. VIII, Partea II., Atelierele Grafice Socee & Co, Bucureşti, 1916
2. **Deak Fr.,** Drept civil. Contracte speciale, Universitatea Bucureşti, 1978
3. **Deak Fr.,** Cărpenaru St., Contracte civile şi comerciale, Ed. Lumina Lex, 1993
4. **Dogaru I,** Drept civil român. Idei producătoare de efecte juridice, Ed. All Beck, Bucureşti, 2002
5. **Henri, Leon şi Jean Mazeaud,** Lecons de droit civil, vol. IV, Paris, 1963
6. **Hamangiu C., Georgean N**., Codul civil adnotat, vol. 8, Editura Socec, Bucuresti, 1943
7. **Mihuţă I**., Repertoriu de practică judiciară în materie civilă a Tribunalului Suprem şi altor instanţe judecătoreşti pe anii 1975-1980, Ed. Ştiinţifică şi Enciclopedică, Bucureşti, 1982
8. **Planiol M**, Traite elementaire de droit civil, vol. 2, Paris, 1907
9. **Sanilevici R.,** *Drept civil. Contracte*, Universitatea „ Al. I. Cuza ", Iaşi, Facultatea de Drept, 1973
10. **Saint-Alary-Hoiun C**., Le droit de preemtion, L.G.D.J., 1979
11. **Sâmbrian T**, Drept civil. Moduri originare de dobândire a proprietăţii, Ed. Europa, Craiova, 1996
12. **Stoica V**., Turuianu C., Obligaţia de garanţie contra viciilor bunurilor vândute de persoane fizice, cu privire specială asupra autovehiculelor, în Revista română de drept, nr. 9-12/1989
13. **Zinveliu I**., Contracte civile, instrumente de satisfacere a intereselor cetăţenilor, Ed. Dacia, Cluj-Napoca, 1978

[1] I. Dogaru, Drept civil român. Idei producătoare de efecte juridice, Ed. All Beck, Bucureşti, 2002, p. 799

Prezentare generală a cererii cu valoare redusă în Noul Cod de procedură civilă

Grigore Nicolae ***RUNCANU***

Abstract: *Articolul face o prezentare generală a cererii cu valoare redusă aşa cum este aceasta reglementată în NCPC. Pe lângă descrierea acestei proceduri speciale, se fac şi comentarii şi sunt identificate potenţiale avantaje şi dezavantaje ale folosirii acestui mijloc procedural de către creditori.*

Cuvinte cheie*: Cererea cu valoare redusă, Noul cod de procedură civilă, procedură specială, debitor, creditor, recuperare debit, recuperare creanţă.*

1. Scurt istoric al cererii cu valoare redusă

Procedura cu privire la cererile de valoare redusă reprezintă una din procedurile speciale introduse cu titlu de noutate legislativă în noul Cod de procedură civilă ca urmare a necesităţii "modernizării procedurilor speciale în scopul clarificării rapide şi eficiente a situaţiilor litigioase"[1].

Reglementarea noii proceduri este cuprinsă în Cartea a VI-a, Titlul X, art. 1025-1032 din Legea nr. 134/2010[2] republicată[3] - privind Codul de procedură civilă (noul Cod de procedură civilă n.n.), act normativ care a preluat în mare parte Regulamentul Parlamentului European şi al Consiliului nr. 861/2007 privind stabilirea unei proceduri europene cu privire la cererile cu valoare redusă[4].

Asemănarea dintre actele europene şi această procedură specială prezintă importanţă, astfel cum s-a observat în doctrină[5], din cel puţin două considerente:

- pe de o parte, Regulamentul se aplică direct doar în ceea ce priveşte litigiile transfrontaliere[6] al căror obiect nu al căror obiect nu depăşeşte cuantumul de 2000 euro, fără a se lua în considerare dobânzile, cheltuielile şi alte costuri; de altfel, art. 1 din Regulament menţionează expres faptul că procedura europeană cu privire la cererile cu valoare redusă este pentru justiţiabili una opţională, o alternativă, la procedurile prevăzute de legislaţiile statelor membre;
- pe de altă parte, dată fiind noutatea acestei proceduri în dreptul intern, dar mai ales caracterul său atipic[7] chiar şi în contextul modificărilor substanţiale aduse procesului civil în

---

[1] Expunerea de motive, p. 20 - 21, disponibilă pe www.just.ro.

[2] M. Of. nr. 485 din data de 15 iulie 2010.

[3] M. Of. nr. 542 din data de 3 august 2012.

[4] Publicat în J.O.U.E. nr. L 199 din 31 iulie 2007, p. 1 - 22, intrat în vigoare din 1 ianuarie 2009 în toate statele membre, cu excepţia Danemarcei.

[5] Anamaria Mustăcăneanu, *Cererile cu valoare redusă în NCPC. Prezentare generală, articol disponibil pe www.juridice.ro.*

[6] în conformitate cu art. 3 alin. 1 din Regulament, "o cauză are caracter transfrontalier atunci când cel puţin una dintre părţi îşi are domiciliul sau reşedinţa obişnuită într-un stat membru, altul decât cel în care se află instanţa judecătorească sesizată".

[7] Procedura are o tradiţie mai mare în spaţiul *common-law*; pentru un examen comparativ al unor reglementări naţionale în materie a se vedea Ioan Leş, *Reglementări naţionale şi comunitare privitoare la soluţionarea cererilor de valoare redusă*, în Revista Română de Drept Privat nr. 1/2009, p. 117 - 131.

general, Regulamentul şi jurisprudenţa generată de acesta ar trebui să fie un important punct de referinţă în interpretarea şi aplicarea dispoziţiilor cuprinse în art. 1025-1032 din NCPC.

Procedura cererii de valoare redusă se caracterizează prin *accesibilitate* (se utilizează formulare tipizate – formular de cerere, formular tip pentru completarea şi/sau rectificarea formularului de cerere şi formularul de răspuns – care cuprind informaţii clare şi detaliate privind completarea fiecărei rubrici, permiţând astfel oricărui justiţiabil să iniţieze litigiul, reprezentarea prin avocat[1] nefiind obligatorie), *simplitate* (pentru că regula este ca procedura să se desfăşoare în scris şi numai în mod excepţional, la dispoziţia instanţei, necesită înfăţişarea părţilor) şi *celeritate* (plecând de la poziţia procesuală adoptată de părţi, desfăşurarea în primă instanţă a procedurii este în detaliu stabilită, fiind determinate termenele pentru îndeplinirea actelor de procedură, dar şi sancţiunile aplicabile în cazul nerespectării lor).

Cu toate aceste avantaje, modalitatea de reglementarea a acestei proceduri speciale lasă loc de interpretare chiar de la domeniul de aplicare, fapt care are repercusiuni iremediabile (hotărârea are autoritate de lucru judecat) asupra intereselor justiţiabililor care optează pentru acest mijloc procesual.

2. Domeniul de aplicare

Pentru stabilirea domeniului de aplicare al procedurii cu privire la cererile de valoare redusă, legiuitorul a avut în vedere doua criterii:

a) valoarea maximă a cererii, la momentul sesizării instanţei, poate fi 10.000 lei, precizându-se că nu se iau în considerare dobânzile, cheltuielile de judecată şi alte venituri accesorii [alin. (1) al art. 1025 din NCPC];

b) materiile exceptate[2] prevăzute în NCPC la art. 1025, alin. (2) - fiscală, vamală sau administrativă, şi în ceea ce priveşte răspunderea statului pentru acte sau omisiuni în cadrul exercitării autorităţii publice) şi la alin. 3 (starea civilă sau capacitatea persoanelor fizice; drepturile patrimoniale născute din raporturile de familie; moştenire; insolvenţă, concordatul preventiv, procedurile privind lichidarea societăţilor insolvabile şi a altor persoane juridice sau alte proceduri asemănătoare; asigurări sociale; dreptul muncii; închirierea unor bunuri imobile, cu excepţia acţiunilor privind creanţele având ca obiect plata unei sume de bani; arbitraj; atingeri aduse dreptului de proprietate privată sau altor drepturi care privesc personalitatea).

În doctrină[3] s-a arătat că prevederea art. 1025 alin. 1 NCPC este susceptibilă de două interpretări diferite: fie procedura este aplicabilă tuturor cererilor de chemare în judecată al căror obiect este evaluabil în bani sub pragul de 10.000 lei, indiferent că sunt cereri personale, reale sau mixte, fie procedura este aplicabilă numai în cazul cererilor prin care se urmăreşte valorificarea unui drept de creanţă al cărui obiect are o valoare de maxim 10.000 lei.

Cu toate că există argumente de text în sprijinul celei de-a doua interpretări[4], înclinăm către prima interpretare care a fost prezentată în doctrină[5] şi care arată că dacă

---

[1] pct. 15 din expunerea de motive a Regulamentului precizează că "părţile nu ar trebui să fie obligate să fie reprezentate de către un avocat sau de către un alt reprezentant al profesiei juridice".

[2] Materiile excluse sunt identice cu cele din art. 2 al Regulamentului, în plus se arată faptul că acesta se aplică "în materie civilă şi comercială".

[3] Claudiu Constantin Dinu, *Procedura cu privire la cererile cu valoare redusă în contextul noului cod de procedură civilă,* în Revista Română de Drept Privat nr. 3/2011, p. 68 - 78.

[4] Cele enumerate de Claudiu Constantin Dinu, *op. cit., p.* 71.

[5] Anamaria Mustăcăneanu, *Cererile cu valoare redusă în NCPC. Prezentare generală, articol disponibil pe www.juridice.ro.*

legiuitorul ar fi urmărit limitarea aplicării procedurii speciale doar la cererile având ca obiect valorificarea unui drept de creanţă al cărui obiect are o valoare de maxim 10.000 lei, ar fi menţionat expres acest aspect la fel cum a subliniat în cazul procedurii ordonanţei de plată (art. 1013 NCPC) sau în cazul cererilor soluţionate în primă şi ultimă instanţă la judecătorie (art. 94 pct. 2 NCPC corespunzător actualului art. 1 alin. 1[1]) – *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*.

Pe de altă parte, considerăm ca s-a subliniat corect şi faptul că în Regulament sunt vizate şi "cererile neevaluabile în bani"[1] atât în partea reglementară - art. 5 alin. 5 (unul din putinele texte care nu a fost preluat şi în normele interne)[2], cât şi în cuprinsul formularelor din anexe, după cum urmează:

- în cuprinsul instrucţiunilor de completare a formularului de cerere reclamantului i se solicită să precizeze dacă cererea are ca obiect o sumă de bani şi/sau alt caracter (nu este evaluabilă în bani), de exemplu livrare de mărfuri, iar în această ultimă situaţie reclamantul trebuie să indice valoarea estimativă a cererii, precum şi dacă doreşte să introducă în subsidiar o altă cerere de daune-interese, dacă cererea iniţială nu poate fi soluţionată;
- în cuprinsul certificatului privind hotărârea pronunţată în cadrul procedurii europene cu privire la cererile cu valoare redusă, la pct. 4.3 intitulat conţinutul hotărârii, se face distincţia clară între cererile având ca obiect plata unei sume de bani şi cele având un caracter neevaluabil în bani;
- procedural şi Ministerul Justiţiei[3] a preluat împreună cu formularele din Regulament distincţia între cererea evaluabilă în bani (pct. 3.1 din formularul de cerere) şi cererea neevaluabilă în bani (pct. 3.2).

Considerăm că prioritară este interpretarea potrivit căreia procedura cu privire la cererile de valoare redusă se aplică tuturor cererilor patrimoniale (atunci când valoarea obiectului acestora nu depăşeşte 10.000 lei), ţinându-se cont în primul rând de modelul legislativ comunitar, dar şi de scopul acestuia, interpretarea contrară izvorând din sintagma utilizată de legiuitorul român în art. 1025 din NCPC - "valoarea cererii" - nefiind în mod evident cea mai fericită, cel puţin datorită necorelării cu modificările introduse în ceea ce priveşte competenţa materială (care se referă la "valoarea obiectului cererii"[4]).

În doctrină[5] s-a arătat că "au caracter patrimonial atât cererile care au ca obiect plata unei sume de bani ori obţinerea altui bun, cât şi cererile care, deşi nu tind în mod direct la obţinerea unei valori patrimoniale, decurg dintr-un raport juridic cu caracter patrimonial", aspect cu care suntem de acord.

---

[1] La redactarea s-au avut în vedere versiunile oficiale ale Regulamentului în limbile română, engleză şi franceză, disponibile la adresa www.eur-lex.europa.eu. În acest sens, arătăm că în engleză sintagmele folosite pentru "cererile de valoare redusă" şi respectiv "cererile neevaluabile în bani" sunt "small claims" şi respectiv "non-monetary claim", iar în franceză "petites litiges" şi respectiv "demande non pécuniare".

[2] În conformitate cu art. 5 pct. 5 din Regulament, "în cazul în care, în răspunsul său, pârâtul susţine că valoarea unei cereri neevaluabile în bani depăşeşte limita stabilită la art. 2 alin. 1, instanţa hotărăşte, în termen de 30 de zile de la transmiterea răspunsului către reclamant, dacă cererea se circumscrie domeniului de aplicare a prezentului Regulament. Această hotărâre nu poate fi contestată separat".

[3] Proiectul de ordin al Ministrului Justiţiei privind aprobarea formularelor utilizate în procedura cu privire la cererile de valoare redusă a fost supus dezbaterii publice în data de 5 iunie 2012 pe www.just.ro.

[4] Secţiunea a 2-a din Cap. I, Titlul III, Cartea I este denumită "Determinarea competenţei după valoarea obiectului cererii introductive de instanţă".

[5] Gheorghe-Liviu Zidaru, *Consideraţii cu privire la normele de competenţă cuprinse în noul cod de procedură civilă. Competenţa materială (I),* în Revista Română de Drept Privat nr. 3/2011, p. 175.

Concluzionând asupra acestui aspect, considerăm că nu este exclusă posibilitatea aplicării acesteia în cazuri precum predarea unui bun mobil ori executarea unui contract (cu respectarea limitei valorice maxime de 10.000 lei impuse de legiuitor), chiar dacă există premisele ca ponderea cererilor promovate în temeiul acestei proceduri va fi a celor care vor avea ca obiect plata unei sume de bani.

3. Caracterul facultativ al procedurii speciale

3.1. Legiuitorul a fost consecvent şi a preluat inclusiv acest aspect din modelul comunitar, lăsând reclamantului opţiunea de a alege între procedura specială şi procedura de drept comun, conform art. 1026 alin. 1 NCPC.

Alături de caracteristicile principale detaliate mai sus (accesibilitate, simplitate şi celeritate), care sunt şi avantajele evidente ale acestei proceduri în comparaţie cu procedura obişnuită, de drept comun, nu sunt de neglijat şi următoarele aspecte:

i) timbrajul – conform art. 28 din titlul IV al Legii nr. 76/2012[1] de punere în aplicare a NCPC, pentru iniţierea procedurii cererilor de valoare redusă acestea se timbrează cu sume fixe: cu 50 lei, dacă valoarea cererii nu depăşeşte 2.000 lei şi cu 150 lei, pentru cererea a cărei valoarea depăşeşte 2.000 lei, pe când în procedura de drept comun timbrajul este mult mai mare, cererile timbrându-se la valoare, conform art. 2 alin. 1 din Legea nr. 146/1997[2];

ii) procedura se desfăşoară în camera de consiliu conform art. 1029 alin. (1) NCPC – ceea ce, teoretic cel puţin, presupune un grad mai mare de "confidenţialitate", atâta timp cat în cadrul procedurilor desfăşurate în camera de consiliu ar trebui ca în sală să se afle doar părţile şi instanţa;

iii) admisibilitatea probelor – în procedura specială, la art. 1029 alin. 9 NCPC, se face vorbire doar de înscrisuri, dar prin derogare, pot fi încuviinţate alte probe cu condiţia ca administrarea acestora să nu necesite cheltuieli disproporţionate faţă de valoarea cererii de chemare în judecată sau a cererii reconvenţionale, diferit faţă de procedura de drept comun în care sunt admisibile orice probe, în condiţiile generale prevăzute de art. 255 NCPC;

iv) posibilitatea executării hotărârii – în conformitate cu art. 1030 alin. 3 NCPC, hotărârea pronunţată în primă instanţă potrivit procedurii speciale este executorie de drept, iar exercitarea apelului nu suspendă executarea silită; instanţa poate dispune suspendarea executării silite numai dacă sunt respectate două condiţii cumulative expres prevăzute de art. 1032 alin. 2 NCPC (dovedirea unor motive temeinice şi depunerea unei cauţiuni de 10% din valoarea contestată), diferit de regula de drept comun, prevăzută la art. 468 alin. 5 NCPC, potrivit căreia odată cu exercitarea în termen a apelului se suspendă executarea hotărârii pronunţate în primă instanţă.

3.2. Chiar dacă legiuitorul român se referă textual doar la opţiunea dintre procedura cu privire la cererile de valoare redusă şi procedura de drept comun, în situaţia în care creditorul are o creanţă certă, lichidă şi exigibilă constând în obligaţia de plată a unor sume de bani care nu depăşesc 10.000 lei şi care rezultă dintr-un contract civil, va avea

---

[1] M. Of. nr. 365 din data de 30 mai 2012.

[2] Spre exemplu, în cazul unei cereri al cărei obiect este în valoare de 1900 lei – taxa de timbru pentru procedura de drept comun este de 163 lei, iar pentru procedura specială a cererii cu valoare redusă este în cuantum de 50 lei; iar în cazul unei cereri al cărei obiect este în valoare de 10000 lei – taxa de timbru pentru procedura de drept comun este de 711 lei, iar pentru procedura specială a cererii cu valoare redusă este în cuantum de 150 lei.

la dispoziţie, alături de cele două variante şi procedura ordonanţei de plată[1] prevăzută de art. 1013 - 1024 NCPC (care este prevăzută şi preluată din O.UG. 119-2007 - privind combaterea întârzierii executării obligaţiilor de plată rezultate din contracte comerciale[2]). Cea mai importantă deosebire dintre cele două proceduri speciale vizează efectele hotărârii de respingere sub aspectul autorităţii de lucru judecat: în vreme ce încheierea de respingere a cererii de ordonanţă nu împiedică introducerea unei noi cereri conform art. 1020 alin. (3) din NCPC, hotărârea prin care se respinge cererea de valoare redusă evocă fondul pretenţiei deduse judecăţii.

Tot în acest sens, s-a arătat în doctrină[3], în mod corect considerăm, că atunci când "ordonanţa de plată este respinsă sau admisă în parte, pentru partea de creanţă nerecuperată creditorul va putea formula cerere de chemare în judecată potrivit dreptului comun ori va putea uzita de procedura specială a cererilor de valoare redusă".

3.3. Legiuitorul prevede caracterul interşanjabil al cererii de chemare în judecată, tocmai pentru a oferi reclamantului posibilitatea de a opta între procedura specială cu privire la cererea de valoare redusă şi procedura de drept comun. Astfel, în NCPC sunt reglementate ambele ipoteze:

a) în cazul în care reclamantul a introdus cererea potrivit dreptului comun (art. 194 NCPC), cel mai târziu până la primul termen de judecată poate solicita în mod expres aplicarea procedurii speciale (art. 1026 alin. 2 NCPC), opţiunea fiind în concordanţă cu art. 204 NCPC privind modificarea cererii de chemare în judecată;

b) în cazul în care cererea nu poate fi soluţionată potrivit procedurii speciale, instanţa îl informează pe reclamant în acest sens, iar dacă reclamantul nu îşi retrage cererea, aceasta va fi judecată potrivit dreptului comun (art. 1026 alin. 3 NCPC).

Ar putea fi vorba de o astfel de situaţie în care să nu se poată aplica procedura privind cererile de valoare redusă atunci când valoarea obiectului cererii depăşeşte valoarea de 10.000 lei sau atunci când cererea se circumscrie uneia din materiile exceptate de lege [art. 1025 alin. (1), (2) şi (3) NCPC].

În doctrină[4] s-a arătat, în mod corect considerăm, că deşi nu se crede că restricţia impusă de art. 1029 alin. 9 NCPC (privind încuviinţarea probelor a căror administrare nu necesită cheltuieli disproporţionate faţă de valoarea cererii de chemare în judecată sau a cererii reconvenţionale) ar trebui privită ca o condiţie de admisibilitate a procedurii, ci mai degrabă ca o recomandare, şi în această ipoteză ar fi oportună soluţia de judecare a cererii potrivit procedurii de drept comun. Soluţia de judecare a cererii potrivit dreptului comun a fost preferată celei de respingere adoptată în cazul ordonanţei de plată în considerarea autorităţii de lucru judecat a hotărârii pronunţate în procedura cu privire la cererile de valoare redusă.

În concluzie, deşi procedura specială a cererii de valoare redusă conferă anumite avantaje, considerăm că, faţă de consecinţa autorităţii de lucru judecat, pentru a creşte semnificativ şansele de reuşită ale creditorului, creanţa supusă procedurii este nevoie să fie una recunoscută, mai ales ca părţile pot da lămuriri (în caz de dubiu mai ales) doar dacă instanţa consideră că este necesar.

---

[1] Singurul argument de text privind opţiunea între cele trei proceduri (de drept comun, ordonanţa de plată şi cererile de valoare redusă) se regăseşte în cuprinsul altei proceduri speciale, respectiv evacuarea din imobilele folosite sau ocupate fără drept – art. 1034 alin. 3 NCPC.

[2] M. Of. nr. 738 din data de 31 octombrie 2007.

[3] Claudiu Constantin Dinu, *op. cit.,* nota 10, p. 73.

[4] Anamaria Mustăcăneanu, *supra cit.*

Aspecte privind clauzele contractuale abuzive în procedura insolvenței

Anca Roxana ***ADAM***[*]

Abstract: *Contractul este acordul de voinţe dintre două sau mai multe persoane cu intenţia de a constitui, modifica sau stinge un raport juridic. Acesta are putere de lege între părţile contractante. În sistemul de drept român negocierea contractelor, ca etapă premergătoare încheierii acestora, nu este obligatorie şi nu produce efecte juridice. Legiuitorul român a sancţionat însă reaua credinţă la negocierea contractelor. S-ar desprinde concluzia că în cazul în care o clauză contractuală nu a fost negociată de către părţi, însă a fost asumată de către acestea, prin semnarea contractului, se va impune părţilor contractante, acestea fiind obligate să o execute, indiferent de conţinutul acestei clauze. Această concluzie este în esenţă corectă, însă cu excepţia clauzelor abuzive, deoarece inserarea unor asemenea clauze în contracte este sancţionată de lege cu nulitatea. În practica judiciară s-a constatat că nulitatea unei clauze abuzive, poate fi invocată în diferite ipostaze, în situaţia în care cocontractantul căruia îi profită o astfel de clauză ar încerca să o valorifice. Astfel, nulitatea clauzei abuzive poate fi solicitată direct, pe cale de acţiune, în apărare pe cale de excepţie, ca urmare a sesizării instanţei de judecată de către oficiul pentru protecţia consumatorului, incidental chiar şi pe calea contestaţiei la executare, dar şi ca o chestiune de noutate în cadrul procedurii insolvenţei, pe calea contestaţiilor speciale prevăzute de legea insolvenţei.*

Cuvinte cheie: *negociere, clauză abuzivă, insolvenţă, nulitate*

1. Aspecte generale privind desfăşurarea procedurii insolvenţei

Procedura insolvenţei este o procedură specială de judecată, instituită de lege, aceasta având *scopul* stabilit de art. 2 din Legea nr.85/2006[1] privind procedura insolvenţei, respectiv „acoperirea pasivului debitorului aflat în stare de insolvenţă".

Această procedură se aplică numai debitorilor care pot fi subiecte ale procedurii insolvenţei, expres prevăzute la art. 1 din Legea nr.85/2006, respectiv pot fi persoane juridice şi în anumite condiţii persoane fizice.

Aceste persoane, care pot îndeplini calitatea de debitor în cadrul procedurii insolvenţei, potrivit art. 31 din Noul cod civil[2], deţin un patrimoniu, iar acesta se compune dintr-un activ şi un pasiv.

Art. 3 din Legea nr. 85/2006 defineşte termenii, noţiunile şi expresiile utilizate de legiuitor în cuprinsul legii.

---

[*] Asistent Universitar - Universitatea Transilvania Braşov – Facultatea de Drept.

[1] Publicată în Monitorul Oficial nr. 359/21 04 2006.

[2] Legea nr. 287/2009 privind codul civil, publicată în Monitorul Oficial nr. 511/24 07 2009, Republicată în Monitorul Oficial nr. 505/15 07 2011, Modificată prin OUG nr. 79/2011, publicată în Monitorul Oficial nr. 696/30 09 2011 şi prin Legea nr. 60/2012, publicată în Monitorul Oficial nr. 255/17 04 2012.

În esenţă, potrivit acestor prevederi legale *creditorul*, în sens larg, este acea persoană fizică sau juridică care deţine o creanţă împotriva patrimoniului debitorului şi care îndeplineşte condiţiile de a fi certă, lichidă şi exigibilă. Legiuitorul a reglementat în cadrul acestei categorii *creditorul îndreptăţit să solicite deschiderea procedurii insolvenţei*, *creditorul îndreptăţit să participe la procedura insolvenţei*, *creditorul garantat, creditorul salariat, creditorul bugetar, creditorul chirografar,* etc.

Creditorul îndreptăţit să participe la procedura insolvenţei este, potrivit art. 3 alin. 1 pct.8 din Legea nr.85/2006, acela care a formulat şi i-a fost admisă o cerere de creanţă, în tot ori în parte, fiind înscris pe tabelele de creanţe contra debitorului, întocmite în cadrul procedurii şi care are dreptul de a participa şi de a vota în adunarea creditorilor debitorului, de a fi desemnat în comitetul creditorilor debitorului, de a participa la distribuirile de fonduri rezultate din reorganizarea judiciară a debitorului ori din lichidarea averii acestuia, de a fi informat ori notificat despre desfăşurarea procedurii insolvenţei şi de a participa la orice procedură prevăzută de legea insolvenţei.

În consecinţă, pentru a participa la procedura insolvenţei unui debitor, cel care pretinde că are o creanţă certă, lichidă şi exigibilă, aşa cum aceasta este definită de art. 379 din codul de procedură civilă[1] şi respectiv de art. 662 din noul cod de procedură civilă[2], trebuie să formuleze în cadrul dosarului de insolvenţă al debitorului o cerere de creanţă, cunoscută în practica judiciară şi ca *declaraţie de creanţă*.

În opinia noastră, cererea de creanţă are natura juridică a unei acţiuni civile în justiţie, în pretenţii, deoarece creditorul solicită, prin intermediul acestui mijloc juridic, obligarea debitorului la plata creanţei sale. Caracterul specific al cererii de creanţă, raportat la acţiunea civilă, este acela că procedura insolvenţei este una colectivă şi concursuală[3] şi deci împotriva aceluiaşi debitor se pot formula mai multe cereri de creanţă care vor trebui să îşi primească dezlegarea în cadrul aceluiaşi dosar, deodată, însă potrivit regulilor specifice reglementate de legea specială a insolvenţei.

În cadrul procedurii insolvenţei îşi desfăşoară activitatea organele care aplică procedura, acestea fiind, potrivit art. 5 alin. 1 din Legea nr.85/2006, *instanţele de judecată, judecătorul sindic, administratorul judiciar şi lichidatorul.*

În literatura de specialitate[4] s-a făcut referire la conceptul de participant la procedura insolvenţei stabilindu-se că îndeplinesc această calitate, pe de o parte, persoanele cărora le este destinată procedura (creditorii şi debitorul) şi, pe de altă parte, organele care aplică procedura.

Cererea de admitere a creanţei se înregistrează de către creditor la dosarul de insolvenţă al debitorului, potrivit art. 64 din Legea nr.85/2006. Aceasta este supusă

---

[1] Decretat la data de 09.09.1865 şi promulgat la data de 11.09.1865, modificat prin OUG nr. 138/2000, publicată În Monitorul Oficial nr. 479/02.10.2000, prin Legea nr. 219/2005, publicată în Monitorul Oficial nr. 609/14.07.2005, prin OUG nr. 58/2003, publicată în Monitorul Oficial nr. 460/28.06.2003, prin Legea nr. 195/2004, publicată în Monitorul Oficial nr. 470/26.05.2004, prin OUG nr. 65/2004, publicată în Monitorul Oficial nr. 840/14 09 2004, prin Legea nr. 493/2004, publicată în Monitorul Oficial nr. 1071/18.11.2004, prin Legea nr. 459/2006, publicată în Monitorul Oficial nr. 994/13.12.2006, prin OUG nr. 42/2009, publicată în Monitorul Oficial nr. 324/15.05.2009 şi prin Legea nr. 202/2012, publicată în Monitorul Oficial nr. 714/26.10.2010.

[2] Legea nr. 134/2010 privind codul de procedură civilă, publicată în Monitorul Oficial nr. 485/15.07.2010, Republicată în Monitorul Oficial nr. 545/03.08.2012, modificată prin OUG nr. 44/2012, publicată în Monitorul Oficial nr. 606/23.08.2012, OUG nr. 4/2013 şi Legea nr. 2/2013, publicată în Monitorul Oficial nr. 89/12.02.2013.

[3] S. D. Carpenaru, *Tratat de drept comercial român*, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2009, p. 697.

[4] Gh. Piperea, *Insolvenţa: legea, regulile şi realitatea*, Ed. Wolters Kluwer, România, 2008, p. 296.

verificării de către administratorul judiciar ori de către lichidator, conform art. 66 din Legea nr.85/2006.

Procedura de verificare a cererii de creanţă reprezintă activitatea de analiză a pretenţiei creditorului referitoare la existenţa unei creanţe certe, lichide şi exigibile, iar aceasta se realizează numai pe baza înscrisurilor anexate cererii de admitere a creanţei formulată de către creditor, conform art. 65 alin. 2 şi 3 din Legea nr.85/2006.

Ca urmare a verificării cererilor de creanţe, administratorul judiciar, respectiv lichidatorul, întocmeşte un *tabel preliminar al creanţelor debitorului*, conform art. 72 alin. 1 din Legea nr.85/2006. Acest tabel, care dă eficienţă *caracterului colectiv al procedurii insolvenţei*, îndeplineşte funcţia unei hotărâri judecătoreşti pronunţată asupra „acţiunilor civile în pretenţii", respectiv cererilor de creanţă ale creditorilor.

Împotriva tabelului preliminar al creanţelor debitorului, persoanele interesate pot formula contestaţie, potrivit art. 73 alin. 2 din Legea nr.85/2006.

Contestaţia, reprezintă calea de atac, pe care o au la îndemână în principal debitorul şi creditorii, împotriva hotărârii administratorului judiciar, respectiv lichidatorul, luată asupra cererilor de creanţă formulate în cauză, respectiv tabelul de creanţe.

Aşa am arătat, administratorul judiciar, respectiv lichidatorul, are obligaţia verificării cererilor de creanţă numai pe baza înscrisurilor justificative anexate. Rezultă, că pentru procedura de verificare a cererii de creanţă *practicianul în insolvenţă*[1] nu administrează orice mijloc de probă, specific procesului civil de drept comun, ci numai proba cu înscrisuri, acesta putând, în plus, să solicite explicaţii de la debitor, să poarte discuţii cu fiecare creditor, solicitându-le, dacă este necesar informaţii şi documente suplimentare, conform art. 67 alin. 2 din Legea nr.85/2006.

În practica judiciară se întâlneşte frecvent situaţia în care creditorul formulează o cerere de creanţă, iar aceasta este însoţită de documente justificative cum ar fi contractul încheiat între părţi şi alte înscrisuri întocmite de către părţi în executarea acestui contract, facturi fiscale, corespondenţă comercială, etc. Există situaţii în care legiuitorul a stabilit că anumite înscrisuri justificative cererii de creanţă constituie chiar titluri executorii cum ar fi contractele de credit bancar, ori contractele de leasing, biletele la ordin, cambiile, cecurile, etc.

Potrivit art. 66 alin. 1 din Legea nr.85/2006, creanţele constatate prin titluri executorii nu sunt supuse verificării de către administratorul judiciar ori lichidator. Potrivit art. 66 alin. 2 din Legea nr.85/2006 nu sunt supuse procedurii de verificare creanţele bugetare rezultând din titluri executorii, necontestate în termenele prevăzute în legi speciale.

În consecinţă, în aplicarea acestei prevederi legale, administratorul judiciar/lichidatorul nu va putea să analizeze şi să cenzureze în vreun fel clauzele contractuale înserate într-un contract care constituie, potrivit legii, titlu executoriu.

2. Aspecte generale privind clauzele abuzive din contracte

Analiza clauzelor abuzive din contracte porneşte de la premisa obligaţiei părţilor contractante de a-şi exercita drepturile şi de a-şi îndeplini obligaţiile cu *bună credinţă*.

Orice contract trebuie adus *întocmai* la îndeplinire de către părţi, conform art. 969 cod civil[2], respectiv art. 1270 din Noul cod civil.

---

[1] Vezi OUG nr. 86/2006 privind organizarea activităţii practicienilor în insolvenţă, publicată în Monitorul Oficial nr. 944/22.11.2006, Republicată în Monitorul Oficial nr. 734/13.10.2011.

[2] Decretat la data de 26.11.1864, promulgat la data de 04.12.1864 şi pus în aplicare la data de 01.12.1865.

Obligaţia părţilor de a-şi îndeplini obligaţiile contractuale cu bună credinţă derivă din prevederile art. 970 alin. 1 cod civil şi art. 14 şi respectiv art. 1183 alin. 2 din Noul cod civil.

Potrivit art. 970 alin. 2 din cod civil "convenţiile nu obligă numai la ceea ce este expres într-ânsele, dar la toate urmările, ce echitatea, obiceiul sau legea dă obligaţiei după natura sa".

Potrivit art. 1170 din Noul cod civil părţile trebuie să acţioneze cu *bună credinţă* atât la negocierea şi încheierea contractelor, cât şi pe tot timpul executării sale. *Această obligaţie nu poate fi înlăturată*.

Art. 3 din Decretul nr.31/1954 privind persoanele fizice şi juridice[1], care a fost abrogat prin Noul cod civil, stabilea că drepturile subiective civile sunt ocrotite de lege, iar acestea pot fi exercitate numai potrivit cu scopul lor economic şi social.

În doctrină[2] s-a reţinut că scopul economico – social este întotdeauna satisfacerea unor interese, care variază după cum este vorba de persoane fizice sau juridice, potrivit cu natura fiecărui drept subiectiv civil.

Art. 15 din Noul cod civil stabileşte că niciun drept nu poate fi exercitat în scopul de a vătăma sau păgubi pe altul într-un mod *excesiv şi nerezonabil*, *contrar bunei – credinţe*.

În consecinţă, *apreciem* că buna credinţă nu se înfăţişează ca un drept pentru părţile contractante, ci ca o obligaţie, iar noţiunea de nerezonabil ne apropie de noţiunea de *echitate.*

Art. 968 din codul civil prevede căci "cauza este nelicită când este prohibită de legi, când este contrarie bunelor moravuri şi ordinii publice". De asemenea art. 1236 alin. 3 din Noul cod civil stabileşte căci "cauza este imorală când este contrară bunelor moravuri".

Anterior legislaţiei speciale adoptate în materia clauzelor contractuale abuzive instanţa supremă[3] a decis că "în situaţia în care, contrar regulilor de convieţuire socială, un cocontractant a profitat de ignoranţa sau de starea de constrângere în care s-a aflat celălalt, spre a obţine avantaje disproporţionate faţă de prestaţia pe care a primit-o aceasta din urmă, convenţia respectivă nu va putea fi considerată valabilă, întrucât s-ar întemeia pe o clauză imorală, în sensul art. 968 cod civil".

În jurisprudenţă[4] s-a reţinut că o clauză penală cuprinsă într-un contract de credit bancar, prin care se stabilesc penalităţi de întârziere de 136% pe zi de întârziere, este imorală, dată fiind disproporţia vădită între contraprestaţiile părţilor.

În esenţă, în ambele cazuri prezentate, cu titlu de exemplu, instanţele de judecată au sancţionat cu nulitatea clauzele abuzive din contracte.

Art. 124 din Constituţia României[5], intitulat "Înfăptuirea justiţiei", stabileşte că justiţia se înfăptuieşte în numele legii. Justiţia constituie o *valoare socială,* iar înfăptuirea acesteia trebuie să se realizeze în spiritul echităţii. În acest sens, instanţa supremă prin decizii de îndrumare date de fostul Tribunal Suprem a statuat de mai multe ori că

---

[1] Publicat în Buletinul Oficial nr. 8/30.01.1954.

[2] Gh. Beleiu, *Drept civil român. Introducere în dreptul civil. Subiectele dreptului civil*, Casa de editură şi presă „Şansa", Bucureşti, 1993, p. 80.

[3] Decizia nr. 73/22.05.1969.

[4] Sentinţa civilă nr. 2156/13.12.2004, pronunţată în dosarul nr. 2116/2004 al Tribunalului Braşov, Decizia civilă nr. 53/C/Ap/31.03.2005, pronunţată în dosarul nr. 123/C/Ap/2005 al Curţii de Apel Braşov, Decizia nr. 560/10.02.2006, pronunţată în dosarul nr. 2578/2005 al Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie, Sentinţa civilă nr. 764/C/27 02 2007, pronunţată în dosarul nr. 3379/62/2006 al Tribunalului Braşov, Decizia nr. 174/Ap/03.10.2007, pronunţată în dosarul nr. 3379/62/2006 al Curţii de Apel Braşov şi Decizia nr. 2546/24.09.2008, pronunţată în dosarul nr. 3379/62/2006 al Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie, nepublicate.

[5] Revizuită prin Legea nr. 429/18.09.2003, publicată în Monitorul Oficial nr. 758/29.10.2003.

prin orice hotărârile judecătoreşti pronunţate de instanţele de judecată trebuie să se asigure o stare de echitate pentru părţile litigante.

Noţiunea de echitate o regăsim şi în Convenţia Europeană a Drepturilor Omului[1] care în art. 6 intitulat "Dreptul la un proces echitabil" stabileşte că "orice persoană are dreptul la judecarea în mod *echitabil*, în mod public şi într-un termen *rezonabil* a cauzei sale…".

Raportat la prevederile art. 15 din Noul cod civil, care fac trimitere la noţiunea de exercitare a drepturilor într-un mod rezonabil, noţiunea de echitate capătă în prezent, în sistemul de drept intern, o nouă dimensiune.

Potrivit dispoziţiilor art. 1 alin. 3 din Legea nr. 193/2000 privind clauzele abuzive din contractele încheiate între comercianţi şi consumatori[2] se interzice comercianţilor, în mod clar, stipularea de clauze abuzive în contractele încheiate cu consumatorii.

Această lege se completează cu codul consumului[3], cu prevederile în materia protecţiei consumatorului[4], precum şi cu prevederile speciale în materie de concurenţă comercială.

Prin clauză abuzivă se înţelege, potrivit art. 4 din aceeaşi lege "o clauză care nu a fost *negociată* direct cu consumatorul [...] dacă prin ea însăşi sau împreună cu alte prevederi din contract, creează în detrimentul consumatorului şi contrar cerinţelor bunei credinţe, un *dezechilibru semnificativ* între drepturile şi obligaţiile părţilor".

Prin Legea nr.193/2000 legiuitorul roman a transpus în dreptul intern Directiva 93/13/CEE a Consiliului Europei privind clauzele abuzive în contractele încheiate cu consulatorii[5].

În literatura de specialitate recentă[6], referitor la clasificarea contractelor după modul în care se exprimă voinţa părţilor s-a stabilit că există contracte negociate, contracte de adeziune, contacte forţate, contracte încheiate cu consumatorii şi contracte cadru.

Art. 1175 din Noul cod civil a definit contractul de adeziune ca fiind acela în care clauzele sale esenţiale sunt impuse ori redactate de către una dintre părţi, cealaltă parte trebuind să le accepte ca atare.

În ceea ce privesc consumatorii, legiuitorul a stabilit la art. 1177 din Noul cod civil căci contractele încheiate cu aceştia sunt supuse legilor speciale.

În doctrină[7] s-a stabilit căci consumatorul este orice persoană care dobândeşte, posedă ori utilizează un bun ori un serviciu în afara competenţei sale sau specialităţii sale.

În cuprinsul Noului cod civil s-au reglementat la art. 1202 şi art. 1203 două instituţii juridice noi, respectiv aceea a clauzelor standard din contracte şi a clauzelor neuzuale din contracte.

---

[1] Ratificată prin Legea nr. 30/1994, publicată în Monitorul Oficial nr. 135/31.05.1994.

[2] Publicată în Monitorul Oficial nr. 560/10.11.2000, republicată în Monitorul Oficial nr. 305/18 04 2008, modificată prin Legea nr. 161/2010 publicată în Monitorul Oficial nr. 497/19.07.2010.

[3] Legea nr. 296/2004, publicată în Monitorul oficial nr. 593/01.07.2004, Republicată în Monitorul Oficial nr. 224/24.03.2008.

[4] Vezi OG nr. 21/1992 privind protecţia consumatorilor, publicată în Monitorul Oficial nr. 212/28 08 1992, Republicată în Monitorul Oficial nr. 208/28.03.2007.

[5] I.Fl. Popa, *Reprimarea clauzelor abuzive*, în PR nr. 2/2004, p. 194; V.D. Dascălu, *Consideraţii privind protecţia intereselor economice ale consumatorului în contractele de adeziune cu clauze abuzive*, în RDC nr. 1/1999, p. 51; D. Chirică, *Principiul libertăţii contractuale şi limitele sale în materie de vânzare-cumpărare*, în RDC nr. 6/1999; I.I. Bălan, *Clauzele abuzive din contractele încheiate între comercianţi şi consumatori*, în Dreptul nr. 6/2001, p. 36; C. Toader, A. Ciobanu, în RDC nr. 7/2003.

[6] I. Adam, *Drept civil. Obligaţiile. Contractul*, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2011, p. 67.

[7] C.T. Ungureanu, *Drept internaţional privat. Protecţia consumatorilor şi răspunderea pentru produse nocive*, Ed. ALL Beck, Bucureşti, 1993, p. 3.

În literatura de specialitate[1] s-a reţinut că tehnica clauzelor standard este aceea care stă la baza contractelor de adeziune, deoarece de esenţa acestora este stabilirea unilaterală şi în lipsa oricărei negocieri cu cealaltă parte.

Potrivit acestor prevederi legale părţile pot stipula în contracte clauze standard, adică acele stipulaţii în favoarea uneia dintre părţi şi care sunt folosite în mod general şi repetat, însă în situaţia în care astfel de clauze restrâng sau limitează drepturile celeilalte părţi, acestea fiind expres prevăzute de lege[2], clauza trebuie acceptată în mod expres, în scris, de către cealaltă parte. Astfel, clauzele neuzuale sunt în mod obligatoriu[3] clauze standard.

În cazul în care astfel de clauze standard şi neuzuale nu au fost acceptate, în mod expres şi în formă scrisă, de către partea în detrimentul căreia au fost adoptate, *apreciem* că nu se impune constatarea nulităţii acestora, ci se vor considera *nescrise*.

Desigur că pentru aplicarea acestor prevederi legale, instanţele de judecată învestite să soluţioneze acţiuni în constatarea nulităţii unor astfel de clauze, întemeiate pe prevederile art. 1203 cu aplicarea art. 1202 alin. 2 din Noul cod civil, vor trebui să aibe în vedere prevederile art. 6 din Noul cod civil referitoare la aplicarea în timp a legii civile. În consecinţă aceste prevederi legale se aplică contractelor încheiate după data intrării în vigoare a Noului cod civil.

Întrebarea care s-ar putea ridica referitor la interpretarea art. 1203 din Noul cod civil ar fi aceea dacă enumerarea tipurilor de clauze neuzuale este una limitativă ori exemplificativă.

Achiesăm la părerea exprimată în doctrină[4] în sensul că, din redactarea textului de lege, că s-ar desprinde concluzia căci enumerarea este una enunţiativă. În atare situaţie, clauza neuzuală rămâne o clauză standard, dar aceasta trebuie însuşită de partea contractantă căreia nu îi profită.

O altă *întrebare* care s-ar putea ridica de aici ar fi aceea dacă după ce o clauză standard neuzuală a fost asumată de partea contractantă căreia îi dăunează, această parte ar mai putea invoca căci această clauză este una abuzivă? *Opiniem* spre un răspuns afirmativ, deoarece o clauză contractuală abuzivă este nulă de drept, fiind aplicabil principiul *nullum est nullum producit effectum.*

La nivel European, în materia contractelor de consum, s-a apreciat[5] că Directiva 93/13/CEE reprezintă cel mai important instrument de armonizare a dreptului uniunii europene cu sistemele de drept intern ale statelor membre.

În aplicarea acestei directive Curtea Europeană de Justiţie[6] s-a pronunţat în cazurile în care s-au constatat deficienţe în implementarea acesteia în unele sisteme de drept interne. De asemenea, Curtea Europeană de Justiţie[7] s-a pronunţat în ceea ce priveşte

---

[1] L. Pop, I.F. Popa, S.I. Vidu, *Tratat de drept civil. Obligaţiile*, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2012, p. 124.

[2] Dreptul de a denunţa unilateral contractul, limitarea răspunderii contractuale, suspendarea executării obligaţiilor contractuale asumate, decăderea din drepturi, decăderea din beneficiul termenului, limitarea dreptului de a opune excepţii, restrângerea libertăţii de a contracta, reînnoirea tacită a contractului, stabilirea legii aplicabile, stabilirea unor clauze compromisorii sau prin care se derogă de la normele privitoare la competenţa instanţelor judecătoreşti.

[3] L. Pop, I.F. Popa, S.I. Vidu, *op. cit.*, p. 125.

[4] Idem, p. 125.

[5] Idem, *op. cit.*, p. 162.

[6] C-70/03, Comisia v/s Regatul Spaniei; C-144/1999, Comisia v/s Regatul Olandei; C-372/1999, Comisia v/s Republica italiană.

[7] C-478/1999, Comisia v/s Regatul Suediei.

obligativitatea declarării abuzive a unor clauze în sensul că astfel de clauze "*pot fi declarate abuzive*" şi nu în sensul că "vor fi declarate abuzive".

În acest sens instanţa supremă[1] a stabilit, referitor la aplicabilitatea art. 4 din Legea nr.193/2000, că "o *clauză contractuală ce nu a fost negociată direct cu consumatorul şi care prin ea însăşi sau împreună cu alte prevederi din contract creează – în detrimentul consumatorului şi contrar bunei-credinţe – un dezechilibru semnificativ între drepturile şi obligaţiile părţilor este considerată a fi abuzivă.*

Astfel, prin faptul că, prin antecontractul de vânzare-cumpărare, promitentul-cumpărător nu a fost destul de diligent şi a acceptat un pact comisoriu numai în avantajul promitentului-vânzător şi a acceptat clauzele acestuia care, pe viitor, s-au dovedit a fi de natură a-i limita puterea de negociere a clauzelor contractului de vânzare-cumpărare, nu poate atrage incidenţa prevederilor relative la clauzele abuzive".

3. Înlăturarea clauzelor contractuale abuzive în procedura insolvenţei

În jurisprudenţă se constată că au frecvent calitatea de creditori să participe la procedura insolvenţei societăţi comerciale care desfăşoară activitatea specială de leasing[2].

Aceşti creditori formulează cereri de creanţă în dosarele de insolvenţă, iar ca documente justificative creanţei sunt depuse contractele de credit ori de leasing, încheiate între creditor şi debitor, iar suplimentar pot fi depuse ca şi înscrisuri situaţia datoriei restante, facturi fiscale emise de către creditor faţă de debitor, etc.

Administratorul judiciar/lichidatorul procedează la înscrierea acestor creditori în tabelul de creanţe, dat fiind căci creanţele acestor creditori sunt constatate prin titluri executorii, potrivit prevederilor art. 8 din OG nr. 51/1997.

Debitorul formulează contestaţie împotriva tabelului preliminar al creanţelor, în ceea ce priveşte creanţa unui astfel de creditor, invocând căci contractul încheiat între părţi şi pe baza căruia s-a determinat creanţa înscrisă în tabelul creditorilor, cuprinde una sau mai multe *clauze abuzive*, ce se impun a fi înlăturate de judecătorul sindic.

De regulă, în cuprinsul contractelor de leasing încheiate între o societate de leasing şi un utilizator, ce are ca obiect închirierea şi dobândirea dreptului de proprietate asupra unui bun, se regăsesc clauze referitoare la rezilierea contractului din culpa utilizatorului.

Astfel, cel mai adesea contractele de leasing cuprind un pact comisoriu de ultim grad care sancţionează neplata ratelor de leasing de către utilizator la termenele stabilite în contract cu rezilierea de drept a contractului.

De asemenea aceste contracte cuprind şi o altă clauză sancţionatorie pentru utilizator în sensul că în caz de încetare a contractului, ca urmare a rezilierii acestuia din culpa exclusivă a utilizatorului, locatorul este îndreptăţit să solicite plata integrală a ratelor de leasing, cu daune interese, pentru întreaga durată a contractului, indiferent de recuperarea bunului obiect al contractului şi/ori de valorificarea acestuia, ulterior, de către locator.

În jurisprudenţă[3], cu prilejul soluţionării unei contestaţii împotriva tabelului preliminar al creanţelor debitorului, judecătorul sindic a admis o astfel de contestaţie, apreciind în esenţă căci clauza cuprinsă în contractul de leasing, încheiat între debitor şi

---

[1] Decizia civilă nr. 1648/18 04 2011, Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie – Secţia Comercială, nepublicată.

[2] Vezi OG nr. 51/1997 privind operaţiunile de leasing şi societăţile de leasing, publicată în Monitorul Oficial nr. 224/30.08.1997, Republicată în Monitorul Oficial nr. 9/12.01.2000, modificată

[3] Sentinţa civilă nr. 269/sind/31.01.2013, pronunţată în dosarul nr. 4589/62/2011/a2 al Tribunalului Braşov, nepublicată.

creditor, care avea un conţinut similar celui prezentat mai sus, este una abuzivă, în sensul dispoziţiilor Legii nr.193/2000.

În cadrul unui contract de leasing utilizatorul se obligă să achite ratele de leasing potrivit clauzelor contractuale asumate, la termele stabilite.

Creanţa creditorului locator pretinsă printr-o declaraţie de creanţă s-a născut pentru neîndeplinirea de către debitor a obligaţiei de plată a ratelor de leasing, potrivit termenelor limită stipulate în contract.

Ca urmare a neîndeplinirii acestei obligaţii de către debitor, creditorul pretinde atât contravaloarea ratelor restante cât şi contravaloarea ratelor de leasing datorate până la finalizarea contractului, cu daune interese, potrivit clauzei asumate de către părţi prin contract.

În situaţia în care creditorul a procedat şi la ridicarea bunului – obiect al contractului de leasing - de la debitor, iar acesta a fost valorificat de către creditor către un terţ, *apreciem* că se impune diminuarea valorii creanţei creditorului cu suma încasată cu titlu de preţ ca urmare a valorificării ulterioare a bunului de către creditorul locator.

Numai astfel se poate evita o *îmbogăţire fără justă cauză* a creditorului, care ar obţine o dublă reparaţie a prejudiciului cauzat din neexecutarea corespunzătoare a obligaţiilor contractuale asumate de către debitor.

Asemenea clauze contractuale trebuie interpretate în *spiritul echităţii*, ori o dublă reparaţie a aceluiaşi prejudiciu, de către creditorul locator, nu se circumscrie unei astfel de interpretări.

Pretinzând o dublă reparaţie a aceluiaşi prejudiciu creditorul locator exercită şi un *abuz de drept* prin aceea că înţelege să îşi exercită un drept conferit de prevederile legale, referitoare la forţa obligatorie a contractului, cu depăşirea limitelor interne ale acestuia, raportat la scopul pentru care acesta a fost recunoscut de lege.

O astfel de clauză stipulată în contractele de leasing se întemeiază şi pe o *cauză imorală*, deoarece scopul urmărit de către creditor pentru a-şi asigura, o dublă reparaţie a prejudiciului rezultat din neexecutarea întocmai a obligaţiilor contractuale asumate de către debitor, este contrară şi bunelor moravuri.

Într-o altă speţă[1], instanţa a înlăturat apărările intimatei - societate de leasing - referitoare la prevederile art. 969 cod civil, întrucât clauza cuprinsă în contractul încheiat între părţi, în baza căreia utilizatorul este obligat la plata ratelor de leasing până la împlinirea termenului locaţiunii, indiferent dacă bunul obiect al contractului a fost ridicat de către locator, constituie o clauză abuzivă.

În acest sens, s-a reţinut că este prejudiciat în mod direct contestatorul utilizator care este un consumator, deoarece se recurge de către intimatul locator la una sau mai multe *sancţiuni cumulative*, acesta având posibilitatea să declare exigibile imediat toate ratele de leasing şi toate celelalte sume datorate cu titlu de daune interese, inclusiv valoarea reziduală rămasă de achitat.

Într-o altă speţă[2], în situaţia unui debitor aflat în procedură generală de insolvenţă un creditor – societate de leasing a formulat o cerere de creanţă, ce a fost însoţită de documente justificative. Administratorul judiciar a admis în tot cererea de creanţă şi a înscris creditorul în tabelul preliminar al creanţelor debitorului.

Judecătorul sindic a fost învestit să soluţioneze contestaţia debitorului împotriva tabelului preliminar al creanţelor şi a constatat abuzivă clauza în baza căreia creditorul –

---

[1] Sentinţa civilă nr. 66/19.01.2011, pronunţată în dosarul nr. 1967/310/2010, nepublicată.

[2] Sentinţa civilă nr. 950/sind/11.04.2013, pronunţată în dosarul nr. 8732/62/2012/a1 al Tribunalului Braşov, nepublicată.

societate de leasing, a pretins prin cererea de creanţă pe lângă contravaloarea ratelor de leasing restante neachitate de către debitor şi contravaloarea daunelor interese care îşi aveau izvorul într-o clauză penală.

Judecătorul sindic a considerat că această clauză penală care stabilea că valoarea daunelor interese va fi egală cu valoarea ratelor de leasing datorate de către debitorul – locator, până la expirarea duratei contractului, chiar şi în ipoteza în care bunul – obiect al contractului a fost ridicat de către creditorul – locator, este una abuzivă.

În această speţă s-a ridicat şi problema aplicabilităţii *Directivei 2006/112/EC privind sistemul comun al taxei pe valoarea adăugată*, transpusă în dreptul intern prin art. 137 alin. 3 lit. b din Codul Fiscal[1], potrivit cărora nu sunt cuprinse în baza de impozitare a TVA sumele reprezentând daune interese, stabilite prin hotărâre judecătorească definitivă şi irevocabilă, penalizările sau orice alte sume solicitate pentru neîndeplinirea obligaţiilor contractuale, dacă sunt percepute peste preţurile şi/sau tarifele negociate, în afara oricăror sume care reprezintă contravaloarea bunurilor livrate sau a serviciilor prestate.

La nivelul dreptului Uniunii Europene a fost adoptată *Directiva nr. 93/13/CEE din 05 04 1993, privind clauzele abuzive în contractele încheiate cu consumatorii*, aceasta având un domeniu de aplicare general, nevizând în mod particular o anumită categorie de contracte.

În ceea ce priveşte competenţa generală a instanţelor de judecată de a se pronunţa cu privire la caracterul abuziv al unei clauze contractuale, Curtea de Justiţie a Comunităţilor Europene a răspuns afirmativ acestei întrebări.

Astfel, prin deciziile *Oceano Grupo Editorial şi Salvat Editores din 27 06 2000 şi Cofidis din 21 11 2010* Curtea s-a statuat că o *protecţie efectivă a consumatorului* nu poate fi obţinută decât dacă instanţei naţionale i se recunoaşte dreptul de a analiza *din oficiu* o astfel de clauză, având în vedere în special, riscul destul de important ca acesta să nu-şi cunoască drepturile şi să întâmpine dificultăţi în exercitarea acestora. În acest sens este relevantă şi Hotărârea *Mostaza Claro, C-168/05 din 26.10.2000*.

Potrivit art. 4 din Legea 193/2000 şi art. 78 din Legea nr. 296/2004 privind Codul consumului[2], precum şi pct. 6 din Anexa la această lege, o clauză contractuală va fi considerată abuzivă dacă sunt îndeplinite în mod cumulativ următoarele condiţii: *clauza nu a fost negociată cu consumatorul*, adică aceasta a fost stabilită fără a da posibilitatea consumatorului să influenţeze natura ei, cum ar fi contractele standard, preformulate sau condiţiile generale de vânzare practicate de comercianţi pe piaţa produsului sau serviciului respectiv, *încalcă exigenţele bunei credinţe*, clauza negociată prin ea însăşi sau împreună cu alte prevederi din contract, *creează, în detrimentul consumatorului, un dezechilibru semnificativ între drepturile şi obligaţiile părţilor* datorită efectului pe care îl imprimă contractului respectiv clauza.

Aceleaşi texte de lege instituie astfel, *o prezumţie relativă de lipsă a negocierii şi de abuz* reflectată pe plan probator prin obligaţia comerciantului care pretinde că o clauză standard preformulată a fost negociată direct cu consumatorul, cum este şi clauza cuprinsă în astfel de contracte de leasing.

---

[1] Legea nr. 571/2003 publicată în Monitorul Oficial nr. 927/23.12.2003, modificată şi rectificată.

[2] Publicată în Monitorul Oficial nr. 593/01.07.2004, Republicată în Monitorul Oficial nr. 224/24.03.2008, modificată prin Legea nr. 161/2010, publicată în Monitorul Oficial nr. 497/19.07.2010.

Art. 3 din Directiva 93/13/CEE/1993 stabileşte că în cazul în care orice vânzător sau furnizor pretinde că s-a negociat individual o clauză standard, acestuia îi revine sarcina probei.

În consecinţă, în speţele prezentate, locatorul trebuia să răstoarne *prezumţia relativă* de lipsă a negocierii clauzelor contractuale referitoare la rezilierea contractelor de leasing, cu consecinţa declarării exigibile imediat a tuturor ratelor de leasing şi a celor-lalte sume datorate, utilizatorul trebuind să achite toate daunele interese legale, inclusiv valoarea reziduală rămasă de achitat. În acest caz se creează practic un prejudiciu, mai precis un dezechilibru semnificativ între drepturile şi obligaţiile părţilor.

Bibliografie

I. **Adam, N. Savu** – Legea procedurii insolvenţei, Comentarii şi Explicaţii, Editura C.H. Beck, Bucureşti, 2006

II. **I. Adam** – Drept civil. Obligaţiile. Contractul, Editura C.H. Beck, Bucureşti, 2011

III. **S. Angheni, M. Volonciu, C. Stoica, M. G. Lostun** – Drept comercial, Editura Oscar Print, Bucureşti, 2000

IV. **S. Angheni, M. Volonciu, C. Stoica, M. G. Lostun** – Drept comercial, Editura All Beck, Bucureşti, 2004

V. **Gh. Beleiu** – Drept civil român. Introducere în dreptul civil, Casa de Editură şi Presă "Şansa", Bucureşti, 1992

VI. **O. Căpăţână** – Dreptul concurenţei comerciale, concurenţa patologică, monopolismul, Editura Lumina Lex, Bucureşti, 1993

VII. **O. Căpăţână** – Dreptul concurenţei comerciale, concurenţa onestă, Editura Lumina Lex, Bucureşti, 1992

VIII. **St. D. Cărpenaru** – Curs de drept comercial român, Editura all. Beck, Bucureşti, 1998

IX. **St. D. Cărpenaru** – Tratat de drept comercial, Editura Universul Juridic, Bucureşti, 2009

X. **St. D. Cărpenaru** – Procedura reorganizării şi lichidării judiciare, Editura Atlas Lex, Bucureşti, 1996

XI. **St. D. Cărpenaru, V. Nemeş, M.A. Hotca** – Noua lege a insolvenţei – Legea nr.85/2006, Comentariu pe articole, Editura Hamangiu, Bucureşti 2006

XII. **D. Clocotici, D. Gheorghiu** – Operaţiunile de leasing, Editura Lumina Lex, Bucureşti, 1998

XIII. **M.N. Costin, I. Schiau, T. Prescure** – Reorganizarea şi lichidarea judiciară, Editura Lumina Lex, Bucureşti, 1997

XIV. **Y. Eminescu** – Concurenţa neloială, Editura Lumina Lex, Bucureşti, 1993

XV. **A. Fuerea** – Drept comunitar al afacerilor, Editura Universul Juridic, Bucureşti, 2003

XVI. **Gh. Piperea** – Insolvenţa: legea, regulile, realitatea, Editura Wolters Kluwe, România, 2008

XVII. **L. Pop, I.Fl. Popa, S.I. Vidu** – Tratat elementar de drept civil. Obligaţiile, Editura Universul Juridic, Bucureşti, 2012

XVIII. **I. Schiau** – Regimul juridic al insolvenţei comerciale, Editura All. Beck, Bucureşti, 2001

XIX. **C. Stătescu, C. Bârsan** – Teoria generală a obligaţiilor, Editura All, Bucureşti, 1997

XX. **E. Turcu** – Contractul de leasing, Editura Hamangiu, Bucureşti, 2008

XXI. **I. Turcu, L. Pop** – Contracte comerciale, Editura Lumina Lex, Bucureşti, 1997

XXII. **I. Turcu** – Falimentul, noua procedură, Editura Lumina Lex, Bucureşti, 2003

XXIII. **I. Turcu** – Tratat de insolvenţă, Editura C.H. Beck, Bucureşti, 2006

Perspectivele contractului de întreţinere în contextul reglementării sale în noul Cod civil

Ioan ***MORARIU****

Abstract: *Nefiind o figură juridică cristalizată şi definită legislativ, contractul de întreţinere şi-a definit şi definitivat profilul juridic în timp, pe măsură ce practica juridică oferea o cazuistică din ce în ce mai bogată, iar doctrina juridică o prelua şi analiza.*

Reglementarea acestui tip de contract prin noul cod civil are un impact consistent asupra instituţiei juridice în sine, atât din perspectiva caracterelor juridice ale contractului, dar şi din perspectiva, practică, a efectelor, modalităţii de încheiere şi derulare a unui asemenea contract.

În egală măsură, noua reglementare deschide un câmp fertil de analiză juridică prin conţinutul intrinsec al normelor legale introduse, dar şi lasă suficient spaţiu propice pentru explorări juridice şi proiecţii legislative viitoare.

Cuvinte cheie: *contract, instituţie, caractere juridice, analiză, cod civil, reglementare.*

I. Rolul social al contractului de întreţinere

Pe scara istorico-juridică a evoluţiei contractelor, contractul de întreţinere este o figură juridică relativ recentă, o achiziţie a ultimilor zeci de ani în materie contractuală.

El a apărut ca şi creaţie a practicii, preluată şi dezvoltată de doctrină, în condiţiile în care, fără a fi depăşit sau desuet, contractul de rentă viageră, contract numit, nu a mai reuşit să acopere toate realităţile sociale.

Tocmai pentru că realitatea şi necesităţile sociale nu mai reuşesc să intre în tiparul rigid al unui contract numit, cum este contractul de rentă viageră, s-a simţit nevoia unei figuri juridice suple şi flexibile.

Această figură juridică flexibilă este tocmai contractul de întreţinere, care a reuşit să acopere cu succes situaţiile în care nu se dorea plata unei sume de bani cu caracter periodic, din considerente care ţineau fie de debitor fie de creditor.

Astfel, există situaţii în care debitorul nu dispune de sume de bani pentru a ajuta persoana în vârstă aflată în nevoie, în schimb are posibilitatea şi disponibilitatea de a ajuta prin prestaţii efective în natură.

Pe de altă parte există situaţii în care chiar beneficiarul întreţinerii nu este interesat în a primi o sumă fixa, întrucât necesităţile sale sunt complexe şi de aşa natură încât presupun participarea efectivă a întreţinătorului, prin prestaţii materiale sau procurarea celor necesare la asigurarea confortului fizic şi psihic şi realizarea unui trai normal.

Ambele aceste situaţii au reuşit a fi deblocate prin crearea acestei figuri juridice sui generis care este contractul de întreţinere care a dat posibilitatea fiecărei părţi să obţină exact ce dorea.

Întreţinătorul, pe de o parte, dobândea un bun sau capital, fără a plăti în numerar ci punându-şi în valoare capacităţile şi disponibilităţile de a oferi întreţinere, iar cel

* Asist univ. dr., Universitatea Titu Maiorescu, Bucureşti.

întreţinut, pe de altă parte, obţinea asigurarea unui trai decent şi acoperirea tuturor necesităţilor sale fără a-şi asuma riscul devalorizării monetare sau pe acela al creşterii propriilor necesitaţi în raport cu suma fixa.

Oarecum în aceeaşi ordine de idei, a flexibilităţii contractului de întreţinere, faptul că acest contract era un contract nenumit, îl lipsea de "corsetul" unor texte legale rigide şi detaliate pe fiecare dintre elementele sale.

Acest fapt a permis părţilor din contractul de întreţinere o mai mare libertate de acţiune în alcătuirea, alegerea şi ordonarea clauzelor contractuale, conform voinţei lor intime, încât nu am greşi, credem, dacă am afirma că s-a reuşit prin acest contract o mai bună punere în valoare a principiului libertăţii contractuale sau al libertăţii de voinţa în materie contractuală.

II. Principalele caracteristici ale contractului de întreţinere

Nefiind de la început o figură juridică cristalizată şi definită legislativ, contractul de întreţinere şi-a definit şi definitivat profilul juridic în timp, pe măsură ce practica juridică oferea o cazuistică din ce în ce mai bogată, iar doctrina juridică o prelua şi analiza.

În acest mod contractul de întreţinere a ajuns să fie definit în doctrină ca fiind ***contractul prin care una dintre părţi înstrăinează un bun sau plăteşte o sumă de bani, iar cealaltă parte se obligă să-i asigure întreţinerea în natură pe timpul cât va trăi, iar după moarte s-o înmormânteze***.

Am ţinut să enunţăm aceasta definiţie doctrinară a contractului de întreţinere întrucât, în conexiune cu aceasta, sub imperiul legii civile vechi, au fost contrase principalele caractere juridice[1] ale acestuia, considerându-se că este un contract cu titlu oneros, aleatoriu, sinalagmatic, translativ de proprietate, consensual (cu excepţia cazului în care bunul înstrăinat este un teren sau printre bunurile înstrăinate se afla şi un teren) şi nenumit.

Nu vom insista în prezentarea definiţiei şi caracterelor juridice ale contractului de întreţinere, demersul nostru nefiind unul didactic, decât în măsura necesară unei analize comparative şi a impactului reglementărilor noului Cod civil.

Două dintre caracterele juridice ale contractului de întreţinere erau definitorii şi cu o consistentă relevanţă practică şi juridică, o dată, caracterul aleatoriu al contractului de întreţinere, decurgând din faptul că obligaţia întreţinătorului nu poate fi cuantificata ea depinzând de o variabilă care este durata vieţii persoanei sau persoanelor întreţinute, iar, pe de altă parte, caracterul de contract nenumit, semnificând faptul că acesta nu avea o reglementare legislativă proprie sau, altfel spus, elementele sale sau efectele produse de acesta nu se regăseau în texte de lege speciale care să trateze în mod particular fiecare din aspectele menţionate mai sus.

Caracterul aleatoriu al contractului de întreţinere semnifică faptul că dacă obligaţiile celui sau celor întreţinuţi sunt cunoscute ca întindere încă din momentul încheierii contractului, constând în general în transferarea proprietăţii unui bun, obligaţia întreţinătorului nu poate fi cuantificată aceasta depinzând de o variabilă care este durata vieţii persoanei sau persoanelor întreţinute.

---

[1] C. Toader, *Drept civil. Contracte speciale*, vol. II, Ed. All Beck, Bucureşti, 2003, p. 330-332; E. Safta-Romano, *Contracte civile*, Ed. Polirom, Bucureşti, 1999, p. 326-3328; Dumitru C. Florescu, *Contractele speciale*, Ed. Universităţii Titu Maiorescu, Bucureşti, 2009, p. 272-275; F. Deak, *Tratat de drept civil. Contracte civile*, Ed. Actami, Bucureşti, 1999, p. 580-582.

Din acest punct de vedere se consideră că acest caracter aleatoriu al contractului de întreţinere este chiar mai pronunţat decât în cazul rentei viagere, întrucât obligaţia debitorului depinde nu numai de durata incertă a vieţii creditorului întreţinerii dar şi de obiectul prestaţiei, variabil în funcţie de nevoile lui zilnice, sau de alţi factori care pot influenţa întinderea prestaţiilor (starea sănătăţii, costul vieţii etc.).

În egală măsură, lipsa unei reglementări speciale a constituit un impediment în bună derulare şi securitatea raporturilor juridice decurgând din încheierea unor asemenea contrate, în condiţiile în care practica judiciară era una fluctuantă şi oricum, în sistemul nostru de drept, precedentul judiciar nu constituie izvor de drept.

În aceeaşi ordine de idei, tocmai beneficiind de caracterul de contract nenumit şi deci necuantificat legislativ, contractul de întreţinere a fost folosit ca o modalitate de a eluda dispoziţiile art. 845 din vechiul Cod Civil, în special pentru a rupe echilibrul valoric între bunurile dobândite de descendenţi şi a permite unei persoane să-şi gratifice descendenţii în mod diferit.

III. Regimul juridic al contractului de întreţinere în reglementarea noului Cod civil

Răspunzând necesităţii imperative a existenţei unui sistem unitar de reguli aplicabile contractului de întreţinere, noul Cod civil a creat un cadru legislativ expres care materializează structura, specificul şi efectele acestei instituţii juridice.

Astfel, noul Cod civil defineşte expres, chiar dacă nu direct, noţiunea de contract de întreţinere[1] şi îi determină specificul atât în ceea ce priveşte condiţiile de existenţă, cât şi în ceea ce priveşte efectele acestuia.

Astfel, sub imperiul prevederilor noului Cod civil, contractul de întreţinere este reglementat ca un contract sinalagmatic, solemn, cu titlu oneros, aleatoriu, translativ de proprietate, *intuitu personae*, cu executare succesivă şi, evident, contract numit.

Din însuşi faptul reglementării de către noul Cod civil a contractului de întreţinere decurge implicit conferirea caracterului de contract numit acestui contract şi cristalizarea legislativă a regimului juridic aplicabil acestuia.

Mutarea fundamentală sub aspectul caracterelor juridice ale contractului de întreţinere este, fără îndoială, impunerea de către prevederile noului cod civil, sub sancţiunea nulităţii absolute[2], a formei autentice, ca formă de încheiere a contractului şi în acelaşi timp condiţie de validitate, contractul dobândind astfel caracter solemn[3].

În sistemul vechiului Cod civil, pentru încheierea acestui contract era suficient acordul de voinţă al părţilor, în conformitate cu principiul consensualismului. Forma actului autentic era cerută *ad validitatem* şi sub imperiul legii vechi atunci când în obiectul contractului se regăsea şi un teren, însă în acest caz cerinţa formei autentice nu era impusă de importanţa *ipso facto* a contractului, ci era determinată de natura bunului înstrăinat

Pe lângă această condiţie privind forma exprimării acordului de voinţă, noul Cod civil mai aduce un element de noutate cu privire a condiţiile de validitate.

---

[1] Art. 2254 - "*(1) Prin contractul de întreţinere o parte se obligă să efectueze în folosul celeilalte părţi sau al unui anumit terţ prestaţiile necesare întreţinerii şi îngrijirii pentru o anumită durată. (2) Dacă prin contract nu s-a prevăzut durata întreţinerii ori s-a prevăzut numai caracterul viager al acesteia, atunci întreţinerea se datorează pentru toată durata vieţii creditorului întreţinerii*".

[2] Art. 2255 - "*Contractul de întreţinere se încheie în forma autentică, sub sancţiunea nulităţii absolute*".

[3] Dumitru C. Florescu, *Contractele civile*, ed. a III-a revăzută şi adăugită, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2012, p. 343.

Astfel, spre deosebire de situaţia anterioară adoptării noului cod civil, când disp. Art. 1645 din vechiul cod civil[1] nu erau aplicabile contractului de întreţinere, supus doar regulilor ce guvernau contractul în general, neexistând posibilitatea aplicării principiilor contactului de rentă viageră, reglementarea actuală prevede expres în art. 2256, coroborat cu art. 2247, ca şi condiţie suplimentară de validitate pentru ambele contracte, atât rentă cât şi întreţinere, faptul că acestea rămân lipsite de efecte dacă la data încheierii contractului creditorul suferea de o boală din cauza căreia a murit în 30 de zile de la acea dată.

Consecinţa imediată şi firească acestei dispoziţii art. 2256, prin raportare la art. 2247 este recunoaşterea dreptului moştenitorilor întreţinutului de a cere restituirea bunului ieşit în baza unui asemenea contract din patrimoniul autorului lor, instituindu-se astfel o prezumţie legală absolută de nulitate sau chiar de inexistenţă a contractului în favoarea moştenitorilor.

Sub imperiul vechii legislaţii, pentru a se putea obţine constatarea nulităţii contractului de întreţinere, trebuia făcută dovada că debitorul întreţinerii a avut cunoştinţă de moartea iminentă a creditorului. Riscul de pierdere pentru el ar fi fost inexistent ceea ce conducea la lipsa cauzei imediate a contractului, *alea*.

Ca element de noutate, sub aspectul delimitării noţiunii, în noua legislaţie apare, chiar dacă nu exprimată direct, ci sugerată indirect, posibilitatea derogării prin voinţa părţilor de la caracterul viager al întreţinerii.

Se naşte întrebarea ce semnificaţie poate avea expresia "*durată întreţinerii*"[2], la care face trimitere textul legal, sau mai exact, dacă această perioadă poate fi una determinată de la început sau trebuie să fie una subsumată unui element impredictibil ca moment al producerii.

Apreciem că din întreaga economie a noului Cod civil şi în special a dispoziţiilor care reglementează contractual de întreţinere, reiese că instituţia juridică reglementată de aceste dispoziţii este contractul de întreţinere clasic, ca şi contract aleatoriu, iar nu un contract comutativ, durata trebuind obligatoriu să fie afectată de un termen nedeterminat.

Evident că nimic nu împiedică părţile să stabilească o durată determinată a contractului, însă în această situaţie contractual nu mai este un contract de întreţinere "clasic", ci un contract comutativ nenumit, care scapă reglementărilor exprese ale noului cod civil.

Un alt element de noutate introdus de noul cod civil în materia contractului de întreţinere îl reprezintă introducerea acestui contract în sfera de aplicare a prezumţiei de liberalitate aplicabile în favoarea descendenţilor defunctului.

Sub imperiul legii vechi, o mare deficienţă a contractului de întreţinere consta în posibilitatea folosirii acestuia pentru eludarea dispoziţiilor art. 845 din vechiul cod civil privind gratificarea descendenţilor de către autorii lor, articol care privea stabilirea masei de calcul pentru reducţiunea liberalităţilor excesive în materie succesorală.

Mai precis, acest art. 845 din vechiul cod civil stabilea, pentru ipoteză pur particulară a relaţiilor intre descendenţii defunctului, o prezumţie de gratuitate pentru actele de înstrăinare cu titlu oneros încheiate de defunct cu un succesibil în linie directă,

---

[1] Art. 1645 VCC - "*Contractul de rendită pe viaţă în favoarea unei persoane afectate de o boală de care a murit în interval de 20 de zile de la data contractului, este nul*".

[2] Art. 2254 alin. (2) -"*Daca prin contract nu s-a prevăzut durata întreţinerii ori s-a prevăzut numai caracterul viager al acesteia, atunci întreţinerea se datorează pentru toata durata vieţii creditorului întreţinerii*".

cu rezerva uzufructului sau *contra unei rente viagere*[1]. Legea prezuma în acest caz, ca în realitate caracterul oneros este simulat şi o făcea pentru a menţine echilibrul succesoral între descendenţii defunctului.

Însă caracteristica contractului de întreţinere de a fi contract nenumit şi de dată mai recentă, făcea ca el să exceadă prevederilor exprese ale art. 845 din vechiul cod civil şi să poată fi folosit pentru a realiza gratificări care scăpau prezumţiei amintite, către unii descendenţi, cu încălcarea rezervei celorlalţi.

Noul cod civil reia în art. 1091 alin. 4, sub altă formă, prezumţia de gratuitate, stabilind în favoarea moştenitorilor rezervatari o prezumţie relativă[2], potrivit căreia, o serie de acte cu titlu oneros, între care, cu caracter de noutate, pentru prima dată şi înstrăinările făcute în schimbul întreţinerii viagere, sunt prezumate ca fiind acte cu titlu gratuit[3].

IV. Inconsistenţe ale reglementării contractului de întreţinere în noul Cod civil şi neajunsuri produse de acestea

Acest contract, aşa cum a fost prezentat până acum, departe de a fi perfect, prezintă o serie de deficiente şi neajunsuri, unele accentuate în timp prin dorinţa unor persoane de a profita de acesta instituţie juridică pentru a o deturna şi folosi în alte scopuri, unele de-a dreptul imorale. Fără îndoială că reglementarea expresă a contractului de întreţinere prin noul cod civil a fost un câştig şi a complinit sau lămurit multe dintre aceste neajunsuri ori neclarităţi, însă, cu toate acestea, chiar şi sub imperiul acestei reglementări exprese, subzistă inconsistenţe juridice, conceptuale, axiologice ori praxiologice, care creează dificultăţi în abordarea practică a acestei instituţii juridice.

Fără a avea pretenţia de exhaustivitate, vom încerca să prezentăm în continuare, punctual, câteva din aceste "minusuri".

1. În primul rând o primă mare deficienţă constă în chiar dificultatea stabilirii naturii juridice a raportului juridic dintre părţi. Deseori în practica instanţele sunt chemate să distingă între contractul de întreţinere, pe de o parte, şi contractele de rentă viageră ori de vânzare-cumpărare cu clauză de întreţinere, pe de altă parte.

În general asemenea dificultăţi apar atunci când, pe lângă prestaţia în natură, s-a stabilit ca şi contraprestaţie din partea debitorului obligaţiei de întreţinere şi o sumă de bani, fie cu caracter global, fie succesiv pe toată durata contractului.

Dacă, în ceea ce priveşte contractul de vânzare-cumpărare cu clauză de întreţinere, diferenţierea acestuia de contractul de întreţinere s-a rezolvat în practică, în mare măsură, prin raportarea sumei plătite ca preţ global la valoarea bunului transmis de creditorul obligaţiei de întreţinere, probleme apar atunci când se plăteşte, pe lângă întreţinere, şi o sumă de bani cu caracter periodic până la decesul creditorilor.

Aceasta, întrucât acest tip de plată dobândeşte la rândul lui un caracter aleatoriu fiind specific contractului de rentă viageră, în acest fel contractul având caracteristici mixte de rentă viageră şi întreţinere.

---

[1] Dumitru C. Florescu, *Drept civil. Succesiunile*, Ed. Universităţii Titu Maiorescu, Bucureşti, 2001, p. 158; F. Deak, Tratat de drept succesoral, Ed. Actami, Bucureşti, 1999, p. 372-374.

[2] Dumitru C. Florescu, *op. cit.*, p. 132.

[3] Art. 1091 alin. (4) - "*Până la dovada contrară, înstrăinarea cu titlu oneros către un descendent ori un ascendent privilegiat sau către soţul supravieţuitor este prezumată a fi donaţie dacă înstrăinarea s-a făcut cu rezerva uzufructului, uzului ori abitaţiei sau în schimbul întreţinerii pe viaţă ori a unei rente viagere. Prezumţia operează numai în favoarea descendenţilor, ascendenţilor privilegiaţi şi a soţului supravieţuitor ai defunctului, dacă aceştia nu au consimţit la înstrăinare*".

Mai mult, contractului de rentă viageră având un caracter aleatoriu, suma globală de bani este greu cuantificabilă pentru a fi raportată la valoarea bunului, singura variantă putând fi cuantificarea valorică a prestaţiei în natură a debitorului şi compararea cu cealaltă prestaţie a sa, în bani, lucru extrem de dificil.

2. O dificultate clasică a fost şi este aceea a stabilirii exacte a conţinutului obligaţiei de întreţinere a debitorului, mai precis a stabilirii în ce consta şi până unde se întinde această obligaţie.

Aşa cum am arătat mai înainte, contractul de întreţinere este un contract complex cuprinzând obligaţii de "a face "şi chiar obligaţii de "a da", însă ultimele având caracter excepţional şi subsidiar primelor. Aceste obligaţii sunt obligaţii care se execută în timpul vieţii creditorului dar practica judiciară a stabilit, aşa cum am arătat, că există şi obligaţia de a asigura înmormântarea creditorului.

În general toate aceste obligaţii, atât în ceea ce priveşte existenţa cât şi întinderea lor se subsumează ideii de asigurare a unui "trai decent" pentru creditor, însă această noţiune este una subiectivă şi ca atare jurisprudenţa, în ceea ce priveşte definirea ei, este sau riscă să devină una fluctuantă.

Aceasta şi întrucât, noţiune subiectivă fiind, persoane din medii sociale diferite cu pregătiri profesionale şi niveluri intelectuale diferite ori din zone geografice diferite pot avea perspective distincte asupra acestei noţiuni, iar în acest context, principiul voinţei interne în materie contractuală obligă la limitarea contractului la ceea ce părţile au înţeles să-şi asume.

3. Caracterul "intuitu personae" al contractului de întreţinere a fost şi continuă să fie motiv de disensiune în doctrină şi cu soluţii diferite în jurisprudenţă.

Deşi s-a căzut de acord că, în principiu, contractul de întreţinere este un contract "intuitu personae", se pune problema dacă debitorul trebuie să-şi execute obligaţiile exclusiv personal sau poate să delege şi altor persoane din îndatoriri iar dacă da, care dintre ele şi în ce măsură.

Soluţiile au oscilat în timp, de la imposibilitatea absolută a substituirii unei persoane până la o permisivitate extremă, în care debitorul întreţinerii era doar "deţinătorul" acestor obligaţii, pe care le executau autonom alte persoane, pentru a se stabiliza undeva la mijloc, în zona permisivităţii substituirii pentru ipoteza imposibilităţii îndeplinirii obligaţiei personal de către debitor.

4. Relativ la caracterul aleatoriu al contractului de întreţinere au existat în doctrină[1] şi jurisprudenţa soluţii divergenţe referitoare la soarta prestaţiei efectuate deja de către debitori în cazul rezilierii contractului.

Astfel, unele instanţe au hotărât ca în cazul admiterii unei acţiuni în rezoluţiunea unui contract de întreţinere, părţile, fără distincţie, urmează să fie repuse în situaţia anterioară încheierii convenţiei, în sensul că debitorul întreţinerii trebuie obligat să restituie creditorului bunul transmis la încheierea contractului, iar creditorul întreţinerii să restituie contravaloarea întreţinerii primite pe timpul cât contractul s-a executat.

Alte instanţe, dimpotrivă, au considerat că în cazul rezoluţiunii contractului de întreţinere, persoana obligată la prestarea întreţinerii, care nu şi-a îndeplinit obligaţiile din cauza unor împrejurări ce-i sunt imputabile, nu are dreptul să ceară restituirea a ceea ce a prestat în executarea contractului[2].

---

[1] Dumitru C. Florescu, *op. cit.*, p. 351.

[2] Trib.Supr. - Secţia civilă, Decizia nr. 507/1986, citată în R.R.D. nr. 5/1987; Trib.Supr. - Secţia civilă, Decizia nr. 2179/1987, citată în R.R.D. nr. 6/1988, p. 58.

În prezent, ultima soluţie este cea care s-a impus ca fiind legală şi corectă, însă practica judecătorească nu face parte dintre lucrurile imuabile.

5. O situaţie biunivocă, în doctrina şi în practica juridică şi în prezent, este cea relativă la soarta drepturilor reale (ipoteca în special) constituite asupra bunurilor dobândite drept capital, de către debitorii obligaţiei de întreţinere, în ipoteza rezilierii contractului de întreţinere.

S-au adus în acest sens argumente pertinente şi în direcţia menţinerii ipotecii şi a opozabilităţii ei proprietarului care a redobândit bunul ca efect al rezilierii şi argumente la fel de pertinente în sensul stingerii ipotecii ca efect al rezoluţiunii contractului şi repunerea totală a proprietarului în situaţia anterioară.

Situaţia este atât de echilibrată încât nu a înclinat decisiv în vreo direcţie problema rămânând în discuţie.

V. Soluţii potenţiale

Fără a încerca o propunere "de lege ferenda", elaborarea unui proiect legislativ în această materie, la acest moment nefiind oportună încercăm în prezenţa secţiune să prezentăm o viziune proprie relativă la potenţiale soluţii, unele alternative, pentru neajunsurile actuale ale contractului de întreţinere.

Astfel, în ceea ce priveşte stabilirea naturii juridice a contractului în cazul existenţei unor prestaţii mixte, o viitoare legiferare ar trebui, considerăm, să stabilească criterii evidente de distincţie prin referire la indicatori clari: venitul mediu sau salariu mediu ori minim pe ţară, dincolo de care contractul nu ar mai fi de întreţinere ci de rentă viageră.

Cât priveşte obiectul complex al contractului de întreţinere, fără a crea o structură rigidă şi formală în acest sens, s-ar impune prevederea în lege a unui minim de indicaţii, fie sub forma pozitivă (în sensul arătării a ce este obligat să presteze debitorul), fie sub forma negativă (în sensul indicării a ce este clar exclus).

Tot aici ar fi de bun augur stabilirea limitei până la care trebuie să execute debitorul obligaţiile personal, şi aici s-ar putea opta pentru varianta obligării debitorului la a realiza cel puţin coordonarea şi supravegherea personală a întreţinerii ca şi imposibilitatea angajării unei persoane care să contravină voinţei creditorului întreţinerii.

Cât priveşte prestaţiile executate deja de către debitor, considerăm că soluţia actuală, oferită de jurisprudenţa, de păstrare şi nerestituire a acestora în ipoteza rezoluţiunii contractului, este cea corectă având în vedere tocmai caracterul aleatoriu al contractului de întreţinere şi ea se impune a fi confirmată legislativ.

Vom încheia cu o problemă generatoare de efecte sociale negative, care priveşte modalitatea de încheiere şi derulare a contractelor de întreţinere şi de executare a acestora precum şi scopul urmărit la încheierea acestora.

Din păcate, practica recentă şi mai puţin recentă indică faptul că de la finalitatea unor avantaje reciproce pentru părţi, contractul de întreţinere a început să devină un mijloc de deposedare facilă şi fără mari costuri a unor proprietari în vârstă, bolnavi şi fără cunoştinţe juridice, de către indivizi sau "carteluri" fără nicio legătură nu numai cu principiul echităţii dar cu orice principiu moral ori juridic.

Cu toate că, prin noul cod civil a fost impusă forma autentică, ca formă de încheiere a contractului, sub sancţiunea nulităţii absolute, în viaţa juridică reală acest lucru nu pare a fi suficient pentru protejarea acestor persoane în a-şi manifesta conştient consimţământul sau în a-şi exprima consimţământul exact în concordanţă cu voinţa lor internă.

De aceea, şi din considerente ce ţin de protejarea prestigiului profesiei de notar, opinăm că se impun modificări ale formei de încheiere a contractului de întreţinere, în sensul nu numai a obligativităţii formei autentice dar şi a unor condiţii suplimentare.

Aceste condiţii suplimentare ar putea consta, fie în impunerea obligativităţii prezenţei în faţa notarului la momentul consemnării consimţământului şi a doi martori neutri, care să certifice prin semnătura lor veridicitatea situaţiei de fapt, fie în prezenţa obligatorie, în faţa notarului a unui reprezentant al Autorităţii Tutelare, în ipoteza în care parte în contract ar fi o persoană peste o anumită vârstă.

Modalitatea de control prevăzută în această ultimă variantă s-ar putea extinde şi pe perioada derulării contractului, în sensul verificării periodice obligatorii de către un reprezentant al Autorităţii Tutelare a modului în care îşi respectă debitorii obligaţiile.

Rapoartele acestor reprezentanţi ar putea constitui importante probe în perspectiva unei rezilieri pentru neexecutare de obligaţii şi a responsabiliza pe cei care şi-au asumat obligaţii de întreţinere.

Bibliografie

- **F. Deak**, Tratat de drept civil. Contracte civile, Editura Actami, Bucureşti, 1999.
- **F. Deak**, Tratat de drept succesoral, Editura Actami, Bucureşti, 1999.
- **D.C. Florescu**, Contractele speciale, Editura Universităţii Titu Maiorescu, Bucureşti, 2009;
- **D.C. Florescu**, Contractele civile, ed. A III a revăzută şi adăugită, Editura Universul Juridic, Bucureşti 2012
- **D.C. Florescu**, Drept civil. Succesiunile, Editura Universităţii Titu Maiorescu, Bucureşti, 2001;
- **C. Toader**, Drept civil. Contracte speciale, vol. II, Editura All Beck, Bucureşti, 2003;
- E**. Safta-Romano**, Contracte civile, Editura Polirom, Bucureşti, 1999;
- Codul civil din 1865;
- Noul cod civil.

Aspecte privind aplicarea instituţiei administrării bunurilor altuia în sistemul de drept românesc

*Doctorand Mihnea **ANGHENI***

Abstract: *Cadrul juridic general al administrării bunurilor altuia, ca instituţie juridică, este stabilit de legiuitor în Titlul V din Cartea a III-a "Despre bunuri" din codul civil. Dar atât* ***în Codul civil*** *cât şi* ***în alte acte normative speciale există dispoziţii privitoare la administrarea bunurilor altuia****. Corelaţia dintre cadrul general al administrării bunurilor altuia şi alte dispoziţii care direct sau indirect se referă la administrarea imobilelor altuia este stabilită chiar de legiuitor în art. 794 C.civ., text potrivit căruia "În absenţa unor dispoziţii speciale, prevederile prezentului titlu se aplică în toate cazurile de administrare a bunurilor altuia". Această dispoziţie legală trebuie coroborată cu cea existentă în art. 792 alin (3) C.civ. în conformitate cu care, "prevederile prezentului titlu sunt aplicabile oricărei administrări a bunurilor altuia, cu excepţia cazului în care legea, actul constitutiv sau împrejurările concrete impun aplicarea unui alt regim juridic de administrare".*

Cuvinte cheie: *administrator, tutore, bunuri, curator, societate, administrare, incapabili, notariat, registru, naţional.*

Introducere

Cadrul juridic general al administrării bunurilor altuia, ca instituţie juridică, este stabilit de legiuitor în Titlul V din Cartea a III-a "Despre bunuri" din codul civil. Dar atât ***în Codul civil*** cât şi ***în alte acte normative speciale există dispoziţii privitoare la administrarea bunurilor altuia***. Corelaţia dintre cadrul general al administrării bunurilor altuia şi alte dispoziţii care direct sau indirect se referă la administrarea imobilelor altuia este stabilită chiar de legiuitor în art. 794 C.civ., text potrivit căruia "În absenţa unor dispoziţii speciale, prevederile prezentului titlu se aplică în toate cazurile de administrare a bunurilor altuia". Această dispoziţie legală trebuie coroborată cu cea existentă în art. 792 alin. (3) C.civ. în conformitate cu care, "prevederile prezentului titlu sunt aplicabile oricărei administrări a bunurilor altuia, cu excepţia cazului în care legea, actul constitutiv sau împrejurările concrete impun aplicarea unui alt regim juridic de administrare".

Analizând, prin comparaţie, aceste texte legale, având în vedere şi dispoziţia din art. 792 alin. (1) C.civ. prin care, administratorul bunurilor altuia este împuternicit prin "legat" sau "convenţie", concluzia este următoarea: cadrul juridic al instituţiei bunurilor altuia este, Titlul V din Cartea a III-a a Cadrului Civil pentru că, acesta este "dreptul comun" în materie, în aceste dispoziţii este stabilit ***regimul juridic general al administrării bunurilor altuia.*** În măsura în care, atât în Codul civil cât şi în legi speciale există reglementări particulare aplicabile administratorului şi administrării bunurilor altuia, evident, că se vor aplica aceste reglementări, cu prioritate şi, în măsura în care, nu sunt cuprinzătoare, nu sunt suficiente, se vor aplica dispoziţiile generale din Codul

civil privind administrarea bunurilor altuia. De altfel, în cele ce urmează vom exemplifica situaţii când legiuitorul, în mod expres, face trimitere la dispoziţiile generale privind ***administrarea bunurilor altuia***, mai ales la ***formele administrării.***

Instituţiile juridice din Codul civil care conţin dispoziţii relative la administrarea bunurilor altuia sunt: tutela minorului; curatela; autoritatea părintească.

Aceste instituţii nu sunt singurele care conţin dispoziţii privind administrarea bunurilor altuia. Există şi alte reglementări care se aplică în condiţiile existenţei unui act juridic, cum ar fi: ***contractul de fiducie***, ***garanţiile creditorului***, ***contractul de administrare*** sau în cazul existenţei ***unui act juridic*** (act constitutiv) care ***se completează cu legea***. (Este cazul persoanelor juridice în general, ***al societăţilor***, în special).

1. Administrarea bunurilor de către tutore

Tutela, ca de altfel, curatela, autoritatea părintească sunt măsuri, mijloace juridice de ocrotire a persoanei fizice care, din cauza lipsei de discernământ, ori din cauza bătrâneţii, a bolii sau a altor motive arătate în mod expres de legiuitor, persoanele respective ***nu-şi pot administra singure bunurile*** şi evident, se află în imposibilitatea de a-şi apăra interesele[1].

Astfel, ***minorii sunt ocrotiţi,*** pe de o parte, prin instituţiile juridice din Codul civil, respectiv, prin autoritatea părintească, prin tutelă sau/şi prin măsuri de protecţie specială, prevăzute de Legea nr. 272/2004, privind protecţia şi promovarea drepturilor copilului[2] în situaţia în care minorul este lipsit temporar sau definitiv de ocrotirea părinţilor săi. Minorul care este lipsit temporar sau definitiv de ocrotirea părinţilor săi are dreptul la protecţie specială, respectiv plasament, plasament în regim de urgenţă sau supravegherea specializată. La aceste mijloace de protecţie speciale se apelează în condiţiile în care nu se instituie tutela, curatela sau chiar adopţia. Distinct de aceste situaţii, în condiţiile precizate de lege, ocrotirea minorului se poate realiza şi prin instituţia **curatelei.**

O altă categorie **"de incapabili"** ocrotiţi de legiuitor sunt **alienaţii şi debilii mintali,** care "beneficiază" de instituţia juridică a punerii sub interdicţie judecătorească prin care, în mod obligatoriu, se instituie "tutela" mai cu seamă, **pentru administrarea bunurilor interzisului** şi pentru **reprezentarea** intereselor acestuia. Într-o situaţie asemănătoare se află şi persoanele care trebuie să fie spitalizate, fie voluntar, fie în mod obligatoriu, într-o unitate de psihiatrie, potrivit dispoziţiilor din Legea nr. 487/2002 a sănătăţii mintale şi a protecţiei persoanelor cu tulburări psihice[3].

În sfârşit, majoritatea persoanelor care se află în situaţia de infirmitate fizică sau datorată bătrâneţii ori pentru alte motive nu-ţi pot **administra bunurile, pot apela la instituţia juridică a <u>curatelei</u>**.

În acest sens a hotărât şi instanţa supremă care, în considerentele deciziei pronunţate[4] a statuat că, dacă o persoană, deşi capabilă, deci cu discernământ, nu poate să-

---

[1] Pentru detalii a se vederea, G. Boroi, *Drept civil, Partea generală. Persoanele*, ed. a 4-a, Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2010, p. 419; E Lupan, I. Sabău-Pop, *Tratat de drept civil român*, vol. II, Persoanele, Ed. CH Beck, Bucureşti, 2007, p. 194; CT. Ungureanu, *Drept civil, Partea generală, Persoanele - în reglementarea noului Cod civil*, Ed. Hamangiu, Bucureşti 2012, p. 467; Colectiv, *Noul Cod civil. Comentarii, doctrină şi jurisprudenţă*, vol. I, Art. 1-952, Ed. Hamangiu, 2012, p. 150 şi urm.

[2] M. Of. nr. 557/2004.

[3] M. Of. nr. 589/2002.

[4] I.C.C.J, C civ. Dec. nr. 3653/2004, în Dreptul Familiei. Culegere de practică juridică, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2010, p. 361

şi administreze bunurile şi să-şi aparte interesele, din cauza bătrâneţii, a bolii sau a unei infirmităţi fizice, nu sunt întrunite condiţiile pentru punerea sub interdicţie, ci cele pentru instituirea curatelei.

Temeiul legal general privind persoanele ocrotite este art. 105 din Noul Cod Civil (NCC)[1].

Totodată, potrivit art. 107 alin (1) din NCC "procedurile prevăzute de prezentul cod privind ocrotirea persoanei fizice sunt de competenţa **instanţei de tutelă** şi de familie stabilite potrivit legii, denumită în continuare instanţa de tutelă". Este important de evidenţiat faptul că, în privinţa administrării bunurilor minorului de către tutore, Legea nr. 71/2011 de punere în aplicare a Codului Civil, prevede în art. 229 alin (3) că, în vederea îndeplinirii acestor atribuţii, sau cu privire la supravegherea modului în care tutorele administrează bunurile minorului, instanţa de tutelă poate delega, prin încheiere, îndeplinirea unora dintre acestea autorităţii tutelare care are competenţa de a efectua raportul de anchetă psihosocială prevăzut de art. 508 alin (2).

Potrivit legii (art. 108 NCC) ocrotirea persoanei fizice prin tutelă se realizează de către tutore, desemnat sau numit, precum şi de consiliul de familie, ca organ consultativ. Consiliul de familie se constituie de către instanţa de tutelă, nu din oficiu, ci numai la cererea persoanelor interesate. În lipsa consiliului de familie, atribuţiile acestuia vor fi executate de către instanţa de tutelă. În doctrina de specialitate s-a opinat ca nu se poate confunda instituţia consiliului de familie prevăzută de N.C.C. cu cea stabilită prin Legea nr. 217/2003 pentru prevenirea şi combaterea violenţei în familie[2].

Instituţia juridică a Consiliului de familie a existat în Codul civil de la 1864, după modelul Codului civil napoleonian din 1804 şi era compus din 5 membri, rude ale minorului sau, în lipsa acestora, de către alte persoane. Printre atribuţiile principale pe care le avea consiliul de familie era şi aceea privitoare la ***supravegherea generală a administrării averii minorului de către tutore,*** cu precizarea că, existau anumite acte juridice, respectiv, cele de dispoziţie pe care nu le putea încheia tutorele decât cu autorizarea prealabilă a Consiliului de familie[3].

Noul Cod Civil reintroduce instituţia Consiliului de familie cu scopul de a exercita un control permanent al modului în care tutorele îşi îndeplineşte obligaţia, atât cu privire la persoana minorului cât şi cu privire la bunurile acestuia. Consiliul de familie nu-şi justifică existenţa în cazul în care minorul este ocrotit de către părinţi şi nici în situaţia când se iau măsuri de protecţie specială a minorului[4].

Aşa cum a fost definită în doctrina de specialitate, tutela este "acea instituţie juridică, care serveşte la ocrotirea unor categorii de persoane fizice (minore sau majore) aflate în anumite situaţii prevăzute de lege. Această instituţie cuprinde totalitatea

---

[1] Art. 105 "Sunt supuşi unor măsuri speciale de ocrotire minorii şi cei care, deşi capabili, din cauza bătrâneţii, a bolii sau a altor motive prevăzute de lege nu pot să-şi administreze bunurile şi nici să îşi apere interesele în condiţii corespunzătoare"; art. 106 alin (1) "Ocrotirea minorului se realizează prin părinţi, prin instituirea tutelei, prin darea în plasament, sau, după caz, prin alte măsuri de protecţie specială anume prevăzută de lege"; alin (2) "Ocrotirea majorului are loc prin punerea sub interdicţie judecătorească sau prin instituirea curatelei, în condiţiile prevăzute de prezentul cod."

[2] D. Lupaşcu, C.M. Crăciunescu, Dreptul familiei, Ed. Universul Juridic, 2011, p. 390.

[3] A se vedea, C- Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, *Tratat de drept civil român*, vol. I, Ed. All Beck, Bucureşti, 2002, p. 404.

[4] În legătură cu desemnarea Consiliului de familie, compunere, funcţionare, atribuţii, înlocuirea consiliului de familie, a se vedea *Noul Cod Civil, Comentarii, doctrină, jurisprudenţă*, vol. I, *op. cit.,* p. 166-170.

reglementărilor legale privitoare la ocrotirea minorilor lipsiţi de ocrotire părintească şi a celor puşi sub interdicţie”[1]

Referitor la instituţia juridică a **tutelei,** există relevanţă în privinţa **analizei administrării bunurilor altuia,** în primul rând, **calitatea de tutore.**

1.1. Calitatea de tutore

Textul legal care stabileşte regula generală cu privire la **calitatea de tutore** este art. 112 NCC, potrivit căruia “Poate fi tutore o persoană fizică sau soţul şi soţia, dacă nu se află în vreunul dintre cazurile de incompatibilitate prevăzute de prezentul cod”. Aşadar, determinarea sferei de persoane care pot fi numite în calitate de tutore, se realizează prin respectarea situaţiilor legale de incompatibilităţii prevăzute de art. 113 NCC. Astfel, nu poate fi tutore: a) minorul, persoana pusă sub interdicţie judecătorească sau cel pus sub curatelă; b) cel decăzut din exerciţiul drepturilor părinteşti; c) cel căruia i s-a retras exerciţiul drepturilor civile, fie în temeiul legii, fie prin hotărâre judecătorească; d) cel care, exercitând o tutelă a fost îndepărtat din aceasta în condiţiile art. 158; e) cel aflat în stare de insolvabilitate; f) cel care, din cauza intereselor potrivnice cu cele ale minorului, nu ar putea îndeplini sarcina tutelei; g) cel înlăturat prin înscris autentic sau prin testament de către părintele care exercita singur, în momentul morţii, autoritatea părintească.

Prima condiţie pe care trebuie să o îndeplinească tutorele este cea privitoare la **capacitatea juridică.** Este evident, că o persoană care urmează a fi desemnată ca tutore trebuie să aibă **capacitate de exerciţiu deplină,** mai cu seamă că, una intre atribuţiile principale se referă şa administrarea bunurilor celui aflat sub tutelă.

Problema de drept care s-ar putea pune este legată de situaţiile speciale când minorul, anterior împlinirii vârstei de 18 ani, dobândeşte capacitate de exerciţiu deplină. Este cazul minorului care se căsătoreşte şi dobândeşte prin căsătorie, capacitate de exerciţiu deplină sau situaţia minorului care, la îndeplinirea vârstei de 16 ani, potrivit art. 40 NCC, beneficiază de capacitate de exerciţiu deplină.

În condiţiile art. 40 NCC, instanţa de tutelă ar putea, pentru motive temeinice să recunoască minorului, anticipat vârstei de 16 ani, capacitate de exerciţiu. Această capacitate de exerciţiu anticipată conferă minorului dreptul de a-şi administra bunurile sale “prin eliberarea de sub autoritatea părintească sau de sub tutelă[2]. Problema capacităţii de exerciţiu a tutorelui, în sensul dacă, acesta ar putea fi chiar minor emancipat pe baza hotărârii instanţei de tutelă rămâne în discuţie, având în vedere că acesta are ca obligaţie principală şi **administrarea bunurilor celui pus sub tutelă.** În doctrina de specialitate s-a exprimat deja opinia potrivit căreia, având în vedere faptul că, administratorul bunurilor altuia trebuie să aibă capacitatea de exerciţiu deplină (art. 792) fără nicio distincţie cu privire la minorii care dobândesc anticipat vârstei de 18 ani, capacitatea de exerciţiu deplină, în condiţiile legii, s-a ajuns la concluzia că şi minorul ar putea fi desemnat tutore.[3] *Avem rezerve cu privire la această opinie, cu motivarea că, dacă în privinţa minorului emancipat acesta dobândeşte capacitatea de a-şi administra bunurile proprii, în privinţa tutorelui, acesta trebuie să administreze bunurile altuia*, respectiv, ale celui pus sub tutelă. Or, tutela se instituie, în interesul şi beneficiul

---

[1] E. Lupaşcu, I. Sabău - Pop, *op. cit.* p. 204.

[2] A se vedea, D. Alexandresco, *Explicaţiunea teoretică şi practică a dreptului civil român*, tom. II, Ed. Librăriei Alcalay, Bucureşti, 1907, p. 820.

[3] O. Ungureanu, C. Munteanu, *Drept civil. Persoanele în reglementarea noului Cod civil*, Ed. Hamangiu, Bucureşti, p. 249.

persoanei care se află în incapacitatea de a-şi administra singur bunurile, averea sau patrimoniul. Inspirându-se din **dreptul anglo-saxon,** legiuitorul prevede că, tutorele poate fi desemnate **de către părinte** în condiţiile art. 114 NCC, prin act unilateral de voinţă sau prin contract de mandat, încheiate în formă autentică "*ad validitatem*", ori chiar prin testament, desemnare care poate fi revocată oricând de către părinte. Totodată, potrivit art. 115 NCC pot fi desemnate mai multe persoane ca tutore având-se în vedere condiţiile materiale ale acestora şi garanţiile morale pe care le dovedeşte şi chiar garanţii reale sau personale (art. 117 NCC).

În ipoteza în care, nu a fost desemnat vreun tutore în condiţiile arătate, instanţa de tutelă va numi un tutore existând anumite priorităţi prevăzute de lege, respectiv o persoană care este rudă sau un afin ori un prieten al familiei minorului, în general, o persoană care ar putea să îndeplinească sarcinile (obligaţiile) specifice tutelei şi care prezintă garanţii morale şi, după caz, materiale, cele din urmă fiind necesare ***pentru administrarea bunurilor celui pus sub tutelă.***

1.2. Exercitarea tutelei cu privire la bunurile minorului

Gestiunea bunurilor minorului este socotită în doctrina de specialitate ca cea mai importată atribuţie a tutorelui [1]. Tutorele îl reprezintă pe minor în toate actele civile şi, în consecinţă îi administrează bunurile.

Obligaţiile tutorelui legate de gestiunea şi administrarea patrimoniului minorului există **din momentul numirii tutorelui** continuând pe durata **exercitării tutelei** şi încheindu-se în momentul **încetării tutelei.**

Astfel, la deschiderea tutelei, prima obligaţie pe care o are tutorele este aceea de a întocmi **inventarul bunurilor minorului.**

Din punct de vedere procedural, inventarierea bunurilor minorului se face în prezenţa tutorelui şi a membrilor consiliului de familie, a unui delegat al instanţei de tutelă care va verifica la faţa locului toate bunurile minorului, întocmind un inventar care va fi supus spre aprobare instanţei de tutelă, existând un termen de 10 zile de la data investirii tutorelui de către instanţa de tutelă. Cu ocazia inventarierii bunurilor minorului, tutorele şi membrii consiliului de familie trebuie să declare, în scris, eventualele creanţe sau datorii pe care le au faţă de minor iar în cazul în care nu le-au declarat în urma semnării, legea [art. 140 alin $^{(3)}$)NCC] stabilind prezumţia că au renunţat la creanţele sau alte pretenţii pe care le au faţă de minor. În cazul în care nu au fost declarate creanţele tutorelui ale membrilor consiliului de familie sau ale rudelor apropiate, plata voluntară (de bună voie) a acestora se va putea face numai cu aprobarea instanţei de tutelă.

Obligaţia de a întocmi inventarul sau de a nu-şi exercita atribuţiile decât după efectuarea acestuia era sancţionată în vechiul cod civil (1864) în două feluri: a) tutorele putea fi destituit dacă se dovedea ulterior că acesta a sustras bunuri ale minorului; b) dacă inventarul nu a fost întocmit sau nu a fost corect făcut, minorul avea posibilitatea să dovedească conţinutul averii sale, valoarea bunurilor necuprinse în inventar, prin orice **mijloace de probă inclusiv prin martori şi prezumţii**[2]**.**

---

[1] C. Hamangiu, I. Rosetti Bălănescu, Al. Brătianu, *op. cit.,* p. 411.

[2] *Idem*, p. 413 *„Inventarul este deci o formalitate importantă, care trebuie îndeplinită la deschiderea tutelei şi care este destinată să pună pe tutore la adăpostul oricărei responsabilităţi" În situaţia în care un tutore a fost înlocuit, noul tutore va cere tutorelui anterior numai predarea socotelilor* (Alexandresco, *op. cit.,* vol. 2, p. 690).

În reglementarea Codului familiei (în prezent abrogată prin NCC) art. 126 alin(1) obligaţia tutorelui de efectuare a inventarului avea aproape acelaşi, conţinut cu diferenţa că, inventarul se întocmea în prezenţa unui delegat al autorităţii tutelare cu respectarea dispoziţiilor Codului de procedură civilă, iar plata voluntară a creanţelor tutorelui sau ale rudelor minorului, creanţe nedeclarate se putea face numai cu aprobarea autorităţilor tutelare.

Deşi reglementările anterioare cât şi cele din NCC, prevăd că, din momentul instituirii tutelei, tutorele este obligat să efectueze inventarul averii minorului totuşi, există şi posibilitatea ca tutorele să încheie anterior inventarului acele **acte juridice de conservare** şi de **administrare** care au caracter urgent, în exprimarea legiuitorului, ce nu suferă întârziere (art. 141 NCC).

O dispoziţie importantă **privind administrarea bunurilor minorului de către tutore** este prezentă în art. 142 NCC, text care face trimitere în mod expres la dispoziţiile privind instituţia juridică a administrării bunurilor altuia din Titlul V – cartea a III-a, în măsura în care nu există norme speciale în privinţa tutelei.

Astfel, tutorele este obligat **să administreze cu buna credinţă** bunurile minorului, să acţioneze cu diligenţa unui „bun proprietar" cu **onestitate** şi **loialitate** şi să nu se afle în ***conflict de interese*** cu minorul. Din acest punct de vedere, tutorele îndeplineşte îndatoririle prevăzute de legiuitor în **cazul administrării simple a bunurilor altuia** (art. 795 NCC).

Administrarea simplă are în conţinut numai actele necesare conservării bunurilor precum şi actele utile pentru ca acestea să poată fi folosite conform destinaţiei lor obişnuite. Administrarea simplă se deosebeşte de cealaltă formă de administrare a bunurilor altuia – administrarea deplină – prin natura actelor pe care le încheie administratorul.

În cazul administrării depline, administratorul are dreptul şi obligaţia de a efectua acte de **exploatare a bunurilor** profitabile beneficiarului administrării. Aşadar, în cazul tutorelui acesta acţionează potrivit legii, numai în limitele administrării simple a bunurilor altuia.

Totodată, potrivit art. 142 alin. (2) NCC, tutorele nu poate administra bunurile dobândite de **minor cu titlu gratuit** decât dacă testatorul sau donatorul a stipulat în mod expres acest lucru.

În lipsa unei stipulaţiuni exprese, bunurile dobândite de minor prin legat sau prin donaţie sunt administrate de curatorul sau de persoana desemnată prin actul juridic respectiv (legat sau donaţie) sau, după caz, numit de către instanţa de tutelă.

1.3. Reprezentarea minorului

În conformitate cu art. 143 NCC „Tutorele are îndatorirea de a-l reprezenta pe minor în actele juridice, dar numai până când acesta împlineşte vârsta de 14 ani". Dacă comparăm această dispoziţie cu cea cuprinsă în art. 124 alin(1) din Codul familie, în prezent abrogat, text potrivit căruia „Tutorele are obligaţia de a administra bunurile minorului şi de a-l reprezenta în actele civile, însă numai până la data când acesta împlineşte vârsta de paisprezece ani" se poate observa că, în prezent, legiuitorul distinge cele două categorii de activităţi ale tutorelui, activităţi legate de bunurile minorului, respectiv **activităţi de administrare** (prevăzute în art. 142 NCC) şi **activităţi de reprezentare**, prin încheierea de acte juridice.

Deşi, legiuitorul prevede că tutorele încheie acte juridice în numele minorului sub 14 ani potrivit, totuşi, actualelor reglementări, minorul aflat în această situaţie ar putea să încheie singur acte juridice de conservare şi chiar acte de **dispoziţie de mică valoare** şi

cu **caracter curent.** Practic, există patru categorii de acte juridice pe care le poate încheia tutorele în numele minorului sub 14 ani, respectiv: acte juridice pe care tutorele le poate încheia singur, acte juridice pe care tutorele le poate încheia dar numai cu aprobarea (avizul) consiliului de familie; acte juridice prin care pot fi încheiate în mod valabil numai dacă există atât încuviinţarea (avizul) consiliului de familie cât şi autorizarea instanţei de tutelă şi acte juridice care nu pot fi încheiate de tutore, în nicio condiţie.

1.3.1. Regimul juridic al actelor de dispoziţie încheiate de tutore în numele minorului

Actele juridice de dispoziţie încheiate de tutore au un anumit regim juridic, chiar dacă, în principiu, tutorele poate să încheie orice fel de acte juridice.

Astfel, în art. 144 alin. (1) NCC tutorele nu ar putea să facă donaţii şi nici să garanteze obligaţiile altuia, cu excepţia darurilor obişnuite [1], care sunt admise, avându-se însă în vedere situaţia materială a minorului. Interdicţia încheierii unor acte cu titlu gratuit sau care ar prezenta o ameninţare pentru averea minorului are caracter permanent, aşa încât, aceste acte nu pot fi încheiate nici chiar dacă ar exista avizul Consiliului de familie.

Activitatea de administrare de către tutore a bunurilor minorului este îngrădită de legiuitor, în sensul că ***actele de înstrăinare, de împărţeală, ipoteci ori grevare cu alte sarcini reale,*** constituite asupra acestor bunuri ori ***renunţarea*** la unele drepturi ale minorului cu privire la acestea, şi în general orice fel de acte ***care depăşesc dreptul de administrare*** nu pot fi încheiate de tutore decât cu dubla autorizare, pe de o parte a Consiliului de familie, iar pe de altă parte, de către instanţa de tutelă.

Totodată, potrivit art. 147 NCC există interdicţia încheierii de acte juridice între tutore sau soţul, o rudă în linie dreaptă ori fraţii sau surorile tutorelui, pe de o parte, şi minor, pe de altă parte.

Sancţiunea aplicabilă efectele actelor juridice din categoriile prevăzute de art. 144 alin. (1) şi (2) este *nulitatea relativă*, acţiunea în anulare putând fi exercitată de către tutore, de consiliul de familie sau de oricare membru al acestuia, de către procuror, din oficiu, sau la sesizarea instanţei de tutelă.

Deşi tutorele nu poate încheia singur anumite acte juridice, unele deloc iar altele decât cu avizul prealabil al consiliului de familie şi cu autorizarea instanţei de tutelă, totuşi, în baza art. 144 alin. (4) NCC, tutorele ar putea să înstrăineze singur bunurile supuse pieirii, degradării, alte stări sau deprecieri, precum şi acte devenite ***"nefolositoare"*** pentru minor. Aprecierea că aceste bunuri sunt nefolositoare implică un ***grad ridicat de subiectivism.***

Autorizarea instanţei de tutelă se produce numai în cazul în care, aceasta apreciază că actul care urmează a fi încheiat de tutore răspunde unei nevoi sau are un "folos neîndoielnic", încuviinţarea (autorizarea) instanţei de tutelă trebuie să fie dată pentru fiecare act juridic stabilindu-se chiar şi condiţiile încheierii actului juridic respectiv, când este cazul. În cazul vânzării, instanţa de tutelă trebuie să precizeze dacă vânzarea se va perfecta prin acordul părţilor, prin licitaţie publică sau în alt mod. În toate cazurile, instanţa de tutelă va indica şi modul în care vor fi cheltuite sumele de bani obţinute din vânzare.

Rolul tutorelui de administrare a bunurilor altora, respectiv a bunurilor minorului faţă de care s-a instituit tutela există şi în cazul minorului care a împlinit vârsta de 14

---

[1] *Codul civil al României, Îndrumar notarial,* vol. I ed. Monitorul Oficial, 2011 *„Darurile obişnuite nu se confundă cu darurile manuale*".

ani şi care are capacitate de exerciţiu restrânsă. Potrivit art. 146 alin(1) NCC, minorul care a împlinit vârsta de 14 ani poate să încheie acte juridice cu încuviinţarea scrisă a tutorelui sau a curatorului, după caz, la care se adaugă avizul consiliului de familie şi autorizarea instanţei de tutelă, dacă actul care urmează a se încheia de minor face parte din categoria actelor pe care nici tutorele nu le poate încheia singur. Astfel, minorul care a împlinit vârsta de 14 ani nu ar putea să facă donaţii nici să garanteze o datorie a altei persoane cu bunurile proprii, fiind exceptate darurile obişnuite.

Un rol important în ***executarea de către tutore*** a îndatoririlor privitoare la ***administrarea bunurilor minorului*** îl are consiliul de familie care în temeiul art. 148 alin.(1) NCC are atributul de a stabili şi modifica suma anuala necesară pentru întreţinerea minorului şi administrarea bunurilor sale, sumă care se acoperă din veniturile minorului. În cazul în care nu există venituri suficiente pentru a fi acoperite toate aceste cheltuieli, instanţa de tutelă are posibilitatea să dispună vânzarea bunurilor minorului, vânzare care se va face prin acordul părţilor, fie prin licitaţie publică.

În mod excepţional, pot fi vândute obiectele care au o valoare afectivă pentru familia minorului sau pentru minor.

Legiuitorul dă soluţii şi în cazul în care minorul nu are venituri sau alte bunuri care să poată fi vândute pentru a fi obţinute sumele de bani necesare întreţinerii minorului şi nici nu are părinţi sau alte rude, în aceste situaţii minorul va beneficia de asistenţă socială, în condiţiile legii [art. 148 alin(1) NCC].

1.3.2. Constituirea de depozite bancare este o operaţiune pe care o poate face tutorele în calitatea sa de administrator al bunurilor minorului, în baza art. 149 NCC.

Tutorele va putea constitui depozite la o instituţie de credit sau de asigurare pentru sumele care depăşesc plafonul cheltuielilor de întreţinere şi de administrare a bunurilor minorului.

Sumele de bani disponibile precum şi instrumentele financiare ale acestuia se depun pe numele minorului la o instituţie de credit indicată de consiliul de familie. Aceste sume de bani sau instrumente financiare nu pot fi folosite de tutore decât cu autorizarea instanţei de tutelă. Cu toate acestea, tutorele nu ar putea folosi sumele de bani ale minorului depuse la o instituţie de credit şi nici instrumentele financiare (acţiuni, obligaţiuni) pentru încheierea pe numele minorului a unor tranzacţii pe piaţa de capital, chiar dacă tutorele ar fi obţinut autorizarea de către instanţa de tutelă.

Pentru întreţinerea minorului, tutorele poate să depună la o instituţie de credit şi sumele de bani necesare întreţinerii minorului, pe numele acestuia, într-un cont separat, din care tutorele poate ridica diferite sume, fără să fie nevoie de autorizarea instanţei de tutelă.

De asemenea, tutorele, în ***calitatea sa de administrator a bunurilor minorului*** are dreptul de a acţiona în instanţă pentru orice acţiune sau cerere care ar avea ca obiect bunuri ale minorului sau acţiuni care au ca obiect administrarea bunurilor minorului. Fiind un administrator al bunurilor celui pus sub tutelă, tutorele are dreptul de a încasa creanţele administrate, dreptul de a-l reprezenta pe minor în adunările generale ale acţionarilor/asociaţiilor, şi să-şi exprime votul, în măsura în care minorul deţine acţiuni sau părţi sociale la diferite societăţi, precum şi celelalte drepturi care izvorăsc din valorile mobiliare pe care le deţine minorul dreptul de conversie, dreptul de răscumpărare[1].

[1] Pentru detalii a se vedea, *Noul Cod civil, Comentarii, doctrină şi jurisprudenţă*, *op. cit.*, p. 180-181.

1.4. Curatela specială a minorului

În timpul exercitării tutelei este posibil ca, între tutore şi minor să apară interese contrare care nu necesită înlocuirea tutorelui.

1.4.1. Numirea unui curator special

Până la soluţionarea cererii de punere sub interdicţie judecătorească, instanţa de tutelă poate numi un curator special atât pentru îngrijirea şi reprezentarea celui care urmează a fi pus sub interdicţie judecătorească, cât şi pentru ***administrarea bunurilor acestuia*** (art. 167 NCC). Curatorul special va avea aceleaşi drepturi şi obligaţii care sunt stabilite de lege pentru tutore (art. 186 NCC).

Aşa cum au hotărât şi instanţele judecătoreşti, ocrotirea interzisului judecătoresc are în vedere atât reprezentarea acestuia la încheierea actelor juridice **cât şi administrarea propriu-zisă a bunurilor sale**[1] iar competenţa de soluţionare a cererii formulate pentru numirea unui curator special revine instanţei judecătoreşti pe rolul căreia se află cauza de punere sub interdicţie judecătorească[2].

Punerea sub interdicţie judecătorească produce două efecte juridice: lipsirea de incapacitate de exerciţiu şi instituirea tutelei interzisului[3]. Aceste efecte se produc de la data rămânerii definitive a hotărârii judecătoreşti de punere sub interdicţie, iar **faţă de terţele persoane**, de la data efectuării formalităţilor de publicitate prevăzute de Noul Cod de Procedură Civilă (NCPC) cu excepţia cazului când, terţii cunoşteau starea de incapacitate a interzisului judecătoresc, situaţie în care, efectele se produc de la data rămânerii definitive a hotărârii judecătoreşti.

Procedura de efectuare a formalităţilor de publicitate este prevăzută de art. 929 NCPC. Astfel, instanţa care a hotărât punerea sub interdicţie judecătorească este obligată să comunice serviciului de stare civilă, instanţei de tutelă din circumscripţia căreia se află domiciliul interzisului judecătoresc, precum şi dispozitivul hotărârii pronunţate, pentru ca administraţiile respective să efectueze menţiunile pe marginea actului de naştere al interzisului, să dispună instituirea tutelei şi să dispună măsurile medicale oportune. Totodată, potrivit art. 902 alin. (2), pct. 1 NCC, pentru opozabilitate faţă de terţi, hotărârea judecătorească trebuie să fie notată în cartea funciară.

Până la data rămânerii definitive a hotărârii de punere sub interdicţie, persoana în cauză este prezumată a fi capabilă de a încheia acte juridice.

Ceea ce este important în cadrul instituţiei juridice a administrării bunurilor altuia este faptul că, prin hotărârea judecătorească de punere sub interdicţie, ***instanţa dispune numirea unui tutore***, potrivit art. 170 – 171 NCC. În general, regulile privitoare la tutela interzisului judecătoresc sunt aceleaşi ca şi cele aplicabile tutelei minorului care nu a împlinit vârsta de 14 ani. Există însă, şi unele dispoziţii speciale. Astfel, tutorele interzisului are dreptul de a folosi veniturile şi bunurile celui pus sub interdicţie; tutela interzisului judecătoresc funcţionează pe durată nedeterminată; înlocuirea tutorelui interzisului judecătoresc se poate face numai după împlinirea termenului de 3 ani de la data numirii sale, cu excepţia cazului când tutorele dovedeşte că are motive temeinice să ceară înlocuirea sa, chiar şi înainte de împlinirea termenului de 3 ani. Până la numirea noului tutore va fi instituită curatela.

---

[1] A se vedea I.C.C.J. s.civ. şi de propr. Int. dec. nr. 7765/2006.
[2] I.C.C.J. S.U. dec.nr. xxxVII/2007, în M.Of. nr. 725/2007.
[3] A se vedea G. Boroi, *op. cit.*, p. 427.

Obligaţiile tutorelui celui pus sub interdicţie decurg din îngrijirea unei persoane cu tulburări psihice faţă de care se poate dispune internarea într-o unitate spitalicească de psihiatrie, potrivit Legii nr. 487/2002.

Spre deosebire de tutela minorului, tutorele interzisului judecătoresc poate face liberalităţi descendenţilor interzisului, cu avizul consiliului de familie şi cu autorizarea instanţei de tutelă, donaţii care nu sunt scutite de raport.

Legiuitorul reglementează în mod distinct existenţa minorului pus sub interdicţie judecătorească (art. 176 NCC).

Dacă la data punerii sub interdicţie judecătorească minorul se află sub ocrotirea părinţilor rămâne sub această ocrotire până la împlinirea vârstei de 18 ani fără a i se numi un tutore. În schimb, dacă la vârsta majoratului, minorul se află sub interdicţie judecătorească, instanţa de tutelă va numi un tutore.

Interdicţia judecătorească poate fi ridicată dacă au încetat cauzele care au determinat punerea sub interdicţie, respectându-se procedura existentă şi în momentul punerii sub interdicţie.

Cererea de ridicare a interdicţiei judecătoreşti poate fi formulată de: tutore, de persoanele apropiate, de administratorii şi locatarii casei în care locuieşte interzisul, de serviciul de stare civilă, de notarul public, cu prilejul deschiderii unei proceduri succesorale, de instanţele judecătoreşti, cu ocazia condamnării la pedeapsă penală a interzicerii exercitării drepturilor părinteşti (dacă interzisul este minor) de organele administraţiei publice locale, instituţiile de ocrotire şi de orice alte persoane.

Hotărârea judecătorească de ridicare a interdicţiei produce efecte de la data rămânerii definitive şi este opozabilă terţilor de la data îndeplinirii formalităţilor de publicitate prevăzute de NCC, cu excepţia cazului când terţii au luat cunoştinţă de ridicarea interdicţiei. Totodată, ridicarea interdicţiei judecătoreşti trebuie notată în cartea funciară (art. 902 alin. (2) pct. 1 NCC.)

Potrivit doctrinei de specialitate, curatela specială este un mijloc de ocrotire, dar cu caracter **temporar** şi **subsidiar**, fiind considerată o tutelă ad-hoc[1]. Cazurile în care se numeşte un curator special sunt prezente în art. 150 NCC potrivit căruia, ***există trei categorii de situaţii*** în care s-ar pune problema instituirii curatelei speciale.

***O primă categorie*,** se referă la interese contrare ale tutorelui cu cele ale minorului. Aceste cauze nu trebuie să fie de natura celor care ar determina înlocuirea tutorelui.

A doua categorie de cazuri se referă la situaţia imposibilităţii temporare a tutorelui de a îndeplini sarcinile tutelei, imposibilităţi datorate stării de sănătate (din cauza bolii) sau din alte motive. Aceste cauze îl pun pe tutore în imposibilitatea de a încheia un anumit act juridic pentru minor.

A treia categorie de cazuri vizează procedura succesorală, când ***notarul public*,** la cererea oricărei persoane interesate sau chiar din oficiu, poate numi, provizoriu, un curator special care va fi validat, şi înlocuit de instanţa de tutelă.

Dacă în primele două categorii de cazuri, numirea curatorului special se face de către instanţa de tutelă, în cea de-a treia categorie, ca noutate a Codului civil, curatorul special este numit de **către *notarul public***[2]. În practică, notarul public, numeşte un curator special, de exemplu, dacă la succesiune minorul se află în concurs cu unul dintre părinţi, chiar dacă nu se pune problema unui conflict. Într-o speţă, s-a pus problema calificării naturii juridice a unei categorii de bunuri din masa succesorală (bunuri proprii

[1] G. Boroi, *op. cit.*, p. 425.
[2] A se vedea şi *Codul civil al României, Îndrumar notarial*, *op. cit.*, p. 60.

ale defunctului sau bunuri comune) calificare dată de instanţa de judecată, în funcţie de probele administrate.

În cazul procesului de stabilire a naturii juridice a bunurilor, minorul va fi reprezentat de curatorul special, deoarece minorul se află în proces cu părintele supravieţuitor.

1.4.2. Controlul exercitării tutelei

Atât în Noul Cod Civil cât şi în dispoziţiile anterioare, cele prevăzute în vechiul Cod al familiei, există norme juridice care conţin dreptul autorităţilor statale de control asupra activităţii desfăşurată de tutore, cu privire la ***modul în care acesta administrează bunurile minorului*** precum şi modul în care îşi îndeplineşte celelalte obligaţii[1].

Controlul activităţii tutorelui este exercitat, potrivit art. 151 NCC de către instanţa de tutelă, control care are caracter continuu, permanent.

Potrivit art. 151 alin. (2) NCC, instanţa de tutelă, în exercitarea controlului asupra activităţii tutorelui, are posibilitatea de a solicita sprijin din partea autorităţilor administraţiei publice, a instituţiilor şi serviciilor publice specializate pentru protecţia copilului sau a instituţiilor de ocrotire, după caz.

Controlul este efectuat, în mod efectiv, prin prezentarea de către tutore a ***dării de seamă anuale.*** Obligarea tutorelui de a prezenta anual instanţei de tutelă o dare de seamă cu privire la ***modul de administrare*** a ***bunurilor minorului,*** precum şi cu privire la celelalte obligaţii pe care le are, potrivit sarcinilor tutelei, este prevăzută de legiuitor în art. 152 NCC.

Darea de ***seamă anuală*** care trebuie prezentată instanţei de tutelă în termen de cel mult 30 de zile de la data încheierii anului calendaristic nu exclude posibilitatea pe care o are instanţa de tutelă de a cere, oricând, tutorelui să prezinte ***situaţii cu privire la modul de administrare a bunurilor minorului.***

Dacă "averea" minorului nu este semnificativă, raportul pe care trebuie sa-l întocmească tutorele (darea de seama) poate fi solicitat şi întocmit pe perioade mai mare de timp, care nu pot depăşi 3 ani [art. 152 alin$^{(3)}$ NCC][2].

1.4.3. Descărcarea tutorelui

După verificarea dării de seamă întocmită de tutore şi dacă operaţiunile efectuate şi, mai cu seama, ***cheltuielile făcute de tutore cu administrarea bunurilor minorului***, instanţa de tutelă va da descărcare de gestiune tutorelui (art. 153 NCC).

În reglementarea anterioară, respectiv art. 135 C. fam. conţinutul textului legal este asemănător celui existent în prezent în Codul civil cu singura deosebire că, autoritatea publică competentă dă descărcare tutorelui, potrivit dării de seamă efectuată de autoritatea tutelară care verifică socotelile privitoare la veniturile minorului şi la cheltuielile efectuate cu întreţinerea acestuia şi cu administrarea bunurilor sale şi, dacă erau regulat întocmite şi corespundeau realităţii, urma sa dea descărcare tutorelui.

Atât potrivit Codului Civil actual cât şi Codului familiei, în prezent abrogat, dacă instanţa de tutelă, în trecut autoritatea tutelară, consideră că socotelile făcute de tutore

---

[1] A se vedea *Noul cod civil, op. cit.*, p. 182.

[2] (1) În reglementarea anterioară, art. 134 alin. (1) Codul familiei prevedea "Tutorele este dator să prezinte anual autorităţii tutelare o dare de seamă despre modul cum a îngrijit de minor, precum şi despre administrarea bunurilor altuia. (2) Darea de seamă se va prezenta autorităţii tutelare în termen de treizeci de zile de la sfârşitul anului calendaristic. (3) În afară de darea de seamă anuală, tutorele este obligat, la cererea autorităţii tutelare, să dea oricând dări de seamă despre modul cum a îngrijit de minor, precum şi despre administrarea bunurilor acestuia".

nu sunt corecte nu vor fi aprobate, urmând ca tutorele să răspundă patrimonial, pentru eventualele pagube produse în patrimonial minorului, sancţiune care se aplică distinct de cele legale de calitatea de tutore.

De altfel, potrivit art. 155 NCC, minorul care a împlinit vârsta de 14 ani, consiliul de familie, oricare membru al acesteia, precum şi toţi cei care sunt prevăzuţi de art. 111 NCC[1] pot face plângere la instanţa de tutelă cu privire la faptele sau actele tutorelui păgubitoare pentru minor.

Din exprimarea legiuitorului "păgubitoare pentru minor" s-ar trage concluzia că paguba (prejudiciul) nu ar trebui să fie actual dar care ar putea să se producă în viitor. Totodată, legiuitorul prevede în art. 154 NCC că tutorele ***nu poate fi scutit*** de obligaţia de a întocmi darea de seamă anuală sau la cererea instanţei de tutelă, chiar dacă persoanele care au dat dispensă sunt părinţii minorului sau orice persoană care a făcut o liberalitate acestuia. În ipoteza în care, există o asemenea dispensă, potrivit legii, va fi ***considerată ca nescrisă.***

1.4.4. Încetarea tutelei, darea de seamă generală şi descărcarea de gestiune

Încetarea tutelei intervine ***în cazurile*** prevăzute de lege (art. 156 şi următoarele din NCC), cazuri care privesc, fie persoana minorului, fie persoana tutorelui, în general, cauzele care au determinat instituirea tutelei.

În privinţa persoanei minorului, tutela încetează când minorul devine major, când acesta a decedat sau când nu mai exista cauzele de instituire a tutelei prevăzute de art. 110 NCC, adică fie că s-a stabilit filiaţia faţă de cel puţin unul dintre părinţi dacă minorul avea părinţi necunoscuţi, fie că s-a ridicat interdicţia exercitării drepturilor părinteşti a cel puţin unuia dintre părinţi, fie că s-a ridicat interdicţia judecătorească pentru cel puţin unul dintre părinţi, fie că reapare cel puţin unul dintre părinţii declaraţi dispăruţi sau declaraţi morţi[2].

În privinţa persoanei tutorelui, funcţia acestuia încetează, fie la moartea acestuia, fie în toate cazurile când este înlocuit, îndepărtat sau când minorul, deşi ajuns la vârsta majoratului este pus sub interdicţie judecătorească şi este nevoie de numirea unui nou tutore.

În mod firesc, tutela încetează la moartea tutorelui dar, potrivit art. 157 NCC, alin(2) până la numirea unui nou tutore, moştenitorii vor prelua sarcinile tutelei.

Dacă există mai mulţi moştenitori, aceştia pot desemna, prin procură specială, pe unul dintre ei să îndeplinească în mod provizoriu sarcinile tutelei.

În situaţia în care moştenitorii tutorelui sunt minori aceştia nu vor prelua sarcinile tutelei iar instanţa de tutelă va numi, de urgenţă, un curator special, care poate fi **executorul testamentar.**

Îndepărtarea tutorelui din calitatea de tutore poate exista în cazul, în care acesta săvârşeşte o faptă considerată de către legiuitor "abuz" sau "neglijenţă gravă" sau alte fapte care-l fac nedemn de a fi tutore, şi în cazul când nu-şi îndeplineşte în mod corespunzător sarcina (art. 158 NCC). Aşadar, îndepărtarea din funcţie a tutorelui este o sancţiune care i se aplică în cazurile când este considerat nedemn, ca urmare a săvârşirii

---

[1] Persoanele obligate să înştiinţeze instanţa de tutelă sunt: a) persoanele apropiate minorului precum şi administratorii şi locatarii casei în care locuieşte minorul; b) serviciul de stare civilă cu prilejul înregistrării morţii unei personae, precum şi notarul public, cu prilejul deschiderii procedurii succesorale; c) instanţele judecătoreşti, cu prilejul condamnării la pedeapsa penală a interzicerii drepturilor părinteşti; d) organele administraţiei publice locale, instituţiile de ocrotire, precum şi orice altă persoană.

[2] A se vedea, O. Ungureanu, C. Munteanu, *op. cit.,* p. 258.

uneia dintre faptele calificate de legiuitor "abuz", "neglijenţă gravă" etc. Această sancţiune nu înlătură posibilitatea ca tutorele să răspundă penal pentru infracţiunea de gestiune frauduloasă prevăzută de art. 214 C.P. sau civil (delictual) pentru prejudiciile cauzate în patrimoniul minorului faţă de care s-a instituit tutela[1].

În cazul morţii tutorelui sau a îndepărtării acestuia din funcţie, dacă moştenitorii tutorelui sunt minori, până la numirea noului tutore, se instituie curatela.

1.4.5. Darea de seama generală

Tutorele sau moştenitorii acestuia, în calitatea sa de administrator al bunurilor minorului faţă de care s-a instituit tutela, este obligat, potrivit art. 160 NCC, ca, în termen de 30 de zile de la data încetării tutelei să prezinte instanţei de tutelă o dare de seamă generală care va cuprinde situaţiile veniturilor şi cheltuielilor, pe ultimii ani, situaţia activului şi pasivului patrimonial, precum şi stadiul în care se află procesele minorului. În cazul în care nu este întocmită darea de seamă generală, instanţa de tutelă îl poate obliga pe tutore sau pe moştenitorii acestuia care au continuat tutela să procedeze la întocmirea acesteia. Totodată, conform art. 161 NCC, **tutorele este obligat să predea bunurile care au fost administrate în timpul tutelei către fostul minor,** moştenitorilor acestuia, noului tutore ori curatorului special, după caz.

1.4.6. Descărcarea de gestiune

Instanţa de tutelă verifică, după predarea bunurilor, socotelile şi după aprobarea lor va da descărcare de gestiune tutorelui [art. 162 alin (1) NCC]. Descărcarea de gestiune nu înseamnă exonerarea de raspundere a tutorelui pentru prejudicial produs în patrimonial minorului, prejudiciu cauzat din culpa sa.

Mai mult decât atât, alin (3) al art. 162 prevede că, persoana care îl înlocuieşte pe tutorele care a produs prejudicii în patrimonial minorului este obligată să ceară de la fostul tutore repararea prejudiciului, în caz contrar, răspunde el însuşi pentru paguba produsă.

O altă sancţiune care poate fi aplicată tutorelui în cazul unei activităţi defectuoase sau în cazul în care refuză continuarea atribuţiilor de tutore, este ***amenda civilă*,** în folosul statului, amendă care nu poate depăşi valoarea unui salariu minim pe economie, şi care se va putea repeat de 3 ori la interval de câte 7 zile, după care se va numi un alt tutore.

Dacă se constată îndeplinirea defectuoasă a sarcinilor tutelei, tutorele poate fi sancţionat cu amendă civilă în cuantum de 3 salarii medii pe economie.

Atât în cazul refuzului pentru continuarea tutelei cât şi în cazul unei activităţi defectuoase, sancţiunea amenzii se va aplica de către instanţa de tutelă, prin încheiere executorie [art. 163 alin (3) NCC].

1.4.7. Instituirea tutelei în cazul interzisului judecătoresc

Interdicţia judecătorească este reglementată de legiuitor, în art. 164-178 NCC şi este calificată, în doctrina de specialitate, ca o măsură de ocrotire, sau mijloc de ocrotire a persoanei fizice care este lipsită de discernământ din cauza alienaţiei sau debilităţii mintale situaţie care are ca efect lipsa de capacitate de exerciţiu şi instituirea tutelei [2].

Punerea sub interdicţie judecătorească nu este o sancţiune îndreptată împotriva persoanei aflată în situaţiile prevăzute de lege, ci este o măsură de protecţie a acesteia împotriva abuzurilor terţilor, care profitând de starea psihică a persoanei respective poate încheia acte juridice lezionare (păguboase) pentru cel bolnav psihic, după cum,

---

[1] A se vedea P. Truşcă, *Drept civil. Introducere în dreptul civil. Persoana fizică. Persoană juridică*, ed. a-5-a, Ed. Universul juridic, Bucureşti, 2010, p. 335.

[2] O. Ungureanu, C.Munteanu, *op. cit.*, p. 264.

terţele persoane trebuie să fie ocrotite dacă, în necunoştinţă de cauză, încheie acte juridice cu o persoană lipsită de discernământ[1].

Mai mult decât atât, alienaţia sau debilitatea mintală, nu reprezintă un caz de incapacitate dacă persoana nu a fost pusă sub interdicţie judecătorească[2].

De altfel, art. 311 din Legea nr. 71/2011, legea de punere în aplicare a Codului Civil, explică expresiile "alienaţie mintală" sau "debilitat mintală" ca fiind o boală psihică ori un handicap psihic care determină incompetenţa psihică a persoanei juridice care pot decurge din exercitarea drepturilor şi obligaţiilor civile.

Interdicţia judecătorească nu se confundă cu tratamentul medical obligatoriu, prin internarea într-o unitate de psihiatrie a persoanei care prezintă tulburări psihice conform procedurii prevăzute de Legea nr. 487/2002 şi nici cu diferitele îngrădiri ale capacităţii de folosinţă a persoanei fizice.

Punerea sub interdicţie judecătorească se dispune de către instanţa de judecată, în timp ce, internarea pentru tratament medical obligatoriu se stabileşte de către o instituţie medicală (pe cale administrativă); persoana pusă sub interdicţie judecătorească devine lipsită de capacitate de exerciţiu ceea ce nu se întâmplă în cazul persoanei internate pentru tratament medical obligatoriu. De asemenea, în cazul diferitelor incapacităţi de folosinţă, în timp ce interdicţia judecătorească se dispune de către instanţa de judecată şi are ca efect lipsirea de capacitate de exerciţiu a interzisului judecătoresc[3].

1.4.8. Desemnarea tutorelui

Potrivit art. 166 NCC "Orice persoană care are capacitate deplină de exerciţiu poate desemna prin act unilateral sau contract de mandat, încheiate în formă autentică, persoana care urmează a fi numită tutore pentru a se îngriji de persoana şi bunurile sale în cazul în care ar fi pusă sub interdicţie judecătorească".

Actul de desemnare *se înregistrează de notarul public în registrul naţional notarial* precum şi în registrul special care se va înfiinţa, pentru evidenţa persoanelor lipsite de capacitate de exerciţiu[4].

Bibliografie

1) **D. Alexandresco**, Explicaţiunea teoretică şi practică a dreptului civil român, vom. II, Ed. Librăriei Alcalay, Bucureşti, 1907;

2) **G. Boroi**, Drept civil, Partea generală. Persoanele, ed. A 4-a, Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2010;

3) **C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu**, Tratat de drept civil român, vol. I, Ed. All Beck, Bucureşti, 2002;

4) **E. Lupan**, Drept civil, Persoana fizică, Ed. Lumina Lex, Bucureşti, 1999;

5) **E. Lupan, I. Sabău-Pop**, Tratat de drept civil român, vol II, Persoanele, Ed. CH Beck, Bucureşti, 2007;

6) **D. Lupaşcu, C.M. Crăciunescu**, Dreptul familiei, Ed. Universul Juridic, 2011;

7) **I. Reghini, S. Diaconescu, P. Vasilescu**, Introducere în dreptul civil, ed. a-2-a, Ed. Sfera juridică, Cluj-Napoca, 2008;

---

[1] A se vedea, I. Reghini, S. Diaconescu, p. Vasilescu, Introducere în dreptul civil, ed. a-2-a, Ed. Sfera juridică, Cluj-Napoca, 2008, p. 150-151.

[2] E.Lupan, Drept civil, Persoana fizică, Ed. Lumina Lex, Bucureşti, 1999, p. 249

[3] A se vedea şi G. Boroi, *op. cit.* p. 425-426

[4] A se vedea Codul civil al României, Îndrumar notarial, op cit. p. 64

8) **P. Truşcă**, Drept civil. Introducere în dreptul civil. Persoana fizică. Persoană juridică, ed. a-5-a, Ed. Universul juridic, Bucureşti, 2010, p. 335.

9) **C.T. Ungureanu**, Drept civil, Partea generală, Persoanele - în reglementarea noului Cod civil, Ec. Hamangiu, Bucureşti 2012;

10) **O. Ungureanu, C. Munteanu,** Drept civil, Persoanele-în reglementarea noului Cod civil, Ed. Hamangiu, Bucureşti;

11) Colectiv, Noul Cod civil. Comentarii, doctrină şi jurisprudenţă, vol. I, Art. 1-952, Ed. Hamangiu, 2012;

12) M. Of. Nr. 589/2002;

13) M. Of. nr. 557/2004;

14) I.C.C.J. s.civ. şi de propr. Int. dec. nr. 7765/2006;

15) I.C.C.J. S.U. dec.nr. xxxVII/2007, în M.Of. nr. 725/2007;

16) I.C.C.J, C civ. Dec. Nr. 3653/2004, în Dreptul Familiei. Culegere de practică juridică, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2010;

17) Codul civil al României, Îndrumar notarial vol. I ed. Monitorul Oficial, 2011.

Politica legislativă în domeniul societăților (foste "comerciale") – privire critică

Cătălin ***OROVICEANU****

Abstract: *Prezentul articol îşi propune să exploreze în mod sumar modul în care legiuitorul român a înţeles să se comporte în reglementarea societăţilor. Dincolo de noua terminologie aplicabilă, articolul prezintă, pe de o parte, deficienţele procesului normativ în materia societăţilor iar, pe de altă parte, lacunele actelor normative, derivate din greşita sau insuficienta înţelegere a materiei societăţilor de către legiuitor.*

Cuvinte cheie: *societăţi, piaţa de capital, guvernanţă corporativă, CNVM*

"Într-o lume în care sistemele juridice interferează tot mai mult, tradiţia juridică necesită o upgradare perpetuă pentru a răspunde diversităţii. Conferinţa pleacă de la ideea că LEGEA nu se dezvoltă abstract, ci este modelată de societate, de realitatea economic-socială, de medii intelectuale, culturale şi lingvistice, dar mai ales de necesităţi imediate şi de imprimarea unor soluţii adecvate."

Citatul de mai sus este preluat din prezentarea Conferinţei Internaţională de Drept, Studii Europene şi Relaţii Internaţionale având tema *"*Politica legislativă între reglementare europeană, naţională şi internaţională. Noi perspective ale dreptului*"*, desfăşurată în cadrul Universităţii Titu Maiorescu - Facultatea de Drept. Nimic mai adevărat în acest citat, care exprimă o idee încetăţenită în mintea oricărui absolvent al unei facultăţi de drept, începând chiar cu primii paşi din anul întâi.

Este însă acest citat aplicabil în ceea ce priveşte reglementarea societăţilor (până de curând "comerciale")? Este o întrebare la care ne-am propus să oferim un scurt răspuns în cele ce urmează.

1. Cel mai nou aspect: schimbarea terminologiei

În mod tradiţional, absolvenţii facultăţilor de drept erau familiarizaţi cu sintagma „societăţi comerciale", ce desemna persoanele juridice ce aveau ca scop primordial efectuarea de "fapte (acte) de comerţ". Unificarea dreptului privat, intervenită odată cu apariţia Noului Cod civil[1] (şi abrogarea unei părţi substanţiale a vechiului Cod comercial) a determinat şi o schimbare terminologică, noţiunile de "fapte de comerţ", "comerciant" şi "obligaţii comerciale" dispărând odată cu intrarea în vigoare a Noului Cod civil.

Denumirea de "societăţi comerciale" părea să "scape" acestei tendinţe, legea de punere în aplicare a Noului Cod civil[2] neincluzând nicio măsură în acest sens. Totuşi, la aproape un an şi jumătate de la intrarea în vigoare a Noului Cod civil, legiuitorul a considerat necesar să rezolve şi acest aspect. Astfel, odată cu intrarea în vigoare a Legii

---

* Doctorand, Universitatea "Titu Maiorescu", Avocat, Baroul Bucureşti.

[1] Legea nr. 287/2009 privind Codul civil, republicată în Monitorul Oficial nr. 505 din 15 iulie 2011.

[2] Legea nr. 71/2011, publicată în Monitorul Oficial nr. 409 din 10 iunie 2011.

nr. 76/2012 pentru punerea în aplicare a noului Cod de procedură civilă[1] (la data de 15 februarie 2013), terminologia în materie de societăţi comerciale s-a schimbat fundamental: nu ne mai referim la "societăţi comerciale" ci doar la "societăţi".

Cele de mai sus denotă o "şovăială" a legiuitorului în această privinţă: dacă ar fi dorit schimbarea conceptului de "societăţi comerciale", trebuia să o realizeze odată cu intrarea în vigoare a Noului Cod civil, când terminologia derivată din conceptul de "comerţ" a fost semnificativ abrogată şi înlocuită cu noile noţiuni (e.g. "profesionist"). A interveni după aproape un an şi jumătate printr-o lege care nu pare a avea prea multe conexiuni cu problematica unificării dreptului privat şi a schimba terminologia nu se înfăţişează ca o idee foarte strălucită, chiar dacă scopul a fost unul explicabil (unificarea terminologiei). Ar fi fost poate mai indicată păstrarea vechii denumiri de "societăţi comerciale", în ciuda aparentului conflict cu Noul Cod civil întrucât, în cele din urmă, natura acestor societăţi nu se schimbă: ele vor continua să realizeze operaţiuni ce se încadrează în sfera "comerţului". De altfel, un autor consacrat foloseşte în continuare sintagma de "societăţi comerciale", chiar şi după apariţia Noului Cod civil[2].

2. Privire asupra procesului normativ în general

Atunci când ne referim la politica legislativă în materia societăţilor, primul punct care poate fi avut în vedere este însuşi procesul normativ, respectiv modul în care legiuitorul primar sau secundar acţionează în privinţa edictării de norme în materia societăţilor. Din această perspectivă sunt relevante, credem noi, problematica iniţiativei proprii a legiuitorului, problema iniţiatorului propriu-zis, dar şi unele probleme legate de legiuitorul secundar.

Probabil aspectul major ce poate fi reproşat în materia politicii legislative în domeniul societăţilor este faptul că, într-o tendinţă mai largă a legiuitorului român, vizibilă la nivelul întregii legislaţii, proiectele legislative majore în domeniul societăţilor nu au fost rezultatul iniţiativei legiuitorului român, ci au reprezentat un răspuns la diverşi stimuli externi, precum necesitatea armonizării legislaţiei locale cu reglementările comunitare sau remedierea unor lipsuri constatate de diverse organizaţii internaţionale. Un prim exemplu este Legea pieţei de capital nr. 297/2004[3], care a fost publicată în Monitorul Oficial în facsimil, numai din graba de a raporta ca adoptat în termen, în vederea integrării în Uniunea Europeană, un act normativ referitor la piaţa de capital. Un exemplu probabil şi mai concludent îl reprezintă Legea nr. 441/2006[4] pentru modificarea Legii nr. 31/1990[5], apărută la finalul anului 2006, foarte aproape de data integrării României în Uniunea Europeană[6].

O faţetă aparte a politicii legislative în materia societăţilor este că proiectele legislative sunt iniţiate de Ministerul Justiţiei, deşi, în mod firesc în această materie

---

[1] Legea nr. 76/2012 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, publicată în Monitorul Oficial nr. 365 din 30 mai 2012.

[2] A se vedea Stanciu D. Cărpenaru, *Tratat de drept comercial român*, ediţia a III-a revizuită conform noului Cod civil, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2012.

[3] Publicată în Monitorul Oficial nr. 571 din 29 iunie 2004, cu modificările ulterioare.

[4] Publicată în Monitorul Oficial nr. 955 din 28 noiembrie 2006.

[5] Republicată în Monitorul Oficial nr. 1066 din 17 noiembrie 2004, cu modificările ulterioare.

[6] Concludentă în acest sens este chiar partea introductivă a expunerii de motive pentru Legea nr. 441/2006, disponibilă la adresa de internet http://www.cdep.ro/proiecte/2006/600/10/9/em619.pdf. După cum se va observa, această lege pare determinată exclusiv de considerente exterioare specificului local.

iniţiativa ar trebui să aparţină organelor administraţiei cu atribuţii în domeniul economic, precum Ministerul Economiei sau cel al Finanţelor[1] (cu diversele lor denumiri sau organizări din diferitele guverne). Procesele de consultare publică, aferente fiecărei asemenea legi, au doar un rol minor, de a sprijini Ministerul Justiţiei să "şlefuiască" actul normativ deja propus, şi nu pot înlocui o viziune de ansamblu ce ar trebui să provină de la autorităţile cu atribuţii în domeniul economic. Această abordare pasivă, fără a fi dăunătoare *per se*, privează totuşi legislaţia românească de o amprentă locală, care să ia în considerare şi specificul local şi să propună soluţii care să corespundă într-o măsura adecvată necesităţilor investitorilor de pe piaţa locală.

O parte din procesul normativ în materie societară (mai precis cu privire la societăţile pe acţiuni tranzacţionate pe piaţa de capital) se află în atribuţiile autorităţii de reglementare şi supraveghere a pieţei de capital, autoritate care până de curând a purtat denumirea de Comisia Naţională a Valorilor Mobiliare (CNVM), fiind înlocuită, începând cu 30 aprilie de Autoritatea de Supraveghere Financiară. În realizarea acestui rol, fosta CNVM a emis o serie de acte (regulamente, instrucţiuni) prin care, potrivit statutului său, trebuia să îşi realizeze rolul normativ. Totuşi, alături de această activitate normativă normală, CNVM a desfăşurat şi o activitate cvasi-normativă, prin anumite acte numite "Dispuneri de Măsuri", amintite de art. 7 alin. 1 din Statutul CNVM[2]. Aşa cum pare a indica şi denumirea, precum şi menţionarea în cuprinsul dispoziţiei invocate (mai precis, după actele administrative cu caracter individual emise de CNVM), aceste Dispuneri de Măsuri ar fi trebuit să impună măsuri cu caracter individual. Cu toate acestea, practica CNVM arată că aceste Dispuneri de Măsuri au fost folosite în scop normativ, suspendând aplicarea prevederilor anumitor regulamente emise de CNVM şi prevăzând noi reglementări în locul celor suspendate. Deşi această practică este cel puţin discutabilă[3], rămâne totuşi realitatea că până acum ea nu a fost oprită de către CNVM sau, cu o singură excepţie, cenzurată de instanţele judecătoreşti[4].

---

[1] Spre exemplu, în Marea Britanie, procesul de reformă în materie societară este iniţiat şi administrat de Department of Trade and Industry ("Departamentul pentru Comerţ şi Industrie", un echivalent al Ministerului Economiei din România), care este principalul interlocutor atât al societăţii cât şi al parlamentului în procesul de reformă a legislaţiei societare (cel mai bun exemplu fiind reforma substanţială din cursul anilor 2005-2006).

[2] Aprobat prin Ordonanţa de urgenţă nr. 25 din 13 martie 2002, publicată în Monitorul Oficial nr. 226 din 4 aprilie 2002, cu modificările ulterioare.

[3] A se vedea, pentru o analiză detaliată a caracterului acestor Dispuneri de Măsuri, Cristian Duţescu, *Momentul intrării în vigoare a dispunerilor de măsuri emise de către Comisia Naţională a Valorilor Mobiliare*, Revista de Drept Comercial nr. 1/2007, p. 29-34. Autorul exprimă inclusiv concluzia că aceste acte sunt inexistente, dat fiind faptul că în cazul lor lipseşte publicarea în Monitorul Oficial, necesară tuturor actelor administrative cu caracter normativ pentru a putea intra în vigoare, conform art. 11 din Legea nr. 24/2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative (republicată în Monitorul Oficial nr. 260 din 21 aprilie 2010). Credem că această e de altfel concluzia corectă, deşi, conform art. 7 alin. 10 din Statutul CNVM, actele CNVM publicate în Buletinul CNVM ar fi opozabile terţilor. Astfel, caracterul de opozabilitate al publicării în Buletinul CNVM nu poate înlocui intrarea în vigoare ce intervine exclusiv prin publicare în Monitorul Oficial.

[4] Este vorba de o sentinţă pronunţată de Curtea de Apel Bucureşti în dosarul 5587/105/2009* (aflat în prezent în stadiul recursului, cu un prim termen pe 30 ianuarie 2014). Totuşi, această soluţie este exprimată într-un proces aferent unei excepţii de nelegalitate, astfel încât incidenţa sa (dacă va fi menţinută şi de instanţa de recurs) va fi limitată la speţa în cauză.

3. Lacune ale legislaţiei societare

Procesul legislativ în materia societăţilor nu este afectat numai de aspectul oarecum formal al procesului normativ. Dimpotrivă, dincolo de acesta este vizibilă şi o lipsă de atenţie/coerenţă a legiuitorului cu privire la conţinutul actelor normative propriu-zise, fie la nivel de principiu, fie la nivel de detaliu.

În privinţa legislaţiei societăţilor, pot fi amintite două aspecte care, fără a fi neapărat dăunătoare, subliniază totuşi înţelegerea limitată de către legiuitor a materiei societăţilor. Avem în vedere pe de o parte modul în care legiuitorul român a înţeles să implementeze directivele europene. Astfel, unele din directivele europene în materia societăţilor (comerciale)[1] sunt adresate societăţilor "deţinute public" şi conferind răspundere limitată acţionarilor lor (în limba engleză "*public limited liability companies*"), noţiune care, în ţara noastră, ar corespunde cel mai bine societăţilor pe acţiuni tranzacţionate pe piaţa de capital[2]. Cu toate acestea, legiuitorul român a ales să aplice respectivele directive şi în materia societăţilor pe acţiuni netranzacţionate pe o piaţă de capital şi, mai mult, chiar şi societăţilor cu răspundere limitată[3]. Pe de altă parte, avem în vedere şi modul în care legiuitorul a ales să reglementeze cerinţele de guvernanţă corporativă, şi anume în cuprinsul Legii societăţilor, făcându-le aplicabile inclusiv în cazul societăţilor pe acţiuni închise, deşi este cunoscut că principiile de guvernanţă corporativă se referă numai la societăţile pe acţiuni tranzacţionate pe piaţa de capital, ceea ce ar fi făcut logică impunerea lor prin Legea pieţei de capital sau reglementările administrative emise în aplicarea acesteia.

Nici în privinţa pieţei de capital legiuitorul nu a dat dovadă de o abordare total coerentă. Legea iniţială, nr. 52/1994[4], cu diversele ei critici, a rezistat nemodificată timp de şase ani. Spre finalul anului 2000, guvernul aflat pe final de mandat a emis Ordonanţa de urgenţă nr. 229/2000[5], de modificare a Legii nr. 52/1994, prin care se încerca îmbunătăţirea sau corectarea unor aspecte deficitare ale acestei legi. Respectiva ordonanţă de urgenţă a avut o existenţă efemeră. Într-o mişcare nu neapărat surprinzătoare în contextul politic al acelor ani, guvernul nou instalat după alegeri, reprezentând o altă forţă politică, a abrogat-o relativ repede[6], iar ulterior, tot relativ repede, Parlamentul a şi respins-o[7]. La numai un an după revenirea la dispoziţiile neprotective ale Legii nr. 52/1994, guvernul a realizat că respectiva lege nu mai oferea cadrul necesar dezvoltării pieţei de capital şi a adoptat Ordonanţa de urgenţă nr. 28/2002 privind valorile mobiliare, serviciile de investiţii financiare şi pieţele reglementate[8] care, sub unele aspecte, relua principiile din fosta Ordonanţă de urgenţă nr. 229/2000. Şi acest act normativ a avut o existenţă scurtă, fiind abrogat odată cu apariţia actualei Legi

---

[1] Spre exemplu, Directiva a Doua 77/91/EEC, Directiva a Treia 78/855/EEC, Directiva a Şasea 82/891/EEC.

[2] O altă categorie ar fi fost cea a societăţilor constituite prin subscripţie publică sau care şi-au majorat capitalul printr-o asemenea subscripţie, societăţi care în ţara noastră, nu sunt foarte prezente.

[3] Avem aici în vedere aplicarea, spre exemplu, a reglementărilor referitoare la fuziune şi divizare.

[4] Privind valorile mobiliare şi bursele de valori, publicată în Monitorul Oficial nr. 210 din 11 august 1994, cu modificările ulterioare.

[5] Publicată în Monitorul Oficial nr. 606 din 25 noiembrie 2000.

[6] Prin Ordonanţa de urgenţă nr. 27/2001, publicată în Monitorul Oficial nr. 102 din 28 februarie 2001. Ordonanţa a fost aprobată prin Legea nr. 414/2001, publicată în Monitorul Oficial nr. 402 din 20 iulie 2001.

[7] Prin Legea nr. 478/2001, publicată în Monitorul Oficial nr. 609 din 27 septembrie 2001.

[8] Publicată în Monitorul Oficial nr. 238 din 9 aprilie 2002 şi aprobată prin Legea nr. 525/2002, publicată în Monitorul Oficial nr. 576 din 5 august 2002.

a pieţei de capital care, sub anumite aspecte, a înfăţişat o altă viziune decât cele legiferate anterior.

În acelaşi timp, Legea pieţei de capital include o serie de prevederi (art. 234-243) care reglementează anumite aspecte legate organizarea şi funcţionarea societăţilor tranzacţionate pe piaţa de capital, derogatorii de la dispoziţiile incluse în Legea societăţilor (avem în vedere, printre altele, posibilitatea alegerii administratorilor prin metoda votului cumulativ, reprezentarea acţionarilor în adunarea generală, unele limite legale ale puterilor administratorilor, majorarea capitalului social cu aporturi în natură, data în funcţie de care se determină acţionarii îndreptăţiţi să primească dividende şi să participe la majorările de capital social, etc.). Din nefericire, dispoziţiile mai sus citate ale Legii pieţei de capital se "bucură" de o redactare ambiguă, în sensul că unele dintre acestea nu prevăd în mod explicit că s-ar aplica doar societăţilor tranzacţionate pe o piaţă reglementată, ceea ce ar îndreptăţi opinii în sensul că ele se aplică şi societăţilor tranzacţionate pe un sistem alternativ de tranzacţionare. Nu mai puţin adevărat este că poate fi primită şi interpretarea contrară, bazată, spre exemplu, pe argumente de interpretare sistematică sau chiar pe raţiuni de politică a pieţei de capital. Într-o asemenea interpretare contrară, pentru societăţile tranzacţionate pe un sistem alternativ de tranzacţionare ar urma să se aplice dispoziţiile generale ale Legii societăţilor, nu cele speciale ale Legii pieţei de capital.

Nu în ultimul rând, poate fi avută în vedere şi poziţia CNVM. Am amintit deja situaţia Dispunerilor de Măsuri, care nu este cea mai fericită metodă de legiferare. În plus, pot fi amintite, pe de o parte, lipsa de acţiune a CNVM în ce priveşte determinarea statutului pieţei Rasdaq, dublată, pe de altă parte, de extinderea regimului pieţei reglementate la Rasdaq, în ciuda lipsei unor dispoziţii legale în acest sens. În acelaşi timp, poate părea ciudată reglementarea unor aspecte de guvernanţă corporativă, precum desfăşurarea adunărilor generale ale acţionarilor, prin regulamente ale CNVM[1], chiar dacă, de fapt, aceasta este, în final, o măsură naturală, dacă avem în vedere că guvernanţa corporativă este aplicabilă exclusiv societăţilor tranzacţionate pe piaţa de capital.

Nu numai abordarea la nivel de principiu din partea legiuitorului este o problemă în legislaţia românească. Dacă acele erori de principiu pot fi, în cele din urmă, acceptate de destinatarii normelor juridice, fără prejudicii semnificative, nu la fel de uşor se întâmplă atunci când, dincolo de reglementarea de principiu, eroarea răzbate şi în norma de detaliu.

Spre exemplu, până în 2006, Legea Societăţilor a conţinut articolul 218, care suprima dreptul de preferinţă al acţionarilor atunci când erau în discuţie aporturi în natură. Nici mai mult nici mai puţin decât o invitaţie din partea legiuitorului la "diluarea" acţionarilor minoritari de către acţionarul majoritar printr-un asemenea aport. Cu siguranţă, această situaţie a fost speculată de acţionarii majoritari, dat fiind tonul din ce în ce mai restrictiv al reglementărilor în materia aporturilor în natură în cazul societăţilor listate. De altfel, nici dispariţia art. 218 nu închide cu totul problema, dreptul de preferinţă putând fi în continuare considerat ca neaplicabil.

Pe de altă parte, în anul 2005, chiar dacă pentru scurt timp, o Dispunere de Măsuri a permis delistarea în condiţii extrem de permisive (dar şi prejudiciabile pentru acţionarii minoritari), situaţie care, bineînţeles, nu a fost cea mai indicată din perspectiva unei pieţe de capital "sănătoase". De altfel, chiar faptul că inclusiv în prezent anumite forme

[1] Avem aici în vedere Regulamentul 1/2006 sau Regulamentul 6/2009.

de delistare sunt reglementate prin acte cu o natură discutabilă de genul Dispunerilor de Măsuri nu este de natură să ofere o imagine pozitivă.

Un alt exemplu de acţiune legislativă de detaliu cu efecte contrare pieţei îl constituie aşa numita "acţiune derivativă", respectiv acţiunea pentru angajarea răspunderii membrilor organelor de conducere executivă ale societăţii pe acţiuni, reglementată de art. 155[1] din Legea societăţilor. Deşi nimic din practica judiciară nu indica o afluenţă de „acţiuni derivative", mai ales având în vedere că un text cu efect similar (fostul art. 157) exista şi anterior în Legea societăţilor, în 2006 legiuitorul a intervenit şi a introdus pentru această acţiune condiţia deţinerii de către acţionari a cel puţin 5% din acţiunile societăţii. Aceasta a condus, practic, la lipsirea de aplicabilitate a acestei acţiuni exact în societăţile pentru care ea putea deveni relevantă, mai precis Societăţile de Investiţii Financiare (cunoscute şi sub denumirea de "SIF-uri"). Acestea erau singurele societăţi cu un acţionariat dispersat, în care administratorii să fie tentaţi să se comporte independent de acţionari, astfel încât angajarea răspunderii administratorilor, fie prin aprobare de către AGA, fie prin „acţiune derivativă", să reprezinte o armă eficientă la îndemâna acţionarilor extrem de minoritari. Cum, la momentul edictării art. 155[1], aceşti acţionari nu puteau deţine, singuri sau împreună cu persoanele afiliate, mai mult de 1% din capitalul social al fiecărui SIF, rezultă că, prin art. 155[1] s-a închis calea „acţiunii derivative" tocmai pentru acţionarii care, practic, ar fi fost interesaţi să o exercite[1].

4. Concluzii

În lumina celor de mai sus, este evident că politica legislativă în materia societăţilor lasă de dorit, fie că este vorba de procesul normativ propriu-zis sau de conţinutul de principiu sau de detaliu al actelor normative.

Cel mai probabil, aceste neajunsuri vor continua să se manifeste. Nu credem că legiuitorul român îşi va schimba comportamentul pasiv, astfel încât orice viitoare modificare semnificativă a legislaţiei societare va fi determinată tot de schimbarea cadrului normativ la nivel european. La fel, greşita înţelegere a unor noţiuni sau a efectelor actelor normative va continua să fie vizibilă. Probabil, singurul punct în care ar putea exista anumite diferenţe îl va putea reprezenta activitatea normativă a noii Autorităţi de Supraveghere Financiară, în măsura în care această autoritate se va debarasa de practica emiterii Dispunerilor de Măsuri cu efect normativ.

[1] Din fericire, situaţia nu mai este aceeaşi în prezent. În prezent pragul de deţinere la cele 5 SIF-uri a fost majorat la 5%, printr-o modificare a Legii pieţei de capital de la începutul anului 2012. Aceasta a condus deja la repoziţionări în relaţia acţionari-administratori, nemanifestate însă, până în prezent, prin acţiuni în răspundere, ci doar prin pătrunderi ale acţionarilor minoritari în consiliile de administraţie până atunci impenetrabile ale SIF-urilor.

Dreptul preferențial de subscripție al acționarilor la majorarea capitalului social

Alexandra Gabriela ***ROLEA***[*]

Abstract: *În zilele noastre, investitorii privaţi sunt confruntaţi cu provocări financiare majore. De aceea, deciziile de afaceri trebuie luate rapid, luând totuşi în considerare normele legale aplicabile şi implicaţiile pe termen lung ale acestor decizii asupra societăţii pe care o conduc.*

De multe ori, este necesară o modificare a actului constitutiv, fie că este vorba despre o majorare sau reducere a capitalului social, o modificare a obiectului de activitate al societăţii sau a formei sale juridice, o fuziune sau o divizare, etc.

Majorarea capitalului social prin noi aporturi sau prin compensarea unor creanţe lichide şi exigibile asupra societăţii cu acţiuni ale acesteia trebuie să respecte dreptul preferenţial al acţionarilor de a subscrie noile acţiuni şi să îl limiteze sau să îl retragă doar în condiţiile imperative prevăzute de Legea societăţilor şi Legea pieţei de capital.

Orice hotărâre a Adunării Generale Extraordinare a Acţionarilor sau a consiliului de administraţie ori directoratului de majorare a capitalului social care încalcă dreptul preferenţial de subscripţie este anulabilă. În consecinţă, tema acestui articol este extrem de relevantă atât pentru doctrina economică şi juridică, cât şi pentru o guvernanţă corporatistă conformă cu prevederile legale.

Cu referire la problemele expuse mai sus, autorul porneşte de la noţiunea şi caracterele juridice ale dreptului preferenţial de subscripţie, titularii săi, preţul şi perioada în care poate fi exercitat.

În continuare, studiul examinează efectele juridice ale exercitării dreptului şi limitarea sau retragerea lui potrivit dispoziţiilor legale aplicabile.

Articolul se referă şi la tranzacţionarea acestui drept pe o piaţă reglementată sau în afara ei şi la situaţia specială a privatizării societăţii.

În final, o scurtă secţiune este consacrată acţiunii în anularea hotărârii de majorare a capitalului social care încalcă dreptul preferenţial de subscripţie al acţionarilor.

Concluziile studiului enumeră principalele situaţii în care acţionarii societăţii şi organele sale de conducere trebuie să cunoască în amănunt prevederile legale referitoare la dreptul preferenţial de subscripţie al acţionarilor.

Cuvinte cheie: *drept preferenţial de subscripţie, majorarea capitalului social, modificarea actului constitutiv, societăţi reglementate de Legea nr. 31/1990, Adunarea Generală Extraordinară a Acţionarilor*

1. Noţiunea şi caracterele juridice ale dreptului preferenţial de subscripţie al acţionarilor

Dreptul preferenţial de subscripţie a fost reglementat în unele state americane încă de la începutul secolului XIX. În Europa, a fost prevăzut pentru prima dată de Codul comercial german din 1887.

[*] Doctorand, Academia de Studii Economice din Bucureşti.

În zilele noastre, acest drept este reglementat de majoritatea legislaţiilor europene, inclusiv de directivele europene (Directiva nr. 77/91/CEE[1]).

În România, dreptul preferenţial de subscripţie a fost reglementat pentru prima dată în art. 315-317 din Codul comercial român din 1939, neintrat în vigoare, fiind denumit drept de opţiune. În prezent, el este prevăzut de Legea societăţilor nr. 31/1990, Legea nr. 297/2004 a pieţei de capital, precum şi de Regulamentul CNVM nr. 1/2006 privind emitenţii şi operaţiunile cu valori mobiliare, care oferă şi o definiţie a dreptului de preferinţă[2].

Acest din urmă regulament utilizează noţiunea de drept de preferinţă, iar art. 29 din directivă pe aceea de drept de preempţiune, similar legislaţiei engleze. Legea franceză se referă la dreptul preferenţial de subscripţie, iar cea italiană la dreptul de primă opţiune.

Dreptul preferenţial de subscripţie este posibilitatea pe care legea o acordă acţionarilor din societăţile de capitaluri de a fi primii care participă la majorarea capitalului social prin noi aporturi în numerar sau în natură sau prin compensarea unor creanţe lichide şi exigibile asupra societăţii cu acţiuni ale acesteia, înaintea terţelor persoane, prin subscrierea noilor acţiuni proporţional cu numărul de acţiuni vechi pe care aceştia le deţin la data de referinţă pentru societăţile închise, respectiv la data de înregistrare pentru cele cotate la bursă.

Principala diferenţă dintre aceste două date constă în aceea că prima dintre ele este anterioară adunării generale a acţionarilor, iar cea de-a doua ulterioară.

Dreptul preferenţial de subscripţie nu trebuie confundat cu *dreptul de alocare,* ce se naşte în patrimoniul investitorilor numai ulterior exercitării dreptului preferenţial de subscripţie de către titularii săi sau ca urmare a acceptării unui prospect de emisiune prin subscrierea de acţiuni[3].

În ceea ce priveşte *natura dreptului preferenţial de subscripţie*, acesta este tratat de doctrina juridică română ca *un drept de creanţă împotriva societăţii*[4]. În legislaţia şi doctrina franceză acesta este considerat un act de administrare a valorilor mobiliare[5].

Legea reglementează numai *un drept de subscripţie pozitiv,* care constă în dreptul de a subscrie cu prioritate noile acţiuni emise de societate, nu şi *un drept de subscripţie negativ,* care ar permite acţionarilor să se opună majorării capitalului social şi, implicit, noilor investiţii în societate. Totuşi, în practică, există unele hotărâri judecătoreşti care recunosc acest drept de subscripţie negativ, mai ales pentru companiile cotate la bursă[6].

---

[1] A Doua Directivă a Consiliului în materia societăţilor, din 13 decembrie 1976 de coordonare, în vederea echivalării, a garanţiilor impuse societăţilor comerciale în statele membre, pentru protejarea intereselor asociaţilor sau terţilor, în ceea ce priveşte constituirea societăţilor comerciale pe acţiuni şi menţinerea şi modificarea capitalului acestora.

[2] Art. 2 alin. 2 lit. f din Regulamentul CNVM nr. 1/2006 prevede că dreptul de preferinţă este o valoare mobiliară negociabilă, care încorporează dreptul titularului său de a subscrie cu prioritate acţiuni în cadrul unei majorări a capitalului social, proporţional cu numărul de drepturi deţinute la data subscrierii, într-o perioadă de timp determinată.

[3] Cristian Duţescu, *Drepturile acţionarilor,* ediţia 3, Ed. CH BECK, 2010, p. 396. Prospectul de emisiune nu trebuie confundat cu prospectul de ofertă publică, întocmit în temeiul prevederilor Legii pieţei de capital şi supus aprobării CNVM.

[4] Ion Luca Georgescu, *Drept comercial român,* Ed. ALL BECK, 2002, *p.* 512; Cristian Duţescu, *op. cit.*, p. 395; Ioan Adam, Codruţ Nicolae Savu, *Legea societăţilor comerciale. Comentarii şi explicaţii,* Ed. CH BECK, 2010, p. 769.

[5] Elena Cârcei, *Societăţile comerciale pe acţiuni,* Ed. ALL BECK, 1999, p. 349.

[6] Gheorghe Piperea, *Drept comercial. Întreprinderea,* Ed. CH BECK, 2012, p. 266.

De asemenea, legea garantează doar *un drept de subscripţie de gradul I,* nu şi unul de gradul al doilea. În consecinţă, dacă un acţionar refuză să subscrie noile acţiuni emise de societate, dreptul său nu este transferat celorlalţi acţionari, acţiunile putând fi subscrise de aceştia din urmă sau de către terţi. Totuşi, în majoritatea cazurilor, actul constitutiv al societăţilor pe acţiuni şi în comandită pe acţiuni stipulează acest drept de subscripţie de gradul II, astfel încât membrii fondatori să păstreze pachetul majoritar de acţiuni şi, implicit, controlul asupra societăţii[1].

Dreptul de subscripţie al acţionarilor poate fi caracterizat ca fiind *special, personal, individual, preferenţial, patrimonial, negociabil, proporţional, ireductibil şi supus prescripţiei extinctive***.** Acest drept este *accesoriu dreptului de proprietate asupra acţiunilor societăţii* şi se naşte dacă sunt îndeplinite două condiţii cumulative: are loc o majorare de capital social prin emiterea de noi acţiuni sau obligaţiuni convertibile în acţiuni ori prin compensarea creanţelor lichide şi exigibile asupra societăţii cu acţiuni ale acesteia, precum şi deţinerea unui număr de acţiuni mai vechi ale societăţii la o anumită dată[2].

Dreptul preferenţial de subscripţie este *special* şi *personal***,** fiind o prerogativă acordată de lege exclusiv acţionarilor societăţii, persoane fizice sau juridice, indiferent de votul lor în adunarea generală care decide asupra majorării capitalului social.

Mai mult, doctrina de specialitate a considerat că acest drept este acordat *acţionarilor societăţii în mod individual***,** spre deosebire de alte drepturi, care pot fi exercitate în mod colectiv, cum ar fi dreptul de a numi administratorii societăţii sau dreptul de a aproba situaţiile financiare anuale[3].

Acest drept este *preferenţial în esenţa sa***,** datorită faptului că dă posibilitatea acţionarilor să subscrie acţiunile nou-emise înainte ca acestea să fie oferite spre vânzare terţilor.

Dreptul de subscripţie este *patrimonial***,** *având o valoare intrinsecă*, distinctă de cea a acţiunilor pe care le însoţeşte; el constituie un accesoriu al dreptului de proprietate asupra acţiunilor, un capital şi nu un uzufruct[4].

Acesta este *o valoare mobiliară negociabilă*, transmisibilă prin înscriere în cont.

Este *un bun mobil intangibil***,** a cărui valoare depinde de mai mulţi factori, cum ar fi profitul societăţii, perspectivele sale de dezvoltare, valoarea de piaţă a vechilor acţiuni, etc.

Drept consecinţă a valorii sale economice, dreptul de subscripţie poate fi tranzacţionat în mod liber pe piaţa de capital, potrivit art. 213 din Legea nr. 31/1990. Acesta poate fi tranzacţionat şi în schimbul unor acţiuni ale societăţii, dacă există un acord preexistent între acţionar şi societate în acest sens.

Dreptul preferenţial de subscripţie al fiecărui acţionar este *proporţional* cu numărul de acţiuni pe care acesta le deţine deja, astfel încât subscrierea în limitele acestui drept nu poate fi redusă în beneficiul terţelor persoane.

Acest drept *ireductibil* este diferit de aşa-numitul drept *reductibil*, care ia naştere atunci când nu toţi acţionarii îşi exercită dreptul preferenţial de subscripţie sau îl tranzacţionează pe piaţă. În acest caz, ceilalţi acţionari pot să exercite un drept de subscripţie reductibil, în proporţie cu numărul de acţiuni deja deţinute[5].

---

[1] Idem.

[2] Cristian Duţescu, *op. cit.,* p. 394; Ioan Adam, Codruţ Nicolae Savu, *op. cit., p.* 769.

[3] Stanciu Cărpenaru, Sorin David, Cătălin Predoiu, Gheorghe Piperea, *Legea societăţilor comerciale. Comentariu pe articole,* ed. 4, Ed. CH BECK, 2009, p. 826.

[4] Elena Cârcei, *op. cit.,* p. 347.

[5] Ion Băcanu, *Capitalul social al societăţilor comerciale,* Ed. Lumina Lex, 1999, p. 133.

Dreptul este *supus unei prescripţii extinctive de cel puţin o lună*, dacă actul constitutiv sau hotărârea Adunării Generale Extraordinare a Acţionarilor nu prevăd altfel. Prescripţia începe să curgă de la publicarea hotărârii de majorare a capitalului social în Monitorul Oficial.

Totuşi, art. 29 alin. 3 din Directiva nr. 77/91/CEE prevede că publicarea hotărârii nu este obligatorie dacă toate acţiunile societăţii sunt nominative, însă toţi acţionarii vor trebui notificaţi în scris. Dreptul de preempţiune trebuie exercitat într-un termen care nu poate fi mai scurt de 14 zile de la data publicării ofertei de subscriere sau de la data expedierii scrisorilor către acţionari.

2. Titularii dreptului preferenţial de subscripţie conform Legii nr. 31/1990 şi Directivei nr. 77/91/CEE

Titularii dreptului preferenţial de subscripţie sunt acţionarii societăţii (sau succesorii lor în drepturi dacă dreptul a fost tranzacţionat) la data de înregistrare pentru societăţile pe acţiuni închise, respectiv la data de referinţă pentru cele cotate la bursă.

În principiu, în cazul societăţilor comerciale înregistrate într-un stat, dar ale căror acţiuni sunt listate la bursa de valori dintr-un alt stat, este recunoscut asociaţilor dreptul de preferinţă la cumpărarea de acţiuni noi, dacă acest drept este reglementat de legislaţia din statul în care sunt listate acţiunile respective[1].

Legiuitorul a acordat acest drept posesorilor de acţiuni nominative sau la purtător în cazul în care societatea decide să îşi majoreze capitalul social prin emisiunea de noi acţiuni sau obligaţiuni convertibile în acţiuni ori prin compensarea unor creanţe lichide şi exigibile asupra societăţii cu acţiuni ale acesteia, proporţional cu numărul de acţiuni deţinute (art. 216 şi 216[1] din Legea nr. 31/1990).

Dreptul preferenţial de subscripţie este aplicabil atât în situaţia în care mărirea capitalului social se realizează prin aporturi în numerar, cât şi prin aporturi în natură[2].

Totuşi, legea nu acordă acţionarilor un drept de preferinţă atunci când majorarea capitalului social este realizată prin majorarea valorii nominale a acţiunilor existente în schimbul unor noi aporturi sau prin încorporarea rezervelor, beneficiilor sau primelor de emisiune.

În primul caz, cotele de participare ale acţionarilor la capitalul social se menţin, astfel încât dreptul preferenţial de subscripţie nu este necesar, iar în al doilea caz noile acţiuni emise nu sunt subscrise, ci alocate gratuit acţionarilor existenţi[3].

De asemenea, acest drept nu îi priveşte pe obligatarii societăţilor pe acţiuni şi nici pe asociaţii societăţilor cu răspundere limitată. În ultimul caz, noile părţi sociale sunt

---

[1] Nicoleta Rodica Dominte, *Organizarea şi funcţionarea societăţilor comerciale,* Ed. CH BECK, 2008, p. 223.

[2] Stanciu Cărpenaru, *Tratat de drept comercial român,* Ed. Universul Juridic, 2012, p. 240; Nicoleta Rodica Dominte, *op. cit.,* p. 221. În reglementarea anterioară, art. 218 din Legea nr. 31/1990 prevedea încetarea dreptului de preferinţă în cazul în care noile acţiuni erau dobândite prin aport în natură, în acord cu art. 317 din Codul comercial român din 1939, neintrat în vigoare. Prin pct. 151 din Legea nr. 441/2006 însă, acest art. a fost abrogat, astfel încât, în prezent, dreptul preferenţial de subscripţie poate fi exercitat indiferent de natura aportului depus pentru majorarea capitalului social. În sens contrar, a se vedea Ion Turcu, *Tratat teoretic şi practic de drept comercial,* vol. II, Ed. CH BECK, 2008, p. 488; Vasile Pătulea, *Finanţarea societăţilor comerciale. Resursele proprii. Capitalul social,* Ed. Hamangiu, 2009, p. 143. În Codul civil italian, art. 2441 alin. 4, se menţine interdicţia exercitării dreptului de opţiune în cazul majorării capitalului social prin aporturi în natură.

[3] Elena Cârcei, *op. cit.*, p. 347.

atribuite potrivit condiţiilor stipulate în actul constitutiv sau celor stabilite prin hotărârea Adunării Generale a Asociaţilor de majorare a capitalului social. Aceeaşi este situaţia societăţilor în nume colectiv şi a societăţilor în comandită simplă, întrucât în cadrul acestora, persoana asociaţilor are un caracter esenţial, iar pătrunderea unui terţ în societate se face în condiţii mult mai restrictive[1].

În ceea ce priveşte acţiunile grevate de un drept de uzufruct, dreptul preferenţial de subscripţie aparţine nudului proprietar şi nu uzufructuarului, dar dacă nudul proprietar nu îl exercită în termenul legal, uzufructuarul are dreptul să se substituie acestuia pentru a subscrie noile acţiuni emise de societate sau pentru a tranzacţiona acest drept pe piaţă. Dacă uzufructuarul tranzacţionează dreptul pe piaţă, sumele de bani rezultate trebuie restituite nudului proprietar, în timp ce sumele de bani provenite din tranzacţionarea dreptului de către însuşi nudul proprietar vor fi supuse regimului celorlalte drepturi născute din instituirea uzufructului.

Articolul 187 din Legea franceză a societăţilor comerciale prevede aceeaşi soluţie. Principalul motiv se datorează faptului că nudul proprietar este cel care deţine dreptul de dispoziţie asupra acţiunilor şi este îndreptăţit să voteze în adunarea generală extraordinară care decide majorarea capitalului social, care dă la rândul său naştere dreptului preferenţial de subscripţie.

3. Perioada de exercitare a dreptului preferenţial de subscripţie

În această materie, dispoziţiile Legii societăţilor sunt similare celor cuprinse în Directiva nr. 77/91/CEE. Astfel, dreptul preferenţial de subscripţie poate fi exercitat în termenul decis de Adunarea Generală Extraordinară a Acţionarilor, de consiliul de administraţie sau directorat, ori cel stabilit de actul constitutiv. Dacă acesta este prevăzut de actul constitutiv, el va fi aplicabil indiferent de dispoziţiile contrare cuprinse în hotărârea adunării generale de majorare a capitalului social, atâta timp cât actul constitutiv rămâne neschimbat.

Cu toate acestea, perioada nu poate fi mai mică de o lună de la publicarea hotărârii de majorare a capitalului social în Monitorul Oficial (art. 216 din Legea nr. 31/1990). Mai mult, art. 29 alin. 3 din Directivă stipulează că legislaţia unui stat membru poate să prevadă că publicarea hotărârii nu este obligatorie dacă toate acţiunile societăţii sunt nominative, însă toţi acţionarii vor trebui notificaţi în scris. Dreptul va fi exercitat într-un termen care nu poate fi mai scurt de 14 zile de la data publicării ofertei de subscriere sau de la data expedierii scrisorilor către acţionari.

Potrivit dreptului italian, pentru societăţile listate la bursă, termenul în care se poate exercita dreptul de preferinţă nu poate fi mai mic de 30 de zile de la data publicării ofertei[2].

În dreptul englez, perioada de timp în care poate fi exercitat dreptul de preempţiune este de cel puţin 21 de zile de la data ofertei, dar societatea poate să stabilească o perioadă de timp mai lungă[3].

În dreptul francez, termenul acordat acţionarilor pentru a-şi exercita dreptul preferenţial de subscripţie nu poate fi mai mic de 5 zile de bursă începând cu deschiderea subscripţiei, sub sancţiunea nulităţii măririi capitalului social (art. 225-141 alin. 1 şi art. L.225-149-3 C.com.). Termenul de 5 zile se aplică tuturor societăţilor pe acţiuni,

---

[1] Ioan Adam, Codruţ Nicolae Savu, *op. cit.,* p. 768.
[2] Nicoleta Rodica Dominte, *op. cit.*, p. 221.
[3] Art. 562 alin. 4 şi 5 din Companies Act 2006.

indiferent dacă acestea sunt sau nu cotate la bursă. Termenul de subscriere este "închis prin anticipare" atunci când toate drepturile de subscriere cu titlu irevocabil au fost exercitate, fie de către deţinătorii de origine, fie de către dobânditorii de drepturi, sau atunci când creşterea de capital a fost integral subscrisă după renunţarea individuală la drepturile de subscriere a acţionarilor care nu au subscris (art. L. 225-141 alin. 2 C. com.)[1].

Unele termene speciale sunt prevăzute de legislaţia în materia privatizării[2].

În orice caz, acţionarii trebuie să îşi manifeste intenţia de a-şi exercita dreptul de subscripţie în termenul legal pentru ca această manifestare de voinţă să producă efecte juridice, indiferent de data la care societatea a luat cunoştinţă de ea (anterior sau ulterior datei expirării termenului)[3].

Expirarea acestui termen de decădere[4] atrage după sine ineficacitatea oricărei opţiuni exprimate de acţionari şi conduce la oferirea spre subscriere a acţiunilor nou-emise terţelor persoane, prin intermediul unui prospect de emisiune care trebuie înaintat registrului comerţului pentru a fi aprobat şi publicat, precum şi celorlalţi acţionari care doresc să îşi exercite un drept de subscripţie reductibil.

Adunarea Generală a Acţionarilor poate decide să lase acţiunile rămase nesubscrise la dispoziţia consiliului de administraţie sau directoratului, care le tranzacţionează pe piaţă spre a obţine cel mai bun preţ pentru societate.

Art. 219 din Legea societăţilor stipulează că hotărârea adunării generale privind majorarea capitalului social produce efecte numai în măsura în care este adusă la îndeplinire în termen de un an de la data adoptării[5]. În caz contrar, aceasta devine caducă[6].

4. Preţul exercitării dreptului preferenţial de subscripţie

Regulamentul CNVM nr. 1/2006 prevede în mod imperativ în art. 130 că preţul la care acţionarii existenţi pot exercita dreptul preferenţial de subscripţie trebuie să fie inferior celui la care acţiunile nou-emise sunt oferite terţilor. Aceasta poate fi explicată prin faptul că ulterior emisiunii de noi acţiuni, preţul acţiunilor vechi deţinute de acţionarii existenţi înregistrează un declin, astfel încât legiuitorul a simţit nevoia să le ofere o compensaţie pentru acest fenomen economic inevitabil.

Totuşi, dacă adunarea generală stabileşte o primă de emisiune, acţionarii existenţi trebuie să suporte costurile ei, prin plata unor sume de bani care depăşesc valoarea nominală a acţiunilor nou-emise[7]. În prezent, adunarea generală este singurul organ societar abilitat să stabilească o primă de emisiune, datorită faptului că în Legea nr. 31/1990 nu există o dispoziţie legală imperativă în acest sens.

---

[1] Vasile Pătulea, *op. cit.,* p. 148-149.

[2] Art. 12 alin. 6 şi art. 14 din Legea 137/2002 privind unele măsuri pentru accelerarea procesului de privatizare, care prevăd un termen de 15, respectiv 10 zile.

[3] Ioan Adam, Codruţ Nicolae Savu, *op. cit.,* p. 770 .

[4] Ioan Schiau, Titus Prescure, *Legea societăţilor comerciale nr. 31/1990. Analize şi comentarii pe articole,* ediţia a 2-a, Ed. Hamangiu, 2009, p. 577.

[5] Hotărârea de majorare a capitalului social care nu a fost adusă la îndeplinire în termenul de un an este lipsită de efecte juridice chiar şi în situaţia în care este vorba despre o majorare obligatorie a capitalului social, atunci când acesta a scăzut sub valoarea minimă prevăzută de lege. În acest caz, societatea va fi supusă dizolvării, potrivit art. 237 alin. 1 lit. d din Legea nr. 31/1990.

[6] Stanciu Cărpenaru, *op. cit.*, p. 242.

[7] Cristian Duţescu, *op. cit.,* p. 429.

Prima de emisiune reprezintă o rezervă a societăţii, astfel încât poate fi inclusă în capitalul social nominal, prin intermediul unei hotărâri de majorare a capitalului social, iar noile acţiuni rezultate pot fi alocate în mod gratuit acţionarilor existenţi.

Din punct de vedere economic, preţul acţiunilor oferite spre subscriere cu ocazia unei majorări de capital social ar trebui să fie superior valorii lor nominale, dar inferior valorii lor de piaţă, pentru a preveni diluarea rentabilităţii acţiunilor[1]. Acesta este, de altfel, şi motivul pentru care art. 92 alin. 1 din lege prevede că nu se pot emite acţiuni la un preţ inferior valorii lor nominale, iar art. 93 alin. 1 stabileşte valoarea nominală minimă a unei acţiuni la 0,1 lei.

Valoarea teoretică a dreptului preferenţial de subscripţie cu titlu ireductibil este, în principiu, egală cu pierderea de valoare pe care fiecare acţiune veche o suferă ca urmare a emiterii de acţiuni noi.

5. Tranzacţionarea dreptului preferenţial de subscripţie

Adunarea Generală Extraordinară care decide asupra majorării capitalului social poate decide deopotrivă să tranzacţioneze pe o piaţă reglementată drepturile preferenţiale de subscripţie ale acţionarilor societăţii. Pentru aceasta, societatea trebuie să îndeplinească atât un set de condiţii generale, aplicabile tuturor pieţelor reglementate, cât şi unele condiţii speciale, reglementate pentru fiecare piaţă în parte[2].

Astfel, societatea emitentă trebuie să întocmească un document de prezentare în vederea tranzacţionării, care va fi supus aprobării CNVM, alături de hotărârea de majorare a capitalului social, în termen de 24 de ore de la adoptarea sa, pentru a înregistra drepturile preferenţiale de subscripţie ca valori mobiliare.

Documentul de prezentare va fi înaintat operatorului de piaţă, care îl va publica pe pagina sa de Internet. De asemenea, societatea emitentă va trebui să îl publice într-un ziar de circulaţie naţională.

Drepturile preferenţial vor fi tranzacţionate pe aceeaşi piaţă ca şi acţiunile pe care le însoţesc, potrivit cerinţelor fiecărei pieţe reglementate în parte. De lege lata, acestea pot fi tranzacţionate la Bursa de Valori Bucureşti.

Potrivit art. 145 din Legea pieţei de capital, transferul proprietăţii are loc odată cu plata acţiunilor subscrise[3].

Ulterior hotărârii adunării generale care decide majorarea capitalului social şi tranzacţionarea drepturilor de preferinţă, vechile acţiuni emise de societate sunt suspendate de la tranzacţionare pe bursă până la data la care BVB face publică hotărârea societăţii.

Titularii dreptului preferenţial de subscripţie sunt înregistraţi în Registrul deţinătorilor drepturilor de preferinţă, separat de registrul acţionarilor şi administrat de Depozitarul Central pe durata tranzacţionării. Depozitarul Central este de asemenea organismul abilitat să realizeze operaţiunile de compensare şi decontare a tranzacţiilor.

---

[1] Cristian Duţescu, *op. cit.,* p. 430.

[2] În dreptul francez, dreptul preferenţial de subscriere poate fi negociat pe durata subscripţiei, cu condiţia ca acest drept să fie disociabil de înseşi acţiunile negociabile. Dacă acţiunile nu sunt negociabile, dreptul preferenţial de subscripţie este cesibil în aceleaşi condiţii în care sunt acţiunile cărora dreptul le este aferent. A se vedea Vasile Pătulea, *op. cit.,* p. 150.

[3] Art. 145 din Legea nr. 297/2004 prevede că transferul dreptului de proprietate privind instrumentele financiare, altele decât cele derivate, are loc la data decontării, în cadrul sistemului de compensare-decontare, pe baza principiului livrare contra plată.

Pentru a fi acceptate la tranzacţionare pe BVB, drepturile de subscripţie trebuie să fie înregistrate la CNVM, liber transferabile, emise în formă dematerializată şi evidenţiate prin înscriere în cont.

BVB stabileşte perioada de tranzacţionare după consultări cu societatea emitentă.

Tranzacţionarea este operată pe o piaţă de tip order-driven (acel tip de piaţă pe care tranzacţiile sunt încheiate pe baza ordinelor de vânzare şi de cumpărare transmise).

La sfârşitul perioadei de tranzacţionare, Depozitarul Central va întocmi lista finală de titulari ai drepturilor preferenţiale de subscripţie care sunt îndreptăţiţi să subscrie acţiuni ale societăţii, proporţional cu numărul de drepturi preferenţiale pe care le deţin.

Rata de subscripţie este calculată ca numărul total de acţiuni nou-emise împărţit la numărul de acţiuni vechi, iar numărul de acţiuni pe care o persoană le poate subscrie rezultă din multiplicarea numărului de drepturi preferenţiale exercitate cu rata de subscripţie.

Subscrierea poate avea loc fie direct la sediul societăţii emitente, fie prin intermediul unei societăţi de servicii de investiţii financiare desemnată de societatea emitentă.

6. Efectele juridice ale exercitării dreptului preferenţial de subscripţie

Oferirea acţiunilor nou-emise acţionarilor existenţi, proporţional cu drepturile lor preferenţiale de subscripţie, nu necesită întocmirea unui prospect de emisiune, nici măcar a unuia simplificat, întrucât regulile generale aplicabile tuturor societăţilor listate reglementează situaţia emiterii de noi acţiuni[1].

Rezultatele subscrierii, alături de dovada plăţii acţiunilor subscrise, trebuie înaintate CNVM, odată cu prospectul de emisiune.

Pentru efectuarea propriu-zisă a majorării capitalului social, este necesară convocarea unei noi adunări generale extraordinare, care va constata numărul de acţiuni noi subscrise, va lua act de noua structură a acţionariatului, va anula, dacă este cazul, acţiunile emise şi nesubscrise, şi va aproba majorarea capitalului social cu suma rezultată în urma subscrierilor efectuate[2], existând şi posibilitatea respingerii majorării capitalului social.

Dobândirea a mai mult de 33% din drepturile de vot ale unei societăţi este considerată neintenţionată, dacă este consecinţa exercitării dreptului preferenţial de subscripţie. În acest caz, sancţiunile reglementate de art. 203 din Legea pieţei de capital, precum suspendarea drepturilor aferente valorilor mobiliare depăşind pragul de 33% din drepturile de vot asupra emitentului sau interdicţia pentru acţionarul în cauză şi persoanele cu care acţionează în mod concertat de a dobândi acţiuni ale aceluiaşi emitent prin intermediul altor operaţiuni, nu sunt aplicabile.

Cu scopul de a obţine subscrierea tuturor acţiunilor emise, Regulamentul CNVM nr. 1/2006 prevede cu caracter imperativ că preţul acţiunilor nou-emise oferite spre subscriere acţionarilor existenţi în virtutea drepturilor lor preferenţiale trebuie să fie inferior aceluia la care acestea sunt oferite spre subscriere terţilor.

---

[1] Cristian Duţescu, *op. cit.,* p. 430.

[2] Pentru ca hotărârea de majorare a capitalului social să producă efecte şi în cazul în care majorarea de capital propusă este subscrisă numai parţial, aceasta trebuie să conţină în mod expres posibilitatea majorării efective a capitalului în cuantumul subscrierilor primite. Adunarea generală poate decide însă şi ca majorarea să nu se mai efectueze în cazul în care subscrierile primite nu depăşesc un anumit nivel. A se vedea în acest sens Cristina Cucu, Marilena Gavriş, Cătălin Bădoiu, Cristian Haraga, *Legea societăţilor comerciale nr. 31/1990. Repere bibliografice. Practică judiciară. Decizii ale Curţii Constituţionale. Adnotări,* Ed. Hamangiu, 2007, p. 494.

În consecinţă, tendinţa investitorilor de a deţine cât mai multe drepturi preferenţiale de subscripţie la data majorării capitalului social creează presiune asupra preţului acţiunilor înaintea datei de referinţă. Acest preţ înregistrează un trend ascendent, care nu este legat de performanţele financiare ale societăţii emitente.

Ca urmare a exercitării dreptului preferenţial de subscripţie, acţionarii existenţi deţin un anumit număr de acţiuni achiziţionate la un preţ inferior ultimului preţ de piaţă al vechilor acţiuni. Ulterior majorării capitalului social şi reluării tranzacţionării acţiunilor societăţii emitente se înregistrează un trend opus, generat de dorinţa acţionarilor de a realiza un profit prin vânzarea pachetelor lor de acţiuni, al căror număr excede cererea existentă pe piaţă.

Acest fenomen economic exercită o presiune intensă şi asupra vânzărilor, care la rândul său duce la o scădere a cursului acţiunilor, comparat cu nivelul anterior publicării hotărârii de majorare a capitalului social.

7. Limitarea sau retragerea dreptului preferenţial de subscripţie al acţionarilor

Dreptul preferenţial de subscripţie se naşte imperativ în cazurile prevăzute de lege, astfel încât nu poate fi suprimat prin actul constitutiv. Aceeaşi situaţie poate fi întâlnită în dreptul italian şi belgian. În dreptul francez, dreptul preferenţial de subscripţie este cuprins în noţiunea de ordine publică şi este însoţit de sancţiuni civile şi penale în cazul nerespectării lui[1].

Totuşi, dreptul preferenţial de subscripţie nu este un drept intangibil. În consecinţă, permite anumite excepţii:

- *dreptul preferenţial de subscripţie neexercitat:* acesta este un drept şi nu o obligaţie, astfel încât fiecare acţionar poate alege să renunţe la el, cu sau fără indicarea beneficiarului; totuşi, renunţarea totală sau parţială la dreptul preferenţial de subscripţie de către toţi acţionarii nu poate înlocui hotărârea adunării generale extraordinare[2] şi nu poate fi generală, pentru orice măriri de capital care vor interveni în viitor[3];
- *dreptul preferenţial de subscripţie suspendat:* această situaţie are loc atunci când noile acţiuni sunt subscrise de către societatea însăşi;
- *dreptul preferenţial de subscripţie limitat* în favoarea acţionarilor care îndeplinesc anumite condiţii sau care aduc un anumit tip de aport, de obicei în numerar;

---

[1] Ioan Schiau, Titus Prescure, *op. cit.,* p. 578. Referitor la durata şi condiţiile suprimării dreptului preferenţial de subscripţie în dreptul francez, a se vedea pe larg Vasile Pătulea, *op. cit., p.* 152 şi urm. S-a propus chiar înlocuirea dreptului preferenţial de subscripţie al acţionarilor din societăţile cotate la bursă cu un termen prioritar de subscriere (art. L. 225-135 alin. 2 din C. com.).

[2] Elena Cârcei, *op. cit.*, p. 351.

[3] În dreptul francez, acţionarul care renunţă cu titlu individual la dreptul său preferenţial de subscripţie trebuie să avizeze societatea despre aceasta prin scrisoare recomandată (art. R. 225-122 C. com.). Acţionarul renunţător nu mai poate să revină asupra deciziei sale din momentul în care aceasta a fost notificată societăţii. Renunţarea poate fi şi parţială sau poate fi consimţită în profitul mai multor beneficiari, fiecare dintre ei primind o fracţiune din drepturile acţionarului renunţător. În mod corelativ, o singură persoană poate fi beneficiara renunţărilor consimţite de mai mulţi acţionari. Condiţiile şi consecinţele renunţării sunt diferite, după cum aceasta s-a făcut fără să se indice beneficiarul sau în profitul unor beneficiari determinaţi. Renunţarea fără indicarea beneficiarului are, în principiu, ca efect mărirea numărului de acţiuni care pot să fie subscrise cu titlu reductibil, repartizate de către consiliul de administraţie ori directorat sau oferite publicului. Renunţarea în favoarea unor persoane determinate sau al unei categorii de persoane antrenează transferul drepturilor de subscriere care au aparţinut acţionarilor renunţători.

- *dreptul preferenţial de subscripţie retras* în favoarea uneia sau mai multor persoane, cu indicarea sau nu a numelui/numelor beneficiarului/beneficiarilor; totuşi, retragerea dreptului nu trebuie să fie discriminatorie, adică să îi privească doar pe unii dintre acţionari[1];

Limitarea reprezintă acea restricţie adusă dreptului preferenţial de subscripţie, potrivit căreia adunarea generală extraordinară a acţionarilor, consiliul de administraţie sau directoratul impune anumite condiţii acţionarilor pentru a-şi exercita acest drept.

Retragerea se referă la acea limită constând în suprimarea dreptului preferenţial de subscripţie al acţionarilor existenţi în favoarea unor terţi, precum investitori strategici.

De cele mai multe ori, decizia de a suprima dreptul preferenţial de subscripţie este luată atunci când este sigur că acţionarii existenţi nu vor subscrie acţiunile nou-emise, iar majorarea capitalului social este inevitabilă, sau dacă societatea intenţionează să ofere pachetul majoritar de control unui investitor strategic, terţ faţă de societate.

Societăţile listate preferă să retragă dreptul preferenţial de subscripţie în special pentru a încasa întreaga primă de emisiune (diferenţa dintre valoarea nominală şi valoarea de emisiune a acţiunilor). Acest tip de societăţi fixează de obicei un preţ de emisiune apropiat de valoarea de piaţă a vechilor acţiuni, pentru a nu-i prejudicia pe acţionarii existenţi[2].

Potrivit art. 29 alin. 2 din Directivă, legislaţia unui stat membru poate să retragă acţionarilor unei societăţi dreptul preferenţial de subscripţie atunci când noile acţiuni emise oferă un drept limitat de participare la plata dividendelor şi a dobânzilor care însoţesc acţiunile, şi/sau la repartizarea activelor societăţii în caz de lichidare.

În plus, dreptul poate fi restricţionat dacă majorarea capitalului social are loc prin emiterea de acţiuni aparţinând unei singure clase. În acest caz, drepturile preferenţiale de subscripţie ale acţionarilor care deţin acţiuni aparţinând altor clase pot fi exercitate numai după exercitarea lor de către acei acţionari care posedă acţiuni din aceeaşi clasă cu cele nou-emise. În consecinţă, dreptul de preempţiune operează mai ales în interiorul aceleiaşi clase de acţiuni. Celelalte clase de acţiuni generează un drept de subscripţie secundar[3].

Potrivit dreptului italian[4], retragerea dreptului preferenţial de subscripţie al acţionarilor poate avea loc numai în următoarele cazuri:

- majorarea capitalului social prin noi aporturi în natură;
- în interesul societăţii (care trebuie să prevaleze asupra intereselor individuale ale acţionarilor);
- noile acţiuni sunt oferite spre subscripţie salariaţilor societăţii care controlează sau este controlată de societatea emitentă[5];

În dreptul francez, adunarea generală poate decide să suprime dreptul preferenţial de subscripţie acţionarilor dacă:

- societatea doreşte să atragă investitori străini fie prin intermediul unei simple majorări a capitalului social, fie prin emiterea de obligaţiuni convertibile în acţiuni[6];

---

[1] Ion Luca Georgescu, *op. cit.*, p. 511.
[2] Elena Cârcei, *op. cit.,* p. 350.
[3] Cristian Gheorghe, *Drept comercial european,* Ed. CH BECK, 2009, p. 89.
[4] Art. 2441 din Codul civil italian.
[5] În acest caz, dreptul preferenţial de subscripţie poate fi limitat până la un sfert din noua emisiune de acţiuni.
[6] Art. 225-135 şi urm. din Codul comercial francez.

- noile acţiuni sunt distribuite salariaţilor societăţii, în limita a 3% din capitalul social[1];

Art. 225-138 din Codul comercial francez prevede o excepţie de la această regulă, atunci când subscrierea noilor acţiuni este rezervată unei anumite persoane, situaţie în care aceasta nu poate să voteze în adunarea generală care decide asupra retragerii dreptului preferenţial de subscripţie, dacă este deja acţionar al societăţii.

În practică, retragerea dreptului este realizată prin intermediul desemnării unor subscriitori, dacă nu este întocmit un prospect de emisiune.

În cazul unei fuziuni, adunarea generală a societăţii absorbante care îşi majorează capitalul social poate decide să suprime dreptul preferenţial de subscripţie al propriilor acţionari în favoarea acţionarilor societăţii absorbite[2].

Potrivit art. 217 din Legea societăţilor şi art. 29 alin. 4 din Directiva nr. 77/91/CEE, acest drept poate fi limitat sau retras numai prin hotărârea Adunării Generale Extraordinare a Acţionarilor. Totuşi, în anumite condiţii strict reglementate şi sub controlul permanent al adunării generale extraordinare, limitarea sau retragerea dreptului preferenţial de subscripţie al acţionarilor poate fi decisă şi de consiliul de administraţie sau directorat[3].

Pe ordinea de zi a adunării generale trebuie să se afle motivele care au determinat majorarea capitalului social, numele persoanelor care vor beneficia de retragerea dreptului preferenţial de subscripţie al acţionarilor (subscriitorii noilor acţiuni emise de societate), preţul de emisiune al acţiunilor şi criteriile care au stat la baza fixării lui[4]. Consiliul de administraţie, respectiv directoratul, va pune la dispoziţie adunării generale un raport scris, prin care se precizează motivele limitării sau ridicării dreptului de preferinţă şi modul de determinare a valorii de emisiune a acţiunilor[5]. Lipsa acestui raport este sancţionată de Legea franceză a societăţilor cu nulitatea absolută a hotărârii de majorare a capitalului social[6], în timp ce Legea română a societăţilor nu prevede în mod expres o sancţiune pentru lipsa raportului consiliului de administraţie, respectiv directoratului, sancţionând cu nulitatea relativă doar hotărârea de majorare a capitalului social efectuată cu încălcarea dreptului preferenţial de subscripţie al acţionarilor în general[7], fără a face referire la fiecare etapă a procedurii de majorare a capitalului social în parte.

---

[1] Art. 443-5 din Codul muncii francez.

[2] Potrivit art. 241 alin. 1 lit. c) din Legea nr. 31/1990, administratorii societăţilor care urmează să participe la fuziune vor întocmi un proiect de fuziune care va cuprinde, printre altele, condiţiile alocării de acţiuni la societatea absorbantă sau la societăţile beneficiare. A se vedea Ion Băcanu, *op. cit.*, p. 132.

[3] Art. 220[1] alin. 4 din Legea nr. 31/1990 prevede că consiliului de administraţie, respectiv directoratului, îi poate fi conferită şi competenţa de a decide restrângerea sau ridicarea dreptului de preferinţă al acţionarilor existenţi în aceleaşi condiţii de cvorum şi majoritate prevăzute la art. 217 alin. 3. Această decizie se depune la oficiul registrului comerţului, spre menţionare în registrul comerţului şi publicare în Monitorul Oficial.

[4] Ion Luca Georgescu, *op. cit.*, p. 513.

[5] Numai în cazul excepţional al suprimării dreptului preferenţial de subscripţie al acţionarilor este necesar să se justifice bazele fixării valorii de emisiune a acţiunilor. A se vedea C.A. Braşov, s.com., dec. nr. 481/2000, R.D.C. nr. 3/2003, p. 229.

[6] Cristian Duţescu, *op. cit.,* p. 425.

[7] De aceea, o clauză statutară care ar suprima, cu titlu general, dreptul preferenţial de subscripţie al acţionarilor se consideră nescrisă. A se vedea, în acest sens, Stanciu Cărpenaru, Sorin David, Cătălin Predoiu, Gheorghe Piperea, *op. cit.*, p. 826.

Hotărârea va fi luată în prezenţa acţionarilor reprezentând 3 pătrimi din capitalul social subscris, cu majoritatea voturilor acţionarilor prezenţi[1]. Datorită importanţei acestei hotărâri pentru interesele societăţii, votul prin reprezentare nu este permis[2].

Art. 186 alin. 2 din Legea franceză a societăţilor comerciale din 1966 interzice în mod expres acţionarului în favoarea căruia dreptul preferenţial de subscripţie a fost retras de a-şi exercita dreptul de vot în adunarea generală care decide asupra majorării capitalului social, sub sancţiunea nulităţii hotărârii.

În ceea ce priveşte dreptul român, un acţionar majoritar căruia i s-a acordat un drept preferenţial de subscripţie a noilor acţiuni, proporţional cu cota sa de participare la capitalul social, nu este oprit să voteze în adunarea generală care decide majorarea capitalului social, întrucât această situaţie nu este cuprinsă în sfera noţiunii de "interes contrar aceluia al societăţii"[3].

Hotărârea va fi depusă la oficiul registrului comerţului de către consiliul de administraţie, respectiv de către directorat, spre menţionare şi publicare în Monitorul Oficial.

În companiile listate la bursă, hotărârea de retragere sau limitare a dreptului preferenţial de subscripţie al acţionarilor este adoptată cu îndeplinirea unor condiţii mai restrictive decât în celelalte cazuri. Potrivit art. 240 din Legea pieţei de capital, hotărârea este luată de Adunarea Generală Extraordinară a Acţionarilor, la care participă cel puţin 3 pătrimi din numărul titularilor capitalului social, cu votul acţionarilor reprezentând cel puţin 75% din drepturile de vot. Aporturile în natură pot consta numai în bunuri performante, necesare realizării obiectului de activitate al societăţii emitente.

8. Acţiunea în anularea hotărârii de majorare a capitalului social care încalcă dreptul preferenţial de subscripţie al acţionarilor

Potrivit art. 216 alin. 3 din Legea nr. 31/1990, orice hotărâre de majorare a capitalului social efectuată cu încălcarea dreptului preferenţial de subscripţie al acţionarilor este anulabilă[4]. În cazul în care acţiunea în anularea hotărârii nelegale de majorare a capitalului social nu este introdusă în termenul de prescripţie prevăzut de lege, aceasta se consideră confirmată în mod tacit[5].

---

[1] Aceste dispoziţii sunt în concordanţă cu art. 40 din Directiva nr. 77/91/CEE, care prevede o majoritate de cel puţin 2 treimi din voturile conferite de titlurile sau capitalul subscris reprezentate. În dreptul german, dreptul poate fi înlăturat sau limitat în baza hotărârii Adunării Generale a Acţionarilor, adoptată cu votul acţionarilor reprezentând 75% din capitalul social.

[2] Ion Schiau, Titus Prescure, *op. cit.,* p. 580.

[3] Art. 127 alin. 1 din Legea nr. 31/1990.

[4] În cazul în care nu a fost respectat dreptul preferenţial de subscripţie al acţionarilor existenţi, iar acţiunile au fost deja subscrise de alte persoane, contractul de vânzare-cumpărare astfel încheiat este lovit de nulitate relativă. (a se vedea C.A. Craiova, s.com., dec. nr. 576/2001, C.J. nr. 1/2002). În sens contrar, a se vedea Ion Luca Georgescu, *op. cit., p.* 512. Autorul consideră că subscrierile efectuate cu încălcarea dreptului preferenţial de subscripţie al acţionarilor trebuie considerate valabile, potrivit principiului bunei-credinţe, însă acţionarul lezat este îndreptăţit să solicite daune-interese societăţii. Ne întrebăm totuşi cum ar putea subscriitorul să fie de bună credinţă, din moment ce dreptul preferenţial al acţionarilor existenţi este prevăzut în hotărârea adunării generale prin care se decide majorarea capitalului social sau în actul constitutiv, ambele fiind supuse publicării în Monitorul Oficial.

[5] Legea română a optat iniţial pentru un regim sancţionator mai aspru, stabilind că încălcarea dreptului de preferinţă se sancţionează cu nulitatea absolută a hotărârii adunării generale. Ulterior, prin modificările aduse de Legea nr. 441/2006, a fost consacrat un regim mai îngăduitor, stabilindu-se că orice majorare a capitalului social efectuată cu încălcarea dreptului de preferinţă sau a termenului legal minim acordat pentru exercitarea acestuia este anulabilă.

Art. 132 alin. 2 din lege prevede că hotărârile adunării generale contrare legii sau actului constitutiv pot fi atacate în justiţie, în termen de 15 zile de la data publicării lor în Monitorul Oficial de către oricare dintre acţionarii care nu au luat parte la adunarea generală sau care au votat contra şi au cerut să se insereze aceasta în procesul-verbal al şedinţei.

Odată cu introducerea acţiunii în anulare, reclamantul poate cere instanţei suspendarea executării hotărârii atacate. Instanţa poate impune o cauţiune pentru acordarea suspendării.

Cererea se judecă în contradictoriu cu societatea, în camera de consiliu. Societatea va fi reprezentată de consiliul de administraţie sau directorat. Dacă au fost introduse mai multe acţiuni în anulare ele vor fi conexate. Hotărârea pronunţată poate fi supusă numai apelului, potrivit dispoziţiilor dreptului comun. Hotărârea definitivă de anulare va fi înregistrată în registrul comerţului şi publicată în Monitorul Oficial pentru opozabilitate faţă de terţi[1].

În cazul în care majorarea capitalului social a fost decisă de consiliul de administraţie, respectiv de directorat, prin delegarea atribuţiilor de către adunarea generală, art. 155 şi 155[1] din lege prevăd că Adunarea Generală Extraordinară a Acţionarilor, respectiv consiliul de supraveghere, au dreptul de a introduce o acţiune în răspundere contra fondatorilor, administratorilor, directorilor, membrilor directoratului sau consiliului de supraveghere, precum şi a cenzorilor sau auditorilor financiari, pentru daune cauzate societăţii de aceştia prin încălcarea îndatoririlor lor faţă de societate. La rândul lor, acţionarii reprezentând, individual sau împreună, cel puţin 5% din capitalul social au dreptul de a introduce o acţiune în despăgubiri, în nume propriu, dar în contul societăţii, împotriva oricărei persoane prevăzute mai sus.

O acţiune în constatarea nulităţii hotărârii de majorare a capitalului social care nu a fost adusă la îndeplinire în termenul legal apare ca fiind lipsită de interes, deoarece hotărârea nu mai este susceptibilă de a produce schimbări în ordinea juridică şi în societate[2].

Concluzii

Organele de conducere ale societăţii trebuie să fie informate asupra normelor legale imperative aplicabile în situaţia unei majorări de capital social, pentru a nu expune societatea la consecinţele negative pe care le aduce cu sine un litigiu cu acţionarii (publicitate defavorabilă, scăderea vânzărilor, declinul preţului acţiunilor pe piaţă, etc.)

Mai mult, aceste organe trebuie să posede o înţelegere aprofundată a fenomenului economic ce însoţeşte majorarea capitalului social şi care duce la fluctuaţii inevitabile ale preţului acţiunilor pe piaţă, pentru a asigura atât o protecţie adecvată a intereselor acţionarilor, cât şi subscrierea integrală a acţiunilor sau obligaţiunilor convertibile nou-emise, indiferent dacă aceasta se face prin ofertă publică de vânzare sau prin exercitarea dreptului preferenţial de subscripţie.

De asemenea, dacă societatea comercială doreşte să tranzacţioneze drepturile de preferinţă pe o piaţă reglementată, aceasta trebuie să îndeplinească atât condiţiile legale generale prevăzute pentru toate pieţele reglementate (întocmirea unui document de

---

[1] Art. 132 alin. 9 şi 10 din Legea nr. 31/1990 au fost modificate prin art. 18 pct.10 din Legea nr. 76/2012 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă.

[2] Cristina Cucu, Marilena Gavriş, Cătălin Bădoiu, Cristian Haraga, *op. cit.*, p. 494.

prezentare, depunerea lui la CNVM, publicarea lui, condiţiile legale pentru fiecare operaţiune, etc.), cât şi condiţiile prevăzute pentru fiecare piaţă în parte.

Pe de altă parte, acţionarii trebuie să fie informaţi în legătură cu normele legale ce determină condiţiile exercitării dreptului preferenţial de subscripţie şi perioada pe parcursul căreia aceştia au dreptul să îl exercite, alături de efectele legale ale acestei exercitări.

Numai luând decizii în cunoştinţă de cauză, acţionarii minoritari vor evita să devină ţinta abuzurilor din partea acţionarilor majoritari şi vor fi în măsură să ia măsurile necesare pentru a-şi proteja dreptul de a intenta o acţiune în anularea hotărârii adunării generale privind majorarea capitalului social care le încalcă dreptul preferenţial de subscripţie (nu vor participa la adunarea generală care decide în mod nelegal majorarea capitalului social sau vor vota contra hotărârii şi vor cere să se insereze aceasta în procesul-verbal al şedinţei, vor intenta acţiunea în termen de 15 zile de la publicarea hotărârii în Monitorul Oficial al României şi aşa mai departe).

Bibliografie

1. **Adam Ioan, Savu Codruţ Nicolae**, *Legea societăţilor comerciale. Comentarii şi explicaţii,* Ed. CH Beck, 2010

2. **Băcanu Ion**, *Capitalul social al societăţilor comerciale,* Ed. Lumina Lex, 1999

3. **Cărpenaru Stanciu**, *Tratat de drept comercial român,* Ed. Universul Juridic, 2012

4. **Cărpenaru Stanciu, David Sorin, Predoiu Cătălin, Piperea Gheorghe**, *Legea societăţilor comerciale. Comentariu pe articole*, Ed. CH Beck, 2009

5. **Cârcei Elena**, *Societăţile comerciale pe acţiuni,* Ed. ALL Beck, 1999

6. **Cucu Cristina, Gavriş Marilena, Bădoiu Cătălin, Haraga Cristian**, *Legea societăţilor comerciale nr. 31/1990. Repere bibliografice. Practică judiciară. Decizii ale Curţii Constituţionale. Adnotări,* Ed. Hamangiu, 2007

7. **Dominte Rodica Nicoleta**, *Organizarea şi funcţionarea societăţilor comerciale,* Ed. CH Beck, 2008

8. **Duţescu Cristian**, *Drepturile acţionarilor* Ed. CH Beck, 2010

9. **Georgescu Ion Luca**, *Drept comercial român,* Ed. ALL Beck, 2002

10. **Gheorghe Cristian**, *Drept comercial european,* Ed. CH Beck, 2009

11. **Pătulea Vasile**, *Finanţarea societăţilor comerciale. Resursele proprii. Capitalul social,* Ed. Hamangiu, 2009

12. **Piperea Gheorghe**, *Drept comercial. Întreprinderea*, Ed. CH Beck, 2012

13. **Schiau Ioan şi Prescure Titus**, *Legea societăţilor comerciale nr. 31 din 1990. Analize şi comentarii pe articole,* Ed. Hamangiu, 2009

14. **Turcu Ion**, *Tratat teoretic şi practic de drept comercial,* Ed. CH Beck, 2008

Forma contractului de mandat. Problema mandatului aparent

Andreea ***STOICAN****

Abstract: *Mandatul este contractul prin care o parte se obligă să încheie unul sau mai multe acte juridice pe seama celeilalte părţi. Or, deşi regula pentru contractul de mandat este că simpla manifestare de voinţă a părţilor este suficientă pentru încheierea valabilă a contractului, forma pe care legea o admite pentru încheierea unei asemenea convenţii nu trebuie cu totul neglijată, pe de-o parte deoarece legiuitorul a prevăzut, totuşi, anumite cazuri în care procura trebuie să îndeplinească anumite condiţii ad validitatem iar, pe de altă parte, deoarece nu poate fi ignorată problema dovedirii calităţii în care mandatarul acţionează faţă de terţi. Pentru aceste motive, prezenta lucrare urmează să se axeze pe analiza mandatului expres şi tacit şi, mai ales, pe problemele apărute în cazul existenţei unui mandat aparent, posibilitatea de ratificare a acestuia de către mandant şi, nu în ultimul rând, răspunderea mandatarului în cazul în care a acţionat fără cunoştinţa mandantului, atât în baza dispoziţiilor actualului Cod civil, cât şi cu aplicare la cazuri practice.*

Cuvinte cheie: *mandat aparent, împuternicire, bună-credinţă, ratificare, răspundere*

Introducere

Mandatul este contractul prin care o parte se obligă să încheie unul sau mai multe acte juridice pe seama celeilalte părţi. Or, deşi regula pentru contractul de mandat este că simpla manifestare de voinţă a părţilor este suficientă pentru încheierea valabilă a contractului, forma pe care legea o admite pentru încheierea unei asemenea convenţii nu trebuie cu totul neglijată, pe de-o parte deoarece legiuitorul a prevăzut, totuşi, anumite cazuri în care procura trebuie să îndeplinească anumite condiţii ad validitatem iar, pe de altă parte, deoarece nu poate fi ignorată problema dovedirii calităţii în care mandatarul acţionează faţă de terţi. Pentru aceste motive, prezenta lucrare urmează să se axeze pe analiza mandatului expres şi tacit şi, mai ales, pe problemele apărute în cazul existenţei unui mandat aparent, posibilitatea de ratificare a acestuia de către mandant şi, nu în ultimul rând, răspunderea mandatarului în cazul în care a acţionat fără cunoştinţa mandantului.

Astfel, lucrarea urmează să fie structurată în patru părţi, şi anume: a) Mandatul expres; b) Mandatul tacit; c) Mandatul aparent şi d) Concluzii.

Potrivit art. 2013 alin. 1 C.civ., contractul de mandat poate fi încheiat în formă scrisă, autentică ori sub semnătură privată, sau verbală. Totodată, legea prevede expres şi faptul că acceptarea mandatului poate rezulta şi din executarea sa de către mandatar.

Prin urmare, interpretând dispoziţiile legale, reiese că mandatul, în ceea ce priveşte forma pe care trebuie să o îndeplinească pentru a putea fi considerat ca valabil încheiat, poate fi de două feluri, şi anume, mandatul expres şi mandatul tacit.

---

* Doctorand, Academia de Studii Economice din Bucureşti.

A) Mandatul expres

Din prevederea legală cuprinsă în art. 2013 C. civ. coroborată cu cea prevăzută în art. 1174 alin. 2 C. civ.[1] reiese, fără putinţă de tăgadă, caracterul de contract consensual al contractului de mandat, legea oferind posibilitatea, astfel, ca părţile să încheie un asemenea contract atât în formă scrisă, cât şi verbală, ceea ce prezintă importanţă fiind manifestarea de voinţă a acestora, şi deci, nu îndeplinirea vreunei formalităţi pentru încheierea contractului.

Cu toate acestea, de cele mai multe ori, în practică se încheie un mandat în formă scrisă, această delegaţie având rolul de a face dovada clară în faţa terţilor exact a limitelor împuternicirii date mandatarului, asigurând astfel o corectă desfăşurare a atribuţiilor ce-i revin şi de prevenire, în acelaşi timp, a depăşirii limitelor mandatului sau a derulării unor operaţiuni nepermise.

În schimb, în art. 1301 C. civ., legiuitorul a ţinut să precizeze faptul că orice împuternicire va putea produce efecte doar în măsura în care este dată cu respectarea formelor cerute de lege pentru încheierea valabilă a contractului pe care reprezentantul urmează să îl încheie.

Prin urmare, pornind de la principiul simetriei, când mandatul este dat în vederea încheierii ulterioare a unui contract pentru care se impune respectarea unor condiţii de formă ad validitatem, şi acesta va trebui încheiat în formă solemnă.[2] Chiar legiuitorul a impus acest lucru, prevăzând[3] că într-o atare situaţie, dacă mandatul nu va îmbrăca şi el aceeaşi formă ca cea a actului juridic care se urmăreşte a fi încheiat, sancţiunea va fi aceeaşi ca cea aplicabilă actului însuşi.

Astfel, potrivit dispoziţiilor art. 885 alin. 1 C. civ., de regulă, "drepturile reale asupra imobilelor cuprinse în cartea funciară se dobândesc numai dacă sunt înscrise în cartea funciară, pe baza actului sau a faptului care a justificat înscrierea", indiferent că este vorba despre raportul juridic existent între părţi sau opozabilitate faţă de terţi. Or, potrivit art. 1244 C. civ. referitor la forma cerută pentru înscrierea în cartea funciară, regula este că aceasta trebuie realizată prin întocmirea unui înscris autentic, sancţiunea prevăzută de lege pentru nerespectarea acestei dispoziţii fiind nulitatea absolută. Există totuşi o excepţie în care pot fi dobândite drepturi reale şi fără a fi obligatorie înscrierea în cartea funciară, şi anume în situaţia în care respectivele bunuri provin fie în urma deschiderii unei moşteniri, fie a exproprierii pentru cauză de utilitate publică, accesiune naturală, vânzare silită sau alte situaţii în care legea prevede expres această posibilitate.[4]

Prin urmare, forma solemnă se impune a fi respectată numai în situaţia în care actul ce urmează a fi încheiat de mandatar în numele mandantului o impune ca o condiţie ce ţine de validitatea contractului, de unde rezultă că în cazul în care această formă este cerută doar pentru opozabilitate faţă de terţi, mandatul poate fi dat şi în formă verbală şi considerat în continuare valabil.

În schimb, astfel cum există situaţii în care, deşi părţile, prin voinţa lor, decid să încheie contractul juridic care face obiectul contractului de mandat în formă scrisă ad validitatem şi pentru opozabilitate faţă de terţi, iar mandatul îl vor încheia doar verbal, pot exista şi cazuri în care situaţia se va prezenta exact în sens invers, astfel cum se

---

[1] Art. 1174 (2) C. civ.: „Contractul este consensual atunci când se formează prin simplul acord de voinţă al părţilor."

[2] D. A. Sitaru, *Intermedierea în activitatea comercială,* Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2012, p. 46.

[3] Art. 2013 alin. 2 C. civ.

[4] G. Boroi, L. Stănciulescu, *Instituţii de drept civil în reglementarea Noului Cod Civil,* Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2012, p. 364; art. 887 alin. 1 C. civ.

prevede expres în art. 91 alin. 2 din Legea nr. 36/1995 privind notarii publici şi a activităţilor notariale, unde se precizează că părţile pot fi reprezentate la autentificare printr-un mandatar cu procură specială autentică.[1] Ulterior, va reveni, însă, notarului public obligaţia de a verifica în Registrul naţional notarial de evidenţă a procurilor şi revocărilor acestora şi de a respinge cererea de autentificare în cazul în care se constată că respectiva procură a fost revocată.

În ceea ce priveşte proba mandatului, dovedirea existenţei procurii acordate în situaţia mandatului expres nu ridică probleme deosebite atunci când există o formă scrisă, respectivul înscris - indiferent că este autentic sau act sub semnătură privată - urmând a fi opozabil atât faţă de părţi, cât şi faţă de terţele persoane cu care urmează a se contracta. În schimb, în cazul în care mandatul a fost dat pe cale verbală, dovada va putea fi făcută prin orice mijloc de probă.[2]

Cât priveşte, însă, proba mandatului faţă de terţe persoane, diferite de cele cu care urmează a se contracta, în literatura juridică s-a considerat că, din moment ce pentru ele respectiva convenţie are caracter de simplu fapt juridic, urmează ca dovada acestuia să se facă, de asemenea, prin orice mijloc de probă.[3]

B) Mandatul tacit

Pe lângă mandatul acordat expres de către mandant, o astfel de reprezentare mai poate rezulta fie din executarea sa de către mandatar, fie din actele ce necesită a fi încheiate şi care în mod normal intră în exercitarea profesiei mandatarului.

Astfel, se poate trage concluzia că, potrivit legii, mandatul poate fi valabil încheiat şi în mod tacit, adică în situaţia în care voinţa părţilor rezultă clar din modul în care acestea înţeleg să acţioneze în diferite circumstanţe. Or, după cum este cunoscut faptul că mandatul este un contract, în principiu, consensual, este firesc să considerăm convenţia ca existând în condiţiile în care părţile, prin acţiunile întreprinse, înţeleg să se manifeste ca şi cum aceasta a fost deja acceptată.

Prin urmare, potrivit Codului civil există trei situaţii în care avem de-a face cu încheierea unui contract de mandat în mod tacit.

Astfel, o primă situaţie rezultă din dispoziţiile art. 2013 alin. 1 teza a-II-a C. civ., potrivit cărora acceptarea mandatului poate rezulta şi din executarea sa de către mandatar. Următoarele două situaţii sunt reglementate de art. 2014 alin. 1 C. civ., şi anume situaţia în care atâta timp cât activităţile întreprinse de mandatar intră în exercitarea profesiei sale şi mandatarul nu şi-a exprimat un refuz clar şi neîntârziat, mandatul va fi considerat acceptat, precum şi în cazul în care mandatarul în mod public şi-a oferit serviciile sale, sau chiar şi numai mandantului, în mod direct. Pentru aceasta va trebui, în schimb, să se ţină seama atât de prevederile legale, cât şi de practicile statornicite între părţi şi uzanţe.[4]

Cât priveşte problema dovedirii existenţei unei convenţii de mandat în situaţia în care acesta a fost acceptat tacit, aceasta va putea fi făcută cu orice mijloc de probă.[5]

---

[1] D. A. Sitaru, *Intermedierea în activitatea comercială,* Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2012, p. 47.
[2] Idem, p. 48.
[3] Idem, p. 48.
[4] Art. 2014 alin. 2 C. Civ.
[5] D. A. Sitaru, *Intermedierea în activitatea comercială,* Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2012, p. 48.

C) Mandatul aparent

Problemele cele mai mari în ceea ce priveşte forma contractului de mandat apar, însă, în cazul mandatului aparent, mai exact a situaţiei în care mandatarul, deşi nu a fost împuternicit sub nicio formă în acest sens de către mandant, încheie, totuşi, acte juridice cu terţi de bună-credinţă, fără ca aceştia să cunoască faptul că persoana cu care contractează nu are calitatea pretinsă. Cu toate acestea, legea recunoaşte, totuşi, efectul juridic al situaţiilor intervenite în cazul în care terţii au avut o convingere clară şi cu totul îndreptăţită, raportat la cazul concret, de a considera că actul juridic încheiat cu presupusul mandatar urmează să îşi producă efecte în mod valabil.

Prin urmare, terţii de bună-credinţă urmează a fi protejaţi în cazul încheierii unui contract de mandat aparent, tocmai datorită lipsei culpei lor în împrejurarea creată de mandatar.

Astfel, potrivit art. 14 C. civ. coroborat cu art. 1170 C. civ., părţile sunt obligate să acţioneze cu bună-credinţă nu numai în etapa negocierii şi a încheierii contractului, ci şi în timpul executării acestuia, obligaţie ce nu poate fi înlăturată, sub nicio formă, de către părţi printr-o manifestare de voinţă în alt sens. De asemenea, buna-credinţă urmează a fi prezumată până la proba contrară.

Or, din reglementarea prevăzută în art. 2017 C. civ., potrivit căreia mandatarul nu poate depăşi limitele stabilite prin contractul de mandat, reiese faptul că, în situaţia în care aceste limite ale împuternicirii acordate mandatarului sunt depăşite, propriu-zis, mandatarul, pentru actele realizate în afara mandatului nu avea împuternicire valabilă primită de la mandant. Or, ca atare, atâta timp cât terţul cu care contractează nu are cunoştinţă de acest fapt, el poate fi în continuare de bună-credinţă, considerând în mod temeinic că mandantul a acordat o procură mandatarului pentru toate activităţile întreprinse.

Prin urmare, atâta timp cât terţul a acţionat cu convingerea clară că persoana mandatarului acţionează în numele şi pe seama mandantului, şi nefăcându-se vreo dovadă contrară, este firesc ca terţul să fie protejat, el neavând nicio culpă, urmând a beneficia în continuare de drepturile ce i se cuvin în această calitate conform legii, inclusiv de dreptul de a-l acţiona pe mandant în justiţie şi de a obţine executarea obligaţiilor care rezultă din actele juridice încheiate de către mandatarul aparent.

Aşadar, din cele enunţate anterior rezultă că pentru a putea înţelege noţiunea de mandat aparent trebuie să pornim, în primul rând, de la principiul relativităţii efectelor contractului.[1] Potrivit acestui principiu de drept, contractul urmează să-şi producă efectele numai între părţile contractante. Având în vedere definiţia mandatului oferită de Codul civil, în art. 2009, toate actele încheiate de mandatar vor fi făcute în numele şi pe seama mandantului, urmând a produce, astfel, efecte pentru acesta din urmă şi terţul contractant, nu şi pentru mandatar. Cu toate acestea, în practică se pot ivi, totuşi, situaţii în care terţul contractant nu are cunoştinţă de calitatea în care acţionează de fapt mandatarul, considerând în mod eronat că acesta are o delegaţie în acest sens de la mandant. Or, după cum se poate observa, într-o atare împrejurare, actul juridic urmează a fi încheiat între persoana presupusului mandatar şi terţ. În schimb, însă, deoarece legea apără persoanele de bună-credinţă, s-a considerat că atâta timp cât se va putea face dovada bunei- credinţe a terţilor în cazul mandatului aparent, mandantul va fi

[1] Gh. Comăniţă, *Condiţiile mandatului aparent,* în Revista de Drept Comercial nr. 4/2007, p. 30.

obligat totuşi, să îşi execute obligaţiile la fel ca în cazul în care mandatarul ar fi acţionat nu cu depăşirea limitelor împuternicirii acordate, ci chiar în conformitate cu acestea.[1]

Astfel, rezultă că atâta timp cât au exista anumite cauze care l-au făcut pe terţul contractant să acţioneze cu bună-credinţă, bazându-se pe o eroare comună şi invincibilă asupra calităţii mandatarului,[2] el nu va putea fi sancţionat, ci din contră, va trebui ocrotit de lege, actul juridic fiind încheiat cu convingerea clară că mandatarul acţionează în numele mandantului, de multe ori chiar mandantul fiind cel care lasă impresia că mandatarul acţionează în această calitate. Aşadar, dacă mandantul însuşi nu a luat măsuri pentru înlăturarea certă a oricăror posibilităţi de inducere în eroare sau de menţinere în starea de confuzie a terţilor asupra calităţii mandatarului, se consideră că mandantul a fost în acest fel conştient de riscul creării confuziei, motiv pentru care el urmează să fie ţinut întocmai de obligaţiile sale faţă de terţi, ca şi când mandatul ar fi fost dat cu respectarea tuturor dispoziţiilor legale. Cu toate acestea, principiul error communis facit ius, s-a susţinut în doctrină,[3] va putea fi invocat în apărarea sa doar de către terţul de bună-credinţă care s-a bazat „în mod legitim pe eficienţa juridică a unor situaţii aparente".

În schimb, în situaţia în care terţii, din neatenţie nu au verificat procura mandatarului sau nu au făcut demersuri în aflarea calităţii sale în momentul încheierii actului ce face obiectul presupusului contract de mandat, ei înşişi vor fi în culpă, motiv pentru care sancţiunea ce se impune a fi suportată de aceşti este nebeneficierea de eventualele consecinţe produse de contractul de mandat aparent. Într-o atare situaţie terţul, neavând niciun drept şi temei pe baza căruia să se îndrepte împotriva mandantului pe o acţiune în răspundere contractuală - din moment ce acesta nu este parte în vreun contract - mandatarul neavând calitatea cerută de lege la încheierea actelor juridice ce făceau obiectul mandatului, precum şi faptul că mandatarul nu a încheiat contractul în numele său personal şi pe seama sa, singura variantă care rămâne la îndemâna terţului pentru îndreptarea situaţiei create şi repararea unui eventual prejudiciu rămâne acţiunea în răspundere delictuală împotriva mandatarului.[4]

În schimb, nu ne vom afla în situaţia de a aplica regulile unui mandat aparent în situaţia în care mandantul înţelege să ratifice actele încheiate de mandatar în numele şi pe seama sa. Prin urmare, ratificarea trebuie considerată ca echivalând cu acordarea unui mandat însuşi, astfel încât nu se va mai putea pune problema vreunei alte dovezi cu privire la calitatea persoanei mandatarului. Cu toate acestea, ratificarea nu trebuie înţeleasă numai ca fiind un înscris provenind din partea mandantului prin care acesta îşi exprimă acordul. Astfel, actele încheiate de mandatar pot fi ratificate fie în mod expres, fie în mod tacit - atâta timp cât voinţa mandantului în sensul manifestării acordului său de voinţă va reieşi în mod clar din orice fapte ale acestuia.

Nu trebuie însă făcută vreo confuzie între mandatul aparent şi mandatul tacit. Astfel, în timp ce mandatul tacit reprezintă un veritabil contract de mandat, deşi consimţământul părţilor rezultă nu dintr-o procură, ci din faptele înseşi ale părţilor, mandatul aparent deşi poate presupune existenţa iniţial a unei împuterniciri, cu toate acestea mandatarul se va afla la un moment dat în situaţia de a întreprinde anumite activităţi cu

---

[1] D. A. Sitaru, *Intermedierea în activitatea comercială,* Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2012, p. 47-48.

[2] M. Costin, M. Mureşan, V. Ursa, *Dicţionar de drept civil*, Ed. Ştiinţifică şi Enciclopedică, Bucureşti, 1980, p. 234.

[3] Gh. Comăniţă, *Condiţiile mandatului aparent,* în Revista de Drept Comercial nr. 4/2007, p. 32-33.

[4] Idem, p. 34.

depăşirea limitelor împuternicirii, inducându-l astfel în eroare pe terţul contractant cu privire la calitatea sa la momentul încheierii contractului cu acesta.

Concluzii

Prin urmare, din cele deja evidenţiate până în acest moment trebuie să se reţină în primul rând deosebirea dintre mandatul tacit şi cel aparent, primul presupunând un contract de mandat valabil încheiat, în timp ce în cel de-al doilea tip de mandat, împuternicirea fie nu există, fie nu este respectată întocmai cum ea a fost acordată.

De asemenea, este important ca, în cazul mandatului aparent, să se cunoască exact nu numai modul în care mandatarul şi-a exercitat atribuţiile conferite, ci chiar care este atitudinea mandantului în momentul depăşirii limitelor mandatului de către mandatar. Astfel, chiar şi în cazul mandatului aparent, efectele unui asemenea contract trebuie urmărite în primul rând în relaţia dintre mandant şi mandatar, dar şi în relaţiile dintre mandant şi terţi şi dintre mandatar şi terţi.

Or, având în vedere că în ceea ce priveşte relaţia dintre mandatar sau mandant şi terţi a fost deja analizată, în raportul mandant - mandatar considerăm că, atâta timp cât mandatarul a încheiat anumite acte juridice în numele mandantului fără a avea împuternicirea acestuia şi pentru respectivele activităţi, chiar dacă mandatul ar fi fost dat cu titlu oneros, mandantul nu va datora nimic mandatarului pentru activităţile întreprinse şi nu va avea nicio altă obligaţie faţă de mandatar din moment ce nu există o convenţie încheiată între cei doi în acest sens. În schimb, în situaţia în care mandantul înţelege să ratifice întocmai actele încheiate de mandatar urmează să se aplice întocmai dispoziţiile cuprinse de lege privitoare la reglementarea contractului de mandat.

Bibliografie:

1. **Boroi, Gabriel, Stănciulescu, Liviu**, Instituţii de drept civil în reglementarea Noului Cod Civil, Editura Hamangiu, Bucureşti, 2012;

2. Codul civil;

3. **Comăniţă, Gheorghe**, Condiţiile mandatului aparent, în Revista de Drept Comercial nr. 4/2007;

4. **Costin, Mircea, Mureşan, Mircea, Ursa, Victor**, Dicţionar de drept civil, Editura Ştiinţifică şi Enciclopedică, Bucureşti, 1980;

5. Legea nr. 36/1995 privind notarii publici şi a activităţilor notariale;

6. **Sitaru, Dan-Alexandru**, Intermedierea în activitatea comercială, Editura Hamangiu, Bucureşti, 2012.

Răspunderea contractuală şi răspunderea delictuală în noul Cod civil. Asemănări şi deosebiri

Florin ***LUDUŞAN***[*]

Abstract: *Noul Cod civil consacră răspunderea civilă delictuală (art. 1349-1395) şi răspunderea civilă contractuală (art. 1350 şi 1516-1548). În concepţia redactorilor Noului Cod civil, răspunderea civilă în esenţă sa este unică, adică alcătuieşte o singură instituţie juridică şi neunitară sub aspectul regimului său juridic, în sensul că se manifestă în două forme: una delictuală, de drept comun şi alta contractuală, specială şi derogatorie.*

Instituţia răspunderii, fiind bazată pe elemente esenţiale comune, este neîndoielnic unitară. Din acest trunchi comun se desprind însă două ramuri. Ţinând seama de faptul că într-un caz răspunderea se naşte din violarea unor obligaţii care revin tuturor membrilor societăţii, pe când în celălalt, răspunderea presupune violarea unui raport de obligaţie care nu ar fi existat dacă între victimă şi agent nu ar fi intervenit un contract, reglementarea celor două responsabilităţi înfăţişează trăsături deosebitoare, neesenţiale, de organizare tehnică, care, neîndoielnic, le diferenţiază în mod caracteristic, fără a le putea preface în două instituţii cu totul distincte.

Cuvinte cheie: *răspundere civilă, răspundere contractuală, răspundere delictuală*

1. Reglementarea răspunderii contractuale în noul Cod civil

Potrivit art. 1350 din noul Cod civil „orice persoană trebuie să îşi execute obligaţiile pe care le-a contractat" (alin. 1), „atunci când, fără justificare, nu îşi îndeplineşte această îndatorire, ea este răspunzătoare de prejudiciul cauzat celeilalte părţi şi este obligată să repare acest prejudiciu, în condiţiile legii" (alin. 2).

Alineatul al treilea al art. 1350 din noul C.civ. arată că „dacă prin lege nu se prevede altfel, niciuna dintre părţi nu poate înlătura aplicarea regulilor răspunderii contractuale pentru a opta în favoarea altor reguli care i-ar fi mai favorabile" instituind expres principiul conform căruia niciuna dintre părţile unui contract nu poate înlătura aplicarea regulilor răspunderii contractuale pentru prejudiciul ce i-a fost cauzat prin neexecutarea lato sensu şi nejustificată, adică ilicită, a obligaţiilor contractuale, spre a opta în favoarea altor reguli care i-ar fi mai favorabile; aşadar, creditorul contractual nu are dreptul de a opta între acţiunea în răspundere civilă contractuală şi acţiunea în răspundere civilă delictuală în scopul de a obţine repararea prejudiciului care i-a fost cauzat prin neexecutarea ilicită a prestaţiilor ce i le datorează debitorul sau contractul.[1]

Regulile care alcătuiesc regimul juridic general al răspunderii civile contractuale sunt prevăzute în Noul Cod civil, în cartea V (despre obligaţii), titlul V (executarea obligaţiilor), capitolul II (executarea silită a obligaţiilor), secţiunile 1-4 (dispoziţii

---

[*] Doctorand, Universitatea Titu Maiorescu, Bucureşti.

[1] L. Pop, *Tabloul general al răspunderii civile în textele noului cod civil,* articol publicat în Revista română de drept privat, nr. 1/2010, p. 203-204.

generale, punerea în întârziere a debitorului, executarea silită în natură, executarea prin echivalent), în articolele 1516-1548.

În articolul 1516 alin. 1 din Noul Cod civil se afirmă dreptul creditorului la îndeplinirea integrală, exactă şi la timp a obligaţiilor: „creditorul are dreptul la îndeplinirea integrală, exactă şi la timp a obligaţiei". În vechea reglementare, în Codul civil de la 1864, în articolul 1073 se prevedeau următoarele: „creditorul are dreptul de a dobândi îndeplinirea exactă a obligaţiei, şi în caz contrar are dreptul la dezdăunare".

În articolul 1530 din Noul Cod civil este stipulat dreptul creditorului la daune interese: „creditorul are dreptul la daune–interese pentru repararea prejudiciului pe care debitorul i l-a cauzat şi care este consecinţa directă şi necesară a neexecutării fără justificare sau, după caz, culpabile a obligaţiei". Articolul 1082 din Codul civil de la 1864 arată că: „debitorul este osândit, de se cuvine, la plata de daune-interese sau pentru neexecutarea obligaţiei, sau pentru întârzierea executării, cu toate că nu este reacredinţă din parte-i, afară numai dacă nu va justifica că neexecutarea provine din o cauză străină, care nu-i poate fi imputată".

2. Definiţia răspunderii contractuale

În doctrina juridică, răspunderea civilă contractuală a fost definită după cum urmează: a) obligaţia debitorului de a repara prejudiciul cauzat creditorului sau prin neexecutarea, executarea necorespunzătoare sau cu întârziere a îndatoririlor valabil născute dintr-un contract;[1] b) răspunderea civilă contractuală constituie o aplicaţiune a regulii răspunderii civile într-o ipoteză calificată, şi anume, aceea a unui prejudiciu care rezultă din neîndeplinirea unei obligaţii contractuale preexistente;[2] c) răspunderea contractuală este o formă a răspunderii civile ce se distinge prin aceea că fapta ilicită păgubitoare care o generează constă în nerespectarea obligaţiei asumate contractual de către debitor şi are ca finalitate repararea în natură sau prin echivalent a prejudiciului cauzat astfel creditorului, răspunderea contractuală este o aplicaţie particulară a principiului răspunderii civile, în cazurile în care prejudiciul este cauzat prin neexecutarea, executarea necorespunzătoare ori cu întârziere a obligaţiilor izvorâte dintr-un contract valabil încheiat;[3] d) obligaţia debitorului de a repara pecuniar prejudiciul cauzat creditorului sau prin neexecutarea, executarea necorespunzătoare ori cu întârziere a obligaţiilor născute dintr-un contract valabil încheiat;[4] e) răspunderea contractuală este obligaţia debitorului unei obligaţii contractuale de a repara prejudiciul cauzat creditorului prin neexecutarea lato sensu a acestei obligaţii, adică a executării ei cu întârziere, ori în mod necorespunzător, sau prin neexecutarea ei în înţeles restrâns, „întrucât această violare a contractului îi este imputabilă";[5] f) răspunderea contractuală este o răspundere cu caracter special, derogatoriu; în condiţiile în care părţile au încheiat un contract, cocontractantul prejudiciat poate obţine despăgubiri numai în baza şi în limitele stabilite prin contract, care reprezintă legea părţilor; contractul este actul prin care părţile au ales să se supună unor reguli stabilite de ele, prin care se prevăd drepturi şi obligaţii; ca atare,

---

[1] E. Lupan, *Răspunderea civilă*, Ed. Accent, Cluj Napoca, 2003, p. 274.

[2] I.M. Anghel, F. Deak, M.F. Popa, *Răspunderea civilă*, Ed. Ştiinţifică, Bucureşti 1970, p. 31.

[3] M.N. Costin, C.M. Costin, *Dicţionar de dreptul afacerilor*, Ediţia a 2-a, Ed. Hamangiu, Bucureşti 2012, p. 775.

[4] L. Pop, I.F. Popa, S.I. Vidu, *Tratat elementar de drept civil. Obligaţiile*. Ed. Universul Juridic, Bucureşti 2012, p. 240.

[5] M. Eliescu, *Răspunderea civilă delictuală*, Ed. Academiei Republicii Socialiste România, Bucureşti 1972, p. 7.

oricare dintre părţi este obligată şi constrânsa, în baza contractului, să supună aceluiaşi regim contractual şi litigiile provenind din neexecutarea sau executarea lui necorespunzătoare, deci să acţioneze în baza răspunderii cu caracter special, cea contractuală;[1] răspunderea civilă contractuală este o formă a răspunderii civile, în cazurile în care paguba este consecinţa încălcării obligaţiilor contractuale; răspunderea civilă contractuală presupune existenţa unor raporturi anterioare între păgubit şi autorul faptei, născute prin acordul lor de voinţă; fără acest raport juridic, prejudiciul respectiv nu s-ar fi putut produce;[2] răspunderea contractuală este acea formă a răspunderii civile ce decurge din neexecutarea unor obligaţii contractuale, care constă în repararea de către debitor – în natură sau prin echivalent – a prejudiciului cauzat creditorului;[3]

3. Răspunderea delictuală în noul Cod civil

Noul Cod civil cuprinde reglementările privind regimul juridic al răspunderii civile delictuale în capitolul IV, titlul II, cartea a V-a, în articolele 1349-1395.

Răspunderea civilă delictuală presupune un raport juridic obligaţional care izvorăşte dintr-o faptă ilicită cauzatoare de prejudicii, raport în care autorul faptei ilicite sau o altă persoană chemată să răspundă are obligaţia de a repara prejudiciul. Răspunderea civilă delictuală apare ca o sancţiune de drept civil, astfel încât are în vedere patrimoniul persoanei răspunzătoare de fapta ilicită prejudiciabilă, iar în cazul decesului acesteia, obligaţia de reparare a prejudiciului se va transmite moştenitorilor.[4]

Potrivit art. 1349 din Noul Cod civil: (1) Orice persoană are îndatorirea să respecte regulile de conduită pe care legea sau obiceiul locului le impune şi să nu aducă atingere, prin acţiunile ori inacţiunile sale, drepturilor sau intereselor legitime ale altor persoane." Astfel, se prevede într-un mod imperativ obligaţia generală a oricărei persoane de a respecta regulile de conduită, pe care legea sau obiceiul locului le impune, şi să nu aducă atingere, prin acţiunile ori inacţiunile sale, drepturilor sau intereselor legitime ale altor persoane.

Aşadar, se poate reţine că fapta ilicită este o conduită, acţiune sau inacţiune, prin care se aduce atingere drepturilor sau intereselor altor persoane, în ultima instanţă, se încalcă normele legale sau obiceiul locului,[5] iar prejudiciul reprezintă consecinţa negativă suferită de o persoană ca urmare a faptei ilicite săvârşite de o altă persoană.[1]

---

[1] C. Stătescu, C. Bârsan, *Drept civil. Teoria generală a obligaţiilor*, Ediţia a IX–a, revizuită şi adăugită, Bucureşti 2008, p. 141.

[2] G. Boroi, L. Stănciulescu, *Instituţii de drept civil în reglementarea noului Cod civil*, Ed. Hamangiu, Bucureşti 2012, p. 187.

[3] G. Durac, *Noul Cod civil, Comentarii, doctrină şi jurisprudenţă, vol. II., art. 953-1649, Moşteniri şi liberalităţi, Obligaţii,* Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2012, p. 679.

[4] G. Boroi, L. Stănciulescu, *Instituţii de drept civil în reglementarea noului Cod civil*, Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2012, p. 238.

[5] L. Pop, *Tabloul general al răspunderii civile în textele noului Cod civil*, articol publicat în Revista Română de Drept privat, nr. 1/2010, p. 156. Într-o altă definiţie formulată de G. Boroi şi L. Stănciulescu în *Instituţii de drept civil în reglementarea noului Cod civil,* Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2012, p. 246, se reţine că: Prin fapta ilicită, ca element al răspunderii civile delictuale, se înţelege orice acţiune sau inacţiune prin care, încălcându-se normele dreptului obiectiv, sunt cauzate prejudicii dreptului subiectiv sau chiar interesului ce aparţine unei persoane. Se reţin de asemenea, următoarele precizări în legătură cu fapta ilicită: a) nu numai fapta comisivă, ci şi omisiunea ar putea constitui element al răspunderii civile delictuale, în măsura în care norma juridică obligă o persoană să acţioneze într-un mod, iar aceasta nu s-a conformat dispoziţiei legale; b) în aprecierea caracterului ilicit al faptei urmează a se ţine cont şi de bunele moravuri, în măsura în care acestea sunt încorporate în normele

Alineatul (2) al art. 1349 din Noul Cod civil enunţă principiul răspunderii tuturor persoanelor care au discernământ pentru prejudiciile cauzate printr-o faptă ilicită, în următorii termeni: „Cel care, având discernământ, încalcă această îndatorire răspunde de toate prejudiciile cauzate, fiind obligat să le repare integral", iar alin. (3) al aceluiaşi articol 1349 din NCC, enumeră celelalte ipoteze de răspundere dispunând că: „În cazurile anume prevăzute de lege, o persoană este obligată să repare prejudiciul cauzat de fapta altuia, de lucrurile ori animalele aflate sub paza sa, precum şi de ruina edificiului."

Deşi principiul fundamental al răspunderii juridice, potrivit căruia fiecare răspunde pentru propriile fapte, este valabil şi îşi găseşte aplicabilitatea şi în materia răspunderii civile delictuale, datorită unor imperative ale vieţii sociale, s-a ajuns la extinderea sferei de aplicare a răspunderii civile delictuale şi pentru alte situaţii decât cele create prin fapta proprie.[2]

4. Asemănările dintre răspunderea contractuală şi răspunderea delictuală

Ambele modalităţi de răspundere sunt forme ale răspunderii civile,[3] au o structură identică[4] şi necesită întrunirea aceloraşi elemente structurale, prezenţa cumulativă a patru condiţii: fapta ilicită, prejudiciul, legătura de cauzalitate dintre fapta ilicită şi prejudiciu şi culpa. Atât răspunderea contractuală cât şi răspunderea delictuală sunt dominate de ideea reparării prejudiciului patrimonial produs prin fapta ilicită, la ambele forme de răspundere reparaţiunea trebuie să fie integrală, adică trebuie să acopere atât paguba efectiv produsă (damnum emergens) cât şi câştigul, foloasele nerealizate (lucrum cessans).[5] În ambele situaţii repararea prejudiciului se face în natură sau când acest lucru nu mai este posibil, prin echivalent bănesc care reprezintă contravaloarea prejudiciului.

5. Deosebirile dintre răspunderea contractuală şi răspunderea delictuală

Raportul dintre răspunderea contractuală şi răspunderea delictuală. Răspunderea civilă delictuală constă în „obligaţia celui care a cauzat altuia un prejudiciu, printr-o faptă ilicită extracontractuală care îi este imputabilă, de a repara astfel paguba pricinuită",[6] iar răspunderea civilă contractuală „este o formă a răspunderii civile ce se distinge prin aceea că fapta ilicită păgubitoare care o generează constă în nerespectarea obligaţiei asumate contractual de către debitor şi are ca finalitate repararea în natură sau prin echivalent a prejudiciului cauzat astfel creditorului, fiind totodată o aplicaţie particulară a principiului răspunderii civile, în cazurile în care prejudiciul este cauzat

---

juridice care fac trimitere la morală; c) în aprecierea caracterului ilicit al faptei urmează a se ţine cont şi de obiceiul locului; d) poate fi vorba despre o faptă ilicită nu numai atunci când se aduce atingere unui drept subiectiv civil, ci chiar şi atunci când ar fi prejudiciat anumit interes al altei persoane.

[1] G. Boroi, L. Stănciulescu, *Instituţii de drept civil în reglementarea noului Cod civil*, Ed. Hamangiu ,, Bucureşti, 2012, p. 239.

[2] A.V. Fărcaş, *Teoria generală a dreptului*, Ed. Universul juridic, Bucureşti, 2011, p. 382-383.

[3] C. Stătescu, C. Bîrsan, *Tratat de drept civil*. Teoria generală a obligaţiilor, Ed. Academiei, Bucureşti, 1981, p. 135.

[4] I. Albu, Drept civil. *Contractul şi răspunderea contractuală*, Ed. Dacia, Cluj-Napoca, 1994, p. 236.

[5] S. Angheni, *Drept civil. Teoria generală a obligaţiilor*, Ed. Oscar Print, Bucureşti, 1993, p. 97.

[6] M. Eliescu, *Răspunderea civilă delictuală*, Ed. Academiei, Bucureşti, 1972, p. 7.

prin neexecutarea, executarea necorespunzătoare, ori cu întârziere a obligaţiilor izvorâte dintr-un contract valabil încheiat.[1]

Răspunderea civilă delictuală alcătuieşte dreptul comun al răspunderii civile,[2] în timp ce reglementările incidente în domeniul răspunderii contractuale dobândesc caracterul unor norme speciale.[3] De aici rezultă şi consecinţa că în toate ipotezele în care nu se aplică regimul juridic special al răspunderii contractuale vor opera normele juridice care alcătuiesc regimul juridic de drept comun, care este cel al răspunderii delictuale, indiferent de originea sau etiologia obligaţiei încălcate.[4]

Astfel, răspunderea civilă delictuală se va angaja ori de câte ori prejudiciul este cauzat de o persoană, prin încălcarea unei obligaţii legale, cu caracter general, obligaţia de a nu vătăma drepturile altuia prin fapte ilicite, în timp ce răspunderea civilă contractuală intervine doar atunci când, creditorul suferă un prejudiciu ca urmare a neexecutării, executării necorespunzătoare ori cu întârziere a obligaţiilor contractuale, obligaţia încălcată fiind o obligaţie contractuală concretă**,** obligaţie pe care şi-a asumat-o pe baza acordului de voinţă materializat în clauzele contractului.

Răspunderea contractuală este angajată între persoane reunite în mod voluntar, în timp ce răspunderea delictuală reuneşte persoane ca efect al întâmplării.[5]

În privinţa capacităţii de a răspunde, în materie delictuală se răspunde dacă persoana fizică a avut discernământ la data săvârşirii faptei ilicite.[6] Astfel potrivit art. 1349 alin. 1 din Noul Cod civil, „orice persoană are îndatorirea să respecte regulile de conduită pe care legea sau obiceiul locului le impune şi să nu aducă atingere, prin acţiunile ori inacţiunile sale, drepturilor sau intereselor legitime ale altor persoane”. Acest text (art. 1349, alin. 1) prevede imperativ obligaţia generală a oricărei persoane de a respecta regulile de conduită impuse de legea sau obiceiul locului, în timp ce alin. 2 al aceluiaşi articol 1349 enunţă principiul răspunderii tuturor persoanelor care au discernământ pentru prejudiciile cauzate printr-o faptă ilicită stipulând că: „Cel care, având discernământ, încalcă aceasta îndatorire răspunde de toate prejudiciile cauzate, fiind obligat să le repare integral.” În ceea ce priveşte răspunderea contractuală, capacitatea de exerciţiu a autorului faptei ilicite trebuie să fie deplină.[7] Potrivit art. 38 alin. 1 din Noul Cod civil, „capacitatea de exerciţiu deplină începe la data când persoana devine majoră” şi alin. 2, „persoana devine majoră la împlinirea vârstei de 18 ani”.

Deosebiri între cele două forme de răspundere constau şi în ceea ce priveşte dovada culpei, pentru angajarea răspunderii autorului. În domeniul răspunderii contractuale, culpa debitorului este prezumată. Astfel creditorul contractual trebuie să facă dovada existenţei contractului şi a neexecutării lui, debitorul fiind prezumat a fi în culpă, până la proba contrară. Prezumţia de culpă poate fi combătută numai prin dovedirea forţei majore sau a cazului fortuit, a culpei creditorului ori a faptei de neînlăturat a unui terţ.

---

[1] M.N. Costin, Călin M. Costin, *Dicţionar de drept civil de la A la Z,* ediţia a 2-a, Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2007, p. 816-817.

[2] C. Stătescu, C. Bîrsan, *Tratat de drept civil*. Teoria generală a obligaţiilor, Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2008, p. 136.

[3] M.N. Costin, Călin M. Costin, *Dicţionar de drept civil de la A la Z,* ediţia a 2-a, Ed. Hamangiu, Bucureşti 2007, p. 812.

[4] L. Pop, *Tabloul general al răspunderii civile în textele noului cod civil,* în Revista Română de drept privat, nr. 1/2010, p. 153.

[5] S. Angheni, *Clauza penală în dreptul civil şi comercial*, Ed. Oscar Print, Bucureşti, 1996, p. 11.

[6] E. Lupan, *Răspunderea civilă*, Ed. Accent, Cluj-Napoca, 2003, p. 298.

[7] S. Angheni, *Drept civil. Teoria generală a obligaţiilor*, Ed. Oscar Print, Bucureşti, 1993, p. 97.

În materia răspunderii delictuale, ca principiu, culpa autorului prejudiciului trebuie să fie dovedită de către cel păgubit.[1]

De asemenea, în ceea ce priveşte întinderea reparaţiei, există deosebire între răspunderea delictuală şi răspunderea contractuală. Trăsătura comună consta în faptul că, la ambele forme de răspundere civilă, reparaţia este integrală, adică trebuie să acopere atât paguba efectiv produsă (damnum emergens), cât şi câştigul, foloasele nerealizate (lucrum cessans). Deosebirea este următoarea: în cazul răspunderii delictuale, autorul va fi obligat să acopere atât daunele previzibile cât şi cele imprevizibile, directe şi indirecte, în timp ce, în cazul răspunderii contractuale, debitorul este răspunzător numai de daunele previzibile la momentul încheierii contractului.

O particularitate a răspunderii contractuale este aceea că, sub aspect procedural, angajarea este condiţionată de punerea prealabilă a debitorului în întârziere, formalitate care, în cazul răspunderii delictuale nu este necesară.[2] Potrivit art. 1521 din Noul Cod civil, "punerea în întârziere a debitorului poate opera de drept sau la cererea creditorului". Iar potrivit art. 1522 alin. (1) „Debitorul poate fi pus în întârziere printr-o notificare scrisă prin care creditorul îi solicită executarea obligaţiei, fie prin cererea de chemare în judecată. (2) Dacă prin lege sau prin contract nu se prevede altfel, notificarea se comunică debitorului prin executor judecătoresc sau prin orice alt mijloc care asigură dovada comunicării. (3) Prin notificare trebuie să se acorde debitorului un termen de executare, ţinând seama de natura obligaţiei şi de împrejurări. Dacă, prin notificare nu se acordă un asemenea termen, debitorul poate să execute obligaţia într-un termen rezonabil, calculat din ziua comunicării notificării. Punerea în întârziere constă în manifestarea unilaterală de voinţă prin care creditorul îl atenţionează pe debitor şi îi cere imperativ să execute prestaţia sau prestaţiile la care este obligat, deoarece din uitare, neglijenţa sau voinţa deliberată nu a făcut-o până în acel moment. În dreptul nostru civil, în materie contractuală, în principiu, debitorul nu este considerat pus în întârziere prin simplul fapt al neexecutării la scadenţă a obligaţiei sale. Dimpotrivă, este necesar să fie pus în întârziere, în mod formal, adică să i se pună în vedere să execute imediat sau până la un anumit moment ceea ce datorează. Regula se explică prin prezumţia subînţeleasă ca atâta vreme cât creditorul care nu a primit prestaţia rămâne în pasivitate, neexecutarea sau întârzierea în executare nu i-a provocat niciun prejudiciu şi că a consimţit tacit la prorogarea scadenţei datoriei debitorului.[3] În cazul răspunderii civile delictuale, debitorul este de drept în întârziere, despăgubirea fiind datorată de autorul faptei ilicite cauzatoare de prejudicii, fără punerea în întârziere.

O altă deosebire dintre cele două forme de răspundere civilă se referă la situaţia când fapta ilicită a fost comisă de mai mulţi autori. În cazul răspunderii civile delictuale obligaţia de reparaţie a coautorilor este solidară. Articolul 1382 din Noul Cod civil stipulează că „cei care răspund pentru o faptă prejudiciabilă sunt ţinuţi solidar la reparaţie faţă de cel prejudiciat". În reglementarea anterioară, respectiv Codul Civil de la 1864, la articolul 1003 se prevedea: Când delictul sau cvasi-delictul este imputabil mai multor persoane, aceste persoane sunt ţinute solidar pentru despăgubire". Obligaţia este solidară între debitori atunci când toţi sunt obligaţi la aceeaşi prestaţie, astfel încât

---

[1] C. Stătescu, C. Bârsan, *Tratat de drept civil. Teoria generală a obligaţiilor*, Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2008, p. 138.

[2] M.N. Costin, Călin M. Costin, *Dicţionar de drept civil de la A la Z,* ediţia a 2-a, Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2007, p. 816.

[3] L. Pop, *Tabloul general al răspunderii civile în textele noului cod civil,* în Revista Română de drept privat, nr. 1/2010, p. 217.

fiecare poate să fie ţinut separat pentru întreaga obligaţie, iar executarea acesteia de către unul dintre codebitori îi liberează pe ceilalţi faţă de creditor (1443 NCC). Solidaritatea pasivă legală este o veritabilă garanţie pentru realizarea creanţei, împotriva riscului insolvabilităţii, instituind obligaţia pentru fiecare debitor solidar de a repara întreg prejudiciul. Ulterior, debitorul are dreptul la o acţiune în regres îndreptată împotriva codebitorilor, prin care recuperează o parte din despăgubiri, potrivit aportului fiecăruia. În cadrul raportului obligaţional, plata integrală a despăgubirilor făcută creditorului de către unul dintre codebitori îi eliberează pe ceilalţi.[1] În materia răspunderii contractuale, în principiu, obligaţiile debitorilor sunt divizibile. „Obligaţia este divizibilă între mai mulţi debitori atunci când aceştia sunt obligaţi faţă de creditor la aceeaşi prestaţie, dar fiecare dintre ei nu poate fi constrâns la executarea obligaţiei decât separat şi în limita părţii sale din datorie". (art. 1422 alin. 1 NCC). Potrivit art. 1445 din Noul Cod civil „solidaritatea dintre debitori nu se prezumă. Ea nu există decât atunci când este stipulată expres de părţi ori este prevăzută de lege", în timp ce Codul civil de la 1864 în art. 1041 prevedea că: „Obligaţia solidară nu se prezumă, trebuie să fie stipulată expres".

O altă deosebire între cele două tipuri de răspundere se referă la convenţiile de nerăspundere. În materie delictuală, convenţiile de nerăspundere intervenite înainte de săvârşirea faptei sunt în principiu nule, în timp ce în materie contractuală, clauzele de nerăspundere sunt valabile în anumite limite, părţile prin convenţia lor putând modifica, cu anumite limite, dispoziţiile legale privitoare la consecinţele neexecutării obligaţiilor de către debitor. Prin clauzele contractuale părţile pot conveni să mărească sau să restrângă cuantumul despăgubirilor. Părţile contractuale pot stipula de asemenea, pentru ipoteza nerespectării obligaţiilor asumate, sancţiuni care sunt străine răspunderii civile delictuale, cum ar fi clauza penală.

Referinţe bibliografice:

1. **Angheni Smaranda**, *Drept civil. Teoria generală a obligaţiilor*, Editura Oscar Print, Bucureşti, 1993.
2. **Angheni Smaranda**, *Clauza penală în dreptul civil şi comercial*, Editura Oscar Print, Bucureşti, 1996.
3. **Albu Ioan**, *Drept civil. Contractul şi răspunderea contractuală*, Editura Dacia, Cluj-Napoca, 1994.
4. **Anghel M. Ion, Deak Francisc, Popa F. Marin**, *Răspunderea civilă*, Editura Ştiinţifică, Bucureşti, 1970.
5. **Boroi Gabriel, Stănciulescu Liviu**, *Instituţii de drept civil în reglementarea noului Cod civil*, Editura Hamangiu, Bucureşti, 2012.
6. **Boilă Lacrima Rodica, Fl. A. Baias, Chelaru E., Constantinovici R., Macovei I. (coordonatori)**, *Noul Cod civil – Comentariu pe articole,* art. 1-2664, Editura C.H. Beck, Bucureşti, 2012.
7. **Costin N. Mircea, Costin M. Călin**, *Dicţionar de drept civil de la A la Z,* ediţia a 2-a, Editura Hamangiu, Bucureşti, 2007, p. 816-817.
8. **Costin N. Mircea, Costin M. Călin**, *Dicţionar de dreptul afacerilor*, Ediţia a 2-a, Editura Hamangiu, Bucureşti, 2012, p. 775.

[1] L.C. Boilă, *Noul Cod civil – Comentariu pe articole,* art. 1-2664, Ed. C.H. BECK, Bucureşti, 2012, p. 1457.

9. **Durac Gheorghe**, *Noul Cod civil, Comentarii, doctrină şi jurisprudenţă, vol. II., art. 953-1649, Moşteniri şi liberalităţi, Obligaţii,* Editura Hamangiu, Bucureşti, 2012.

10. **Eliescu Mihail**, *Răspunderea civilă delictuală*, Editura Academiei Republicii Socialiste România, Bucureşti, 1972.

11. **Fărcaş Augustin Vasile**, *Teoria generală a dreptului*, Editura Universul juridic, Bucureşti, 2011.

12. **Lupan Ernest**, *Răspunderea civilă*, Editura Accent, Cluj Napoca, 2003.

13. **Pop Liviu**, *Tabloul general al răspunderii civile în textele noului cod civil,* articol publicat în Revista română de drept privat, nr. 1/2010.

14. **Pop Liviu, Popa Ionuţ-Florin, Vidu Stelian Ioan**, *Tratat elementar de drept civil. Obligaţiile*. Editura Universul Juridic, Bucureşti, 2012.

Responsabilitatea operatorilor în materia siguranței produselor alimentare, între norme tehnice şi norme juridice: sistemul HACCP

Maria Carolina ***NIȚĂ****

The Abstract: *HACCP este un acronim pentru "Hazard Analysis and Critical Control Points", care traduce în limba română prin "Analiza riscurilor. Punctele critice de control". Sistemul HACCP este o metodă foarte valoroasă de abordare a calităţii igienice a produselor alimentare, practic, cel mai eficient mijloc de garantare a siguranţei produselor alimentare. Acest sistem constituie o metodă preventivă de control a siguranţei produselor alimentare ce deplasează centrul de greutate de la controlul la "capăt de linie" spre o metoda pro-activă, preventivă, de control al pericolelor potenţiale, care are ca deviză de bază: "Fă totul bine de prima oară şi tot timpul şi vei avea un produs final sigur pentru consum".*

Key Words: *Hazard Analysis and Critical Control Points, analiza riscurilor, puncte critice de control, risc potenţial relevant, întreprindere din sectorul alimentar, siguranţa produselor alimentare, autogestiune, ghid de bune practice, certificare.*

Sistemul HACCP a fost pus în aplicare pentru prima dată în anul 1959 de către compania Pillsbury în proiectele sale de cercetare şi realizare a produselor alimentare destinate programelor spaţiale americane. La fundamentarea metodei au colaborat: Agenţia Naţională pentru Aeronautică şi Spaţiul Cosmic al SUA (NASA), laboratoarele Natick ale Armatei SUA şi Grupul de Proiectare pentru Laboratoarele spaţiale ale Forţelor aeriene ale SUA.

Metoda HACCP a fost pentru prima dată prezentată public la Conferinţa Naţională pentru Protecţia Alimentelor din 1971 în urma căreia compania Pillsbury a obţinut contractul pentru pregătirea specialiştilor în rândul FDA (*Food and Drugs Administation a SUA*) pentru aplicarea HACCP. În 1980 Comisia ICMSF (*International Comission on Microbiological Specification of Food*) a OMS a elaborat un raport privind aplicarea HACCP. Liniile directoare pentru aplicarea sistemului de analiză a riscurilor prin puncte critice de control a fost adoptată la cea de-a XX a sesiune a Comisiei Codex Alimentarius în anul 1993.

De atunci, un număr din ce în ce mai mare de agenţi economici din sectorul alimentar s-au folosit sistemul HACCP pentru a asigura siguranţa şi igiena alimentelor pe care le produc pentru consumatorii de pretutindeni[1].

---

* Assistant Professor PhD, Titu Maiorescu University, Faculty of Law, 187 Calea Văcăreşti, 040051 Bucarest, Romania, e-mail: av.carolina.nita@gmail.com

[1] McSwane David; Linton Richard, *Issues and concerns în HACCP development and implementation for retail food operations,* Journal of Environmental Health; Jan/Feb 2000; 62, 6; ProQuest Central*, p.* 15.

Sistemul HACCP, ca *mijloc de gestiune a siguranţei alimentului*, utilizează măsuri specifice de ţinere sub control a Punctelor Critice de Control în timpul procesului de transformare a produselor, în scopul evitării compromiterii siguranţei alimentelor.

Termenii principali cu care operează sistemul HACCP sunt:

- *pericol potenţial relevant pentru siguranţa alimentului*: agent biologic, chimic, sau fizic prezent în produsul alimentar, sau stare a produsului alimentar, cu potenţial de a determina un efect negativ asupra sănătăţii;
- *risc potenţial relevant*: probabilitatea apariţiei unui efect nociv pentru sănătate, precum şi severitatea acestui efect ca urmare a expunerii la un pericol;
- „*Critical control point*" („Punct critic de control"): etapă (de siguranţa alimentului) în care se poate aplica controlul şi care este esenţială pentru a preveni, sau elimina un pericol pentru siguranţa alimentului sau de a-l reduce la un nivel acceptabil;

HACCP este definit ca fiind *studiul probabilităţii că un pericol potenţial relevant pentru sănătatea consumatorului, în anumite condiţii, să depăşească un prag limită şi în funcţie de gravitate şi frecvenţa de manifestare să se transforme într-un risc potenţial pentru sănătatea omului în momentul consumului*. Acest studiu al probabilităţii se efectuează în Puncte Critice de Control (PCC).

HCCP este de obicei întemeiat pe trei principii esenţiale:

a) identificarea şi evaluarea riscurilor asociate cu orice fază de producţie, de la creşterea plantelor şi a animalelor până la consumul produsului finit;

b) determinarea aşa-numitelor puncte critice prin care se pot ţine sub control riscurile identificate;

c) implementarea unui sistem de monitorizare a punctelor critice.

Aceste principii se concretizează la rândul lor într-un plan de aplicare a HACCP care constă în *5 paşi preliminari*[1]:

1. formarea echipei HACCP;
2. descrierea produsului;
3. identificarea destinaţiei sale de utilizare;
4. realizarea diagramei de flux tehnologic şi a schemei de instalaţie;
5. confirmarea, la faţa locului, a diagramei de flux tehnologic şi a schemei de instalaţie;

şi în *7 principii:*

1. analiza riscurilor asociate oricărei faze a procesului;
2. determinarea punctelor critice de control;
3. stabilirea limitelor critice;
4. stabilirea sistemului de monitorizare;
5. stabilirea acţiunilor corective;
6. stabilirea procedurilor de verificare;
7. stabilirea sistemului de gestionare a documentaţiei.

Pe baza acestor paşi preliminari şi a acestor principii se va putea realiza, în cadrul agenţilor economici ce operează în domeniul alimentar, planul HACCP şi revizuirea sa periodică[2].

---

[1] V.A Scipioni – D. Andreazza, *Il sistema HACCP*, Milano 1997, rist.2001, p. 58.

[2] Art. 5 din Regulamentul (CE) nr. 852/2004 privind igiena produselor alimentare, operează în prezent o sinteză între principiile generale, unii dintre paşii preliminari şi principiile planului HACCP, acolo unde stabileşte că punctele fundamentale de sprijin ale sistemului sunt următoarele:

a) identificarea oricăror riscuri care trebuie prevenite, eliminate sau reduse la un nivel acceptabil;

Principalele particularităţi ale sistemul HACCP sunt următoarele: sistemul se bazează pe prevenţie, reducând dependenţa produselor finite de inspecţii şi teste; poate fi aplicat pe tot lanţul alimentar, de la producerea materiei prime, până la consumator; contribuie la ameliorarea siguranţei alimentelor; permite o mai bună utilizare a resurselor şi realizarea de economii pentru industria alimentară; asigură o reacţie rapidă faţă la problemele şi problematica siguranţei alimentelor şi presupune angajarea totală şi implicarea managementului şi a forţei de muncă.

Sistemul HACCP a fost valorificat progresiv în diverse state ale lumii şi, în final a fost însuşit şi de Comisia Europeană, care a emis în acest sens o directivă, numită directiva privind HACCP (Directiva 93/43/CEE a Consiliului din 14 iunie 1993, actualmente abrogată), la care s-a aliniat şi România, prin adoptarea Hotărârii nr. 924 din 11 august 2005 privind aprobarea Regulilor generale pentru igiena produselor alimentare[1].

Anterior transpuneri directivei, în sistemul de drept român au existat şi alte reglementări privind control autogestionat în sectorul alimentar, cum ar fi, spre exemplu, HG nr. 1198/2002 privind aprobarea Normelor de igienă a produselor alimentare[2]. Articolul 4 din această hotărâre prevedea obligativitatea pentru operatorii din sectorul alimentar de a identifica activităţile care sunt determinante pentru securitatea alimentară şi de a garanta că procedurile de securitate corespunzătoare sunt stabilite, implementate, menţinute şi revizuite pe baza principiilor utilizate în sistemul de analiză a riscurilor şi punctelor critice de control (HACCP).

Directiva 93/43/CEE a constituit un act normativ de referinţă în instituirea sistemului HACCP în materia siguranţei produselor alimentare, cu aplicaţie generală pentru întreaga producţie alimentară, cu excepţia sectorului agricol. Conform directivei, orice producător din sectorul alimentar, în măsura în care nu era şi consumator final, avea *obligaţia* de a respecta normele privind HACCP ca şi pe cele privind trasabilitatea produselor. Orice "*industrie alimentară*" – în sensul în care Directiva 93/43/CEE[3] folosea această expresie, similară cu cea definită în art. 3 din Regulamentul (CE) nr. 178/2002[4] ca fiind "*întreprindere din sectorul alimentar*" – trebuia *să garanteze igiena*

---

b) identificarea punctelor critice de control în etapa sau etapele în care controlul este esenţial pentru a preveni sau elimina riscul sau pentru a-l reduce la un nivel acceptabil;

c) stabilirea unor limite critice la punctele critice de control capabile să separe domeniul acceptabil de cel inacceptabil în scopurile prevenirii, eliminării sau reducerii riscurilor identificate;

d) stabilirea şi aplicarea procedurilor eficiente de monitorizare în punctele critice de control;

e) stabilirea acţiunilor corective pentru cazurile în care în urma monitorizării rezultă că un punct critic nu este controlat;

f) stabilirea unor proceduri, de aplicat periodic, pentru a se verifica funcţionarea efectivă a măsurilor menţionate la literele a) - e); şi

g) definirea unor documente şi evidenţe în funcţie de natura şi dimensiunea întreprinderii din sectorul alimentar pentru a demonstra aplicarea efectivă a măsurilor menţionate la literele a) şi f)".

[1] Publicată în M.Of. nr. 804/05.09.2005.

[2] act publicat în M. Of. nr. 866/ 02.12. 2002.

[3] Art. 2, lit. b), defineşte industria alimentară drept "*orice întreprindere publică sau privată, cu sau fără scop lucrativ, care desfăşoară una sau mai multe dintre următoarele activităţi: prepararea, prelucrarea, fabricarea, ambalarea, depozitarea, transportul, distribuţia, manipularea, vânzarea sau livrarea, inclusiv consumul de produse alimentare*". Prin urmare, noua reglementare implică toate activităţile asociate cu produsele alimentare.

[4] Regulamentul (CE) nr. 178/2002 al Parlamentului European şi al Consiliului, de stabilire a principiilor şi a cerinţelor generale ale legislaţiei alimentare, de instituire a Autorităţii Europene pentru Siguranţa Alimentară şi de stabilire a procedurilor în domeniul siguranţei produselor alimentare, publicat în JO L 031, 01/02/2002, p. 0001 – 0024.

produselor alimentare, ce consta în "*igiena, măsurile şi condiţiile necesare pentru controlul riscurilor şi pentru a se asigura calitatea de propriu pentru consum uman a unui produs alimentar, în concordanta cu destinaţia prestabilita a acestuia*" [art. 2, pct. 1 lit. a) din HG nr. 924/2005[1]]. Măsurile pe care operatorii din domeniu trebuiau să le garanteze, conform directivei [preluate ulterior de Regulamentul (CE) nr. 852/2004[2]], interesau "*toate etapele ulterioare producţiei primare, care include printre altele recoltarea, sacrificarea, mulsul, şi mai precis: prelucrarea, fabricarea, ambalarea, depozitarea, transportul, distribuţia, manipularea, vânzarea sau livrarea, inclusiv administrarea, la consumator*".

La nivel naţional, HG nr. 924/2005 instituia la art. 3 o *obligaţie generală* a operatorilor cu activitate în domeniul alimentar, de a se asigura că toate etapele de producţie, de procesare şi de distribuţie a alimentelor ce sunt sub controlul acestora satisfac cerinţele aferente de igienă, stabilite prin acest act normativ.

Prin Regulamentul (CE) nr. 852/2004 - care a înlocuit la nivel naţional HG nr. 924/2005 - s-au prevăzut anumite excluderi de la respectarea sistemului HACCP. În acest sens, art. 1 alin. (2) exclude din sfera de aplicare a regulamentului: producţia primare pentru consum privat; pregătirea, manipularea sau depozitarea produselor alimentare pentru consum privat; livrările directe, de către producător, a unor cantităţi mici de produse primare consumatorilor finali sau unităţilor locale de desfacere cu amănuntul; centrele de colectare şi tăbăcăriile care intră în categoria întreprinderilor din sectorul alimentar numai datorită faptului că utilizează materii brute pentru producţia de gelatină sau colagen. Potrivit regulamentului, revenea statelor membre obligaţia de a emite reglementări pentru garantarea siguranţei în domeniul producţiei primare, a pregătirii, manipulării sau depozitării alimentelor pentru consum privat – cel mai adesea operată de către operatorii din domeniul agroturistic - cât şi a livrărilor directe către consumatorii finali a unor cantităţi mici de produse primare. Totuşi, este de remarcat că derogarea de la regulament nu include şi *furnizarea de produse prelucrate*, şi ea destul de amplu desfăşurată, mai ales de structurile agroturistice. Explicaţia are la bază faptul că excluderea vizează numai "produsele primare" nu şi pe cele prelucrate.

Actualmente, regulile HACCP sunt completate într-o oarecare măsură de cele enunţate prin Regulamentul (CE) nr.178/2002. Condiţiile pe care art. 14 al acestui act normativ le impune produselor alimentare sunt, sub aspectul igienic, corelate în mod inevitabil cu cele stabilite prin Regulamentul (CE) nr. 852/2004.

Activităţile supuse controlului, sunt definite cu precizie în "*Liniile directoare privind aplicarea sistemului HACCP" conţinute în " Recommended International Code of Practice - General Principles of Food Hygiene mCAC/RCP 1 – 1969, Rev.4 – 2003*" (Codul internaţional de practici – Principii generale privind igiena produselor alimentare) din *Codex Alimentarius*.

În Codul internaţional de practici, se precizează printre altele, că metodele şi principiile pe care acesta se fundamentează ar trebui să fie aplicate cu suficientă elasticitate, astfel încât să poată fi adaptate pentru fiecare situaţie în parte.

Punerea în practică a sistemului HACCP, presupune ca orice întreprindere din sectorul alimentar să numească *un responsabil* care să identifice în activitatea sa orice fază ce s-ar putea dovedi critică pentru siguranţa produselor alimentare şi care să

---

[1] Hotărârea nr. 924 din 11 august 2005 privind aprobarea Regulilor generale pentru igiena produselor alimentare, publicată în M. Of. nr. 804 din 5 septembrie 2005.

[2] Regulamentul (CE) nr. 852/2004 privind igiena produselor alimentare, publicat în JO L 139, 30.4.2004, p. 1.

garanteze că sunt identificate, aplicate, menţinute şi actualizate procedurile adecvate de siguranţă[1].

Responsabilul are obligaţia de a ţine sub observaţie întregul proces, de la primirea materiilor prime, la etapele de prelucrare, la depozitare şi la expediere, controlul urmând a se realiza şi prin:

- selectarea furnizorilor, pentru a-i elimina pe cei care nu pot oferi suficiente garanţii de igienă a mărfurilor trimise de ei întreprinderii;
- controlarea tuturor fazelor procesului productiv, cu scopul de a identifica eventuale momente în care este posibilă o poluare microbiană;
- verificarea salubrităţii spaţiilor unde sunt conservate materiile prime alimentare, produsele intermediare sau cele finite, pentru a identifica eventualele carenţe de igienă ale acestora;
- constatarea igienităţii mijloacelor de transport cu ajutorul cărora sunt primite materiile prime alimentare şi expediate produsele întreprinderii, etc.

Această activitate de control trebuie să conducă la eliminarea tuturor riscurilor mai sus menţionate, prin intervenţii de orice tip destinate acestui scop. *Mutatis mutandis*, în mod similar trebuie să se comporte şi responsabilul întreprinderii din sectorul alimentar care desfăşoară o activitate diferită de cea de producţie.

Tot responsabilul este persoana care trebuie să ţină la dispoziţia autorităţii de control *un document* conţinând identificarea, efectuată de el, a fazelor critice ale procesului, a procedurilor de control instituite, a constatărilor eventualelor puncte critice în care s-au evidenţiat riscuri de infecţii microbiene şi a termenelor date pentru eliminarea pericuzităţii punctelor menţionate, precum şi înregistrarea efectivei eliminări realizate. Spre exemplu, dacă în procesul de producţie responsabilul a observat că în utilajul X se află un punct în care există risc de infecţie microbiană din cauza proastei ventilări a acestuia, trebuie să menţioneze acest fapt şi să stabilească termenii eliminării acestuia, iar în cadrul termenelor date să menţioneze că eliminarea s-a produs.

În acelaşi fel, *mutatis mutandis*, va trebui să se comporte şi responsabilul cu conservarea, depozitarea, transportul produselor alimentare, etc.

Atunci când în urma autocontrolului descris ca mai sus, se constată că produsele pot prezenta riscuri imediate pentru sănătate, operatorul economic are obligaţia de a proceda la retragerea imediată a produselor de pe piaţă ca şi a celor obţinute sau conservate, etc. în aceleaşi condiţii de risc. Pe această line, art. 19 şi 20 din Regulamentul (CE) nr. 178/2002 instituie în sarcina operatorului din sectorul alimentar[2] (şi a hranei pentru animale) atunci când consideră sau are motive sa creadă că un produs alimentar (sau o anumită hrană pentru animale) pe care l-a importat, produs, prelucrat, fabricat sau distribuit nu satisface cerinţele privind siguranţa produselor alimentare (ori a hranei pentru animale), de a proceda la retragerea produsului, de a avertiza autorităţile competente şi de a comunica consumatorilor, dacă produsul ar fi putut ajunge la aceştia,

---

[1] Procedurile adecvate de siguranţă constau în: analiza potenţialelor riscuri microbiologice ale produselor alimentare; identificarea punctelor în care pot apărea riscuri pentru produsele alimentare; deciziile de adoptat cu privire la punctele critice identificate; identificarea şi aplicarea de proceduri de control şi de supraveghere a punctelor critice; reexaminarea periodică sau cu ocazia unor schimbări în orice proces şi în tipologia de activitate, în analiza riscurilor, la punctele critice şi la procedurile de control şi de monitorizare.

[2] Această persoană coincide cu titularul sau cu reprezentantul legal al întreprinderii, în entităţile productive mici şi mijlocii; în schimb, nu e neapărat să fie aşa în întreprinderile mari. şi în orice caz este vorba de o coincidenţă de simplu fapt deoarece, din punct de vedere juridic, întreprinderea alimentară şi operatorul sunt figuri distincte. (…)

în mod eficient şi precis, motivul retragerii. Cu scopul de a facilita măsurile descrise mai sus, statele membre pot elabora *ghiduri de bună practică pentru igienă* prin grija sectoarelor interesate (de exemplu, industria de panificaţie, morărit, industria prelucrării cărnii, peştelui, laptelui, legumelor şi fructelor, marile magazine alimentare, etc.).

Elaborarea ghidurilor de bună practică pentru igienă şi pentru aplicarea principiilor HACCP este prevăzută în articolele 7-9 din Regulamentul (CE) nr.852/2004. Deşi reprezintă un instrument voluntar, aceste ghiduri permit sectoarelor alimentare (la nivelul producţiei primare şi după producţia primară) să descrie în detaliu modul în care pot respecta operatorii cerinţele legale exprimate în termeni mai generali în cadrul regulamentului.

În noile norme de igienă alimentară, sunt stabilite o serie de cerinţe care:

• lasă loc decizie libere a operatorului din sectorul alimentar, scop care, sunt introduşi în regulament termenii „dacă este necesar", „după caz", „adecvat" şi „suficient"[1] sau

• sunt formulate ca un obiectiv de atins, dar în care operatorul din sectorul alimentar trebuie să dezvolte şi să pună în aplicare mijloacele pentru a atinge obiectivul[2].

Ghidurile de bună practică reprezintă un instrument util pentru a sprijini operatorii din sectorul alimentar în emiterea unei judecăţi privind necesitatea, caracterul corespunzător, caracterul adecvat sau suficienţa unei anumite cerinţe[3] şi în stabilirea mijloacelor de atingere a obiectivelor definite în regulament[4].

Ghidurile pot include, de asemenea, în mod util, proceduri care trebuie să asigure o aplicare corectă a regulamentului[5].

Operatorii din sectorul alimentar se pot referi atât la ghidurile naţionale cât şi la cele comunitare.

Conform art. 8 Regulamentul (CE) nr.852/2004 elaborarea ghidurilor naţionale de bună practică se realizează prin consultarea cu reprezentanţii părţilor ale căror interese pot fi serios afectate, cum ar fi autorităţile competente şi asociaţiile consumatorilor, cu respectarea codurilor de practică aplicabile ale Codex Alimentarius şi atunci când acestea se referă la producţia primară şi activităţile conexe enumerate în anexa I din regulament, ţinând seama de recomandările prevăzute de partea B a acestei anexe.

Statele membre au rolul de a evalua ghidurile naţionale pentru a se asigura că, conţinutul lor poate fi aplicat în practică, că au fost elaborate ţinând seama de principiile generale de igienă alimentară ale *Codex Alimentarius* şi că toate părţile interesate au fost consultate. Ghidurile naţionale considerate a fi conforme sunt transmise Comisiei, care le consemnează într-un registru.

Dacă un stat membru sau Comisia consideră că sunt necesare ghiduri comunitare uniforme, Comisia examinează oportunitatea acestora. Comitetele permanente care

---

[1] De exemplu, „trebuie să existe un număr adecvat de chiuvete" sau „curăţarea şi dezinfecţia echipamentelor trebuie să aibă loc cu o frecvenţă suficient de mare pentru a se evita orice risc de contaminare"

[2] De exemplu, cu privire la tratarea termică în recipiente închise ermetic, „orice tratament are scopul de a preveni contaminarea produsului în timpul procesului"

[3] De exemplu, pentru a indica ce înseamnă un număr adecvat de chiuvete

[4] De exemplu, pentru a indica frecvenţa cu care trebuie curăţate şi dezinfectate echipamentele

[5] Spre exemplu:

• proceduri de prevenire a introducerii de pericole la nivelul producţiei primare,

• o procedură pentru curăţarea şi dezinfecţia întreprinderilor din sectorul alimentar,

• o procedură de combatere a dăunătorilor şi

• o procedură care să asigure îndeplinirea cerinţei de a elabora proceduri bazate pe HACCP.

asistă Comisia se asigură că, conţinutul acestor ghiduri poate fi aplicat în practică, că au fost elaborate ţinând seama de principiile generale de igienă alimentară ale Codex Alimentarius şi de ghidurile naţionale, precum şi că toate părţile interesate au fost consultate.

Caracterul fundamental al sistemului HACCP, aşa cum a fost realizat în dreptul UE şi transpus în sistemul de drept român, constă în stabilirea regulilor de control al procesului ce au drept scop să reducă riscurile provenite de la produsele alimentare şi să asigure funcţionarea sistemului fundamentat pe autocontrol, chiar dacă este vorba de un autocontrol impus. După cum se poate uşor constata, sistemul - care în mod sigur este în stare să evite la maxim riscul microbiologic la produsele obţinute acolo unde el se aplică - constituie, *o obligaţie economică importantă*, care este cu atât mai justificată, cu cât cantitatea de produs obţinut este mai mare.

Sistemul HACCP se completează, în prezent, cu sistemul certificărilor de proces[1] privind proiectarea şi realizarea unui sistem de autocontrol bazat pe metoda HACCP, care permite întreprinderilor ce aplică corect sistemul HACCP şi în conformitate cu normativa UNI să obţină certificarea igienei procesului de producţie. Desigur, ceea ce poate apărea ca o metodă de gestiune corectă a sistemului de producţie sfârşeşte prin a deveni şi (sau mai ales) un instrument de promovare a imaginii întreprinderii din sectorul alimentar şi a produsului pe care aceasta îl vinde. În esenţă, această certificare este adesea văzută de consumator ca şi cum ar fi o certificare a produsului. Această normă UNI întregeşte principiile sistemului HACCP cu cele ale seriei ISO 9000. Ceea ce este important este faptul că aceasta se aplică şi producţiei agricole primare, tot astfel cum Regulamentul (CE) nr. 178/2002 introduce producţia primară în conceptul de întreprindere din sectorul alimentar. În sfârşit, este necesar ca procedurile să fie documentate în mod adecvat, iar sistemul să fie supus verificărilor şi ajustărilor periodice[2].

În unele cazuri specifice, cum ar fi *producţia de produse tradiţionale*[3], implementarea sistemul HACCP ar duce la dispariţia unor astfel de alimente tradiţionale.

Pentru acest tip de produse, legislaţia UE[4] permite statelor membre să acorde derogări[5] în sensul de a acorda întreprinderilor dreptul de a produce, conserva şi prepara prin metode specifice, conform uzanţelor consolidate, produsele tradiţionale, cu scopul de a le păstra caracteristicile proprii specifice.

---

[1] Vezi norma UNI 10854

[2] Luigi Costato, Paolo Borghi, Sebastiano Rizzioli, *Compendio di Diritto Alimentarre*, quinta edizione, Ed. Cedam 2011, p. 401.

[3] Produsele alimentare care au caracteristici tradiţionale sunt produsele alimentare fabricate în mod tradiţional în statele membre, care: (a) sunt recunoscute istoric ca produse tradiţionale sau (b) sunt fabricate în conformitate cu referinţele tehnice la un procedeu tradiţional codificate sau înregistrate sau în conformitate cu metode de fabricaţie tradiţionale (d) se disting în mod clar de alte produse similare aparţinând aceleiaşi categorii sau (c) sunt protejate ca produse alimentare tradiţionale prin legislaţia UE, naţională, regională sau locală.

[4] În ceea ce priveşte produsele alimentare cu caracteristici tradiţionale protejate de legislaţia UE, specialităţile tradiţionale garantate (STG) înregistrate în temeiul Regulamentului (CE) nr. 509/2006 şi denumirile de origine protejate (DOP), precum şi indicaţiile geografice protejate (IGP) fabricate în mod tradiţional în temeiul Regulamentului (CE) nr. 510/2006 şi ar putea beneficia de derogările respective.

[5] În categoria unor astfel de derogări intră (a se vedea art. 3 din Norma sanitar veterinară şi pentru siguranţa alimentelor adoptată prin Ordinul 34/2008): a) materialele din care sunt confecţionate pavimentele; b) materialele din care sunt confecţionaţi pereţii; c) materialele din care sunt confecţionate plafoanele sau, dacă nu există plafon, suprafaţa interioară a acoperişului; d) materialele din care sunt confecţionate ferestrele şi celelalte deschideri.

În sistemul nostru naţional, derogări de la aplicarea sistemului HACCP pentru produsele tradiţionale sunt reglementate prin Ordinul nr. 34/2008[1] emis de Autoritatea Naţională Sanitar Veterinară şi pentru Siguranţa Alimentelor. În conformitate cu art. 2 din acest Ordin, produsele alimentare ce prezintă caracteristici tradiţionale şi pentru care se pot solicita derogări, sunt cele atestate de Ministerul Agriculturii şi Dezvoltării Rurale, în conformitate cu prevederile Ordinului ministrului agriculturii, pădurilor şi dezvoltării rurale nr.690/2004 pentru aprobarea Normei privind condiţiile şi criteriile pentru atestarea produselor tradiţionale[2].

Pentru acordarea derogărilor de la Regulamentul (CE) nr. 852/2004 şi în vederea înregistrării sanitare veterinare şi pentru siguranţa alimentelor a unităţilor în care se realizează produse alimentare care prezintă caracteristici tradiţionale, operatorul din domeniul alimentar trebuie să înainteze direcţiei sanitar-veterinară şi pentru siguranţa alimentelor judeţene, respectiv a municipiului Bucureşti, o cerere însoţită de documente justificative[3].

Procedural, cererea de acordare a derogărilor şi înregistrarea sanitar veterinare şi pentru siguranţa alimentelor se soluţionează de direcţia sanitar-veterinară şi pentru siguranţa alimentelor judeţeană, respectiv a municipiului Bucureşti, în a cărei rază teritorială este amplasată unitatea, în termen de 30 de zile lucrătoare de la data înregistrării acesteia, prin efectuarea unor verificări la faţa locului[4].

Rezultatul verificărilor faptice se înscriu într-o "notă de constatare"[5], în urma căreia pot fi dispuse sunt următoarele măsuri: respingerea cererii de derogare şi de înregistrare

---

[1] Ordinul nr. 34 din 14.04.2008 pentru aprobarea Normei sanitare veterinare şi pentru siguranţa alimentelor privind acordarea de derogări unităţilor care realizează produse alimentare ce prezintă caracteristici tradiţionale de la cerinţele menţionate în Regulamentul Parlamentului European şi al Consiliului nr. 852/2004/CE privind igiena produselor alimentare, precum şi de stabilire a procedurii de acordare a derogărilor şi de înregistrare sanitară veterinară şi pentru siguranţa alimentelor a unităţilor în care se realizează produse alimentare ce prezintă caracteristici tradiţionale, Publicat în M.Of., Partea I nr. 313 din 22.04.2008.

[2] Ordinul 690/2004 publicat în M. Of. al României, Partea I, nr. 938 din 14 octombrie 2004

[3] Conform art. 4 alin. (2) din Norma sanitară veterinară şi pentru siguranţa alimentelor adoptată prin Ordinul nr. 34/2008, documentele care însoţesc cererea-tip pentru acordarea derogărilor şi înregistrarea sanitară veterinară şi pentru siguranţa alimentelor sunt următoarele: "*atestat produse tradiţionale*", eliberat de Ministerul Agriculturii şi Dezvoltării Rurale în conformitate cu prevederile Ordinului ministrului agriculturii, pădurilor şi dezvoltării rurale nr. 690/2004 pentru aprobarea Normei privind condiţiile şi criteriile pentru atestarea produselor tradiţionale, publicat în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 938 din 14 octombrie 2004; schiţa unităţii, care trebuie să cuprindă: încăperile în care se prepară, se tratează sau se prelucrează şi se depozitează produsele alimentare ce prezintă caracteristici tradiţionale; descrierea detaliată a etapelor procedeului tradiţional de obţinere a produsului, precum şi a echipamentelor, instrumentelor şi ustensilelor folosite pentru obţinerea acestuia; certificatul constatator de înregistrare a operatorului din domeniul alimentar, eliberat de oficiul registrului comerţului judeţean sau al municipiului Bucureşti, în a cărui rază teritorială este amplasată unitatea pentru care se solicită acordarea derogărilor.

[4] Personalul de specialitate din cadrul direcţiei sanitar-veterinare şi pentru siguranţa alimentelor judeţene, respectiv a municipiului Bucureşti, în a cărei rază teritorială este amplasată unitatea pentru care se solicită acordarea derogărilor are obligaţia de a verifica la faţa locului atât realitatea datelor înscrise în documentele prevăzute la art. 4 alin. (2) din Ordinul nr. 34/2008 cât şi conformitatea cu cerinţele prevăzute la cap. IV acelaşi act normativ.

[5] Nota de constatare se întocmeşte conform modelului din anexa nr. 2 din Norma sanitară veterinară şi pentru siguranţa alimentelor, se redactează în două exemplare, care se semnează de medicul veterinar oficial/inspectorul pentru siguranţa alimentelor şi de reprezentantul legal al unităţii, din care un exemplar rămâne la unitate şi unul la direcţia sanitar-veterinară şi pentru siguranţa

sanitar veterinară şi pentru siguranţa alimentelor a unităţii, atunci când se constată că datele înscrise în documentele ce însoţesc cererea nu corespund sau nu sunt îndeplinite cerinţele generale pentru înregistrarea respectivei unităţi sau admiterea cererii de acordare a derogărilor şi înregistrării sanitare veterinare şi pentru siguranţa alimentelor a unităţii, dacă datele înscrise în documentele care însoţesc cererea-tip pentru acordarea derogărilor şi înregistrarea sanitară veterinară şi pentru siguranţa alimentelor corespund şi sunt îndeplinite cerinţele generale pentru înregistrare, prevăzute la art. 12 şi art. 13 din Norma sanitară veterinară şi pentru siguranţa alimentelor sau dacă unitatea a procedat la remedierea deficienţelor constatate iniţial.

În baza "notei de constatare" direcţia sanitar-veterinară şi pentru siguranţa alimentelor judeţeană, respectiv a municipiului Bucureşti, în a cărei rază teritorială este amplasată unitatea eliberează "*documentul de înregistrare sanitară veterinară şi pentru siguranţa alimentelor*" pentru unitatea în care se realizează produse alimentare ce prezintă caracteristici tradiţionale..

Unităţile care deţin atestat pentru fabricarea produselor alimentare ce prezintă caracteristici tradiţionale, care au solicitat şi au obţinut derogări de la cerinţele Regulamentului (CE) nr. 852/2004/CE, sunt înscrise într-un registru special, acordându-se pentru fiecare unitate un număr de înregistrare, precedat de literele PT (produs tradiţional).

După înregistrarea lor, unităţile ce deţin atestat pentru fabricarea produselor alimentare ce prezintă caracteristici tradiţionale sunt monitorizate constant de direcţia sanitar-veterinară şi pentru siguranţa alimentelor judeţeană, respectiv a municipiului Bucureşti existând posibilitatea eliminării lor din lista unităţilor înregistrate sanitar veterinar şi pentru siguranţa alimentelor, atunci când se constată că, în mod repetat, nu respectă prevederile norme sanitare veterinare şi pentru siguranţa alimentelor şi a legislaţiei veterinare europene în vigoare privind siguranţa alimentelor.

Acest sistem al derogărilor permite salvarea produselor de tradiţie, care nu se pot conforma sistemului HACCP pentru că modul de a le produce este incompatibil cu acesta şi pentru care, în conformitate cu Regulamentului (CE) nr. 852/2004, este posibil a se proceda la cererea de recunoaştere a inofensivităţii lor asupra siguranţei alimentare şi, prin urmare, la posibilitatea circulaţiei fie numai la nivel naţional sau chiar la nivel Uniunii Europene.

---

alimentelor judeţeană, respectiv a municipiului Bucureşti, în a cărei rază teritorială este amplasată unitatea. Nota de constatare care va cuprinde:

a) evaluarea unităţii, respectiv a încăperilor în care se prepară, se tratează sau se prelucrează şi se depozitează produsele alimentare ce prezintă caracteristici tradiţionale;

b) evaluarea materialelor din care sunt confecţionate: pavimentele, pereţii, plafoanele sau, dacă nu există plafon, suprafaţa interioară a acoperişului, ferestrele şi celelalte deschideri, uşile, echipamentele, instrumentele şi ustensilele;

c) evaluarea tratamentelor tehnologice de fierbere, pasteurizare, sterilizare, încălzire, închegare, fermentare, maturare, uscare, afumare, cerare, vântare etc., care se aplică la obţinerea produsului;

d) evaluarea măsurilor şi metodelor de curăţenie şi dezinfectare a încăperilor, echipamentelor, instrumentelor şi ustensilelor, precum şi frecvenţa punerii în aplicare a acestora, care trebuie să fie adaptate procedeului tradiţional de obţinere a produsului alimentar atestat, ţinând cont de flora ambiantă specifică;

e) evaluarea cerinţelor generale pentru înregistrarea sanitară veterinară şi pentru siguranţa alimentelor a unităţilor care deţin atestate pentru fabricarea produselor alimentare ce prezintă caracteristici tradiţionale;

f) evaluarea respectării cerinţelor relevante ale legislaţiei sanitare veterinare şi pentru siguranţa alimentelor;

În concluzie, urmează a remarca aplicarea pe larg şi cu succes în întreprinderile din sectorul alimentar, cu excepţiile analizate succint în acest material, a metodei HACCP - ca instrument de control al riscurilor alimentare - însă principiile acestei metode de sine stătătoare nu sunt suficiente, iar beneficiile ei trebuie susţinute printr-un sistem de gestionare, proceduri de trasabilitate şi comunicare între operatorii industriei alimentare şi un anumit sector, fapt ce evidenţiază necesitarea elaborării şi adoptării unor norme juridice, cu caracter obligatoriu, cât mai detaliate, privind monitorizarea internă şi controlul în toate etapele de producţie şi distribuţie a produselor alimentare.

Acknowledgements

This work was cofinanced from the European Social Fund through Sectora Operational Programme Human Resources Development 2007-2013, project number POSDRU/89/1.5/S/63258 "Postdoctoral school for zootechnical biodiversity and food biotehnology based on the eco-economy and the bio-economy required by eco-sangenesys", coordinated by the National Institute of Economic Research "Costin C. Kiriţescu", Romania, în collaboration with "Lucian Blaga" University of Sibiu"Vasile Goldiş" West University Arad, S.C. GNIR Holding S.A. and S.C. SIAT S.A.

Răspunderea civilă delictuală – formă a răspunderii juridice a producătorului pentru calitatea produselor alimentare. Faptă ilicită[1]

Mădălina ***DINU***[*]

Abstract: *Progresul social este principala cauză care a determinat extinderea sferei răspunderii civile spre zona consumatorului, respectiv al răspunderii civile a producătorului pentru calitatea produselor alimentare. Pe acest fond al dezvoltării sociale, a apărut necesitatea ocrotirii consumatorului de faptele reprobabile ale producătorului sub aspectul conformităţii produselor lansate pe piaţa alimentară, precum şi a responsabilizării acestuia, astfel încât piaţa produselor alimentare să fie protejată de incidenţa unor posibile abuzuri.*

Atunci când antamăm discuţii referitoare la răspunderea producătorului, întrebarea esenţială este legată de felul răspunderii aplicabile producătorului. Cu alte cuvinte, producătorul va răspunde pentru prejudiciul provocat ca urmare a neîndeplinirii corespunzătoare a obligaţiilor ce îi revin în virtutea calităţii sale pe tărâm delictual sau contractual? Deşi au existat opinii atât într-un sens cât şi în celălalt, Legea nr. 287/2009 privind Noul Cod Civil a edificat această problemă, stabilind, în cuprinsul art. 1349 alin. 4 faptul că "răspunderea pentru prejudiciile cauzate de produsele cu defect se stabileşte prin lege specială". Deşi aparent textul nu încadrează răspunderea producătorului în sfera răspunderii civile delictuale, totuşi art. 1349 este denumit marginal "răspunderea delictuală", astfel încât nu putem afirma decât că, intenţia legiuitorului a fost aceea de a include răspunderea producătorului în sfera răspunderii civile delictuale.

Cuvinte cheie: *răspundere, produs alimentar, produs defectuos, faptă ilicită, producător*

1. Condiţiile răspunderii civile delictuale

1.1. Aspecte generale

Indiferent de forma răspunderii civile delictuale (pentru fapta proprie sau pentru fapta unei alte persoane), resortul răspunderii rezidă în responsabilizarea persoanelor de a respecta întocmai drepturile celorlalţi, cât şi de a-şi îndeplini faţă de ceilalţi obligaţiile pe care el, la rândul său, le cere celorlalţi a le respecta.

Cu alte cuvinte, atunci când omul încalcă dreptul celorlalţi neîndeplinindu-şi propriile obligaţii, încalcă limita libertăţii celorlalte persoane, intrând în domeniul faptului ilicit, al delictului, devenind răspunzător de urmările actelor pe care le săvârşeşte[2].

---

[1] *Acknowledgments.* This work was cofinanced from the European Social Fund through Sectoral Operational Programme Human Resources Development 2007-2013, project number *POSDRU/ CPP107/DMI 1.5/S/77082,* "Doctoral Scholarships for eco-economy and **bio-**economic complex training to ensure the food and feed safety and security of anthropogenic ecosystems".

[*] Asistent universitar drd., Universitatea "TITU MAIORESCU" - Facultatea de Drept.

[2] C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, *Tratat de drept civil român*, vol. II, Ed. All, 1998, p. 466.

Dispoziţiile Codului Civil preiau principiile şi fundamentele enunţate, dispunând în cuprinsul art. 1349 asupra faptului că "*orice persoană are îndatorirea să respecte regulile de conduită pe care legea sau obiceiul locului le impune şi să nu aducă atingere, prin acţiunile sau inacţiunile sale, drepturilor sau intereselor legitime ale altor persoane"*. Prin urmare, putem afirma că, situaţia premisă este aceea a respectării de către toate persoanele a regulilor de convieţuire socială, astfel încât nimeni, prin fapta sa nu producă altuia vreun prejudiciu. Ori de câte ori, prin pasivitatea sau activitatea sa individul cauzează unei alte persoane o vătămare, el va fi dator a repara prejudiciul astfel creat, doar astfel putând fi redat echilibrul social şi juridic afectat prin fapta ilicită a persoanei culpabile.

Pentru a se putea antama răspunderea civilă delictuală, persoana prejudiciată trebuie să facă dovada îndeplinirii cumulative a următoarelor condiţii: existenţa unei fapte ilicite, existenţa unui prejudiciu, existenţa unui raport de cauzalitate între fapta ilicită şi prejudicii, în sensul că fapta ilicită este cea care a determinat producerea prejudiciului, precum şi existenţa vinovăţiei în persoana celui care a cauzat prejudiciul.

1.2.Fapta ilicită (acţiune/inacţiune)

Existenţa unei fapte ilicite este o condiţie sine qua non pentru antamarea răspunderii civile delictuale în persoana celui responsabil de producerea unui prejudiciu. Dacă vechea reglementare civilă utiliza noţiunea de faptă în cuprinsul art. 998 C.civ.(de la 1864) în sensul că se punea în discuţie *"fapta care cauzează altuia prejudiciu",* noua reglementare preia în cuprinsul art. 1357 alin. 1 dispoziţiile conform cărora *"cel care cauzează altuia un prejudiciu printr-o faptă ilicită, săvârşită cu vinovăţie, este obligat să îl repare"*. Deşi textele legale evocate se referă la răspunderea civilă pentru fapta proprie, existenta unei fapte ilicite este o condiţie pentru angajarea răspunderii în oricare dintre formele răspunderii civile delictuale. Mai mult decât atât prevederile art. 1357 alin. 1 se coroborează cu cele ale art. 1349 alin. 1 NCC conform cărora *"orice persoană are îndatorirea să respecte regulile de conduită pe care legea sau obiceiul locului le impune şi să nu aducă atingere, prin acţiunile sau inacţiunile sale, drepturilor sau intereselor legitime ale altor persoane*". Cu alte cuvinte, dacă art. 1357 alin. 1 pune în discuţie necesitatea existenţei unei fapte ilicite, art. 1349 alin. 1 explicitează noţiunea de fapta ilicită, ca fiind acţiunea sau inacţiunea unei persoane prin care aceasta aduce atingere drepturilor şi intereselor legitime ale altor persoane. Dacă vechea reglementare punea accentul pe atingerea unui drept subiectiv civil, atingerea adusă unui interes legitim fiind o creaţie a practicii judiciare confirmată de doctrină[1], noua abordare confirmă practica judiciară existentă prin raportare la vechea reglementare, stipulând expres că poate fi angajată răspunderea civilă delictuală a persoanei responsabile atât pentru vătămarea unui drept cât şi a unui interes legitim.

Răspunderea civilă delictuală ca formă a răspunderii juridice impune existenţa unei fapte ilicite fără ca între persoana responsabilă de producerea faptei ilicite şi prejudiciat să existe un raport contractual. Aceasta deoarece, dacă între cele două persoane ar exista un astfel de raport iar fapta ilicită s-ar săvârşi în legătură cu acesta, răspunderea ar înceta să fie una delictuală, aflându-ne pe tărâm contractual. Mai mult decât atât, izvorul obligaţiilor care antrenează răspunderea este diferit astfel, dacă în cazul

[1] Noţiunea de faptă ilicită este privită în practica judecătorească în mod extensiv, în sensul că se reţine răspunderea civilă delictuală nu numai atunci când s-a adus atingere unui drept subiectiv civil ci şi atunci când au fost prejudiciate anumite interese ale anumitor persoane, în C. Stătescu, C. Bîrsan, *Drept civil*. *Teoria generală a obligaţiilor*, Ed. All Beck, 2002, p. 186.

răspunderii civile delictuale izvorul obligaţiei îl constituie fapta ilicită din cauza căreia se prejudiciază o terţă persoană, în cazul răspunderii civile delictuale răspunderea nu poate fi reţinută decât ca urmare a neîndeplinirii totale sau necorespunzătoare a unei obligaţii de către una din părţile contractante.

1.3. Natura juridică a răspunderii producătorului în cazul produselor cu defect

Dacă până la intrarea în vigoare a dispoziţiilor noului Cod Civil[1], existau ample discuţii doctrinare cu privire la natura juridică a răspunderii producătorului, existând opinii potrivit cărora această formă a răspunderii este una contractuală, pe de altă parte, opinii care apreciau că producătorul răspunde pe tărâm delictual, opinii contradictorii justificate de tăcerea legiuitorului în corpusul vechiului Cod Civil care nu antama niciun fel de discuţii pe marginea acestei categorii de răspundere, în momentul timpului prezent, legiuitorul roman a înţeles să tranşeze această discuţie, dispunând în art. 1349 alin. 4 din noul Cod Civil asupra faptului că *"răspunderea pentru prejudiciile cauzate de produsele cu defecte se stabileşte prin lege specială"*. Ca atare, Legea 240/2004[2] privind răspunderea producătorilor pentru pagubele producătorilor pentru pagubele generate de produsele cu defecte continuă să rămână şi după intrarea în vigoare a Noului Cod Civil cadrul general în material răspunderii producătorului pentru prejudiciile cauzate consumatorilor prin punerea în circulaţie a produselor cu defecte. Totuşi, ca element de noutate, dispoziţiile noului cod civil tranşează problema naturii juridice a răspunderii producătorilor, aceasta fiind calificată de legiuitor ca fiind o răspundere civilă delictuală şi nu contractuală. Aceasta rezultă din topografia textelor legislative, alin 4. al art. 1349 fiind inserat în cadrul dispoziţiilor generale referitoare la răspunderea civilă delictuală. Cu alte cuvinte, orice persoană care prin fapta sa produce unei alte persoane un prejudiciu, în cazul de faţă fapta ilicită constând în punerea în circulaţie a unui produs cu defect, va răspunde pentru aceasta pe tărâm delictual iar nu contractual, răspunderea sa având ca fundament riscul de activitate, concept potrivit căruia cel care pune în circulaţie un produs introduce în societate o primejdie în plus de păgubire şi îi revine obligaţia de a repara paguba pricinuită de extinderea propriei activităţi prin întrebuinţarea produsului respectiv[3].

1.4. Fapta ilicită a producătorului în cazul produselor cu defect

Ca în cazul oricărei persoane, dacă producătorul unui produs, printr-o faptă a sa, constând într-o acţiune sau inacţiune se cauzează unei terţe persoane un prejudiciu, se va atrage răspunderea juridică a persoanei culpabile de săvârşirea faptei ilicite.

Condiţiile generale şi speciale ale răspunderii civile a producătorului îşi găsesc resortul în cuprinsul dispoziţiilor art. 6 din Legea nr.240/2004, conform cărora *„pentru angajarea răspunderii civile a producătorului, persoana prejudiciată trebuie să facă dovada pagubei, a defectului şi a raportului de cauzalitate dintre defect şi pagubă."*

Calitatea de producător, astfel cum este aceasta definită de dispoziţiile art. 2 alin. 1 lit. a) ale Legii nr.240/2004, o poate avea:

1. fabricantul produsului finit al unei materii prime sau părţi componente ale produsului;

---

[1] Legea 287/2009 privind Codul civil republicat în M. Of nr. 505 din 15 iulie 2011.
[2] Publicată în M. Of. nr. 552 din 22 iunie 2004.
[3] C. Jugastru, *Drept civil. Obligaţiile*, Ed. Argonaut, Cluj-Napoca, 2007, p. 202-203.

2. orice persoana care se prezintă ca producător, prin faptul că îşi înscrie pe produs numele, marca sau alt semn distinctiv;

3. orice altă persoană, care importă un produs în România în vederea vânzării, închirierii, cumpărării sau altei forme de înstrăinare în cadrul activităţii proprii de comercializare în cadrul societăţii, este considerată producător al acestuia şi răspunde în aceeaşi măsură ca şi producătorul;

4. orice altă persoană, care importă un produs din Uniunea Europeană în vederea vânzării, închirierii, cumpărării sau altei forme de înstrăinare în cadrul activităţii proprii de comercializare în cadrul societăţii, este considerată producător al acestuia şi răspunde în aceeaşi măsură ca şi producătorul.

Pentru situaţiile în care producătorul unui produs nu poate fi identificat, fiecare furnizor al produsului respectiv va fi tratat drept producător, dacă el nu comunică consumatorului prejudiciat, într-un interval de timp rezonabil, datele de identificare a producătorului sau a persoanei care i-a furnizat produsul; aceasta dispoziţie este valabilă şi pentru un produs importat, în cazul în care produsul nu indică identitatea importatorului prevăzut la pct. 3 ori 4, chiar dacă este precizat numele producătorului.[1]

Produsul cu defect, în accepţiunea Legii nr.240/2004 este *„produsul care nu oferă siguranţa la care persoana este îndreptăţită să se aştepte, ţinându-se seama de toate împrejurările, inclusiv de modul de prezentare a produsului, toate utilizările previzibile ale produsului, data punerii în circulaţie a produsului”*[2]. Prin urmare, fapta ilicită a producătorului care generează răspunderea acestuia este reprezentată de lipsa de securitate a produsului lansat pe piaţă, existenţa unui defect, atitudinea subiectivă a celui care l-a produs, distribuit sau importat neavând nicio relevanţă, el urmând să răspundă şi în contextul în care culpa sa ar fi minimă.

Defectul, ca şi condiţie de antrenare a răspunderii civile delictuale nu trebuie confundat cu viciul ascuns al lucrului, intre cele două elemente existând diferenţe majore. Astfel, în timp ce viciul ascuns al lucrului vizează exclusiv imposibilitatea totală sau parţială a întrebuinţării produsului conform destinaţiei atribuite, defectul are în vedere securitatea generală a consumatorilor, fiind fără importanţă dacă produsul mai poate sau nu să fie întrebuinţat conform destinaţiei sale. Astfel spus, defectul afectează în primul rând siguranţa persoanelor şi a bunurilor şi doar în plan secund, lucrul în materialitatea lui, putând consta în orice deficienţă a produsului, viciu de fabricaţie, defect de concepţie inclusiv simplul fapt că produsul nu oferă siguranţa la care persoana este îndreptăţită să se aştepte[3].

1.5. Natura juridică a răspunderii producătorului în cazul produselor alimentare

Dacă în cazul răspunderii pentru produsele cu defect aspectele referitoare la natura juridică a răspunderii sunt, în general clare, nu acelaşi lucru putem susţine şi în cazul răspunderii pentru calitatea produselor alimentare. Când afirm acest aspect am în vedere dificultăţile care apar în momentul calificării răspunderii producătorului alimentar ca fiind una contractuală sau, dimpotrivă, delictuală.

Astfel, aspectul primordial de clarificat este acela al înglobării răspunderii pentru produsele alimentare în sfera răspunderii pentru produsele cu defect, sau dimpotrivă, răspunderea pentru calitatea produselor alimentare este o răspundere diferită de cea a

---

[1] Art. 2 alin. 1 lit. a) din Legea nr. 240/2004 privind răspunderea producătorilor pentru pagubele generate de produsele cu defecte.

[2] Art. 2 alin…. pct. d) din Legea 240/2004.

[3] Dan Chirică, *Tratat de drept civil. Contracte speciale*, Vol. I. Vânzarea şi schimbul, p. 450.

produselor cu defect, fiecare urmând procedura şi regulile impuse de legea specială care le reglementează pe fiecare dintre acestea.

În timp ce Legea nr.321/2009 reglementează condiţiile de exercitare a activităţii contractuale de comercializare a produselor alimentare, din preambulul actului normativ înţelegând că răspunderea producătorului este ar fi una contractuală, Legea nr.240/2004 atunci când pune în discuţie noţiunea de defect, nu exclude produsele alimentare, ceea ce ne-ar putea determina să apreciem că în sfera produselor cu defect ar putea intra şi produsele alimentare, caz în care răspunderea ar fi una delictuală. Desigur, această discuţie devine inutilă atunci când părţile au reglementat raporturile dintre ele printr-o convenţie, caz în care, nerespectarea uneia dintre obligaţii (spre exemplu, conformitatea produsului) ar atrage răspunderea delictuală.

Totuşi, apreciez că, răspunderea producătorului pentru produsele cu defect este cadrul general în materie, genul proxim, în timp ce răspunderea producătorului pentru calitatea produselor alimentare este diferenţa specifică. Altfel spus, prevederile normative legate de produsele cu defect se vor aplica şi produselor alimentare care nu corespund din punct de vedere al calităţii, ori de câte ori pentru acestea nu există o reglementare specială. Când susţin această accepţiune, am în vedere dispoziţiile Regulamentului (CE) nr. 178/2002[1], care în cuprinsul art. 21 stabilesc faptul că normele privind legislaţia alimentară generală[2] nu exclud aplicabilitatea reglementării cu privire la răspunderea pentru produsul defectuos care rămâne oricum la fel ca în toate celelalte cazuri în care se recurge la ea, o normă reziduală[3].

Cu totul alte dificultăţi prezintă, în schimb, produsele alimentare pe plan probator (pe calea modalităţilor normale de utilizare a unui produs alimentar, care implică distrugerea lui): este frecventă dificultatea practică de a demonstra defectul, cel puţin în sensul unei probe directe. Va rămâne posibilitatea de a proba – atunci când unitatea individuală de produs nu a fost consumată în întregime – existenţa viciului în ceea ce mai rămâne din produsul alimentar (dar uşurinţa cu care se produc contaminările din surse externe şi posibilitatea ca între timp caracteristicile eşantionului de produs să se schimbe, fac şi această ipoteză la fel de dificilă); sau, atunci când este posibil, prin intermediul sistemului obligatoriu de trasabilitate, sau prin numărul de lot, determinarea produselor realizate în condiţii de producţie uniforme (în acelaşi interval scurt de timp, în aceeaşi fabrică, cu aceleaşi instalaţii, cu aceleaşi materii prime, etc.), să se demonstreze că acestea din urmă prezintă defectul dăunător, şi în acest fel să se furnizeze instanţei elementele de prezumţie importante; dar nu o probă directă (în rest, chiar şi în cazul "Saiwa", anterior reglementării specifice de origine comunitară, s-a văzut că instanţa a trebuit să judece pe baza unor elemente prezumtive). Reg. nr. 178/2002 a inclus toate produsele vegetale şi animale – fie acestea prelucrate (în orice grad de prelucrare) sau în stare naturală (cu condiţia ca produsele vegetale să nu fi fost deja atacate la nivelul plantei şi să nu fie vorba de animale vii)– în noţiunea juridică de produs alimentar.

---

[1] Regulamentul (CE) nr. 178/2002 al Parlamentului European şi al Consiliului din 28 ianuarie 2002 de stabilire a principiilor şi a cerinţelor generale ale legislaţiei alimentare, de instituire a Autorităţii Europene pentru Siguranţa Alimentară şi de stabilire a procedurilor în domeniul siguranţei produselor alimentare.

[2] Care se regăsesc în cuprinsul art. 4 – art. 20 din acelaşi Regulament (CE) nr. 178/2002.

[3] *Luigi Costato, Paolo Borghi, Sebastiano Rizzioli*, Compendio di Diritto Alimentare, Quinta Editione, Ed. Cedam 2011, p. 150.

Acest tip de răspundere se deosebeşte

- fie de răspunderea contractuală, deoarece persoana prejudiciată poate să nu aibă niciun raport juridic cu producătorul bunului care a cauzat prejudiciul, fie

- de cea extracontractuală, deoarece poate să nu fie din vina producătorului. Dar nu e obligatoriu ca întotdeauna să fie astfel: există o afirmaţie comună cea potrivit căreia răspunderea producătorului ar fi "obiectivă", dar acest lucru este adevărat numai atunci când defectul produsului este intrinsec (defect înnăscut, defect de fabricaţie, etc.). Reglementarea *product liability* prevede totuşi şi cazul în care defectul este provocat de o neglijenţă a producătorului, de exemplu atunci când devine periculos din cauza unei informaţii eronate furnizate cu privire la utilizarea corectă (să nu uităm că, printre conţinuturile obligatorii ale etichetării, există indicaţia modalităţilor de utilizare sau de păstrare, atunci când sunt necesare precauţiuni speciale în acest sens; şi că art. 14 din Reg. 178/2002 impune să se ţină cont, la stabilirea unui produs alimentar "cu risc", şi de informaţiile furnizate consumatorului). În mod analog, trebuie să vorbim de o răspundere cu elemente subiective în cazul în care defectul priveşte concepţia produsului (să ne gândim la aşa-numitele alimente tehnologice), şi a constat în faptul că nu s-a ţinut cont, în faza respectivă, de datele tehnico-ştiinţifice disponibile şi cunoscute, fundamentale pentru proiectarea unui produs sigur.

Concluzii

Legiferarea expresă a răspunderii civile delictuale nu exclude existenţa unei răspunderi civile contractuale, ori de câte ori între părţile implicate în acest raport juridic au ales această cale. Mai mult decât atât, la o analiză atentă se poate observa că dispoziţiile art. 1394 alin. 3 NCC pun în discuţie răspunderea pentru produsele cu defect, produsele alimentare putând fi calificate ca fiind o specie a acestora. Astfel, dacă răspunderea producătorilor pentru pagubele generate de produsele cu defecte este reglementată de dispoziţiile Legii nr.240/2004, lege la care se referă prevederile art. 1394 alin. 3 din NCC, sediul materiei în ceea ce priveşte răspunderea pentru comercializarea produselor alimentare este Legea nr. 321/2009, astfel cum aceasta a fost modificată şi completată prin Legea nr.247/2010[1].

[1] Publicată în M. Of. nr. 844/16.12.2010.

Transferul de întreprindere – de la principii legale la transpunere practică

Olguța-Dana ***TOTOLICI***
Luiza-Adriana ***TOMESC-DINU***

Abstract: *Directiva 2001/23/CE a fost transpusă în legislaţia românească prin Legea nr. 67/2006. Deşi, în linii mari, legea română urmează principiile de bază ale Directivei, transpunerea nu a fost foarte precisă lăsând loc la interpretare şi ridicând dificultăţi practice în aplicare. În lipsa unei jurisprudenţe relevante a instanţelor din România, indiciile practice pot fi obţinute din jurisprudenţa Curţii Europene de Justiţie.*

Cele mai relevante aspecte privind implementarea practică privesc calificarea unei operaţiuni ca transfer de întreprindere, transmiterea către cesionar a drepturilor şi a obligaţiilor cedentului reieşind din contractele individuale de muncă ale salariaţilor transferaţi şi/sau dintr-un contract colectiv de muncă aplicabil la nivelul cesionarului la data transferului şi interdicţia concedierii din salariaţilor având ca motiv însuşi transferul.

Cu privire la prima problemă, Legea nr. 67/2006 nu preia definiţia dată de Directivă pentru calificarea unei operaţiuni ca transfer de întreprindere, dând o definiţie mult mai restrictivă şi impunând astfel recurgerea la criteriile stabilite de Curtea Europeană de Justiţie pentru a se stabili o anumită tranzacţie reprezintă sau nu un transfer.

Cu privire la cea de-a doua, nici Legea nr. 67/2006 şi nici Directiva nu dau foarte multe indicii cu privire la modul cum trebuie tratate cazurile specifice de transmitere a drepturilor şi obligaţiilor şi respectarea prevederilor contractului colectiv de muncă. Doctrina a încercat să ofere câteva soluţii, dar acestea vor fi determinate în cele din urmă de practica instanţelor care, la acest moment, este foarte redusă şi nu oferă întotdeauna o interpretare corectă şi conformă cu Directiva.

Al treilea aspect este, la rândul său, controversat şi dificil şi, deşi există câteva considerente ale Curţii Europene de Justiţie ce ar putea oferi un ghidaj, va fi întotdeauna susceptibil de interpretări în favoarea reintegrării şi transferării salariatului concediat fără dovezi certe cu privire la argumente economice care au determinat concedierea.

Cuvinte cheie: *transfer de întreprindere; întreprindere, unitate sau parte a acestora; protecţia salariaţilor; transmiterea drepturilor şi obligaţiilor; interdicţia concedierii*

I. Introducere

La nivel european, transferul de întreprindere este reglementat de Directiva 2001/23/CE a Consiliului privind apropierea legislaţiei statelor membre referitoare la menţinerea drepturilor muncitorilor în caz de transfer de întreprinderi, unităţi sau părţi de întreprinderi sau unităţi[1] („**Directiva 2001/23/CE**" sau „**Directiva**"). Scopul adoptării acesteia este reliefat în punctul (3) din considerente, respectiv de a asigura „*pro-*

[1] Publicată în „Journal officiel des Communautés européennes" L 82 din 22.03.2001.

tecţia lucrătorilor în cazul schimbării angajatorului, în special pentru a asigura că drepturile acestora sunt menţinute".

Anterior, la nivel european funcţiona Directiva 77/187/CEE a Consiliului privind apropierea legislaţiei statelor membre referitoare la menţinerea drepturilor lucrătorilor în cazul transferului de întreprinderi, unităţi sau părţi de întreprinderi sau unităţi[1] („**Directiva 77/187/CEE**") care a fost substanţial modificată prin Directiva 98/50/EC pentru modificarea Directivei 77/187/CEE[2].

În România, Directiva 2001/23/CE a fost transpusă prin Legea nr. 67/2006 privind protecţia drepturilor salariaţilor în cazul transferului întreprinderii, al unităţii sau al unor părţi ale acestora[3] („**Legea nr. 67/2006**") care a intrat în vigoare la data aderării României la Uniunea Europeană.

Anterior adoptării Legii nr. 67/2006, reglementări cu privire la protecţia drepturilor salariaţilor în cazul transferului întreprinderii se regăseau în Codul Muncii[4] şi în Ordonanţa Guvernului nr. 48/1997 privind stabilirea unor măsuri de protecţie socială a salariaţilor în cazul transferului dreptului de proprietate asupra acţiunilor sau părţilor sociale ale societăţilor comerciale[5] abrogată expres de Legea nr. 67/2006.

Art. 173 şi art. 174[6] din Codul Muncii, Titlul IV „*Salarizarea*", Capitolul V „*Protecţia drepturilor salariaţilor în cazul transferului întreprinderii, al unităţii sau al unor părţi ale acestora*", aveau în vedere directivele europene însă nu asigurau o transpunere corespunzătoare a Directivei 2001/23/CE. Codul Muncii prevedea şi prevede încă doar reguli generale cum ar fi transferarea drepturilor şi obligaţiilor cedentului care decurg dintr-un raport sau contract de muncă existent la data transferului către cesionar, interdicţia concedierii salariaţilor ca efect al transferului, obligaţia de informare şi consultare a sindicatului sau a reprezentanţilor salariaţilor.

II. Transpunerea măsurilor Directivei 2001/23/CE în Legea nr. 67/2006 şi implementarea practică a acestora

„*Legea nr. 67/2006 asigură în general o transpunere eficientă a Directivei 2001/23/CE. Totuşi, au fost observate câteva probleme de conformitate în legea de transpunere.*" („*Implementation Report for Romania*"[7], pag.2).

Aspectele cele mai relevante pentru aplicarea practică a măsurilor de protecţie a salariaţilor în caz de transfer de întreprindere vizează calificarea unei tranzacţii ca transfer şi determinarea incidenţei prevederilor Legii nr. 67/2006, protecţia drepturilor salariaţilor şi interdicţia concedierii având ca motiv însuşi transferul de întreprindere.

II.1. Definirea conceptului de transfer

Sfera de aplicare a Directivei 2001/23/CE este definită în art. 1 alin. (1) lit. (a), conform căruia prevederile Directivei se aplică oricărui transfer de întreprindere, al

---

[1] Publicată în „Journal officiel des Communautés européennes" L 61 din 05.03.1977.

[2] Publicată în „Journal officiel des Communautés européennes" L 201 din 17.07.1998.

[3] Publicată în M. Of. nr. 276 din 28 martie 2006.

[4] Codul Muncii – Legea nr. 53/2003 republicată în M. Of. nr. 345 din 18 mai 2011.

[5] Publicată în M. Of. nr. 224 din 30.08.1997.

6 Anterior republicării Legii nr. 53/2003, art. 169 şi art. 170.

[7] „*Implementation Report for Romania, Directive 2001/23/EC of 12 March 2001 on the approximation of laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights în the event of transfers of undertakings, businesses or parts of businesses".*

unităţii sau al unor părţi ale acestora, rezultate dintr-o cesiune convenţională sau dintr-o fuziune.

Noţiunea de transfer este definită de art. 1 alin. (1) lit. (b) ca transferul unei unităţi economice care îşi menţine identitatea, înţeleasă ca ansamblu organizat de mijloace, care are obiectivul de a desfăşura o activitate economică, indiferent dacă acea activitate este centrală sau auxiliară.

Cât priveşte definirea conceptului de transfer în Legea nr.67/2006, art. 4 lit. (d) îl defineşte ca „*trecerea din proprietatea cedentului în proprietatea cesionarului a unei întreprinderi, unităţi sau a unor părţi ale acestora, având ca scop continuarea activităţii principale sau secundare, indiferent dacă urmăreşte sau nu obţinerea unui profit*".

Este evident că transpunerea definiţiei transferului de către Legea nr. 67/2006 nu este în totalitate conformă, legea română limitând calificarea doar la transferul drepturilor de proprietate, în timp ce Directiva 2001/23/CE vizează transferul oricărui tip de drept.

O altă diferenţă este reprezentată de scopul transferului, respectiv continuarea activităţii principale sau secundare, deşi Directiva 2001/23/CE are o reglementare a scopului mai largă, reprezentat de desfăşurarea unei activităţi economice, necondiţionată de continuarea aceleaşi activităţi a cedentului.

Cât priveşte cerinţa Directivei 2001/23/CE ca unitatea economică să îşi menţină identitatea ca ansamblu organizat de mijloace, aceasta nu a fost preluată în Legea nr.67/2006, făcând dificilă calificarea unei operaţiuni ca transfer de întreprindere doar pe baza definiţiei de la art. (4) lit. (d) citat mai sus.

În acest context, pentru calificarea unei operaţiuni ca transfer de întreprindere, trebuie avută în vedere jurisprudenţa Curţii Europene de Justiţie („**CJE**" sau „**Curtea**") care a adoptat o serie de hotărâri prin care stabileşte condiţiile necesar a fi îndeplinite pentru a se putea determina dacă o operaţiune poate fi calificată ca transfer de întreprindere. Prin aceste hotărâri Curtea a dat o interpretare flexibilă şi extinsă asupra aplicării prevederilor Directivei, astfel încât să se asigure o protecţie reală a drepturilor salariaţilor.

Criteriul decisiv care reiese din jurisprudenţa Curţii, pe baza căruia se poate stabili dacă există un transfer care să intre în sfera măsurilor reglementate de Directivă, este ca transferul să privească o entitate care să-şi menţină identitatea după schimbarea angajatorului. Curtea a statuat în câteva rânduri modalitatea prin care trebuie să se determine dacă sunt îndeplinite condiţiile calificării ca transfer.

Astfel, pentru a determina dacă aceste condiţii sunt îndeplinite, este necesar să se analizeze toate împrejurările de fapt care caracterizează operaţiunea în cauză, inclusiv:

(i) tipul de întreprindere sau de unitate,
(ii) dacă sunt transferate active corporale, precum clădirile şi bunurile mobile,
(iii) care este valoarea activelor necorporale la momentul transferului,
(iv) dacă majoritatea angajaţilor săi au fost sau nu preluaţi de către noul angajator,
(v) dacă a fost sau nu transferată clientela, precum şi
(vi) gradul de similitudine între activităţile desfăşurate înainte şi după transfer şi
(vii) durata unei eventuale suspendări a acestor activităţi.

Trebuie remarcat, însă, că toate aceste circumstanţe sunt doar factori individuali în evaluarea globală care trebuie realizată şi de aceea nu pot fi apreciate izolat[1], Curtea însăşi nedând o valoare mai mare uneia sau alteia dintre ele.

Este de observat faptul că, faţă de definiţia conceptului de transfer conturată în jurisprudenţa CJE, implementarea practică iniţială a prevederilor Legii nr. 67/2006 a avut în vedere calificarea ca transfer de întreprindere numai pentru cazurile în care exista şi un transfer de proprietate asupra unor active corporale, instanţa reţinând în mod greşit că o „*condiţie esenţială a transferului de întreprindere este aceea de a exista o preluare propriu – zisă a unei părţi de întreprindere văzută ca entitate juridică, care deţine un patrimoniu format din active şi elemente de pasiv şi care are obligaţii de respectat în cadrul unor contracte individuale de muncă*”.[2]

Interpretările date de Curte sunt însă în sensul calificării ca transfer de întreprindere chiar şi atunci când nu se transmit active corporale sau necorporale, aceasta arătând că o entitate economică este capabilă să-şi desfăşoare activitatea, în anumite sectoare, fără a dispune de elemente de activ corporale sau necorporale semnificative, astfel încât menţinerea identităţii unei asemenea entităţi după efectuarea operaţiunii care o afectează nu poate, prin definiţie, să depindă de transferul unor astfel de elemente.[3] Astfel, un grup de salariaţi care sunt în mod specific şi permanent alocaţi unei sarcini comune poate fi calificat, în absenţa altor factori de producţie, ca o entitate economică în sensul Directivei.[4]

Jurisprudenţa instanţelor româneşti cu privire la definirea noţiunii de transfer este însă foarte limitată, de aceea, în practică, se utilizează o definiţie foarte largă pentru a determina dacă operează sau nu un transfer de întreprindere, luându-se în considerare orice situaţie în care o entitate economică, prin contract, atribuie unui alt angajator managementul operării unei activităţi sau al unei categorii de personal pe care acea unitate economică le gestiona în mod direct.

Pentru ca un transfer de întreprindere să aibă loc, trebuie să existe o schimbare a angajatorului şi aceeaşi activitate a întreprinderii derulată anterior transferului trebuie să fie derulată şi ulterior acestuia, chiar şi atunci când nu există un raport juridic creat printr-o relaţie contractuală directă între cedent şi cesionar, transferul putând avea loc în acest caz prin intermedierea unui terţ, cum ar fi, spre exemplu, proprietarul activelor.[5]

---

[1] Hotărârea din 18 martie 1986 în cauza 24/85 Spijkers v. Benedik, culegerea de jurisprudenţă a CJE 1986, p. 01119, paragraful 13; Hotărârea din 19 mai 1992 în cauza 29/91 Redmond Stichting v. Bartol şi alţii, culegerea de jurisprudenţă a CJE 1992, p. I-03189, paragraful 24; Hotărârea din 11 martie 1997 în cauza 13/95 Süzen v. Zehnacker Gebäudereinigung GmbH, culegerea de jurisprudenţă a CJE 1997, p. I-01259, paragraful 14. Deşi hotărârile au fost adoptate în baza reglementărilor anterioare Directivei 2001/23/CE, aceste reglementări erau similare prevederilor Directivei.

[2] Decizia nr. 5050/R din 7 iulie 2009 a Curţii de Apel Bucureşti, secţia a VII-a civilă şi pentru cauze privind conflicte de muncă şi asigurări sociale.

[3] Hotărârea din 11 martie 1997 în cauza 13/95 Süzen v. Zehnacker Gebäudereinigung GmbH, culegerea de jurisprudenţă a CJE 1997, p. I-01259, paragraful 18 şi Hotărârea din 20 ianuarie 2011 în cauza 463/09 CLECE SA v. Martín Valor şi Ayuntamiento de Cobisa, culegerea de jurisprudenţă a CJE 2011, p. I-00095, paragraful 35.

[4] Hotărârea din 10 decembrie 1998 în cauzele reunite 173/96 şi 247/96 Hidalgo şi alţii v. Asociación de Servicios Aser şi Ziemann v. Ziemann Sicherheit GmbH, culegerea de jurisprudenţă a CJE 1998, p. I-08237, paragraful 26.

[5] Hotărârea din 20 noiembrie 2003 în cauza 340/01 Carlito Abler şi alţii v. Sodexho, culegerea de jurisprudenţă a CJE 2003, p. I-14023, paragraful 39.

În contextul activităţii economice, această definire largă a condus la calificarea ca transfer a situaţiilor în care o întreprindere sau o parte a acesteia este transferată de la un angajator la altul, atunci când:

(i) are loc vânzarea unei părţi a unei entităţi economice;

(ii) activitatea unei companii sau o parte a acesteia este cumpărată sau preluată de o altă companie;

(iii) două companii fuzionează pentru a forma o a treia companie;

(iv) un contract de furnizare de bunuri sau servicii este transferat în circumstanţe care pot fi calificate ca transfer de întreprindere.

Calificarea ca transfer de întreprindere se va realiza indiferent de dimensiunile activităţii transferate.

Nu reprezintă transfer şi nu presupun protecţia specifică a drepturilor salariaţilor în caz de transfer de întreprindere, următoarele situaţii:

(i) vânzare de acţiuni, deoarece vânzarea de acţiuni ale unei companii către un acţionar nou nu presupune un transfer de activitate, aceeaşi companie continuând să aibă calitatea de angajator;

(ii) vânzare de active, de exemplu nu va reprezenta transfer vânzarea unui echipament, însă va fi calificată ca transfer vânzarea unui echipament cu care se va derula o activitate similară de către un alt angajator cu cea derulată de angajatorul vânzător cu respectivul echipament;

(iii) transferul unui contract de furnizare de bunuri sau servicii, dacă este transferat în circumstanţe care nu pot fi calificate ca transfer de întreprindere;

(iv) conform prevederilor Legii nr. 67/2006, transferul unei întreprinderi, al unei unităţi sau al unei părţi a acestora care nu se situează pe teritoriul României.

Pentru a sintetiza aspectele menţionate mai sus, reţinem faptul că există câteva criterii desprinse din jurisprudenţa Curţii faţă de care se va analiza de la caz la caz dacă sunt incidente prevederile referitoare la protecţia drepturilor salariaţilor. Se va ţine, de asemenea, sema de cazurile în care Curtea a statuat deja că există transfer de întreprindere, dintre care mai enumerăm câteva exemple:

(i) proprietarul reia exploatarea unei întreprinderi închiriate, în urma unei încălcări a contractului de închiriere de către locatarul - gerant[1];

(ii) o autoritate publică decide să înceteze acordarea de subvenţii unei fundaţii, subvenţii care constituie singura sursă de venit a fundaţiei şi provoacă astfel oprirea completă şi definitivă a activităţilor acestei fundaţii pentru a le transfera unei alte fundaţii care urmăreşte acelaşi scop[2];

(iii) transmiterea unei întreprinderi în stare de lichidare judiciară, în situaţia în care activitatea întreprinderii a continuat[3];

(iv) o întreprindere, care încredinţase serviciile privind asigurarea curăţeniei localurilor sale unei alte întreprinderi decide să înceteze contractul cu aceasta din urmă şi să-şi asigure singură serviciile respective sau să încredinţeze prestarea acestor servicii

[1] Hotărârea din 17 decembrie 1987 în cauza 287/86 Ny Mølle Kro, culegerea de jurisprudenţă a CJE 1987, p. 05465, paragraful 13.

[2] Cauza 29/91 Redmond Stichting v. Bartol şi alţii, citată anterior.

[3] Hotărârea din 12 martie 1998 în cauza 319/94 Dethier Équipement v. Dassy, culegerea de jurisprudenţă a CJE 1998, p. I-01061, paragraful 32.

unei terţe întreprinderi, dacă noul angajator preia o parte esenţială din efectivele pe care predecesorul său le afecta realizării respectivelor servicii[1].

II.2. Protecţia drepturilor salariaţilor transferaţi în cazul unui transfer de întreprindere, a unităţii sau al unor părţi ale acestora

Una dintre cele mai importante consecinţe ale calificării unei tranzacţii ca transfer de întreprindere, decurgând atât din Directiva 2001/23/CE, cât şi din Legea nr.67/2006, este necesitatea de a menţine statutul salariaţilor transferaţi în cea mai mare măsură posibilă. Art. 5 alin. (1) al Legii nr. 67/2006 impune preluarea integrală de către cesionar a drepturilor şi obligaţiilor cedentului, existente la data transferului, care decurg din contractele individuale de muncă şi din contractul colectiv de muncă aplicabil. Mai mult, conform art. 9 alin. (1), în cazul în care la cedent era aplicabil la data transferului un contract colectiv de muncă, cesionarul are obligaţia respectării prevederilor acestuia până la data expirării sau rezilierii sale.

Întrucât legislaţia română nu reglementează expres încetarea unui contract colectiv de muncă prin reziliere, prevederile art. 9 alin. (1) trebuie interpretate coroborat cu cele ale Legii nr. 62/2011 a dialogului social[2] („**Legea nr. 62/2011**") referitoare la încetarea contractului colectiv de muncă, respectiv art. 151 care prevede următoarele cazuri: (i) împlinirea termenului sau terminarea lucrării pentru care a fost încheiat, (ii) dizolvarea sau lichidarea judiciară a unităţii la nivelul căreia contractul colectiv de muncă a fost încheiat şi (iii) prin acordul părţilor. Întrucât cazurile de încetare ale unui contract colectiv de muncă sunt limitativ prevăzute, înţelegem că prin rezilierea contractului colectiv de muncă, legiuitorul a avut în vedere încetarea lui pentru viitor ţinând cont de faptul că este un contract cu executare succesivă, prin acordul părţilor.[3]

La rândul său, Directiva 2001/23/CE reglementează, în prima teză a art. (3) alin. (1), transferul drepturilor şi obligaţiilor cedentului, care decurg dintr-un contract de muncă sau dintr-un raport de muncă existent la data transferului, către cesionar. Conform alin. (3) prima teză a aceluiaşi articol, după transfer, cesionarul trebuie să menţină condiţiile de muncă convenite printr-o convenţie colectivă, în aceiaşi termeni ca cei prevăzuţi pentru cedent în cadrul acelui acord, până la data rezilierii sau expirării convenţiei colective sau a intrării în vigoare sau a aplicării unei alte convenţii colective.

Prevederea din Legea nr. 67/2006 nu mai reţine opţiunea încetării obligaţiei de a respecta prevederile contractului colectiv de muncă aplicabil la data transferului până la intrarea în vigoare sau aplicarea unui nou contract colectiv de muncă, ci numai până la data expirării sau rezilierii contractului aplicabil la nivelul cedentului la data transferului. Totuşi, în alin. (2) al art. 9, Legea nr. 67/2006 prevede posibilitatea renegocierii clauzelor contractului colectiv de muncă de la momentul transferului de către cesionar şi reprezentanţii sindicatului sau reprezentanţii aleşi ai salariaţilor, după caz, dar nu mai devreme de un an de la data transferului. În situaţia în care contractul colectiv de muncă aplicabil la data transferului este încheiat pentru o perioadă care excede unui termen de un an de la data transferului şi între momentul împlinirii unui an de la această dată şi până la expirarea contractului sunt renegociate clauzele acestuia la nivelul cesionarului

---

[1] Hotărârea din 10 decembrie 1998 în cauzele reunite 127/96 (Vidal v. Gómez şi alţii), 229/96 (Santner v. Hoechst) şi 74/97 (Montaña v. Claro Sol şi Renfe), culegerea de jurisprudenţă a CJE 1998, p. I-08179.

[2] Publicată în M. Of. nr. 322 din 10.05.2011.

[3] Gabriel Uluitu, „*Drepturile salariaţilor în cazul transferului întreprinderii, al unităţii sau al unor părţi ale acestora*" în Revista Română de Dreptul Muncii nr. 1/2006.

şi sunt incluse într-un nou contract colectiv de muncă, am putea aprecia că în acest caz legea română nu este limitativă faţă de prevederile art. 3, prima teză, din Directiva 2001/23/CE.

O altă diferenţă care intervine între Directivă şi legea de transpunere este dată de faptul că Directiva prevede în mod expres preluarea drepturilor şi obligaţiilor de către cesionar, de drept, din însuşi faptul că intervine un transfer de întreprindere. Ca efect, contractele individuale de muncă ale salariaţilor alocaţi operaţiunilor ce fac obiectul transferului sunt preluate de către cesionar care devine angajatorul acestora, fără a fi necesară încheierea de noi contracte de muncă cu cesionarul cum greşit s-a reţinut într-o decizie a Curţii de Apel Bucureşti că nu prezintă relevanţă faptul că „*s-a solicitat... salariaţi(lor) prezentarea demisiilor... şi încheierea unui nou contract cu noul angajator*."[1] Dimpotrivă, atât timp cât însuşi actul normativ în baza căruia s-a făcut preluarea salariaţilor[2] prevedea ca personalul care îşi desfăşura activitatea în zona de servicii externalizate va fi preluat în mod obligatoriu de viitorul prestator de servicii medicale sau nemedicale şi va fi menţinut pe toată perioada derulării contractului, cu respectarea prevederilor Codului Muncii şi a contractului colectiv de muncă la nivel de ramură, este evident că protecţia ce s-a dorit a se asigura în acest caz salariaţilor este cea stabilită în cazul transferului de întreprindere, inclusiv preluarea contractelor individuale de muncă de către cesionar la data transferului.

Se pune întrebarea modului de aplicare a prevederilor art. 9 alin. (1) şi (2) în situaţia în care contractul colectiv de muncă aplicabil la nivelul cedentului la data transferului expiră în interiorul termenului de un an după care cesionarul poate negocia clauzele acestui contract împreună cu reprezentanţii sindicatului sau reprezentanţii aleşi ai salariaţilor, în condiţiile art. 221 şi următoarele din Codul Muncii. Reglementarea alin. (1) al art. (9) este clară în sensul limitării aplicării de către cesionar a prevederilor contractului colectiv de muncă preluate prin transfer numai până la data expirării acestuia, această prevedere fiind menită să asigure protecţia drepturilor salariaţilor pentru o perioadă egală cu cea de care aceştia ar fi beneficiat dacă ar fi continuat raportul de muncă cu cedentul. Efectul unei astfel de interpretări ar fi ca pentru perioada de după data expirării contractului colectiv de muncă aplicabil la nivelul cedentului, salariaţii transferaţi ar beneficia numai de drepturile corespunzătoare calităţii de salariaţi ai cesionarului, respectiv de cele prevăzute într-un eventual contract colectiv de muncă aplicabil la nivelul cesionarului. De altfel, art. 3 teza a doua din Directivă dă posibilitatea statelor membre să limiteze perioada de menţinere a drepturilor. Considerăm că în situaţia în care contractul colectiv de muncă aplicabil la nivelul cedentului la data transferului expiră în interiorul termenului de un an după care cesionarul poate negocia clauzele acestui contract împreună cu reprezentanţii sindicatului sau reprezentanţii aleşi ai salariaţilor, prevederile contractului colectiv de muncă aplicabil la data transferului nu vor mai continua să fie aplicate de cesionar până la momentul împlinirii unui an de la data transferului.

Obligaţia cesionarului de a respecta drepturile şi obligaţiile cedentului, astfel cum acestea decurg din contractele individuale de muncă în vigoare la data transferului şi din contractul colectiv de muncă aplicabil cedentului la data transferului, trebuie interpretată şi în sensul în care respectarea se va face întocmai cu conţinutul acestora astfel cum acesta este reglementat la data transferului. În acest sens, spre exemplu, se vor

---

[1] Decizia nr. 5050/R din 7 iulie 2009 a Curţii de Apel Bucureşti, anterior citată.

[2] Ordinul nr. 886/2006 al Ministrului sănătăţii publice privind externalizarea serviciilor medicale şi nemedicale din unităţile sanitare, publicat în M. Of. nr. 647 din 26 iulie 2006.

acorda de către cesionar toate drepturile de natură salarială conform reglementării, în aceleaşi condiţii în care au fost acordate de cedent până la data transferului, în special cele referitoare la data plăţii şi la structura drepturilor salariale, nefiind suficientă acordarea doar a salariului chiar dacă acesta ar fi la acelaşi nivel financiar cu suma tuturor drepturilor de natură salarială[1].

Este important de subliniat faptul că se transmit cesionarului drepturile şi obligaţiile cedentului care izvorăsc dintr-un contract colectiv de muncă şi nu însuşi contractul colectiv de muncă ca act juridic. Această interpretare este susţinută, pe de o parte, de prevederile art. 3 al Directivei conform cărora cesionarul trebuie să menţină condiţiile de muncă convenite printr-o convenţie colectivă şi nu însăşi convenţia cum ar putea reieşi din alin. (1) al art. 9 din Legea nr. 67/2006. Pe de altă parte, trebuie să avem în vedere şi prevederile art. 133 alin. (2) din Legea nr. 62/2011 conform cărora la nivelul unui angajator se încheie şi se înregistrează un singur contract colectiv de muncă.

O altă distincţie ce trebuie făcută este vizavi de faptul că transmiterea către cesionar a drepturilor şi obligaţiilor cedentului care izvorăsc dintr-un contract colectiv de muncă nu presupune şi preluarea de către cesionar a drepturilor de creanţă pe care le au salariaţii transferaţi faţă de cedent pentru obligaţiile izvorând din raportul de muncă avut cu acesta anterior transferului şi pe care acesta nu le-a executat până la data transferului, cum s-a reţinut în mod greşit în jurisprudenţă.[2]

În plus faţă de protecţia drepturilor salariaţilor pe care măsurile prevăzute în legislaţia specifică o impun, respectarea tuturor prevederilor contractului colectiv de muncă de către cesionar, după data transferului, conduce la extinderea acestei protecţii şi la alte categorii de persoane, care pot sau nu să fie salariaţi ai cesionarului, cum ar putea fi reprezentanţii sindicatului, în situaţiile în care aceştia îşi menţin funcţia conform prevederilor art. 10 alin. (1) din Legea nr. 67/2006 sau membri ai familiilor salariaţilor transferaţi care pot beneficia de anumite drepturi. [3] Aceasta ar conduce însă la o extindere a protecţiei drepturilor ce ţin de calitatea de salariat la o protecţie şi a altor drepturi care nu ţin în mod necesar de calitatea de salariat ci, de exemplu, de aceea de membru cu funcţie eligibilă într-un sindicat, ceea ce ar contraveni principiului de bază al Directivei şi raţiunii pentru care aceasta a fost adoptată, mai ales că aceasta nu înţelege să protejeze statutul funcţiilor sindicale decât în măsura în care după transfer sunt în continuare îndeplinite condiţiile de reprezentativitate.

Un caz particular al protecţiei drepturilor salariaţilor, reglementat doar de Legea nr. 67/2006 în alin. (3) al art. 9, vizează ca salariaţii transferaţi să beneficieze de prevederile contractului colectiv de muncă de la nivelul cesionarului, imediat după data transferului, cu condiţia ca acest contract sa le fie mai favorabil şi ca întreprinderea, unitatea sau părţi ale acestora să nu îşi păstreze autonomia în urma transferului. Determinarea însă a contractului colectiv mai favorabil este o întreprindere dificilă. Dacă în situaţia în care atât cedentul cât şi cesionarul fac parte din acelaşi sector de activitate[4],

---

[1] Hotărârea din 12 noiembrie 1992 în cauza 209/91, Anne Watson Rask şi Kirsten Christensen v. Iss Kantineservice A/S, culegerea de jurisprudenţă a CJE 1992, p. I-05755, paragraful 31.

[2] Decizia nr. 8933 din 15 octombrie 2008 a Curţii de Apel Craiova, secţia conflicte de muncă şi asigurări sociale, ultimul paragraf.

[3] Magda Volonciu, „*Unele aspecte privind protecţia celor aleşi în funcţii de conducere în cadrul organismelor sindicale*" în Revista Română de Dreptul Muncii nr. 4/2004, p. 19 – 25 şi Gabriel Uluitu, citat anterior.

[4] Stabilite prin Hotărârea Guvernului nr. 1.260/2011 privind sectoarele de activitate stabilite conform Legii nr. 62/2011 publicată în M. Of. nr. 933 din 29 decembrie 2011.

există posibilitatea ca în contractele colective de muncă să fie reglementate aceleaşi drepturi specifice unor activităţi corespunzătoare sectorului şi identificarea contractului mai favorabil se poate face prin compararea nivelurilor aceloraşi drepturi, în situaţia în care cedentul şi cesionarul fac parte din sectoare de activitate diferite, este foarte puţin probabil ca în contractele colective de muncă să se regăsească aceleaşi drepturi. În acest caz, fără existenţa unor prevederi care să reglementeze modul de determinare a contractului mai favorabil, doctrina a dezvoltat două soluţii. „*Prima dintre acestea constă în compararea contractelor colective de muncă aplicabile la nivelul cedentului şi respectiv cesionarului urmând ca salariaţilor transferaţi să li aplice în ansamblu contractul colectiv de muncă în care sunt prevăzute mai multe drepturi sau drepturi mai consistente pentru salariaţi. A doua soluţie se referă la aplicarea în cazul salariaţilor transferaţi a prevederilor mai favorabile din cele două contracte colective de muncă, indiferent în care dintre acestea sunt prevăzute.*”[1] Ne raliem primei opinii, interpretând prevederile art. 9 alin. (3) în sensul menţinerii drepturilor salariaţilor transferaţi la nivelul avut la cedent anterior transferului, cu excepţia cazurilor în care în contractul colectiv de muncă aplicabil la nivelul cesionarului ar fi reglementate drepturi mai favorabile.

În măsura în care obligaţia legală de a menţine condiţiile de muncă, în sensul larg reglementat de Directivă care include respectarea drepturilor prevăzute de contractele individuale în vigoare şi contractul colectiv de muncă aplicabil la data transferului, nu este respectată de angajatorul cesionar căruia îi revine această obligaţie, angajatorul este responsabil pentru încetarea contractului individual de muncă. „*Indiferent de temeiul concret al încetării contractului individual de muncă, în puterea legii, se consideră că respectiva încetare a avut loc din motive care nu ţin de persoana salariatului şi, ca urmare, celui în cauză i se va aplica tratamentul juridic specific salariatului concediat fără a exista vinovăţia sa. Este desigur o situaţie şi o rezolvare legală atipică, explicabilă prin voinţa legiuitorului (comunitar şi naţional) de a-l proteja pe cel ale cărui condiţii de muncă s-ar schimba, prin transfer, în detrimentul său, substanţial negativ.*”[2]

II.3. Interdicţia concedierii individuale şi colective

Transferul de întreprindere, al unităţii sau ale unor părţi ale acestora nu reprezintă în sine motiv pentru concedierea individuală sau colectivă a salariaţilor alocaţi activităţii cu privire la care operează transferul, de către cedent sau de către cesionar (art. 7 din Legea nr. 67/2006 şi art. 4 alin. (1), teza întâi, al Directivei 2001/23/CE). Suplimentar faţă de teza întâi care a fost transpusă în legea română, art. 4 alin. (1) al Directivei prevede şi faptul că interdicţia de concediere în baza transferului nu se aplică concedierilor ce ar putea interveni din motive economice, tehnice sau organizatorice, implicând schimbări pe planul locurilor de muncă.

Înţelegem astfel că, în contextul legislaţiei române, o reorganizare urmată de concediere individuală sau colectivă[3] a unei activităţi ce a făcut sau urmează să facă obiectul unui transfer de întreprindere este posibilă în măsura în care ea este determinată de

---

[1] Anca Grigorescu şi Cristina Randjak, „*Aspecte cu privire la contractul colectiv de muncă la nivel de unitate în cazul transferului întreprinderii, al unităţii sau al unei părţi a acestora*” în Revista Română de Dreptul Muncii nr. 1/2010.

[2] Ion Traian Ştefănescu, „*Tratat teoretic şi practic de drept al muncii*”, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2010, p. 460.

[3] Decizia nr. 720/R din 6 februarie 2009 a Curţii de Apel Bucureşti, secţia a VII – a civilă şi pentru cauze privind conflicte de muncă şi asigurări sociale.

desfiinţarea locului de muncă ocupat de salariat, din motive care nu au legătură cu persoana acestuia, având o cauză reală şi serioasă, în condiţiile art. 65 din Codul Muncii.

Cu toate acestea, simpla existenţă a unui transfer de întreprindere va determina întotdeauna ca o concediere făcută în acest context să fie analizată cu o atenţie deosebită, existând motive pentru cesionar de a solicita, spre exemplu, cedentului să realizeze o astfel de concediere anterior transferului pentru a reduce costurile cu forţa de muncă.

De altfel, Curtea a reţinut că angajaţii întreprinderii al căror contract de muncă a încetat la o dată anterioară celei la care a avut loc transferul, contrar art. 4 alin. (1) din Directivă, trebuie să fie consideraţi ca având încă un raport de muncă cu întreprinderea la data transferului, având ca rezultat faptul că obligaţiile angajatorului faţă de ei sunt transferate automat de la cedent la cesionar, în conformitate cu art. 3 alin. (1) din Directivă. Pentru a se stabili dacă salariaţii au fost concediaţi doar ca efect al transferului, trebuie luate în considerare împrejurările obiective în care a avut loc concedierea şi, în special, faptul că acesta a operat la o dată apropiată celei a transferului şi că salariaţii în cauză au fost angajaţi din nou de către cesionar.[1]

În cazul în care salariaţi alocaţi activităţii ce face obiectul transferului sunt concediaţi nelegal, în ciuda interdicţiei exprese în acest sens, aceştia se pot adresa instanţei de judecată pentru a contesta decizia de concediere şi a solicita constatarea nulităţii acesteia şi reintegrarea pe postul deţinut anterior.

III. Concluzii

Deşi ne-am concentrat analiza doar asupra trei probleme majore legate de modul de transpunere al Directivei în legislaţia română, mai sunt şi altele la fel de sensibile şi susceptibile de sancţiuni imediate, cum ar fi, spre exemplu, obligaţiile de informare şi consultare a salariaţilor cu privire la impactul transferului, atât de către cedent, dar şi de către cesionar. Cât priveşte soluţionarea acestora şi adoptarea soluţiilor corecte din punct de vedere practic, am văzut că atât doctrina cât şi jurisprudenţa din România sunt, în primul rând limite şi nu întotdeauna corecte. Jurisprudenţa CJE ar putea reprezenta uneori o soluţie, dar nu clarificatoare, lăsând de multe ori la aprecierea instanţelor naţionale calificarea propriu – zisă. Mai mult, chiar dacă există şi jurisprudenţă din ultimii ani, aceasta se limitează însă la a prelua considerentele hotărârilor mai vechi fără a genera noi interpretări mai adaptate necesităţilor economice actuale.

În aceste condiţii, răspunsurile rămân în aplicarea spiritului principiilor ce stau la baza Directivei, sau, pentru o limitarea cât mai bună a riscurilor de litigii, într-o aplicare care să asigura o protecţie cât mai extensivă a drepturilor salariaţilor, ceea ce poate deveni foarte oneros pentru o afacere.

Din punct de vedere juridic însă, posibile soluţii rezonabile ar putea fi pe de o parte, recurgerea la noua procedură a întrebărilor preliminare, fie fundamentarea unor propuneri de *lege ferenda* care să clarifice aspecte esenţiale ale Legii nr. 67/2006 asigurând o transpunere mai adecvată Directivei 2001/23/CE.

Bibliografie

1. Codul Muncii – Legea nr. 53/2003 republicată în M. Of. nr. 345 din 18 mai 2011

[1] Hotărârea din 15 iunie 1988 în cauza 101/87, p. Bork International v. Foreningen af Arbejdsledere I Danmark, culegerea de jurisprudenţă a CJE 1988, p. 03057, paragraful 18.

2. Decizia nr. 8933 din 15 octombrie 2008 a Curţii de Apel Craiova, secţia conflicte de muncă şi asigurări sociale

3. Decizia nr. 720/R din 6 februarie 2009 a Curţii de Apel Bucureşti, secţia a VII – a civilă şi pentru cauze privind conflicte de muncă şi asigurări sociale

4. Decizia nr. 5050/R din 7 iulie 2009 a Curţii de Apel Bucureşti, secţia a VII-a civilă şi pentru cauze privind conflicte de muncă şi asigurări sociale

5. **Anca Grigorescu şi Cristina Randjak**, „*Aspecte cu privire la contractul colectiv de muncă la nivel de unitate în cazul transferului întreprinderii, al unităţii sau al unei părţi a acestora*" în Revista Română de Dreptul Muncii nr. 1/2010

6. Hotărârea din 18 martie 1986 în cauza 24/85 Spijkers v. Benedik, culegerea de jurisprudenţă a CJE 1986

7. Hotărârea din 17 decembrie 1987 în cauza 287/86 Ny Mølle Kro, culegerea de jurisprudenţă a CJE 1987

8. Hotărârea din 15 iunie 1988 în cauza 101/87, P. Bork International v. Foreningen af Arbejdsledere I Danmark, culegerea de jurisprudenţă a CJE 1988

9. Hotărârea din 19 mai 1992 în cauza 29/91 Redmond Stichting v. Bartol şi alţii, culegerea de jurisprudenţă a CJE 1992

10. Hotărârea din 12 noiembrie 1992 în cauza 209/91, Anne Watson Rask şi Kirsten Christensen v. Iss Kantineservice A/S, culegerea de jurisprudenţă a CJE 1992

11. Hotărârea din 11 martie 1997 în cauza 13/95 Süzen v. Zehnacker Gebäudereinigung GmbH, culegerea de jurisprudenţă a CJE 1997

12. Hotărârea din 12 martie 1998 în cauza 319/94 Dethier Équipement v. Dassy, culegerea de jurisprudenţă a CJE 1998

13. Hotărârea din 10 decembrie 1998 în cauzele reunite 127/96 (Vidal v. Gómez şi alţii), 229/96 (Santner v. Hoechst) şi 74/97 (Montaña v. Claro Sol şi Renfe), culegerea de jurisprudenţă a CJE 1998

14. Hotărârea din 10 decembrie 1998 în cauzele reunite 173/96 şi 247/96 Hidalgo şi alţii v. Asociación de Servicios Aser şi Ziemann v. Ziemann Sicherheit GmbH, culegerea de jurisprudenţă a CJE 1998

15. Hotărârea din 20 noiembrie 2003 în cauza 340/01 Carlito Abler şi alţii v. Sodexho, culegerea de jurisprudenţă a CJE 2003

16. Hotărârea din 20 ianuarie 2011 în cauza 463/09 CLECE SA v. Martín Valor şi Ayuntamiento de Cobisa, culegerea de jurisprudenţă a CJE 2011

17. „*Implementation Report for Romania, Directive 2001/23/EC of 12 March 2001 on the approximation of laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights în the event of transfers of undertakings, businesses or parts of businesses"*

18. **Ion Traian Ştefănescu**, „*Tratat teoretic şi practic de drept al muncii*", Editura Universul Juridic, Bucureşti, 2010

19. **Gabriel Uluitu**, „*Drepturile salariaţilor în cazul transferului întreprinderii, al unităţii sau al unor părţi ale acestora*" în Revista Română de Dreptul Muncii nr. 1/2006

20. **Magda Volonciu**, „*Unele aspecte privind protecţia celor aleşi în funcţii de conducere în cadrul organismelor sindicale*" în Revista Română de Dreptul Muncii nr. 4/2004

Uniformizarea reglementărilor naționale în materia arbitrajului

Diana-Loredana ***HOGAŞ***[*]

Conceive the security and the peace of mind of the shipowner, the banker, or the merchant who knows that în regard to his transactions în a foreign country the law of contract, of moveable property, and of civil wrongs is practically identical with that of his own country.... [**]

Abstract: *International arbitration is continuously expanding and is increasingly preferred method for resolving disputes between business partners worldwide. The Arbitration Institution is regulated differently from one country to another, but there are a number of conventions and model laws regulating this matter, so there are the premises of a uniform regulation.*

This article seeks to analyze the trend toward harmonization of the national laws on arbitration and the desire of a single and unified legal system. The regulation on Arbitration from the new Romanian Code of Civil Procedure falls into this trend.

Keywords: *International Arbitration; Model Law on International Commercial Arbitration; Code of Civil Procedure; uniform regulation; harmonization; UNCITRAL.*

Arbitrajul, ca modalitate de rezolvare a litigiilor de drept civil există încă din antichitate. Legislaţiile naţionale au limitat puterile arbitrilor după revoluţiile burgheze deoarece pe de o parte, instituţia arbitrajului nu oferea garanţiile justiţiei statale, iar pe de altă parte, litigiile supuse arbitrajului se sustrăgeau atât controlului judecătoresc, cât şi aplicării stricte a legii.[1]

Arbitrajul comercial este definit ca fiind "instituţia în baza şi în cadrul căreia părţile împuternicesc, în limitele permise de lege, una sau mai multe persoane private ca, în circumstanţele date, să tranşeze un diferend juridic care le opune, sustrăgând astfel acel litigiu din competenţa instanţelor judecătoreşti"[2].

Această instituţie juridică a fost modernizată la începutul secolului XIX atunci când a fost reglementată prin intermediul codurilor de procedură civilă, dominate la acea dată de "spiritul liberal al revoluţiei franceze."[3] De atunci până acum, arbitrajul a cunoscut numeroase modificări, toate cu scopul adaptării acestei instituţii la cerinţele practicii comerciale interne şi internaţionale.

[**] Lord Justice Kennedy, *The Unification of Law*, Journal of the Society of Comparative Legislation, vol. 10 (1909), p. 212-215 apud José Angelo Estrella Faria, *Legal harminonization through model laws: The experience of United Nations Commision on International Trade law (UNCITRAL).*

[1] Ioan Macovei, *Dreptul comerţului internaţional*, vol. II, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2009, p. 273.

[2] Ion Dealeanu, Sergiu Deleanu, *Arbitrajul intern şi internaţional*, Ed. Rosetti, Bucureşti, 2005, p. 10.

[3] Idem, p. 17.

Prin intermediul acestei lucrări vreau să subliniez importanţa rolului Legii Model din materia arbitrajului comercial internaţional, elaborată de UNCITRAL în 1966, în armonizarea şi uniformizarea legislaţiei naţionale din materia arbitrajului.

Prima reglementare românească cu privire la arbitraj o găsim în Codul Calimach din 1817. Adoptarea codului de procedură civilă în anul 1865 a adus cu sine şi o nouă reglementare a instituţiei arbitrajului, mai modernă, dar care însă nu a putut fi pusă în practică deoarece, imediat cu instalarea regimului comunist, arbitrajul voluntar a fost înlocuit practic cu cel obligatoriu, ce avea ca obiect soluţionarea litigiilor dintre întreprinderile socialiste. Această instituţie şi-a găsit sfârşitul în anul 1985, prin abrogare, dar prin Legea nr. 59 din 1993 şi prin Legea nr. 219 din 2005 privind modificarea Codului de procedură civilă, arbitrajul comercial renaşte în planul juridic românesc.[1]

Literatura de specialitate[2] apreciază că Legea nr. 59 din 1993 care a adus modificări substanţiale instituţiei arbitrajului a avut ca "muză" principală Legea model cu privire la arbitrajul comercial internaţional, elaborată de UNCITRAL[3] în anul 1985, deşi nu s-a dorit încorporarea acesteia în dreptul naţional. Următoarele reglementări din materia arbitrajului reprezintă câteva exemple de norme influenţate de Legea model elaborată de UNCITRAL:

– posibilitatea liberă a părţilor de a alege între arbitrajul ad-hoc şi cel instituţional;

– tratamentul egal al părţilor;

– definirea celor două forme de încheiere valabilă a convenţiei de arbitraj: compromis şi clauză compromisorie;

– reglementarea doar a formei scrise pentru încheierea valabilă a convenţiei de arbitraj.

– în cadrul litigiilor internaţionale, părţile au posibilitatea de a alege sediul, dar şi limba în care se va desfăşura arbitrajul, iar în lipsa unui acord, se va utiliza limba în care s-a încheiat contractul sau va decide tribunalul arbitral;

– dreptul părţii străine de a-şi numi un arbitru de naţionalitate română şi de a conveni cu partea română ca arbitrul unic sau supraarbitrul să fie cetăţean al unui stat terţ;

– instituirea unei singure modalităţi de desfiinţare a hotărârii arbitrale, şi anume, acţiunea în anulare, prevederile anterioare legiferând recursul, dar şi contestaţia în anulare şi revizuirea.

Tendinţa uniformizării prevederilor legislative la nivelul întregii lumi, în special în domeniul dreptului comerţului internaţional, se poate observa, cu precădere, după terminarea celui de-al doilea război mondial, comerţul internaţional fiind în plină "expansiune". Diversitatea legislativă naţională existentă în această materia reprezenta un obstacol în derularea cu rapiditate, încredere, certitudine şi securitate a tranzacţiilor de comerţ internaţional[4].

În acest sens, Organizaţia Naţiunilor Unite[5] în baza prevederilor legale din Carta ONU. - art. 1 pct.3 şi art. 13 pct. 1, în care se menţionează că printre scopurile acestei organizaţii este şi "să realizeze cooperarea internaţională în rezolvarea problemelor

---

[1] T. Chiuariu, R. Giurea, *Arbitrajul intern şi internaţional*, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2012, p. 40.

[2] Monica Ionaş Sălăgean, *Arbitrajul comercial*, Ed. All Beck, Bucureşti, 2001, p. 27.

[3] http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration.html (12.04.2013).

[4] Daniel Mihai Şandru, *Dreptul comerţului internaţional*, Ed. Universitară, Ed. a 3-a, revizuită, Bucureşti, 2012, p. 14.

[5] Organizaţia Naţiunilor Unite – *în continuare*, ONU.

internaţionale cu caracter economic…", să promoveze "cooperarea internaţională în domeniul politic" şi să încurajeze "dezvoltarea progresivă a dreptului internaţional şi codificarea lui."[1] Acestor dispoziţii li se adaugă şi cele din capitolele nouă şi zece cu privire la cooperarea internaţională economică şi socială şi la Consiliul economic şi social.

Aceste prevederi legale au legitimat competenţa ONU în a acţiona în scopul înlăturării sau reducerii obstacolelor juridice din calea dezvoltării comerţului internaţional. În acest scop, în anul 1966 s-a înfiinţat, în baza rezoluţiei 2205 a Adunării Generale a ONU, Comisia Naţiunilor Unite pentru dreptul comercial internaţional– UNCITRAL; această comisie are misiunea de a duce mai departe armonizarea progresivă şi modernizarea dreptului comerţului internaţional prin pregătirea şi promovarea utilizării şi adoptării unor instrumente legislative în anumite domenii "cheie" ale comerţului internaţional.[2]

Statele membre ale UNCITRAL fac parte şi din ONU. În anul 1966 erau 29 de state membre UNCITRAL, iar în prezent sunt un număr de 60 de state membre.

În scopul armonizării legislaţiilor naţionale în diferite domenii ale dreptului comerţului internaţional s-au elaborat o serie de principii aplicabile contractelor comerciale internaţionale[3], s-a reuşit elaborarea şi aplicarea unor reglementări uniforme şi în materia vânzării internaţionale de bunuri[4], finanţe[5], insolvenţă[6], transporturi[7], dar şi în materia arbitrajului[8], subiectul pe care îl voi dezvolta în acest articol.

Însă, pe plan internaţional, preocuparea pentru un cadru de reglementare cât mai general şi uniform în ceea ce priveşte materia arbitrajului există încă din perioada interbelică; astfel, încă din anul 1923 se adoptă la Geneva primul protocol internaţional cu privire la materia arbitrajului[9], mai precis cu privire la clauzele de arbitraj. Tot la Geneva s-a adoptat şi Convenţia cu privire la materia executării sentinţelor arbitrale străine în anul 1927[10]. O altă convenţie cu o importanţă deosebită este Convenţia de la New York ce a fost încheiată în anul 1958[11], ce a avut ca scop reglementări cu privire la recunoaşterea şi executarea sentinţelor arbitrale străine. Revenind în Geneva, s-a adoptat în 1961 Convenţia europeană de arbitraj comercial internaţional[12], iar la patru ani distanţă, la Washington, în 1965, a fost adoptată Convenţia pentru reglementarea

---

[1] Carta Naţiunilor Unite a fost semnată la San Francisco la 26 iunie 1945, la încheierea Conferinţei Naţiunilor Unite pentru Organizaţia Internaţională şi a intrat în vigoare la 24 octombrie 1945.

[2] http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/general/12-57491-Guide-to-UNCITRAL-e.pdf (12.04.2013).

[3] http://www.uncitral.org/uncitral/en/other_organizations_texts.html (12.04.2013)

[4] http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods.html (12.04.2013)

[5] http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/payments.html (12.04.2013)

[6] http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/insolvency.html (12.04.2013)

[7] http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/transport_goods.html (12.04.2013)

[8] http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration.html (12.04.2013)

[9] Protocol asupra clauzelor arbitrale, semnat la adunarea ONU din date de 24 septembrie 1923. http://interarb.com/vl/g_pr1923 (12.04.2013). Pentru detalii I. Macovei, *op. cit.*, p. 273.

[10] Convenţia cu privire la materia executării sentinţelor arbitrale străine semnată la Geneva în data de 26 septembrie 1927. http://interarb.com/vl/g_co1927 (12.04.2013).

[11] Convenţia cu privire la recunoaşterea şi executarea hotărârilor arbitrale străine semnată la New York în data de 10 iunie 1958. http://interarb.com/vl/p967871780 (12.04.2013)

[12] Convenţia europeană de arbitraj comercial internaţional semnată la Geneva în data de 21 aprilie 1961.

http://www.jus.uio.no/lm/europe.international.commercial.arbitration.convention.geneva.1961/portrait.pdf (12.04.2013)

diferendelor relative la investiţii între state şi persoane ale altor state[1]. În anul 1975, se adoptă la Panama Convenţia inter-americană cu privire la arbitrajul comercial internaţional.[2]

Organizaţia Naţiunilor Unite, aşa cum am discutat mai sus, recunoaşte importanţa instituţiei arbitrajului comercial, iar în acest scop Comisia Naţiunilor Unite pentru Dreptul Comercial Internaţional a elaborat un regulament de arbitraj în 1976, iar în anul 1985 o Lege Model în arbitrajul comercial internaţional, care a suportat ultimele modificări în 2006.

România a fost un participant activ la convenţiile internaţionale multilaterale referitoare la reglementarea materiei arbitrajului atât înainte de cel de-al doilea război mondial cât şi după aceea; în acest sens, România a aderat la Protocolul relativ la clauzele de arbitraj încheiat la Geneva la 24 martie 1923, Convenţia pentru recunoaşterea şi executarea hotărârilor arbitrale străine, adoptată la New York la 10 iunie 1958, Convenţia europeană de arbitraj comercial internaţional, încheiată la Geneva la 21 aprilie 1961, Convenţia de la Washington cu privire la soluţionarea prin arbitraj a diferendelor referitoare la investiţiile străine încheiată în 1965, Convenţia de la Moscova cu privire la soluţionarea pe care arbitrală a litigiilor de drept civil decurgând din raporturile de colaborare economică şi tehnico-ştiinţifică în cadrul CAER, încheiată în 1972, Regulamentul de Arbitraj al Comisiei Naţiunilor Unite pentru Dreptul Comerţului Internaţional, adoptat de Adunarea Generală a ONU în 1976, recomandat în a fi folosit la rezolvarea diferendelor ce decurg din contracte încheiate în relaţiile comerciale internaţionale.

Astăzi, instituţia arbitrajului intern este reglementată în cuprinsul Cărţii a IV-a, iar instituţia arbitrajului internaţional este reglementată în Titlul IV a Cărţii a VII a din noul Cod de procedură civilă. Noile dispoziţii legale de această materie, ca şi cele din reglementarea anterioară, au folosit ca etalon Legea Model din materia arbitrajului comercial internaţional elaborată de UNCITRAL în 1966, fără a se dori încorporarea acesteia în dreptul naţional.

Legea Model din materia arbitrajului comercial internaţional elaborată de UNCITRAL, ca şi alte legi model, reprezintă instrumente de armonizarea şi uniformizare a legislaţiilor naţionale în anumite materii de interes internaţional. Această lege model a fost elaborată în scopul de a fi încorporată în dreptul naţional al ţărilor şi astfel, să fie reduse discrepanţele existente la nivelul legislaţiilor naţionale din materia arbitrajului comercial internaţional[3].

Dispoziţiile prevăzute de noul Cod de Procedură Civilă[4] în materia arbitrajului revigorează această instituţie datorită unor reglementări adaptate la viaţa contemporană şi o transformă într-un mijloc alternativ modern, flexibil şi rapid de soluţionare a conflictelor.

---

[1] Convenţia pentru reglementarea diferendelor relative la investiţii între state şi persoane ale altor state semnată la Washington în data de 18 martie 1965, în vigoare din 14 octombrie 1966.
http://www.sice.oas.org/dispute/comarb/icsid/w_conv1.asp (12.04.2013)

[2] Convenţia inter-americană cu privire la arbitrajul comercial internaţional semnată la Panama în data de 30 ianuarie 1975, în vigoare din 16 iunie 1976. http://www.sice.oas.org/dispute/comarb/iacac/iacac2e.asp (12.04.2013)

[3] Pentru detalii, Alina Mioara Cobuz-Băgnaru, *Arbitrajul ad-hoc conform regulilor Comisiei Naţiunilor Unite pentru Dreptul Comercial Internaţional*, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2010, p. 83-96.

[4] Cod de Procedură Civilă a României, republicat în Monitorul Oficial, Partea I nr. 545 din 3 august 2012, în vigoare din 15 februarie 2013.

Această instituţie a fost reformată, atât din punct de vedere a formei, printr-o sistematizare diferită a materiei faţă de Codul de Procedură Civilă anterior[1], cât şi din punct de vedere al conţinutului, al fondului, cum ar fi: definirea arbitrajului, modificarea criteriilor de delimitare a sferei litigiilor arbitrabile, fiind eliminată referirea la litigiile patrimoniale; litigiile în care sunt părţi persoanele juridice de drept public se pot soluţiona prin arbitraj; tribunalul de la locul arbitrajului devine singura instanţă competentă să intervină pentru a soluţiona problemele ce se pot ivi în organizarea şi desfăşurarea arbitrajului; s-a eliminat condiţia cetăţeniei române pentru arbitri; dreptul comun în materia incompatibilităţii se aplică şi în materia arbitrajului; se reglementează explicit modul în care tribunalul arbitral îşi verifică din oficiu competenţa, iar hotărârea prin care se declară necompetent nu mai poate fi atacată; deliberarea asupra pronunţării hotărârii arbitrale nu mai presupune participarea personală obligatorie a tuturor arbitrilor; acţiunea în anulare a hotărârii arbitrale este de competenţa curţii de apel; hotărârii curţii de apel are caracter definitiv atunci când se pronunţă asupra acţiunii în anulare; reglementarea arbitrajului instituţionalizat; reglementarea arbitrajului internaţional, dar şi multe altele.

Legea Model din materia arbitrajului comercial internaţional, revizuită în 2006, reglementează cele mai importante aspecte din materia arbitrajului, şi aşa cum am mai precizat, aceste dispoziţii legale se regăsesc şi în noua legiferare naţională a arbitrajului intern şi internaţional.

În următoarea parte a articolului voi analiza reglementări importante din materia arbitrajului, prevăzute de Legea Model Uncitral, reiterate cu modificări sau nu de noul Cod de procedură civilă, sediul materiei arbitrajului intern şi internaţional.

În acest context, mă opresc în primul rând la reglementarea convenţiei de arbitraj[2] din cadrul art. 7 opţiunea 1 din Legea Model, mai precis asupra cerinţei formei scrise a încheierii valabile a convenţiei de arbitraj:

Art. 7 opt. 1 (2) The arbitration agreement shall be în writing.

(3) An arbitration agreement is în writing if its content is recorded în any form, whether or not the arbitration agreement or contract has been concluded orally, by conduct, or by other means.

(4) The requirement that an arbitration agreement be în writing is met by an electronic communication if the information contained therein is accessible so as to be useable for subsequent reference; "electronic communication" means any communication that the parties make by means of data messages; "data message" means information generated, sent, received or stored by electronic, magnetic, optical or similar means, including, but not limited to, electronic data interchange (EDI), electronic mail, telegram, telex or telecopy.

(5) Furthermore, an arbitration agreement is în writing if it is contained în an exchange of statements of claim and defense în which the existence of an agreement is alleged by one party and not denied by the other.

(6) The reference în a contract to any document containing an arbitration clause constitutes an arbitration agreement în writing, provided that the reference is such as to make that clause part of the contract.

---

[1] Codul de Procedură Civilă a României, promulgat la 11 septembrie 1865, în vigoare de la 1 decembrie 1865, republicat în Monitorul Oficial al României nr. 45 din 24 februarie 1948, cu modificările şi completările ulterioare.

[2] Pentru detalii, Ioan Macovei, *op. cit.*, p. 277 – 286; Ion Deleanu, Sergiu Deleanu, *op. cit.*, p. 332-404.

Forma modificată a acestui articol o regăsim şi în art. 548, dar şi în art. 1.112 (1) a noului Cod de procedură civilă:

Art. 548 (1) Convenţia arbitrală se încheie în scris, sub sancţiunea nulităţii. Condiţia formei scrise se consideră îndeplinită atunci când recurgerea la arbitraj a fost convenită prin schimb de corespondenţă, indiferent de forma acesteia, sau schimb de acte procedurale.

Art. 1.112 (1) Convenţia arbitrală se încheie valabil în formă scrisă, prin înscris, telegrama, telex, telecopiator, poştă electronică sau orice alt mijloc de comunicare permiţând a-i stabili proba printr-un text.

În privinţa tribunalului arbitral[1], reglementarea cu privire la numărul şi numirea arbitrilor din art. 10 şi art. 11 a Legii Model are corespondent atât în art. 556 (1),(2) cât şi în art. 1.113 (1):

Art10 (1) The parties are free to determine the number of arbitrators.

(2) Failing such determination, the number of arbitrators shall be three.

Art. 11 (2) The parties are free to agree on a procedure of appointing the arbitrator or arbitrators, subject to the provisions of paragraphs (4) and (5) of this article.

(3) Failing such agreement,(a) in an arbitration with three arbitrators, each party shall appoint one arbitrator, and the two arbitrators thus appointed shall appoint the third arbitrator; if a party fails to appoint the arbitrator within thirty days of receipt of a request to do so from the other party, or if the two arbitrators fail to agree on the third arbitrator within thirty days of their appointment, the appointment shall be made, upon request of a party, by the court or other authority specifi ed în article 6; (b) în an arbitration with a sole arbitrator, if the parties are unable to agree on the arbitrator, he shall be appointed, upon request of a party, by the court or other authority specifi ed în article 6. (4) Where, under an appointment procedure agreed upon by the parties, (a) a party fails to act as required under such procedure, or (b) the parties, or two arbitrators, are unable to reach an agreement expected of them under such procedure, or (c) a third party, including an institution, fails to perform any function entrusted to it under such procedure, any party may request the court or other authority specified în article 6 to take the necessary measure, unless the agreement on the appointment procedure provides other means for securing the appointment.

Art. 556 (1) Părţile stabilesc dacă litigiul se judecă de un arbitru unic sau de mai mulţi arbitri, care trebuie să fie întotdeauna în număr impar.

(2) Dacă părţile nu au stabilit numărul arbitrilor, litigiul se judecă de 3 arbitri, câte unul numit de fiecare dintre părţi, iar al treilea - supraarbitrul - desemnat de cei 2 arbitri.

Art. 1113 (1) Numirea, revocarea şi înlocuirea arbitrilor se realizează conform convenţiei arbitrale sau celor stabilite de părţi ulterior încheierii acesteia, iar în lipsă, partea interesată poate solicita tribunalului de la sediul arbitrajului să facă acest lucru, dispoziţiile cărţii a IV-a aplicându-se prin analogie.

În ceea ce priveşte recuzarea arbitrilor, Legea Model cuprinde dispoziţii în art. 12 (2), iar în Codul de procedură civilă le regăsim în art. 1.113 (2), (3), incompatibilitatea şi abţinerea arbitrilor este reglementată în cadrul art. 12 (1) a Legii Model, Codul de procedură civilă o prevede în cadrul art. 562 (2):

---

[1] Pentru detalii, Ioan Macovei, *op. cit.*, p. 287 – 295; Ion Deleanu, Sergiu Deleanu, *op. cit.*, p. 405 – 419.

Art. 12 (2) An arbitrator may be challenged only if circumstances exist that give rise to justify able doubts as to his impartiality or independence, or if he does not possess qualifications agreed to by the parties. A party may challenge an arbitrator appointed by him, or în whose appointment he has participated, only for reasons of which he becomes aware after the appointment has been made.

Art. 1.113 Arbitrul poate fi recuzat: a) când nu are calificarea stabilită de părţi; b) când există o cauză de recuzare dintre cele prevăzute de regulile de procedură arbitrală adoptate de părţi sau, în lipsă, de arbitri; c) când împrejurările induc o îndoială legitimă cu privire la independenţa şi imparţialitatea sa.

(3) O parte nu poate recuza un arbitru pe care l-a desemnat sau la a cărui numire a contribuit decât pentru o cauză de care a luat cunoştinţă după această numire. Tribunalul arbitral şi cealaltă parte trebuie înştiinţate fără întârziere despre motivul de recuzare.

Iar în privinţa incompatibilităţii:

Art. 12 (1) When a person is approached în connection with his possible appointment as an arbitrator, he shall disclose any circumstances likely to give rise to justify able doubts as to his impartiality or independence. An arbitrator, from the time of his appointment and throughout the arbitral proceedings, shall without delay disclose any such circumstances to the parties unless they have already been informed of them by him.

Art. 562 (2) Persoana care ştie că în privinţa sa există o cauză de recuzare este obligată să înştiinţeze părţile şi pe ceilalţi arbitri mai înainte de a fi acceptat însărcinarea de arbitru, iar dacă asemenea cauze survin după acceptare, de îndată ce le-a cunoscut.

În ceea ce priveşte procedura arbitrală, principiul autonomiei de voinţă se regăseşte în alegerea procedurii arbitrale, reglementat de Legea Model în art. 13 (1) şi art. 19, corespondent în Codul de procedură civilă fiind art. 1.114 (1):

Art. 13 (1) The parties are free to agree on a procedure for challenging an arbitrator, subject to the provisions of paragraph (3) of this article.

Art. 19 (1) Subject to the provisions of this Law, the parties are free to agree on the procedure to be followed by the arbitral tribunal în conducting the proceedings.

(2) Failing such agreement, the arbitral tribunal may, subject to the provisions of this Law, conduct the arbitration în such manner as it considers appropriate. The power conferred upon the arbitral tribunal includes the power to determine the admissibility, relevance, materiality and weight of any evidence.

Art. 1.114 (1) Părţile pot stabili procedura arbitrală direct sau prin referire la regulamentul unei instituţii de arbitraj ori o pot supune unei legi procedurale la alegerea lor.

Principiul egalităţii de tratament a părţilor[1] în cadrul procedurii arbitrale este prevăzut în art. 18 a Legii Model, iar în reglementarea noastră naţională în cadrul art. 1.114 (3):

Art. 18 The parties shall be treated with equality and each party shall be given a full opportunity of presenting his case.

Art. 1.114 (3) Oricare ar fi procedura arbitrală stabilită, tribunalul arbitral trebuie să garanteze egalitatea părţilor şi dreptul lor de a fi ascultate în procedura contradictorie.

---

[1] Pentru detalii, Alina Mioara Cobuz-Băgnaru, *op. cit.*, p. 90-91. Gabriel Homotescu, *Litigii patrimoniale. Soluţionarea pe calea arbitrajului*, Ed. Lumina Lex, Bucureşti, 2001, p. 74 -76.

Reglementarea limbii în care se va desfăşura procedura arbitrală este prevăzută în art. 22 a Legii Model, art. 570 (1) şi art. 1.115 din cadrul Codului de procedură civilă, şi are la bază principiul autonomiei de voinţă a părţilor:

Art. 22 (1) The parties are free to agree on the language or languages to be used în the arbitral proceedings. Failing such agreement, the arbitral tribunal shall determine the language or languages to be used în the proceedings. This agreement or determination, unless otherwise specified therein, shall apply to any written statement by a party, any hearing and any award, decision or other communication by the arbitral tribunal.

(2) The arbitral tribunal may order that any documentary evidence shall be accompanied by a translation into the language or languages agreed upon by the parties or determined by the arbitral tribunal.

Art. 570 (1) Dezbaterea litigiului în faţa tribunalului arbitral se face în limba stabilită prin convenţia arbitrală sau, dacă nu s-a prevăzut nimic în această privinţă ori nu a intervenit o înţelegere ulterioară, în limba contractului din care s-a născut litigiul ori, dacă părţile nu se înţeleg, într-o limbă de circulaţie internaţională stabilită de tribunalul arbitral.

Art. 1115. - (1) Dezbaterea litigiului în faţa tribunalului arbitral se face în limba stabilită prin convenţia arbitrală sau, dacă nu s-a prevăzut nimic în această privinţă ori nu a intervenit o înţelegere ulterioară, în limba contractului din care s-a născut litigiul ori într-o limbă de circulaţie internaţională stabilită de tribunalul arbitral.

(2) Dacă o parte nu cunoaşte limba în care se desfăşoară dezbaterea, la cererea şi pe cheltuiala ei, tribunalul arbitral îi asigură serviciile unui traducător.

(3) Părţile pot să participe la dezbateri cu traducătorul lor.

Locul desfăşurării procedurii arbitrale este de asemenea supus principiului autonomiei de voinţă a părţilor atât în reglementarea oferită de art. 20 (1) a Legii Model, cât şi de art. 569 din Codul de procedură civilă:

Art. 20 (1) The parties are free to agree on the place of arbitration. Failing such agreement, the place of arbitration shall be determined by the arbitral tribunal having regard to the circumstances of the case, including the convenience of the parties.

Art. 569. Părţile stabilesc locul arbitrajului. În lipsa unei asemenea prevederi, locul arbitrajului se stabileşte de tribunalul arbitral.

Dispoziţii cu privire la competenţa tribunalului arbitral[1] găsim în cadrul art. 16 a Legii Model, respectiv art. 1.118 din Codul de procedură civilă, principiul kompetenz-kompetenz cu privire la prerogativa tribunalului de a se pronunţa asupra propriei competenţe de soluţionare a litigiului se regăseşte în ambele reglementări; cu privire la competenţa tribunalului arbitral de a hotărî în luarea de măsuri provizorii şi conservatorii există reglementări distincte în cadrul art. 17 (1) a Legii Model, dar şi în art. 585 (1), art. 1.116 (1) din Codul de procedură civilă:

Art. 16 (1) The arbitral tribunal may rule on its own jurisdiction, including any objections with respect to the existence or validity of the arbitration agreement. For that purpose, an arbitration clause which forms part of a contract shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract. A decision by the arbitral tribunal that the contract is null and void shall not entail ipso jure the invalidity of the arbitration clause.

---

[1] Pentru detalii, Ioan Macovei, *op. cit.*, p. 287 – 295; Ion Deleanu, Sergiu Deleanu, *op. cit.*, p. 405 – 419. Radu Bogdan Bobei, *Arbitrajul intern şi internaţional. Texte. Comentarii. Mentalităţi*., Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2013, p. 320 – 325.

(2) A plea that the arbitral tribunal does not have jurisdiction shall be raised not later than the submission of the statement of defence. A party is not precluded from raising such a plea by the fact that he has appointed, or participated în the appointment of, an arbitrator. A plea that the arbitral tribunal is exceeding the scope of its authority shall be raised as soon as thematter alleged to be beyond the scope of its authority is raised during the arbitral proceedings. The arbitral tribunal may, în either case, admit a later plea if it considers the delay justified.

(3) The arbitral tribunal may rule on a plea referred to în paragraph (2) of this article either as a preliminary question or în an award on the merits. If the arbitral tribunal rules as a preliminary question that it has jurisdiction, any party may request, within thirty days after having received notice of that ruling, the court specified în article 6 to decide the matter, which decision shall be subject to no appeal; while such a request is pending, the arbitral tribunal may continue the arbitral proceedings and make an award.

Art. 1.118 (1) Tribunalul arbitral decide asupra propriei competenţe.

(2) Tribunalul arbitral statuează asupra propriei competenţe fără a lua în considerare o cerere având acelaşi obiect, deja pendinte între aceleaşi părţi în faţa unui tribunal statal sau arbitral, afară numai dacă motive temeinice impun suspendarea procedurii.

(3) Excepţia de necompetenţă trebuie ridicată prealabil oricărei apărări pe fond.

Legea Model conţine prevederi şi în ceea ce priveşte hotărârea arbitrală, astfel în art. 29 găsim reglementări cu privire la compoziţia tribunalului arbitral atunci când trebuie să se pronunţe asupra hotărârii arbitrale, reglementări cuprinse şi în art. 1.120 (1) din Codul de procedură civilă:

Art. 29 în arbitral proceedings with more than one arbitrator, any decision of the arbitral tribunal shall be made, unless otherwise agreed by the parties, by a majority of all its members. However, questions of procedure may be decided by a presiding arbitrator, if so authorized by the parties or all members of the arbitral tribunal.

Art. 1120 (1) Hotărârea arbitrală este dată cu procedura convenită de părţi. În lipsa unor asemenea prevederi în convenţia arbitrală, hotărârea se pronunţă cu votul majorităţii arbitrilor, iar în caz de paritate a voturilor prevalează soluţia care se raliază votului supraarbitrului.

De asemenea, în art. 31 a Legii Model sunt prevăzute dispoziţii cu privire la forma şi conţinutul hotărârii arbitrale, prevederi similare fiind cuprinse şi în cadrul art. 1.120 (2), (3):

Art. 31 (1) The award shall be made în writing and shall be signed by the arbitrator or arbitrators. în arbitral proceedings with more than one arbitrator, the signatures of the majority of all members of the arbitral tribunal shall suffi ce, provided that the reason for any omitted signature is stated.

(2) The award shall state the reasons upon which it is based, unless the parties have agreed that no reasons are to be given or the award is an award on agreed terms under article 30.

(3) The award shall state its date and the place of arbitration as determined în accordance with article 20(1). The award shall be deemed to have been made at that place.

(4) After the award is made, a copy signed by the arbitrators în accordance with paragraph (1) of this article shall be delivered to each party.

Art. 1120 (2) Hotărârea arbitrală este scrisă, motivată, datată şi semnată de toţi arbitrii.

(3) Hotărârea arbitrală este executorie şi obligatorie de la comunicarea sa părţilor şi poate fi atacată numai cu acţiune în anulare pentru motivele şi în regimul stabilite în cartea a IV-a, care se aplică în mod corespunzător.

Hotărârea arbitrală poate fi atacată conform art. 34 din Legea Model cu recurs, dar potrivit prevederilor art. 608 şi art. 1.120 (3), hotărârea arbitrală poate fi atacată numai cu acţiune în anulare; deşi căile de atac sunt diferit reglementate, aşa cum am descris mai sus, motivele de atac ale unei hotărâri de arbitraj sunt asemănătoare: art. 34 (2) al Legii Model prevede că o hotărâre arbitrală poate fi atacată cu recurs dacă partea care a făcut cererea poate dovedi, fie că o parte care a încheiat convenţia de arbitraj era incapabilă; fie convenţia de arbitraj nu este valabilă în conformitate cu legea aleasă de părţi sau nu a respectat prevederile statului respectiv; partea care a făcut cererea de arbitraj nu a fost anunţată din timp cu privire la numirea unui arbitru sau cu privire la procedura arbitrală sau nu a putut să se prezinte; hotărârea arbitrală s-a pronunţat asupra unui litigiu care nu este susceptibil de rezolvare prin intermediul arbitrajului sau hotărârea a fost pronunţată asupra unor chestiuni ce depăşesc scopul convenţiei de arbitraj; tribunalul arbitral nu a fost constituit în conformitate cu convenţia arbitrală sau procedura arbitrală nu a fost în conformitate cu convenţia arbitrală, cu excepţia cazului în care acele prevederi din convenţie erau în conflict cu legea de la care părţile nu puteau deroga sau în lipsa unui asemenea acord, nu erau în conformitate cu legea statului respectiv; litigiul nu era susceptibil de soluţionare pe calea arbitrajului în conformitate cu legea statului respectiv; hotărârea arbitrală încalcă ordinea publică a statului respectiv.

Art. 608 din noul Codul de procedură civilă cuprinde următoarele motive de acţiune în anulare a unei hotărâri de arbitraj: litigiul nu era susceptibil de soluţionare pe calea arbitrajului; tribunalul arbitral a soluţionat litigiul fără să existe o convenţie arbitrală sau în temeiul unei convenţii nule ori inoperante; tribunalul arbitral nu a fost constituit în conformitate cu convenţia arbitrală; partea a lipsit la termenul la care au avut loc dezbaterile şi procedura de citare nu a fost legal îndeplinită; hotărârea a fost pronunţată după expirarea termenului arbitrajului prevăzut la art. 567, deşi cel puţin una dintre părţi a declarat că înţelege să invoce caducitatea, iar părţile nu au fost de acord cu continuarea judecăţii, potrivit art. 568 alin. (1) şi (2); tribunalul arbitral s-a pronunţat asupra unor lucruri care nu s-au cerut ori a dat mai mult decât s-a cerut; hotarârea arbitrală nu cuprinde dispozitivul şi motivele, nu arată data şi locul pronunţării ori nu este semnată de arbitri; hotărârea arbitrală încalcă ordinea publică, bunele moravuri ori dispoziţii imperative ale legii; dacă, după pronunţarea hotărârii arbitrale, Curtea Constituţională s-a pronunţat asupra excepţiei invocate în acea cauză, declarând neconstituţională legea, ordonanţa ori o dispoziţie dintr-o lege sau dintr-o ordonanţă care a făcut obiectul acelei excepţii ori alte dispoziţii din actul atacat, care, în mod necesar şi evident, nu pot fi disociate de prevederile menţionate în sesizare.

O materie de interes internaţional, ce face obiectul şi unei convenţii internaţionale la care România este parte – Convenţia de la New York din 1958 cu privire la recunoaşterea şi executarea hotărârilor arbitrale străine, recunoaşterea şi executarea hotărârilor arbitrale este o materie pe care o găsim reglementată în art. 35 (1), (2) şi art. 36 (1) ale Legii Model şi în art. 1.125, art. 1.127 şi art. 1.128 ale Codului de procedură civilă. Motivele de refuz ale recunoaşterii şi executării unei hotărâri arbitrale străine reglementate atât de Legea Model cât şi de Codul de procedură civilă român sunt similare prevederilor art. 5 pct. 1 lit. a) - e), pct. 2 din Convenţia de la New York şi art. 9 pct. 1 din Convenţia europeană de arbitraj comercial internaţional de la Geneva din 1961: nevaliditatea convenţiei arbitrale; nerespectarea principiului dreptului la

apărare; nerespectarea principiului contradictorialităţii; depăşirea limitelor convenţiei de arbitraj; neconstituirea Tribunalului arbitral în conformitate cu prevederile convenţiei arbitrale; nerespectarea procedurii arbitrale prevăzută în cadrul convenţiei de arbitraj; neconstituirea tribunalului arbitral în conformitate cu prevederile Convenţiei de la Geneva din 1961, nerespectarea procedurii de arbitraj conform prevederilor din art. IV din Convenţia de la Geneva din 1961, pentru cazul în care părţile nu au stipulat în convenţia de arbitraj procedura de arbitraj şi modalitatea de constituire a tribunalului arbitral.[1]

Cele analizate mă îndrituiesc să trag concluzia că există un trend puternic către uniformizarea legislaţiei naţionale în materia arbitrajului, dar în acest proces nu trebuie uitate tradiţiile naţionale juridice deoarece, aşa cum afirmă Mircea Duţu, " *cheia* succesului ancorării în mondializare via europenizare o reprezintă pentru dreptul român post-modern întemeierea sa pe tradiţiile cele bune şi continuarea lor în conexiune şi potrivit exigenţelor noii arhitecturi globale, dar numai în măsura şi sub forma în care răspunde unei nevoi intrinseci şi exprimă cel mai bine posibil cerinţelor acesteia"[2].

Instituţia arbitrajului comercial este una de actualitate şi de viitor, specialiştii întărind această afirmaţie; în anul 1998, cu ocazia organizării unei întâlniri la New York cu scopul sărbătoririi a patruzeci de ani de la adoptarea Convenţiei cu privire la recunoaşterea şi executarea hotărârilor arbitrale străine, s-a apreciat faptul că rolul şi importanţa arbitrajului comercial creşte, iar la o altă întâlnire, de aceasta dată de la Viena, din 1999, s-a concluzionat faptul că din ce în ce mai multe state aplică Legea - model cu privire la arbitrajul comercial elaborată de UNCITRAL în 1976[3].

Statistici recente demonstrează trendul crescător al litigiilor care sunt încredinţate curţilor de arbitraj; astfel, Curtea Internaţională de Arbitraj din Londra s-a confruntat în perioada 2007 – 2008 cu o creştere de 55% a litigiilor pe care a trebuit să le rezolve, iar în anul 2009 a înregistrat o creştere de 14%. În acelaşi scenariu se regăsesc şi Curţile Internaţionale de Arbitraj din Paris şi Elveţia, prima înregistrând în 2008 cu 11% mai multe cazuri, iar în anul 2009, cu 23% mai multe, Curtea elveţiană a avut o creştere de 15% în anul 2008, iar în anul 2009, de 53%. Curtea Internaţională de Arbitraj din Dubai, în anul 2009 şi-a dublat numărul de litigii rezolvate faţă de anul 2003, şi se pare că şi Asia se bucură de aceeaşi încredere în rezolvarea litigiilor pe cale arbitrală.[4]

Trebuie să precizăm că şi această instituţie, ca şi alte instituţii juridice, evoluează, se dezvoltă şi se modernizează odată cu societatea, ceea ce face necesară adaptarea reglementării acesteia la aşteptările potenţialilor utilizatori ai acestei instituţii de drept privat: rapiditate, accesibilitate, costuri reduse, confidenţialitate, simplicitate, imparţialitate, profesionism, soluţionare definitivă a conflictului şi recunoaştere a hotărârii arbitrale.

---

[1] Pentru detalii, Radu Bogdan Bobei, *op. cit.,* p. 428.

[2] Mircea Duţu în Prefaţa revistei Studii şi cercetări juridice, an 1 (57), nr. 1, 2012, p. 10.

[3] Dumitru Mazilu, *Tratat privind dreptul comerţului internaţional*, Universul Juridic, Bucureşti, 2011, p. 618.

[4] http://www.ftijournal.com/article/Dispute-Resolution-in-the-Global-Economy (12.04.2013).

Aspecte privind răspunderea civilă rezultată din tulburările aduse stării de vecinătate

Diana-Nicoleta ***DEACONU-DASCĂLU***[*]
Silviu ***DEACONU***[**]

Abstract: *Raporturile de vecinătate izvorâte din chiar dreptul de proprietate, exclusiv şi absolut, caracterizat astfel de Constituţia României, trebuie să aibă la bază un comportament bazat pe bună-credinţă şi toleranţă, pornind de la obligaţia reciprocă între vecini de a nu se prejudicia şi de a nu-şi cauza dezagremente intolerabile, în caz contrar urmând a fi obligaţi la repararea eventualelor daune produse.*

Încălcarea obligaţiilor menţionate, în opiniile exprimate în doctrina şi practica judiciară de specialitate au fost legate de două mecanisme juridice: abuzul de drept şi inconvenientele anormale de vecinătate. Prezentul studiu analizează ambele mecanisme juridice, urmărind evoluţia lor în concepţia juridică, sub vechiul Cod, dar mai ales sub noul Cod civil, comparativ cu legislaţia şi doctrina franceză, care a constituit principala sursă de inspiraţie a doctrinei române şi a legiuitorului român din 2011.

Cuvinte cheie: *abuz de drept, inconveniente anormale de vecinătate, răspundere civilă*

1. Aspecte generale privind mecanismele ce intervin în sancţionarea prejudiciilor legate de raporturile de vecinătate

Raporturile de vecinătate izvorâte din chiar dreptul de proprietate exclusiv şi absolut cum este caracterizat inclusiv de Constituţia României, trebuie să aibă la baza un comportament bazat pe buna-credinţă şi toleranţă pornind de la obligaţia reciprocă de a nu-l prejudicia pe vecin, în caz contrar urmând a repara eventualele daune pe care i le-a produs şi de a nu-i cauza dezagremente intolerabile.

Încălcarea obligaţiilor menţionate, în opiniile exprimate în doctrina şi practica judiciară au fost legate de două mecanisme juridice: abuzul de drept şi inconvenientele anormale de vecinătate.

Doctrina naţională a fost prea puţin interesată de formularea unor teorii sau de analiza profundă a noţiunii de inconveniente anormale de vecinătate, preferând să trateze ca şi abuz de drept prejudiciile aduse ca urmare a unei folosiri inadecvate a dreptului de proprietate în ceea ce priveşte relaţiile de vecinătate.

Teoria inconvenientelor de vecinătate îşi are originea în jurisprudenţa Curţii de Casaţie franceze care a constituit baza unui regim de responsabilitate distinct de cel pentru abuzul de drept. Distincţia constă în aceea că autorul unui inconvenient anormal de vecinătate nu are un comportament culpabil, el nu comite nicio faptă de natură a produce un prejudiciu, în sensul Codului civil, nicio infracţiune în sensul Codului penal,

[*] Asistent Universitar Doctorand, Universitatea Titu Maiorescu, Facultatea de Drept Târgu-Jiu.
[**] Avocat, Baroul Gorj.

spre deosebire de cel care săvârşeşte un abuz de drept care acţionează obligatoriu cu intenţie[1].

În ultimii ani, doctrinarii români, după analiza jurisprudenţei franceze în special, au aderat la teoria inconvenientelor anormale de vecinătate, începând să distingă între abuzul de drept şi aceasta din urmă, instituţii care deşi par foarte asemănătoare, în trecut fiind chiar confundate, presupun condiţii şi temeiuri de răspundere diferită.

2. Abuzul de drept în raporturile de vecinătate

Abuzul de drept este tot o construcţie a juriştilor francezi care au promovat ideea, pe la începutul secolului XX, conform căreia executarea unui drept depăşeşte limitele juridice de protecţie în cazul în care exercitarea sa este făcută în scopul producerii unor prejudicii în patrimoniul altei persoane, aşadar dincolo de limitele fireşti recunoscute de lege.

Limitarea constituţională a exerciţiului dreptului de proprietate este dată de art. 41 din Constituţia României care prevede faptul că dreptul de proprietate obligă la respectarea sarcinilor privind protecţia mediului, precum şi la respectarea celorlalte sarcini, care, potrivit legii, cad în sarcina proprietarului.

În ceea ce priveşte abuzul de drept din prisma relaţiilor de vecinătate, aşa cum s-a spus în doctrina română şi franceză, intervine atunci când titularul dreptului nu mai urmăreşte exercitarea dreptului său în baza unui interes serios şi legitim, ci doar în dauna altor persoane, aflate în relaţie de vecinătate cu acesta.

L. Josserand[2] vedea abuzul de drept ca o limitare a dreptului de proprietate ce deriva din funcţia sa socială, din spiritul şi scopul său. Potrivit acestuia[3] „drepturile subiective, produse sociale, conferite de societate, nu sunt atribuite abstract pentru ca noi să le exercităm discreţionar *ad nutum;* fiecare dintre ele are raţiunea sa de a fi, misiunea sa de îndeplinit. Atunci când le exercităm, suntem datori să ne conformăm acestui spirit, să acţionăm în această direcţie. Altfel vom deturna dreptul de la destinaţia sa, vom abuza comiţând o greşeală de natură a angaja răspunderea". Chiar şi „prerogativele aparent absolute trebuie să se plieze aceleaşi finalităţi, fără ca dreptul de proprietate, care constituie *dominium,* puterea-tip, să facă excepţie".

Dar chiar dacă se manifestă acel *animus nocendi,* dauna provocată altuia nu va putea constitui niciodată un scop în sine, ci doar o rezultantă a unei activităţi[4].

Este teoria care face loc *concepţiei obiective* despre abuzul de drept fundamentând răspunderea titularului pe destinaţia antisocială pe care a dat-o dreptului său astfel deturnat.

Chiar dacă o asemenea atitudine ţine tot de voinţa autorului, fundamentarea răspunderii este data de ideea de risc[5].

---

[1] Crăciunean, L., *Teoria inconvenientelor (tulburărilor) de vecinătate între inexistenţă şi necesitate,* articol publicat pe situl http://www.avocatnet.ro/content/articles/id_10383/Teoria/inconvenientelor/(tulburarilor)/de/vecinatate/intre/inexistenta/si/necesitate.html#ixzz2I32rv8qf, consultat azi 15.01.2013.

[2] Josserand, L., *Cours de droit civil positif francais,* vol. I, ed. a II a, Edit. Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1932, p. 761.

[3] Josserand, L., *De l'abus de droits,* Paris, Ed. Rousseau, 1905, *De l'esprit des droits et de leurs relativité,* Paris, Ed. Dalloz, 1927.

[4] Josserand, L., *op. cit.,* p. 762.

[5] Neculaescu, S., *Ambiguităţi ale teoriei abuzului de drept,* publicat în revista Dreptul, nr. 3/2011.

Contrar acestei teorii, au existat voci în jurisprudenţa franceză, preluate de o parte a doctrinei naţionale, care au văzut o aberaţie juridică în această teorie. Astfel marele jurist Marcel Planiol[1] susţine că teoria este fără sens pentru că „dacă am dreptul să fac un act determinat, nu sunt vinovat ca l-am făcut, iar dacă am dreptul de a mă abţine, nu mi se poate imputa greşeala de a-l fi omis". „Omul abuzează de lucruri, nu şi de drepturi", astfel că, în concepţia lui, abuzul de drept „este o logomanie; el nu constituie o categorie juridică distinctă de actul ilicit şi deci nu trebuie să fim păcăliţi de cuvinte: dreptul încetează acolo unde începe abuzul; un act nu poate fi în acelaşi timp conform cu dreptul şi contrar dreptului".

Ulterior, Georges Ripert, autorul unei lucrări de referinţă vizând interferenţa regulii morale în obligaţiile civile, are în vedere abuzul de drept ca „o greşeală care constă într-un exerciţiu anormal al dreptului, pentru că impune omului datoria de a nu dauna altuia"[2], concepţie dominantă în doctrina clasică franceză de drept civil care fundamentează abuzul de drept pe răspunderea civilă delictuală[3].

În ceea ce priveşte reglementarea juridică a abuzului de drept în legislaţia românească, observăm că nu a existat nicio dispoziţie în acest sens în vechiul Cod civil, care s-a aflat în vigoare din 1864 până la 1 octombrie 2011.

Cu toate acestea, Constituţia României a făcut trimitere indirectă la instituţia abuzului de drept în articolul 57, unde se precizează obligaţia pentru cetăţenii români, cetăţenii străini şi apatrizii de a-şi exercita drepturile şi libertăţile constituţionale cu bună-credinţă, fără să încalce drepturile şi libertăţile celorlalţi.

Totodată articolul 3 din Decretul nr. 31/1954 privitor la persoanele fizice şi persoanele juridice preciza în articolul 3 faptul că: „Drepturile civile sunt ocrotite de lege. Ele pot fi exercitate numai potrivit cu scopul lor economic şi social."

Aşadar, acesta instituia, ca şi limite de exercitare a drepturilor subiective, scopul lor legitim economic sau social, concepţie care este în prezent depăşită, întrucât se consideră că abuzul de drept este mai degrabă o chestiune psihologică, care presupune intenţia de a vătăma, contrar astfel bunei-credinţe care ar trebui să stea la baza exercitării oricărui drept subiectiv.

Codul de procedură civilă, la art. 723 prevede că exercitarea drepturilor procedurale cu rea-credinţă şi contrar scopului pentru care au fost cunoscute de lege, este sancţionată atunci când o parte încalcă prevederile în acest sens, parte care este obligată să răspundă pentru prejudiciile cauzate .

Teoriile dezvoltate de doctrinarii francezi de-a lungul timpului privind abuzul de drept, care au fost preluate şi de o parte majoritară din doctrinarii români care au tratat această problemă, au avut o importanţă deosebită în consacrarea expresă a abuzului de drept ca şi teorie cu denumire marginală proprie în noul Cod civil, intrat în vigoare la 1 octombrie 2011.

Astfel articolul 14 arată că: *„persoanele fizice şi persoanele juridice participante la raporturile juridice civile trebuie să îşi exercite drepturile şi să îşi execute obligaţiile cu bună-credinţă, în acord cu ordinea publică şi bunele moravuri",* iar art. 15 precizează

---

[1] Planiol, M., *Traité élémentaire de droit civil, tome deuxieme,* Paris, Edit. Librairie Générate de droit et de Jurisprudence, 1909, p. 286.

[2] Ripert, G., *La regle morale dans les obligations civiles,* Paris, Edit. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1925, p. 171.

[3] Stoffel-Munck, Ph., *L 'abus dans le contrat, essai d'une théorie,* Paris, Edit. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2000.

că *„Niciun drept nu poate fi exercitat în scopul de a vătăma sau păgubi pe altul într-un mod excesiv şi nerezonabil, contrar bunei credinţe."*

Un alt articol inovator adus de Noul Cod Civil este art. 1353, care prevede ca cel care cauzează un prejudiciu prin exerciţiul drepturilor sale nu este obligat să-l repare, cu excepţia cazului în care acesta este exercitat abuziv. Astfel, se va considera exercitare abuzivă neutilizarea dreptului în realizarea scopului său, ci intenţionând a vătăma altă persoană sau încălcând principiul bunei-credinţe.

Aşadar, din interpretarea acestui text de lege, apreciem că o posibilă definiţie ar fi aceea conform căreia abuzul de drept reprezintă o încălcare a obligaţiei individuale a titularilor de drepturi subiective, participanţi la raporturile juridice civile, de a-şi exercita drepturile conform scopului lor şi cu bună-credinţă, ajungând astfel să le exercite contrar bunei-credinţe sau ordinii publice, cu intenţia de a vătăma în orice fel pe altul într-un mod excesiv.

Apreciem că termenul folosit de legiuitor – „rezonabil" - deşi este un termen de o insuficientă claritate şi ar fi oportună înlocuirea acestuia cu unul mai precis sau mai explicit, lasă posibilitatea instanţelor de judecată să aprecieze de la caz la caz dacă există o exercitare abuzivă a dreptului sau nu, impunând în sarcina practicii judiciare, în special în sarcina Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie, prin instrumentul deciziilor în interesul legii, criteriile în funcţie de care se poate interpreta ca „nerezonabilă" şi contrară bunei-credinţe exercitarea unui anumit drept în anumite circumstanţe.

Pentru a se putea decide dacă o anumită faptă a titularului în exercitarea dreptului reprezintă sau nu abuz de drept trebuie examinat dacă s-au încălcat limitele interne sau externe ale dreptului respectiv.

S-a spus[1] astfel că limitele externe despart sfera juridică în care dreptul de proprietate există de zona inexistenţei dreptului, prima incluzând atât limitele materiale ale exercitării dreptului de proprietate, cât şi limitele legale sau cele stabilite de însuşi proprietarul dreptului, indiferent dacă acestea urmăresc restrângerea întinderii bunului ca obiect al dreptului de proprietate sau restrângerea atributelor sale. Limitele interne vin să completeze aria de incidenţă a limitelor externe, conturând sfera în care dreptul de proprietate este exercitat în mod normal, încălcarea acestor limite declanşând mecanismul juridic al abuzului de drept.

O altă definiţie propune a se vedea în abuzul de drept „exercitarea cu rea-credinţă a unui drept subiectiv de către titularul acestuia, cu încălcarea finalităţii recunoaşterii legale a respectivului drept ori a scopului economic/social în vederea căruia a fost consacrat prin lege"[2].

Întrucât s-a considerat atât de doctrinari, cât şi de practicieni, în special cei francezi, că abuzul de drept nu poate forma întotdeauna fundamentul unei răspunderi civile, deoarece există nenumărate situaţii în care fapta unei persoane, care prin exerciţiul nejustificat şi excesiv al dreptului său, dar nu cu intenţie sau rea-credinţă produce vecinului său prejudicii grave, s-a născut, în paralel cu teoria abuzului de drept, teoria privind inconvenientele anormale de proprietate, creaţie pretoriană în plină expansiune, care să vină cu o soluţie la reglarea situaţiei civile provocate.

Analizând noţiunea de abuz de drept apreciem ca fiindu-i caracteristice următoarele particularităţi ce decurg chiar din textele legale invocate mai sus: 1. dreptul subiectiv este exercitat contrar scopului său economic şi social, 2. absenţa unui interes legitim, 3.

---

[1] Ruen, A., *Inconvenientele anormale de vecinătate - evoluţie şi perspective,* în Studia Universitatis Babeş-Bolyai. Iurisprudentia, nr. 3/2011.

[2] Goicovici, J., *Dicţionar de dreptul consumului,* Edit. C.H. Beck, Bucureşti, 2010, p. 1.

dreptul este exercitat cu rea-credinţă, contrar legii sau moralei, cu intenţia de a leza pe altul şi 4. dreptul subiectiv este exercitat cu depăşirea limitelor sale interne sau externe.

Considerăm că abuzul de drept atrage răspunderea civilă subiectivă, bazată pe culpa autorului, întrucât pentru a ne afla în situaţia reţinerii unui abuz de drept este obligatorie dovada culpei prin orice mijloc de probă.

Apreciem totodată că vinovăţia în acest caz, deşi din textul de lege ar rezulta că presupune intenţia de a leza ca şi formă de vinovăţie, fie că este intenţie directă sau indirectă, presupune, de fapt, ambele forme, adică pe lângă intenţie şi culpa cu prevedere sau fără prevedere.

Trebuie arătat că o bună parte a doctrinei juridice naţionale priveşte abuzul de drept cantonat exclusiv în zona intenţiei păgubitoare de care a fost animat titularului dreptului, ignorându-se faptul că el este asimilat faptei cauzatoare de prejudicii.

Considerăm şi noi, alături de alţi autori, că definiţia legală a abuzului de drept promovată de Codul civil în vigoare admite posibilitatea ca acesta să fie exercitat şi din culpă, deşi în general, intenţia este forma cea mai întâlnită.

Astfel, art. 15 prevede două situaţii care atrag răspunderea civilă întemeiată pe abuzul de drept: a. exercitarea dreptului în scopul de a vătăma sau păgubi pe altul, care presupune intenţia directă ca formă a vinovăţiei şi b. exercitarea dreptului într-un mod excesiv şi nerezonabil, contrar bunei-credinţe, situaţie care nu exclude culpa ca forma de vinovăţie.

Pe acest aspect, doctrina interbelică subliniază că abuzul de drept este „o culpă în înţelesul art. 998" C. civ[1], pentru că „jurisprudenţa nici n-ar putea proceda altcumva, căci nu are la îndemână alt mijloc pentru a legitima o condamnare la daune"[2].

Condiţionarea sancţiunii abuzului de drept de existenţa intenţiei răufăcătoare a titularului antrenează două consecinţe grave pentru victimă, care, deşi este nevinovată, se vede sacrificată: în primul rând refuzul oricărei protecţii în faţa unei vătămări prin exercitarea culpabilă a dreptului de către titular, ceea ce ar putea reprezenta o denegare de dreptate şi în al doilea rând îngreunarea sarcinii probaţiunii unei intenţii, de multe ori obscure. Jurisprudenţa tinde să se detaşeze de concepţia subiectivă privind exercitarea dreptului raportându-se la criterii tot mai obiective de apreciere a abuzului de drept, modalităţi care, raportate la noţiunea de vinovăţie introdusă de noul Cod civil la art. 16, n-ar putea fi săvârşite decât din culpă, o culpă abstractă raportată la un standard abstract - buna-credinţă. Odată ce am convenit ca şi exercitarea nerezonabilă a dreptului constituie abuz de drept, apelul la reaua-credinţă devine aproape inutil[3].

Jurisprudenţa franceză a apreciat că ne aflăm în situaţia abuzului de drept în următoarele situaţii: prin instalarea pe un teren a unui dispozitiv fără nicio utilitate pentru proprietar decât cu intenţia de a leza pe altul[4], plantarea unei perdele de ferigi în faţa ferestrei vecinului cu singura intense de a-l leza pe acesta[5], construirea cu rea-credinţă a

---

[1] Termenul „culpă" are semnificaţia, în acest context, a faptei săvârşite atât cu intenţie, cât şi din culpa propriu-zisă.

[2] Bălănescu, R., Al. Băicoianu, *Drept civil român. Studiu de doctrină şi jurisprudenţă,* Bucureşti, Edit. Socec, 1943, p. 93.

[3] Neculaescu,S., *op. cit.,* http://sacheneculaescudotcom.wordpress.com/2011/01/11/ambiguitati-ale-teoriei-abuzului-de-drept/#_ftnref7.

[4] Cauza Coquerel cl Cement-Bayard: GAJC, ed. 12, n. 67, DP 1917, 1.79, în Code Civil, Dalloz, ed. III/2012, p. 814-815.

[5] Civ. 1 re, 20.01.1064, D. 1964, 518, JCP 1965, II.14035, RTD civ. 1965.117, în Code Civil, Dalloz, ed. III/2012, p. 814-815.

unui perete care lezează locuinţa vecinului de lumină şi vedere[1], plantarea de plopi pe axa de aterizare a avioanelor[2].

3. Teoria inconvenientelor anormale de vecinătate în doctrina franceză şi română anterior adoptării codului civil din 2011

Soluţiile normative şi jurisprudenţa franceză încep să se îndepărteze din ce în ce mai tare de la principiile răspunderii delictuale şi de la fundamentul acesteia în chiar domeniul dreptului de proprietate şi al relaţiilor de vecinătate în care a fost consacrat.

Astfel a luat naştere, în special datorită soluţiilor practicii judiciare franceze o „teorie nouă, independentă de răspunderea fondată pe greşeala şi pe abuzul de drept”[3], calificată de Anteproiectul francez de reformă a dreptului obligaţiilor şi al prescripţiei drept răspundere autonomă, *ope legis,* o răspundere obiectivă bazată pe risc şi nu pe vinovăţie, în care „prejudiciul singur creează obligaţia de a fi reparat”[4]. Soluţia este reclamată de această dată de „echilibrul necesar între drepturile de proprietate, starea de vecinătate impunând anumite sacrificii fiecăruia dintre titulari”[5].

Deşi reglementată destul de târziu de legislaţia română, prejudiciul produs vecinilor ca urmare a exercitării dreptului exclusiv de proprietate a fost protejat de anumite instanţe franceze încă din 1808, prin două decizii ale Curţii din Metz, care au stabilit, într-o speţă prin care petentul se plângea de emanaţiile insalubre şi dezagreabile provenind de la o vopsitorie vecină, ca „îi este permis oricui să dispună după bunul plac de proprietatea sa, însă fără a-l vătăma pe altul”.

Ulterior, instanţele inferioare au preluat practica deja iniţiată de Curtea din Metz, iar problema a fost tranşată de către Curtea de Casaţie care a statuat la nivel de practică generală, principiul reparării prejudiciului produs ca urmare a inconvenientelor excesive de vecinătate.

După cum este bine cunoscut, practica, doctrina şi legislaţia românească au urmat aproape dintotdeauna modelul şi astfel cursul celor din Franţa, chiar dacă într-un interval decalat de timp.

Astfel, şi în materia în discuţie, dacă în legislaţia naţională ruta comună pe care o parcurgeau abuzul de drept şi inconvenientele anormale de vecinătate s-a separat abea o dată cu intrarea în vigoare a noului Cod civil din 2011, în Franţa cursul celor două a devenit diferit încă din anii 1970, când Curtea de Casaţie franceză a creat o teorie autonomă, aceea a inconvenientelor de vecinătate, dând naştere unei răspunderi obiective, fără culpă.

„Apărută ca urmare a unei hotărâri a Curţii de casaţie franceze în 1844 cu privire la un caz de poluare industrială, are la bază ideea că dezvoltarea societăţii impune fiecăruia un anumit număr de inconveniente, printre care şi un anume grad de poluare fonică, chimică, estetică, etc. Dincolo de acest „prag” stabilit, de regulă, pe cale administrativă, prin autorizaţiile de funcţionare, dar şi prin cutuma sau obiceiul local, inconvenientele devin anormale, susceptibile de „tulburare de vecinătate”. Antrenarea responsabilităţii

---

[1] Civ. 3 e, 30 oct.1972, Bull. civ. III, n. 576, D 1973, Somm. 43, în Code Civil, Dalloz, ed. III/2012, p. 814-815.

[2] Pau, 30 sept. 1986, D. 1989. Somm. 32, obs. A. Robert.

[3] Malaurie, E., *Droit des obligations,* p. 58.

[4] Flour, J., J.L. Aubert, E. Savaux, *Droit civil. Les obligations. 2. Le fait juridique,* 13e edition, Paris, Ed. Sirey, 2009, p. 145.

[5] Ibidem.

rămâne la larga apreciere a judecătorului, obligat a se pronunţa cu privire la caracterul real şi anormal al "inconvenientului". Formulările sunt confuze şi contrarii, anormalitatea ataşându-se fie prejudiciului, fie tulburării de vecinătate, fie inconvenientului".[1]

Tribunalele franceze, în analizarea temeiului în baza căruia se pot obliga proprietarii la repararea prejudiciilor cauzate vecinilor, respectiv abuz de drept sau inconveniente anormale de vecinătate, pornesc de la întrebarea dacă prejudiciul a fost produs ca urmare a unei greşeli care atrage o culpă a proprietarului sau nu.

S-a pus apoi întrebarea gradului culpei pentru ca să poată interveni răspunderea pe acest temei. Astfel în ceea ce priveşte gradul culpei, interpretarea este una care lasă loc la aprecieri destul de largi, considerându-se că se află în culpă acela care produce un prejudiciu vecinului cu intenţia de a vătăma sau din neglijenţa gravă sau chiar cu rea-credinţă, toate acestea impunând incidenţa unei răspunderi întemeiate pe abuzul de drept.

În condiţiile în care culpa în exercitarea dreptului de proprietate nu există, conform instanţelor franceze a căror teorie au preluat-o şi doctrinarii, respectiv legiuitorul român, proprietarii vor fi obligaţi la repararea prejudiciilor produse ca urmare a unor inconveniente grave, importante, care afectează relaţiile de vecinătate.

Decizia Curţii de Apel din Paris, din 27 martie 1997, statuează faptul că „răspunderea pentru inconvenientele de vecinătate este o răspundere fără culpă, un astfel de inconvenient fiind astfel suficient, fără a se mai cere dovada culpei, în antrenarea răspunderii faţă de autorul său".

Inconvenientele de vecinătate presupun astfel o faptă licită, lipsită de rea-credinţă, care produce un prejudiciu pentru vecini, cu condiţia ca acest prejudiciu să fie de o anumită însemnătate.

Astfel, pentru a nu aglomera instanţele judecătoreşti cu litigii ce au ca obiect inconveniente minore, nesemnificative de vecinătate, dar mai ales pentru a nu goli întrutotul de conţinut dreptul de proprietate prin impunerea unor limite prea drastice şi greu de prevăzut, teoria creată jurisprudenţial şi ulterior legiferată şi de dreptul francez şi de dreptul român, are ca singură condiţie de existenţă ca dezagrementul respectiv să depăşească limita unei obişnuite toleranţe.

S-a cerut astfel ca prejudiciul să atingă un anumit grad de gravitate, în caz contrar, viaţa în comun ar fi imposibilă dacă fiecare nu ar fi ţinut să suporte anumite inconveniente[2].

În ceea ce priveşte reclamantul, respectiv cel care acţionează în justiţie pe vecin pentru repararea prejudiciului suferit, acesta poate fi nu numai proprietarul, dar şi locatarul, sublocatarul, ocupantul cu titlu gratuit, cel care are posesia sau detenţia şi chiar cel care ocupă imobilul fără titlu, aşa cum a rezultat din doctrina şi practica franceză.

Dezbaterile doctrinare intense au avut însă ca subiect următoarea problemă: va răspunde proprietarul pentru inconvenientele anormale aduse vecinului de către locatarul său? sau va răspunde numai locatarul în virtutea unei răspunderi personale? Altfel spus inconvenientele anormale sunt legate de conduită, deci atrag o răspundere personală sau sunt strâns legate de imobil?

În doctrină s-a apreciat că proprietarul ar trebui să răspundă atunci când prin folosinţa sa a cauzat respectivele tulburări anormale de vecinătate, chiar dacă la momentul producerii acestora imobilul respectiv constituia obiectul unui contract de locaţiune,

---

[1] Durac, Ghe., *Dreptul mediului,* suport curs, anul III, sem II, Iasi, 2009, p. 43.

[2] Weill, AL, F. Terré, Ph. Simler, *Droit civil. Les biens,* ed. a III a, Dalloz, Paris, 1985, p. 227.

inconvenientul respectiv trebuind nu doar să fie legat de imobil, ci să fie imputabil proprietarului în aceasta calitate. De asemenea, proprietarul va trebui considerat responsabil şi atunci când, deşi tulburările sunt provocate de către locatari, el a neglijat să le împiedice sau chiar le-a favorizat[1].

S-a oferit ca exemplu cazul proprietarului unui spaţiu care a fost închiriat în vederea funcţionării unei discoteci care a produs vecinilor inconveniente anormale din pricina zgomotului puternic, în acest caz angajându-se răspunderea proprietarului.

Aşadar, în concluzie s-a apreciat că va răspunde proprietarul în aceste cazuri, cu posibilitatea acestuia de a se adresa cu acţiune în regres pentru recuperarea totală sau parţială a despăgubirii achitate ca prejudiciu de la locatarul sau, în funcţie de culpa pe care o are şi acesta în producerea inconvenientului.

În situaţia în care mai mulţi locatari sunt „coautorii" dezagrementelor anormale de vecinătate, se pune problema dacă regimul juridic al inconvenientelor anormale de vecinătate permite ca doar unuia dintre aceştia să fie chemat pentru a repara prejudiciul, urmând ca acesta să se întoarcă ulterior împotriva celorlalţi pentru a recupera o parte din daunele suportate, şi nu în întregime, situaţia fiind similară cu cea în care exista o „greşeala" comună a proprietarului şi a locatarului[2].

În ceea ce priveşte aprecierea responsabilităţii proprietarului, s-a propus ca aceasta să fie privita circumstanţiat în funcţie de fiecare situaţie perturbator-victima în parte, neputându-se apela în acest caz la situaţia unui proprietar ideal diligent. Se vor avea în vedere aspecte precum: profesia, starea sănătăţii sau condiţia materială, atât cele privind pe prejudiciat, cât şi cele privind pe autor.

Ca urmare a adoptării acestei teorii, pârâtul nu va mai putea invoca în apărarea sa ca motive de exonerare nici lipsa culpei şi nici faptul că acesta şi-ar fi exercitat dreptul în limitele sale legitime fără intenţia de a vătăma pe celalalt.

Nu a fost admis ca motiv de exonerare nici criteriul anterioritătii, în doctrină arătându-se faptul ca ar fi inadmisibil ca prin anterioritatea unei construcţii sau instalaţii, proprietarul acestora să greveze fondurile vecine cu o veritabilă servitute, restrângând astfel folosinţa lor, apreciindu-se că prin acest procedeu se ajunge de fapt la o aşa-zisă expropriere fără despăgubire[3].

În ceea ce priveşte remediile ce pot fi dispuse în sensul înlăturării sau recuperării prejudiciului trebuie avută în vedere repararea în natură a prejudiciului, fiind singura care se poate transforma într-o reparaţie integrală.

Întrucât s-a urmărit sancţionarea numai a prejudiciilor cauzate ca urmare a inconvenientelor anormale de vecinătate şi avându-se în vedere şi principiul echităţii pe care Codul civil român în vigoare îl aşează la temelia consacrării legislative a acestei teorii, soluţiile pe care ar trebui sa le pronunţe instanţele ar fi, după părerea noastră, nu în sensul încetării totale a activităţii producătoare de prejudicii, ci în sensul aducerii ei până la limita inconvenientelor normale de vecinătate, dacă acest lucru este posibil.

În cazurile în care repararea în natură nu este posibilă datorită, spre exemplu, ireversibilităţii prejudiciului, sau nu este suficientă pentru acoperirea integrală a prejudiciului, la cererea părţii interesate, instanţa poate obliga autorul inconvenientului anormal la plata de daune-interese.

---

[1] Bergel-Hatchuel, J., *Le cout du bruit dans la copropriété et l'environnement: panorama jurisprudentiel,* http://www.netpme.fr, rubrica Gestion de l'entreprise, domeniul Immobilier.

[2] Ruen, A., *Inconvenientele anormale de vecinătate-evoluţie şi perspective, în* Studia Universitatis Babeş-Bolyai. Iurisprudentia, nr. 3/2011.

[3] Ungureanu, O., C. Munteanu, *Drept civil. Drepturi reale,* Ed. Lumina Lex, 2004.

Nu pot fi excluse totuşi prejudiciile morale, ce pot interveni ca urmare a morţii cuiva drag care avea probleme cardiace datorită unei sperieturi în urma unui zgomot puternic, etc.

Aşadar acest nou tip de răspundere nu consacră o răspundere subsidiară, care să fie reţinută numai în cazul în care nu se verifică condiţiile abuzului de drept, ci o răspundere de sine stătătoare, de drept comun.

4. Concepţia noului cod civil în reglementarea teoriei inconvenientelor anormale de vecinătate

Noul Cod civil, intrat în vigoare la 1 octombrie 2011, a preluat, după modelul legislaţiei europene, în special al Codului civil din Quebec, teoria inconvenientelor anormale de vecinătate, teorie care, în dreptul român, nu suscitase interesul doctrinei majoritare, spre deosebire, de exemplu, de doctrina franceză care abordase cu mult timp înainte şi mult mai profund această teorie.

Astfel, abordarea legislative a însemnat acordarea a două texte legale din Codul civil, ambele situate în Cartea a III a, despre bunuri, Titlul II referitor la proprietatea privată, mai precis la Capitolul III al acestuia, intitulat *„Limitele juridice ale dreptului de proprietate privată”*.

Art. 603, referindu-se la regulile privind protecţia mediului şi buna vecinătate, dispune: *„Dreptul de proprietate obligă la respectarea sarcinilor privind protecţia mediului şi asigurarea bunei vecinătăţi, precum şi la respectarea celorlalte sarcini care, potrivit legii sau obiceiului, revin proprietarului”, acest articol fiind identic cu al. 7 al art. 44 din Constituţie.*

Cel de-al doilea text legal care reglementează această materie îl reprezintă art. 630 din Codul civil care precizează că: „*Dacă proprietarul cauzează, prin exercitarea dreptului său, inconveniente mai mari decât cele normale în relaţiile de vecinătate, instanţa de judecată poate, din considerente de echitate, să îl oblige la despăgubiri în folosul celui vătămat, precum şi la restabilirea situaţiei anterioare atunci când acest lucru este posibil”*.

Apreciem că art. 603 reprezintă cadrul general de reglementare în materie, iar art. 630 reprezintă cadrul specific, care fixează temeiul juridic şi sancţiunea pentru încălcarea obligaţiei generale de la art. 603.

Din formularea art. 630 observăm că la baza reglementarii acestei teorii stă ca fundament principiul echităţii, pentru prima data în legislaţia română, acest principiu fiind preluat după modelul sistemului *common law.*

Această variantă de fundamentare a teoriei aleasă de legiuitorul contemporan a fost criticată de o parte a doctrinei române considerându-se o soluţie greşită întrucât s-a apreciat ca nicidecum considerentele de echitate nu pot ele însele să fundamenteze o hotărâre judecătoreasca, sistemul nostru de drept fiind esenţial diferit faţă de sistemul *common law.*

Apreciem şi noi, alături de alte voci ale doctrinei autohtone, ca şi criticabilă soluţia la care a apelat legiuitorul în momentul în care a fundamental această teorie pe principiul echităţii, pentru următoarele argumente expuse mai jos.

Astfel, legislaţia română era aproape străină de judecată bazată pe echitate, singura trimitere în acest sens, după cum s-a apreciat în doctrină, fiind art. 3 din codul civil, care stabilea ca judecătorul care va refuza să judece, sub cuvânt ca legea „nu prevede, sau că este întunecată sau neîndestulătoare" este culpabil de denegare de dreptate.

Noul Cod de procedură civilă, în forma actuală, fără a fi intrat încă în vigoare, aduce totuşi în dreptul român, în mod expres, noţiunea de echitate prin al. 3 al art. 5, care arata ca „*În cazul în care o pricind nu poate fi soluţionată nici în baza legii, nici a uzanţelor, iar în lipsa acestora din urmă, nici în baza dispoziţiilor legale privitoare la situaţii asemănătoare, ea va trebui judecată în baza principiilor generate ale dreptului, având în vedere toate circumstanţele acesteia şi ţinând seama de cerinţele echităţii”*.

Aşadar acest articol stabileşte ca subsidiara apelarea la principiul echităţii, numai dacă nu există texte legale, uzanţe şi dispoziţii legate privind situaţii asemănătoare.

Aşadar introducerea echităţii ca noţiune juridică în procesul civil atrage după sine o sporire a subiectivismului judecătorului în aprecierea soluţiei.

În concluzie, suntem de părere că formularea textului art. 630 este eronată, fiind cel puţin incompletă, fiindcă, corelat cu textele amintite din Codul de procedură civilă, ar rezulta că teoria inconvenientelor anormale de vecinătate nu are suport legal, motiv pentru care ea trebuie fundamentată pe echitate, lucru eronat, şi că despăgubirile, respectiv repunerea în situaţia anterioară, nu va depinde de întrunirea cumulativă a condiţiilor ce atrag răspunderea specifică acestor situaţii, ci numai de subiectivismul în apreciere al judecătorului lucru eronat de asemenea.

Art. 630, după cum afirmam şi anterior, a impus ca remedii pentru prejudiciul propus: obligarea la daune-interese şi restabilirea situaţiei anterioare, în această ordine.

Apreciem că ar fi fost de dorit inversarea, ca şi ordine, a celor două remedii, în funcţie de importanţa şi necesitatea apelării, respectiv mai întâi se va analiza în ce măsură este posibilă restabilirea situaţiei anterioare, întrucât numai astfel se poate ajunge la o recuperare integrală a prejudiciului, iar ulterior, numai dacă acest lucru nu va fi posibil şi nu va duce la repunerea în situaţia anterioară, se vor dispune daune-interese.

Concluzii

Teoria inconvenientelor anormale de vecinătate şi-a făcut intrarea în legislaţia naţională, după modelul legislaţiei europene, în special a celei franceze, ca o reacţie la ceea ce doctrina de specialitate începuse să propună după modelul exterior.

Aşa cum am arătat există diferenţe importante în ceea ce priveşte teoria abuzului de drept şi teoria inconvenientelor anormale de vecinătate, cele două putând coexista, dacă sunt întrunite condiţiile specifice fiecăreia.

Am analizat totodată, pe scurt, şi modalitatea de redactare a Noului Cod civil în ceea ce priveşte această nouă achiziţie a dreptului naţional, criticând pe alocuri soluţiile legislaţiei sau maniera de elaborare a textelor legale în viziunea legiuitorului din 2011, sens în care am făcut propunerile pe care le-am apreciat pertinente.

Acknowledgements: Project co-financed by the European Social Fund, through the Sectorial Operational Programme for Human Resources Development 2007 - 2013, POSDRU/CPP 107/DMI 1.5/S/77082/2010: "Doctoral training grants for eco-economics and complex bio-economics for safety and security of food and forage from anthropogenic ecosystems", coordinated by the National Institute of Economic Research, "Costin C. Kirijescu", Romania.

Bibliografie

Articole şi tratate de specialitate

1. **Bălănescu, R., AL Băicoianu**, *Drept civil român. Studiu de doctrină şi jurisprudenţă,* Bucureşti, Edit. Socec, 1943
2. **Durac, Ghe.**, *Dreptul mediului,* suport curs, anul III, sem II, Iaşi, 2009
3. **Flour, J., J.L. Aubert, E. Savaux**, *Droit civil. Les obligations. 2. Le fait juridique,* 13e edition, Paris, Ed. Sirey, 2009
4. **Goicovici, J.**, *Dicţionar de dreptul consumului,* Edit. C.H.Beck, Bucuresti, 2010
5. **Josserand, L.**, *Cours de droit civil positif francais,* vol. I, ed. a II a, Edit. Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1932
6. **Josserand, L.**, *De l'abus de droits,* Paris, Ed. Rousseau, 1905, *De l'esprit des droits et de leurs relativite,* Paris, Ed. Dalloz, 1927
7. **Planiol, M.,** *Traite elementaire de droit civil, tome deuxieme,* Paris, Edit. Librairie Generale de droit et de Jurisprudence, 1909
8. **Ripert, G.,** *La regie morale dans les obligations civiles,* Paris, Edit. Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence 1925
9. **Ruen, A.,** *Inconvenientele anormale de vecinătate - evoluţie şi perspective,* în Studia Universitatis Babeş-Bolyai. Iurisprudentia, nr. 3/2011
10. **Stoffel-Munck, Ph.** , *L'abus dans le contrat, essai d'une theorie,* Paris, Edit. Librairie Generate de Droit et de Jurisprudence, 2000
11. **Ungureanu, O., C. Munteanu**, ***Drept civil. Drepturi reale,*** Ed. Lumina Lex, 2004
12. **Weill, AL, F. Terre, Ph. Simler**, ***Droit Civil. Lesbiens,*** ed. a III a, Dalloz, Paris, 1985

Internet

1. J. Bergel-Hatchuel, *Le cout du bruit dans la copropriete et l'environnement: panorama jurisprudentiel,* http://www.netpme.fr, rubrica Gestion de l'entreprise, domeniul Immobilier
2. Sache Neculaescu, http://sacheneculaescudotcom.wordpress.com/2011/01/11/ambiguitati-ale-teoriei-abuzului-de-drept/#_ftnref7
3. Laura Crăciunean, *Teoria inconvenientelor (tulburărilor) de vecinătate între inexistenţă şi necesitate,* articol publicat pe situl http://www.avocatnet.ro/content/articles/intre/inexistenta/si/necesitate.html#ixzz2I32rv8qf, consultat azi 15.01.2013

Jurisprudenţa

1. Civ. 1 re, 20.01.1064, D. 1964,518, **JCP 1965,11.14035, RTD** civ. 1965.117, în Code Civil, Dalloz, ed. III/2012, p. 814-815
2. Civ. 3 e, 30 oct.1972, Bull.civ. **III, n.576, D 1973, Somm.43, în** Code Civil, Dalloz, ed. III/2012, p. 814-815
3. Pau, 30 sept. 1986, D. 1989. Somm. 32, **obs.** A. Robert
4. Cauza Coquerel cl Cement **- Bayard: GAJC, ed. 12, n. 67, DP** 1917, 1.79, în Code Civil, Dalloz, ed. III/2012, p. 814-815

Aspecte teoretice privind noțiunea de consumator în legislația română

Asist. univ. drd. Mihaela ***ILIESCU***

Abstract: *Prezentul studiu îşi propune să analizeze noţiunea de „consumator" prin prisma definiţiilor legale existente în principal în dreptul român, în scopul de a cristaliza sfera acestei noţiuni care, din păcate, este susceptibilă de varii interpretări doctrinare.*

Importanţa acestei analize este evidentă, lămurirea aspectelor lacunare sau neclare privind sensul noţiunii de „consumator" constituind răspunsul la întrebarea generală a practicienilor şi a teoreticienilor deopotrivă: cine este beneficiarul legislaţiei aparţinând acestei noi ramuri de drept – dreptul consumatorului?

Un răspuns unitar la această întrebare va conduce cu certitudine la o aplicare corectă a reglementărilor specifice dreptului consumatorului.

Cuvinte cheie: *consumator, profesionist, legislaţia protecţiei consumatorului, asociaţii de consumatori, scop extraprofesional.*

Ideea protecţiei consumatorilor împotriva abuzurilor profesioniştilor s-a concretizat într-o nouă ramură de drept[1], şi anume dreptul consumului, prin concentrarea şi sistematizarea mijloacelor de protecţie, preventive şi sancţionatorii, într-o legislaţie specifică – legislaţia protecţiei consumatorilor. Beneficiarul acestei legislaţii este consumatorul, considerat „partea dezavantajată", „partea slabă" în contract, ce poate fi prejudiciată în drepturile şi interesele sale legitime de către profesionişti, alterându-se astfel egalitatea părţilor raportului juridic, specifică raporturilor juridice de drept privat.

În ceea ce priveşte întâietatea utilizării noţiunii de consumator, în doctrină[2] se arată că aceasta este disputată între europeni şi nord americani. Astfel, în timp ce europenii susţin că economiştii au folosit pentru prima dată termenul de „consumator" în timpul crizei economice din 1930 şi că, în 1957, lua naştere prima asociaţie de consumatori în Belgia[3], nord-americanii afirmă că noţiunea de „consumator" îşi are originea în „Carta drepturilor consumatorilor", noţiunea fiind definită de preşedintele S.U.A. – J.F. Kennedy în martie 1962, sub forma unui mesaj special adresat Congresului american[4]. Indiferent de momentul apariţiei noţiunii de *consumator* sau de denumirea sub care apare – cumpărător, utilizator, beneficiar etc., consumatorul era protejat încă din anti-

---

[1] Referitor la recunoaşterea existenţei acestei noi ramuri de drept, există opinii divergente în doctrină.

[2] Carmen Tamara Ungureanu, „*Drept internaţional privat. Protecţia consumatorului şi răspunderea pentru produse nocive*", Ed. All Beck, Bucureşti, 1999, p. 2.

[3] A se vedea J.L. Fagnart ş.a., "*Les pratique du commerce et la protection et l'information du consummateures*", Editions du Jeune Barreau de Bruxelles, 1991, p. 19.

[4] „Consumers, by definition, include us all". A se vedea şi Dumitru Patriche, Gh.M. Pistol ş.a., „*Protecţia consumatorului*", Regia Autonomă „Monitorul Oficial", Bucureşti, 1998, p. 81.

chitate împotriva viciilor ascunse ale lucrului cumpărat[1]. Mai mult, în dreptul roman, în cadrul contractului de vânzare-cumpărare se putea stipula în favoarea cumpărătorului aşa-numita clauză "pactum disciplinentiae", potrivit căreia cumpărătorul putea să înapoieze lucrul într-un anumit termen, dacă nu îi este pe plac[2]. Această posibilitate de retragere a consimţământului după încheierea valabilă a unei vânzări, ce reprezintă o alterare a principiului forţei obligatorii a contractului, alături de alte reguli diferite sau chiar opozabile regulilor consacrate de teoria generală a obligaţiilor, constituie baza noilor instituţii consumiste – instituţii pe care le regăsim în actuala legislaţie a protecţiei consumatorului. Cu titlu de exemplu, amintim existenţa în reglementările actuale specifice ale consumului a unor obligaţii precontractuale cum ar fi obligaţia de informare, obligaţia de consiliere – sau sancţionarea refuzului de vânzare către consumator ce reprezintă o atingere a principiului libertăţii de a nu contracta etc..

În orice demers care-şi propune să analizeze cadrul legal al protecţiei de care beneficiază consumatorii, conturarea noţiunii de „consumator" este indispensabilă. Înainte, însă, de a realiza o trecere în revistă a definiţiilor existente în legislaţia românească, trebuie precizat faptul că, în doctrină[3], noţiunea de *consumator* cunoaşte două accepţiuni: una obiectivă şi alta subiectivă.

Accepţiunea obiectivă acordă noţiunii de *consumator* un sens mai larg, această categorie includzând atât producătorii, fabricanţii, comercianţii, adică operatorii economici în general, care achiziţionează bunuri în vederea desfăşurării activităţii lor, cât şi dobânditorii de produse pentru uzul lor privat, particular, simpli cetăţeni care nu au o relaţie directă cu produsul, dar care au suferit prejudicii de pe urma caracterului defectuos al acestuia. Majoritatea autorilor subliniază, pe bună dreptate, că această extindere excesivă a noţiunii de *consumator* nu este în interesul celui care are nevoie de protecţie, a părţii slabe, dezavantajate din relaţiile de consum.

Din acest considerent, doctrina a optat preponderent pentru accepţiunea subiectivă a noţiunii de consumator. Potrivit acestei accepţiuni, pentru ca o persoană să aibă calitatea de consumator trebuie să îndeplinească cel puţin două condiţii:

a) să dobândească, să posede sau să utilizeze un bun/serviciu;

b) dobândirea, posesia, utilizarea să se facă pentru nevoi proprii, altfel spus, în scop privat.

Pornind de la aceste două accepţiuni generale ale noţiunii de *consumator*, în continuare vom încerca să cristalizăm sensul aceste noţiuni în lumina legislaţiei specifice în materie.

În dreptul intern noţiunea de *consumator* a cunoscut o evoluţie în timp, evoluţie datorată eforturilor de transpunere a aquis-ului comunitar în legislaţia română. Principalele acte normative în materia protecţiei consumatorilor – Legea nr. 296/2004 privind Codul consumului, respectiv O.G. 21/1992 privind protecţia consumatorilor, conţin definiţia legală, acum unitară, a noţiunii de *consumator*.

---

[1] În Dreptul roman vânzătorul răspundea pentru vicii în două situaţii: când atribuia lucrului calităţi pe care acesta nu le avea şi când era de rea credinţă. În aceste situaţii, cumpărătorul putea intenta *actio empti* atunci când vânzătorul făcea declaraţii false cu privire la calitatea lucrului (*dicta*, *promisa*), precum şi atunci când nu declarase viciile lucrului, deşi le cunoştea (*reticentia*). A se vedea Emil Molcuţ, „*Drept privat roman*", note de curs, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2003, p. 225.

[2] V.M. Jakotă, „*Dreptul roman*", Ed. Fundaţia „Chemarea", Iaşi, 1993, vol. II, p. 414.

[3] A se vedea C.T. Ungureanu, *op. cit.*, p. 1-5; Gh. Stancu „*Nivelul de implementare a regulilor comunitare referitoare la protecţia consumatorului în sistemul juridic român*", în *Dreptul*, nr. 6/2007, p. 56-70.

Astfel, în lumina acestor acte normative, *consumatorul* reprezintă „orice persoană fizică sau grup de persoane fizice constituite în asociaţii, care acţionează în scopuri din afara activităţii sale comerciale, industriale sau de producţie, artizanale sau liberale”[1].

În contextul necesităţii armonizării legislaţiei naţionale cu cea comunitară[2], cât şi pentru a asigura coerenţă reglementărilor naţionale din domeniul protecţiei consumatorului, s-a ajuns la această formă a definiţiei noţiunii de *consumator*, formă pe care o regăsim în majoritatea actelor normative în materie, din dreptul intern. Aceasta reflectă accepţiunea subiectivă a noţiunii de *consumator*, restrângând, poate, excesiv calitatea de consumator la persoana fizică ce contractează în absenţa oricărui interes profesional.

Actuala formă a definiţiei legale a noţiunii de *consumator* a fost introdusă prin Legea nr. 363/2007 privind combaterea practicilor incorecte ale comercianţilor în relaţia cu consumatorii şi armonizarea reglementărilor cu legislaţia europeană privind protecţia consumatorilor[3], lege care realizează o unificare a definiţiei date noţiunii de *consumator* în majoritatea actelor normative privind protecţia consumatorilor, în dreptul intern[4].

Analizând actuala definiţie legală a noţiunii de *consumator* observăm că este necesar să fie îndeplinite cumulativ două condiţii (cerinţe) şi anume:

a) să fie vorba despre o persoană fizică sau un grup de persoane fizice constituite în asociaţii de consumatori; cu alte cuvinte calitatea de „consumator” o poate dobândi numai o persoană fizică sau asociaţii de consumatori, cu excluderea persoanelor juridice;

b) scopul extraprofesional al contractării.

În cele ce urmează vom încerca să realizăm o scurtă analiză a acestor condiţii sau trăsături caracteristice ale noţiunii de consumator:

a) calitatea de consumator o pot avea numai persoanele fizice şi asociaţiile de consumatori, (nu şi persoanele juridice).

Deşi legiuitorul nu face niciun fel de precizare atunci când foloseşte termenul de *persoană fizică*, din analiza textului se subînţelege că are în vedere dubla ipostază în care o persoană fizică poate apărea în calitate de consumator – atât persoana fizică privită ca individ, în sensul de non-profesionist, cât şi persoana fizică în ipostaza de profesionist (profesionist-comerciant, profesiile liberale), din moment ce în partea a doua a definiţiei apare cerinţa ca persoana fizică să contracteze în scopuri extraprofesionale. Prin urmare, se includ în categoria consumatorilor şi persoanele fizice care au

---

[1] Art. 2 din O.G. nr. 21/1992 privind protecţia consumatorului. Ultimele modificări aduse O.G. nr. 21/1992 – prin Legea nr. 363/2007 publicată în M. Of. nr. 899 din 28.12.2007 şi prin O.U.G. nr. 174/2008, publicată în M.Of. nr. 795/2004 din 27.11.2008. Legea nr. 296/2004 privind Codul Consumului – Anexa – Definiţii.

[2] Actuala formă a definiţiei legale a noţiunii de *consumator* corespunde viziunii legiuitorului comunitar, cu titlu de exemplu amintim Regulamentul Roma I, Directiva Parlamentului European şi a Consiliului nr. 97/7/ CE din 20 mai 1997, Directiva 1999/44 din 25 mai 1999. Această definiţie, prezentă în majoritatea actelor comunitare, conţine aceleaşi trăsături caracteristice.

[3] Publicată în Monitorul Oficial Partea I, nr. 899/28.12.2007.

[4] Este vorba despre următoarele acte normative: O.G. nr. 130/2000 privind protecţia consumatorilor la încheierea şi executarea contractelor la distanţă; O.G. nr. 85/2004 privind serviciile financiare, aprobată prin Legea nr. 399/2004; Legea nr. 289/2004 privind regimul juridic al contractelor de credit pentru consum destinate consumatorilor persoane fizice; O.G. nr 107/1999, privind activitatea de comercializare a pachetelor de servicii turistice; Legea nr. 193/2000 privind clauzele abuzive din contractele încheiate între comercianţi şi consumatori; Legea nr. 449/2003 privind vânzarea produselor şi garanţiile asociate acestora; O.G. nr. 106/1999 privind contractele încheiate în afara spaţiilor comerciale; O.G. nr. 21/1992 privind protecţia consumatorilor şi Legea nr. 296/2004 privind Codul consumului.

calitatea de profesionişti, desigur cu îndeplinirea condiţiei scopului extraprofesional al contractării.

În doctrină s-au purtat ample discuţii în legătură cu includerea persoanelor juridice în categoria consumatorilor, în situaţia în care ar contracta în scopuri extraprofesionale sau mixte[1].

Desigur, textul legal în forma sa actuală exclude situaţia ca o persoană juridică să poată avea calitatea de consumator, ipoteză exclusă de asemenea şi în legislaţia comunitară, însă legislaţia unor state membre ale Uniunii Europene, cum ar fi cea franceză[2] sau cea greacă, prevăd şi posibilitatea ca o persoană juridică să fie considerată consumator, şi în consecinţă să se prevaleze de normele de protecţia consumatorului.

Ne raliem opiniilor exprimate în literatura de specialitate ce consideră că şi persoanele juridice ar trebui incluse în categoria „consumatorilor", excluderea acestora de sub incidenţa legislaţiei protecţiei consumatorului fiind injustă, în ipoteza în care ar contracta în scopuri „extraprofesionale".

Fără a susţine accepţiunea obiectivă (extinsă) a noţiunii de consumator, potrivit căreia s-ar include în acestă noţiune şi persoanele juridice care dobândesc sau utilizează bunuri sau servicii în vederea desfăşurării activităţii profesionale, considerăm că în toate cazurile în care persoana juridică contractează în scopuri ce ies din sfera activităţii sale obişnuite, mai precis contractează în cadrul activităţii sale profesionale, dar nu în legătură directă cu obiectul de activitate, aceasta trebuie considerată „consumator". Pot fi incluse aici toate acele contracte „accesorii" activităţii profesionale, dar care exced domeniul în care persoana juridică este specializată.

În argumentarea acestei opinii temeiul principal îl constituie ideea de protecţie a părţii ce se află pe o poziţie defavorizată, datorită lipsei de cunoştinţe dintr-un anumit domeniu, nefiind relevantă în stabilirea noţiunii de consumator, calităţile părţilor, de persoană fizică sau persoană juridică, respectiv profesionist sau nonprofesionist. În plus, din moment ce persoanei fizice care are calitatea de profesionist i se recunoaşte calitatea de consumator (deci subiect al dreptului protecţiei consumatorilor), când acţionează în scopuri extraprofesionale, atunci, pentru identitate de raţiune (*ubi eadem est ratio, ibi eadem solutio esse debet*), ar trebui să se recunoască calitatea de consumator şi profesionistului – persoană juridică care contractează în cadrul activităţii sale profesionale, în domenii ce exced acestei activităţi, pe tărâmul unde nu este specialist (cunoscător), acolo unde apare dezechilibrul contractual. Mai mult, în doctrină s-au exprimat puncte de vedere critice în legătură cu viziunea restrictivă a noţiunii de *consumator*, arătându-se că aceasta poate avea ca efect privarea de protecţie a unui contractant care se găseşte într-o verigă intermediară în lanţul care îl uneşte pe producător de consumatorul final[3].

De altfel, jurisprudenţa unora dintre statele membre ale Uniunii Europene, cum ar fi Franţa, Marea Britanie, Grecia, susţinută de o legislaţie care nu exclude, de principiu,

---

[1] A se vedea Gh. Piperea „*Protecţia consumatorului în contractele comerciale*", în Revista Română de Dreptul Afacerilor, nr. 4/2008, p 16. În acelaşi sens, a se vedea şi Alice Mariana Apetrei, „*Noţiunea de consumator în Regulamentul (CE) nr. 593/2008 al Parlamentului European şi al Consiliului din 17 iunie 2008 privind legea aplicabilă obligaţilor contractuale (Roma I) şi respectiv, în legea română (Codul consumatorului – Legea nr. 296/2004)*", în revista Dreptul nr. 1/2011.

[2] În stabilirea calităţii de *consumator*, instituţiile franceze folosesc fie criteriul competenţei celui care încheie contractul cu un profesionist – în ideea de a asigura protecţie părţii care nu are cunoştinţe într-un anumit domeniu, chiar dacă aceeaşi parte are calitatea de profesionist, chiar persoana juridică, dar în alt domeniu, fie criteriul legăturii directe a contractului cu activitatea propriu-zisă a persoanei juridice.

[3] A.M. Apetrei, *op. cit.*, p. 156.

persoana juridică din sfera noţiunii de consumator a considerat că poate fi consumator însuşi profesionistul – persoană fizică sau persoană juridică – care contractează cu un alt profesionist, dar de specialitate diferită, în afara cadrului său de activitate obişnuită[1]. Mai mult, în alte legislaţii, în sfera noţiunii de consumator se cuprind persoanele fizice ce au calitatea de profesionişti, chiar în situaţia în care dobândesc sau utilizează bunuri sau servicii în cadrul activităţii lor profesionale, dispărând, deci, cel de-al doilea element esenţial al noţiunii de consumator şi anume, scopul extraprofesional. Referitor la această situaţie, în doctrină s-au exprimat deja puncte de vedere critice[2], opţiunea legiuitorului român fiind calificată ca „nejustificată", persoana fizică ce exercită profesii liberale nebeneficiind de legislaţia protecţiei consumatorului în această situaţie.

Tot în legătură cu analiza primei condiţii (trăsături) a noţiunii de consumator se impune a fi făcută o importantă observaţie. În peisajul legal unitar realizat prin Legea nr. 363/2007 în privinţa definiţiei noţiunii de consumator, Legea nr. 247/2010 pentru modificarea şi completarea Legii nr.321/2009 privind comercializarea produselor alimentare, aduce, cu titlu de excepţie, o definiţie aparte a noţiunii de consumator, definiţie ce nu se încadrează în canoanele definiţiei legale consacrate, incluzând, în mod justificat, în categoria consumatorilor şi persoanele juridice. Astfel, potrivit dispoziţiilor art. 2 alin. (2) pct.5, consumator este „orice persoană fizică sau juridică care cumpără, dobândeşte, utilizează sau consumă produse alimentare". Deci, în domeniul comercializării produselor alimentare, termenul de consumator capătă valenţe noi, are un sens diferit de cel general, întâlnit în majoritatea reglementărilor privind protecţia consumatorului.

Astfel, pe de o parte, observăm că legiuitorul include în categoria consumatorilor şi persoanele juridice care cumpără, dobândesc sau utilizează produse alimentare, iar pe de altă parte nu se cere îndeplinită nici condiţia scopului extraprofesional al contractării.

Considerăm binevenită şi justificată această intervenţie a legiuitorului în domeniul comercializării produselor alimentare, deoarece această accepţiune diferită, extinsă, a noţiunii de consumator poate asigura respectarea normelor speciale de protecţie a sănătăţii şi intereselor economice ale consumatorilor în domeniul siguranţei alimentare.

În literatura de specialitate[3] se arată că extinderea excesivă a noţiunii de consumator nu este în interesul protejării celor care folosesc bunuri sau servicii pentru existenţa proprie; pentru aceştia necesitatea protecţiei apare ca evidentă, pe când, în cazul persoanelor juridice – majoritatea societăţi comerciale care urmăresc obţinerea de profit – nu se poate susţine acelaşi lucru, acestea beneficiind de oricare din mijloacele juridice de drept comun pentru repararea eventualelor prejudicii, în condiţiile răspunderii contractuale sau delictuale.

Chiar şi în contextul aceste argumentări, rămâne fără răspuns problema excluderii din sfera noţiunii de consumator a unei categorii de persoane juridice ce nu urmăresc obţinerea de profit – fundaţiile şi asociaţiile[4], în ipoteza în care aceştia încheie contracte ce exced activitatea lor obişnuită.

După cum am precizat deja, în legislaţia română, diferit de cea comunitară, se cuprind în categoria consumatorilor şi „grupările de persoane fizice constituite în aso-

---

[1] Deciziile Curţii de Casaţie Franceze, Camera I civilă, din 28 aprilie 1987, 25 mai 1992 şi 6 ianuarie 1993, Tekla Tibad, „*Aprecierea caracterului abuziv al clauzelor contractelor de consum*", în Revista Română de Dreptul Afacerilor nr. 4/2005, p. 46-47.

[2] Gh. Piperea, *op. cit.*, p. 16.

[3] Ion Cătălin Voiculescu, „*Noţiunea de consumator în legislaţia românească în contextul transpunerii aquis-ului comunitar*", în Revista de Ştiinţe Juridice, nr. 1/2010, p. 65.

[4] Gh. Piperea, *op. cit.*, p. 16.

ciaţii". Referitor la această sintagmă folosită de legiuitor, cu toate că exprimarea este neclară, putând crea confuzii, în doctrină există un punct de vedere unitar de interpretare, în sensul că legiuitorul a avut în vedere doar asociaţiile de consumatori, acestea fiind singurele abilitate să susţină interesele, în primul rând, ale membrilor săi, iar nu orice fel de asociaţii[1].

Deci, fundaţiile şi asociaţiile care nu au ca obiect de activitate protecţia consumatorilor nu pot fi incluse în categoria „consumatorilor" şi, prin urmare, nu pot beneficia de legislaţia protecţiei consumatorilor.

Deşi incluse în forma actuală a definiţiei legale a noţiuni de *consumator*, se poate observa cu uşurinţă că asociaţiile de consumatori nu sunt „veritabili" consumatori, putând eventual să le încadrăm în sensul larg al acestei noţiuni (*lato senssu*). Aşa cum reiese atât din dispoziţiile Codului consumului (cap. IV), cât şi din cele ale O.G. nr. 21/1992 (cap. 6), acte normative ce reglementează regimul juridic al asociaţiilor de consumatori, acestea se constituie în vederea realizării unui unic scop, şi anume, acela de a apăra drepturile şi interesele legitime ale membrilor săi sau ale consumatorilor, în general. Cu alte cuvinte, aceste asociaţii de consumatori nu se constituie în vederea dobândirii sau utilizării de bunuri şi servicii, nu sunt veritabili consumatori, ci au rolul de a apăra şi promova drepturile consumatorilor. De aceea, includerea acestora în definiţia legală nu era necesară, fiind suficientă reglementarea regimului lor juridic ca entitate distinctă în actele normative menţionate[2].

O definiţie legală a asociaţiilor de consumatori regăsim în prevederile art. 30 din O.G. nr. 21/1992 privind protecţia consumatorilor, modificată prin Legea nr. 363/2007, şi anume: organizaţii neguvernamentale, cu personalitate juridică, conform legii şi care, fără a urmări realizarea de profit pentru membrii lor, au ca unic scop apărarea drepturilor şi intereselor legitime ale membrilor lor sau ale consumatorilor, în general.

Prin urmare, potrivit acestei definiţii, asociaţiile de consumatori nu urmăresc realizarea de profit, şi trebuie, pe de o parte, să aibă un singur scop şi anume „apărarea intereselor legitime"[3], iar pe de altă parte, acestea pot ocroti atât drepturile şi interesele membrilor săi, cât şi drepturile şi interesele altor consumatori (alţii decât proprii membrii).

Deoarece nicio.G. nr. 21/92 privind protecţia consumatorilor, modificată, nici Codul consumului nu reglementează constituirea de asociaţii de consumatori, sunt aplicabile dispoziţiile dreptului comun relative la constituirea persoanelor juridice de drept privat fără scop patrimonial – adică dispoziţiile O.G. nr. 26/2000 cu privire la asociaţii şi fundaţii[4].

---

[1] Pentru o argumentare detaliată a acestei interpretări, a se vedea J. Goicovici, „*Noţiunea de consumator în reglementarea Legii nr. 363/2007 privind combaterea practicilor incorecte ale comercianţilor în relaţia cu consumatorii*" în revista Pandectele Române, nr. 5/2009, p. 17.

[2] La nivel U.E., cele mai reprezentative asociaţii de consumatori: ANEC (The European Consumer Voice în Standardisation) şi BEUC (The European Consumers Organization) au fost receptate drept entităţi distincte de consumatori.

[3] Aceste asociaţii de consumatori nu au, deci, posibilitatea prevederii în statut a altor scopuri, inclusiv a scopurilor accesorii – în acest sens vezi J. Goicovici, *op. cit.*, p. 25.

[4] Din dispoziţiile O.G. nr. 26/2000 se desprind următoarele condiţii generale în materia constituirii asociaţiilor fără scop lucrativ: a) intenţia de asociere a cel puţin trei persoane care, pe baza unei înţelegeri, vor să pună în comun şi fără drept de restituire contribuţia materială, cunoştinţele sau aportul lor în muncă; b) încheierea de către asociaţi a actului constitutiv şi a statutului asociaţiei în forma autentică; c) avizul dat de ministerul de resort sau de organul de specialitate al administraţiei publice centrale, în a cărui sferă de competenţă îşi va desfăşura activitatea viitoare asociaţie; d) înscrierea în Registrul asociaţiilor şi fundaţiilor.

Asociaţiile pentru protecţia consumatorilor se constituie la nivel central precum şi la nivel judeţean şi local, iar potrivit dispoziţiilor art. 37 din O.G. nr. 21/1992 şi similar art. 32 din Codul consumului, asociaţiile de consumatori au o serie de drepturi şi le revin, corelativ, o serie de obligaţii.

În temeiul actualului text legal, asociaţia de consumatori are dreptul de a introduce acţiuni în justiţie nu doar pentru apărarea drepturilor şi intereselor legitime ale membrilor săi, ci, pentru orice consumator, chiar dacă nu este membru al asociaţiei; mai mult, după cum s-a apreciat în literatura de specialitate[1] asociaţia de consumatori poate dobândi calitate procesuală activă, putând să se substituie în proces unui reclamant-consumator al cărui interes legitim a fost lezat, substituirea procesuală fiind admisă în scopul ocrotiri interesului colectiv al consumatorilor. Din păcate, însă, singurul tip de acţiuni speciale reglementate, pe care asociaţiile de consumatori le au la dispoziţie sunt "acţiunile în încetarea practicilor comerciale ilicite", introduse prin H.G. nr.1553/2994 privind unele modalităţi de încetare a practicilor ilicite în domeniul protecţiei intereselor colective ale consumatorilor, modificată[2].

În dreptul francez sunt reglementate detaliat tipurile de acţiuni pe care asociaţiile de consumatori care au parcurs procedura de agreare din partea instituţiilor competente le pot introduce în justiţie.

b) Scopul extraprofesional al contractării

Cea de-a doua condiţie ce se cere a fi îndeplinită pentru ca o persoană fizică să poată fi încadrată în categoria consumatorilor, constituie totodată şi criteriul în funcţie de care se determină sfera de aplicare a normelor dreptului protecţiei consumatorilor. Aşadar, potrivit actualei forme a definiţiei legale, „persoanele fizice sau asociaţiile de consumatori trebuie să acţioneze în scopuri din afara activităţilor comerciale, industriale sau de producţie, artizanale ori liberale", adică în scop extraprofesional. Instituirea scopului ce nu are legătură cu exercitarea profesiei, ca element esenţial al noţiunii de consumator, reprezintă consacrarea pe plan legislativ, atât la nivel naţional, cât şi comunitar, a ideii de ocrotire prin normele dreptului consumatorilor, a părţii slabe, dezavantajate.

Dezechilibrul contractual, caracterizat prin lipsa egalităţii părţilor, este foarte clar pus în evidenţă prin opoziţia dintre scopul extraprofesional al încheierii unui contract de către consumator (persoana fizică) şi scopul profesional – avut în vedere întotdeauna de către profesionist.

După cum am menţionat deja, deşi, în principiu, persoanele juridice sunt excluse din sfera noţiunii de consumator, legiuitorul impune condiţia scopului extraprofesional al contractării, ca element esenţial al noţiunii de consumator, deoarece persoana fizică poate fi privită atât ca individ, subiect clasic al dreptului civil, nonprofesionist, dar şi din perspectiva variilor forme de desfăşurare a activităţii sale profesionale: profesionistul-comerciant (persoana fizică autorizată, întreprinderea individuală, întreprinderea familială - O.U.G. nr. 44/2008) profesiile liberale etc. A fost, deci, necesară instituirea cerinţei scopului extraprofesional al consumului pentru ipoteza în care persoana fizică desfăşoară şi astfel de activităţi profesionale.

---

[1] Juanita Goicovici, *op. cit.*, p. 30.

[2] H.G. nr. 1553/2004 a fost modificată prin H.G. nr. 1822/2005 pentru abrogarea şi completarea unor acte normative din domeniul protecţiei consumatorilor şi prin H.G. nr. 957/2008 pentru modificarea anexei la H.G. nr. 1553/2004 privind unele modalităţi de încetare a practicilor ilicite în domeniul protecţiei intereselor colective ale consumatorilor.

În consecinţă, profesioniştii – persoane fizice – nu pot avea calitatea de consumatori atunci când contractează în virtutea profesiei pe care o exercită, aceştia fiind ţinuţi să contracteze într-un scop care să nu aibă legătură cu activitatea lor profesională.

În legătură cu sintagma „în scopuri din afara activităţii sale comerciale, industriale sau de producţie", o primă remarcă ce se impune a fi făcută este aceea că exprimarea legiuitorului este neclară şi susceptibilă de interpretări diferite. Interpretând această sintagmă, în doctrină se consideră că este vorba despre contracte încheiate în scop extraprofesional, adică exclusiv în scop privat (scopul nu trebuie să aibă nicio legătură cu activitatea desfăşurată).

Considerăm că această sintagmă poate fi interpretată şi în sensul că sunt vizate aici acele contracte ce depăşesc specialitatea profesiei, adică cele încheiate de către profesionist, în legătură cu desfăşurarea activităţii sale profesionale, dar în afara specializării sale. Pot fi incluse aici toate contractele (conexe) desfăşurării activităţii principale, ca de exemplu: contracte pentru întreţinerea aparaturii electronice (computer, printer etc.) sau contracte de furnizare a apei potabile pentru consumul angajaţilor, contracte în care profesionistul devine „neprofesionist" – partea slabă – ce trebuie ocrotită de normele dreptului consumatorilor (ca parte dezavantajată într-un contract de consumaţie).

Specialiştii ce pledează în favoarea menţinerii în sfera noţiunii de *consumator* doar a persoanelor fizice, cu excluderea fără excepţie a persoanelor juridice îşi argumentează opinia, printre altele, făcând referire la faptul că, persoanele juridice sunt ocrotite de normele dreptului civil, ale dreptului comercial sau ale dreptului concurenţei. Perfect adevărat, dar se pierde din vedere faptul că, de cele mai multe ori, repercusiunile negative datorate excluderii persoanelor juridice din sfera consumatorilor sunt suportate de către consumatorul final, cel puţin sub forma unor costuri mai mari[1].

Referitor la necesitatea respectării condiţiei scopului extraprofesional al contractării, doctrina a semnalat existenţa în practică a cazurilor în care aceeaşi persoană acţionează, în parte, în desfăşurarea activităţii sale profesionale, şi în parte, în scop extraprofesional (aşa numitele cazuri „melanj" sau „de graniţă")[2].

Această ipoteză, denumită în literatura de specialitate şi ipoteza „scopului mixt" este deseori ilustrată cu ajutorul exemplului profesionistului-persoană fizică (medic, avocat, persoană fizică autorizată etc.) care cumpără un autoturism pentru a-i servi atât deplasărilor efectuate în interes de serviciu (deci pentru uzul profesiunii sale), cât şi pentru transportul familiei sale (deci pentru uz personal). Întrebarea care se pune este dacă, în astfel de situaţii, profesionistul - persoană fizică poate fi considerat consumator, putând astfel beneficia de normele de dreptul protecţiei consumatorilor. Soluţiile doctrinare sunt divergente – o parte a doctrinei a opinat în sensul refuzării calităţii de consumator persoanelor care contractează în scop profesional, chiar şi parţial[3]. Prin urmare, potrivit acestei opinii ce reflectă accepţiunea subiectivă a noţiunii de consumator, se includ în categoria consumatorilor numai persoanele fizice care urmăresc, la încheierea contractelor, un scop total extraprofesional[4].

---

[1] A.M. Apetrei, *op. cit.*, p. 156.

[2] J. Goicovici, *op. cit.*, p. 36-37; A.M. Apetrei, *op. cit.*, p. 160.

[3] G. Paisant „ *Essai sur la notion de consommateur en droit positif*", în „Semaine juridique" 1993.I.3655.

[4] Mai mult, Curtea de Justiţie a Comunităţilor Europene (în prezent a Uniunii Europene), în cauza *Benincasa contra Deutalkit*, a statuat că persoana care a încheiat un contract pentru exercitarea unei activităţi profesionale neactuale, dar viitoare, nu poate fi considerat consumator (Curtea de Justiţie a Comunităţii Europene), 3 iulie 1997, C-269/95, apud A. M. Apetrei, p. 59.

La polul opus se situează autorii[1] care includ în categoria consumatorilor, persoanele fizice care contractează în scop mixt, parţial profesional, parţial extraprofesional, cu argumentul că, dacă nu s-ar permite aplicarea regulilor mai favorabile din domeniul protecţiei consumatorilor, s-ar aduce un prejudiciu contractantului – persoană fizică aflat în această situaţie[2]. În susţinerea acestei opinii căreia ne raliem, s-ar putea invoca şi un argument de text legal. Astfel, legea (în definiţie) nu impune în mod expres necesitatea contractării EXCLUSIV în afara activităţii profesionale. În consecinţă, pe cale de interpretare, s-ar putea ajunge la concluzia că **o persoană fizică poate avea calitatea de consumator în ipoteza în care contractează atât în scop profesional, cât şi în scop personal**.

Ne-am exprimat deja punctul de vedere critic în legătură cu sfera de cuprindere a actualei definiţii legale, considerând corectă soluţia adoptării criteriului specialităţii, iar nu cel al scopului extraprofesional al contractării, pentru determinarea calităţii de consumator.

Altfel spus, chiar dacă profesionistul - persoană fizică şi chiar persoană juridică - contractează în scop profesionist, în ipoteza în care acţionează în afara specialităţii sale, trebuie inclus în categoria consumatorilor. Din această perspectivă, scopul mixt (parţial profesional) al contractării se circumscrie criteriului specialităţii celui ce contractează, astfel încât singura situaţie în care s-ar pune problema determinării calităţii de consumator a unui profesionist - persoană fizică, ar fi aceea în care un profesionist (persoană fizică), specializat într-un anumit domeniu, încheie un contract cu un alt specialist din acelaşi domeniu, în dublu scop, atât profesional cât şi personal (extraprofesional).

În realitate, problema care se pune este de a şti dacă profesionistul - persoană fizică, care contractează, în cadrul activităţii sale profesionale, dar în afara specializării sale poate fi considerat consumator.

Aşa cum am arătat anterior, considerăm că soluţia corectă este cea a includerii profesionistului – persoană fizică (şi chiar a persoanei juridice) în categoria consumatorilor cu consecinţa posibilităţii acestora de a invoca normele dreptului consumaţiei, aducând ca argument faptul că, în ipoteza avută în vedere, profesionistul devine „neprofesionist”, devine „parte slabă” ce trebuie ocrotită şi parte dezavantajată în contract de normele dreptului consumatorilor.

Relevantă aici este apariţia dezechilibrului contractual, profesionistul contractând în afara specialităţii sale, fiind irelevantă îndeplinirea condiţiei scopului extraprofesional, chiar şi parţial. Cu alte cuvinte, chiar dacă profesionistul contractează în scop profesional, în situaţia în care acţionează în afara specialităţii sale trebuie inclus în categoria consumatorilor, neavând nicio relevanţă faptul că la încheierea aceluiaşi contract scopul poate fi parţial profesional şi parţial extraprofesional.

Singura situaţie în care contractarea cu scop mixt capătă relevanţă ar fi aceea în care un profesionist (persoană fizică), specializat într-un anumit domeniu, încheie un contract cu un alt specialist din acelaşi domeniu, în dublu scop, profesional şi extraprofesional (personal).

---

[1] J.Goicovici, *op. cit.*, p. 37; M.A. Apetrei, *op. cit.*, p. 160-161.

[2] O astfel de interpretare, favorabilă consumatorilor, este şi cea oficială a Convenţiei de la Roma. În acest sens, se consideră că, contractul încheiat de către o persoană fizică, parţial în scop privat şi parţial în scopul exercitării profesiei sale, intră sub incidenţa art. 5 alin. 1 (normele de protecţie a consumatorilor), cu condiţia ca acea persoană să fi acţionat în principal, în scop privat. A se vedea Giuliano M., Lagarde P. „*Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligation contractuelles*” publicat în „Journal Officiel des Communautee Europeennes” nr. C-282 din 31.10.1980.

Drept public

Dialogul social. Necesitate şi realitate

Magda ***VOLONCIU****

Abstract: *Dialogul social presupune un echilibru între partenerii sociali şi constituie principalul instrument în menţinerea păcii sociale. Dialogul social se manifestă în special în cadrul negocierilor colective, autoritatea legislativă din România determinând, prin dispoziţiile adoptate, cadrul convenţional corespunzător de derulare a raporturilor colective de muncă. Ultimele reglementări adoptate în acest domeniu, deşi aspru criticate atât de sindicate, cât şi de o parte importantă a doctrinei, nu încalcă principiile constituţionale ale negocierii, reprezentând din punct de vedere al flexibilizării legislaţiei muncii, un pas înainte. Astfel, natura juridică a contractului colectiv de muncă, a căpătat mai multe valente convenţionale, în defavoarea caracterului normativ. Demersurile realizate în acest domeniu, chiar dacă la început pot determina o îngreunare a practicii sociale din domeniul negocierii, pot conduce în timp, la implementarea unei înţelegeri corecte a necesităţii dialogului real şi constructiv între partenerii sociali menit să se finalizeze prin contracte colective care să răspundă intereselor părţilor în negociere. Contractele colective trebuie înţelese ca fiind nu numai convenţii cu iz declarativ de drepturi pentru salariaţi, ci reale instrumente de lucru pentru ambii parteneri sociali. Este raţiunea pentru care, chiar dacă în cuprinsul Legii actuale a dialogului social, Legea nr. 62/2011 există multe imperfecţiuni tehnice, regulile de principiu impuse de aceasta în sfera negocierii contractelor colective de muncă, se impun a fi menţinute.*

Cuvinte cheie: *negociere colectivă, contract colectiv de muncă, angajaţi, dialog social, parteneri sociali*

1. Aspecte introductive

După intrarea în vigoare a Legii nr. 62/2011 la 13 mai 2011, în planul relaţiilor colective de muncă s-a pus din ce în ce mai mult problema dacă se poate vorbi în România despre un recul al dialogului social, ca o consecinţă a noilor reglementări. Teoria amplu dezvoltată, mediatizată şi uneori transpusă în acţiuni jurisdicţionale a fost susţinută atât de o mare parte a doctrinei, cât şi de intervenţii susţinute de sindicate cu rădăcini în practica socială.

Ceea ce a condus la o astfel de poziţionare a lucrurilor a fost faptul că după 21 de ani în care reglementările au fost astfel concepute încât sindicatele aveau rolul principal în negocierile colective, actuala lege limitează drepturile acestora în raport cu ceea ce a existat anterior, pe de o parte, permiţând o influenţă mai puternică în parteneriatul social

* Profesor universitar doctor, Universitatea Titu Maiorescu.

pentru reprezentanţii salariaţilor aleşi în condiţiile Codului muncii, pe de altă parte, înlăturând principiul aplicabilităţii generale a contractelor colective de muncă, oricând şi peste tot, indiferent dacă a existat sau nu o intervenţie activă în negociere din partea angajatorilor cărora li se aplica un contract sau altul.

O asemenea schimbare a legislaţiei, profundă prin implicaţiile ei, are o determinare clară în evoluţia reglementărilor în domeniu în întreaga Europă, această evoluţie fiind la rândul ei influenţată de factori obiectivi de tip economic. Dincolo însă de aceste aspecte credem că se impune şi o analiză strict ştiinţifică a modificărilor intervenite, inclusiv prin determinarea în mod real a unor limitări în ceea ce priveşte exerciţiul normal a drepturilor şi libertăţilor sindicale.

2. Înlăturarea principiului aplicabilităţii erga omnes a tuturor contractelor colective de muncă. Instituţia extinderii contractului colectiv

Dacă până în 13 mai 2011, art. 11 al Legii nr. 130/1996, republicată în 1998 impunea aplicabilitatea generală a contractelor colective de muncă în funcţie de nivelul la care acestea erau încheiate, regula impusă de Legea nr. 62/2011 conduce la aplicabilitatea contractului numai faţă de acele părţi care şi-au manifestat expres voinţa în sensul de a fi parte la un contract colectiv de muncă.

Astfel, **legea stabileşte expres că numai contractul colectiv de muncă la nivel de unitate se aplică tuturor salariaţilor din unitate**. Contractele colective de muncă încheiate la niveluri superioare (la nivel de grup de unităţi şi la nivel de sector) se aplică, în principiu, numai în unităţile care au participat efectiv la negociere, direct sau prin mandatarul lor (asociaţia patronală din care fac parte), şi şi-au manifestat acordul cu privire la forma finală a convenţiei dintre ei

Altfel spus, de principiu conform legii actuale un contractul colectiv de muncă la nivel superior nu poate fi opus unui angajator care nu şi-a manifestat expres voinţa cu privire la clauzele cuprinse în acel contract.

Prin excepţie, legea română recunoaşte **instituţia extinderii contractului colectiv la nivel de sector.** Extinderea contractului colectiv însă este funcţională numai atunci când autorităţile competente înregistrează contractul la nivel de sector. Or, pentru ca o astfel de înregistrare să fie posibilă, conform art. 143 din Legea nr. 62/2011 este necesar ca numărul de angajaţi din unităţile membre ale organizaţiilor patronale semnatare să fie mai mare decât jumătate din numărul total al angajaţilor din sectorul de activitate. În consecinţă, regula majorităţii, impusă, şi aceasta, de reglementărilor actuale ale Legii nr. 62/2011, funcţionează şi cu privire la contractul colectiv la nivel de sector. Numai în măsura în care jumătate din numărul total al salariaţilor din sector se regăsesc în unităţile care sunt reprezentate la încheierea contractului, acest contract este calificat ca fiind un contract la nivel de sector[1]. Dacă unităţile care sunt reprezentate la negocierea de la nivelul superior cuprind un număr mai mic de salariaţi, atunci contractul va fi considerat un contract colectiv de muncă încheiat la nivelul grupului. Evident că în cazul unui contract colectiv încheiat la nivelul grupului, nu se poate face vorbire despre

[1] Regula majorităţii transpare şi din analiza condiţiilor necesare pentru ca o grupare sindicală la nivel de unitate să fie reprezentativă. Astfel, conform art. 51 alin. (1) pct. C din Legea nr. 62/2011, este reprezentativ la nivel de unitate fiind îndreptăţit să negocieze un contract colectiv de muncă aplicabil tuturor salariaţilor din acea unitate, sindicatul care are ca membrii mai mult de jumătate plus unul din numărul total al salariaţilor din acea unitate.

o extindere a aplicabilităţii contractului, fiind evident că acesta va fi aplicabil numai membrilor acelui grup.

Art. 143 alin. (5) din Legea nr. 62/2011 stabileşte că în cazul în care un contract se înregistrează la nivel de sector, organismul competent la înregistrare fiind Ministerul Muncii, aplicarea contractului colectiv de muncă înregistrat la nivelul sectorului poate fi extinsă pentru toate unităţile din acel sector, prin Ordin al ministrului muncii, familiei şi protecţiei sociale, cu aprobarea Consiliului social tripartit, în baza unei cereri adresate acestuia de către semnatarii contractului colectiv de muncă de la nivel de sector.

Spre deosebire de legislaţia anterioară când contractul colectiv de muncă la nivel de ramură se aplica tuturor salariaţilor din ramură, componenţa ramurii fiind una negociabil şi nu determinat prin lege aşa cum se întâmplă astăzi în ce priveşte componenţa sectorului, **regula aplicabilităţii erga omnes în materia contractelor colective de muncă nu mai funcţionează decât la nivelul unităţii.**

Mai mult, din tabloul actual al contractelor colective de muncă, a fost înlăturat principalul pion care făcea ca voinţa negociată de un grup să devină lege pentru toată lumea, respectiv contractul colectiv de muncă la nivel naţional[1].

Or, se poate susţine că toate aceste modificări au înfrânt principiul liberei negocieri şi au împietat asupra dialogului social? Noi credem că nu. Chiar dacă din punct de vedere tehnic actuala legislaţie prezintă încă destule probleme, nu credem că aceasta ar trebui să fie criticată şi din punct de vedere al încălcării principiilor ce stau la baza dialogului social.

Astfel, raţiunile pentru care s-ar impune un contract colectiv de muncă la nivel naţional ţin mai curând de un istoric şi o mentalitate care a creat obişnuinţă în acest domeniu pentru legislaţia din România. Astfel, care ar fi raţiunile pentru care ar fi necesară o supra lege negociată? Rostul contractului colectiv de muncă este de a crea un cadru de derulare al relaţiilor de muncă convenit de părţi (partenerii sociali) şi în temeiul cărora, ca urmare a negocierii, să se dobândească o serie de drepturi superioare legii, în favoarea salariaţilor. Pentru ca un astfel de instrument însă să fie în mod real funcţional, el trebuie să reprezinte o voinţă reală şi nu voinţa unei minorităţi.

3. Menţinerea principiului obligativităţii negocierii colective la nivel de unitate

S-a invocat faptul că însuşi dreptul fundamental la negociere astfel cum acesta este prevăzut în art. 43 din Constituţie ar fi încălcat prin noile reglementări ale Legii nr. 62/2011, considerându-se că dispoziţiile legii actuale nu sunt cele corecte, atâta vreme cât principiul negocierii este limitat. Totuşi, şi în continuare legea actuală impune negocierea colectivă la nivel de unitate, sarcina demarării negocierilor revenind angajatorului.

Este adevărat că la acest moment, legea actuală se pronunţă expres în sensul obligativităţii negocierii colective numai la nivel de unitate[2]. De altfel şi în trecut, au existat ample controverse în doctrina de specialitate cu privire la obligativitatea negocierii colective la nivel de unitate sau la toate nivelurile. Astfel, iniţial, conform Legii nr. 130/1996, republicată, Lege abrogată prin Legea nr. 62/2011, negocierea co-

---

[1] Contractul colectiv de muncă la nivel naţional era aplicabil conform art. 11 din Legea nr. 130/1996 tuturor salariaţilor din România, deci practic se suprapunea legii.

[2] A se vedea în acest sens art. 129 alin. (1) din Legea nr. 62/2011, conform căruia: *"Negocierea colectivă este obligatorie numai la nivel de unitate, cu excepţia cazului în care unitatea are mai puţin de 21 de angajaţi."*

lectivă era obligatorie numai la nivelul unităţii, art. 3 alin. (1) din Legea anterioară, fiind asemănător ca text cu dispoziţia actuală din art. 129 alin. (1) din Legea nr. 62/2011. Problemele s-au născut la momentul intrării în vigoare a Codului muncii, (1 martie 2003), raportat la dispoziţiile art. 236 alin. (2) din Codul muncii anterior republicării[1]. Astfel, acel text făcea referire la obligativitatea negocierii, fără însă a mai indica expres că această obligativitate ar fi funcţională numai la nivelul unităţii, aşa cum se exprima textul corespunzător din legea specială (art. 3 alin. (1) din Legea nr. 130/1996). Pentru aceste raţiuni, s-a considerat că odată cu intrarea în vigoare a Codului muncii, textul art. 3 alin. (1) din Legea nr. 130/1996, republicat, a fost abrogat expres indirect (cu punerea în aplicare a dispoziţiei ce se regăsea în art. 298 alin. (2) teză finală din Codul muncii anterior modificării şi republicării acestora), fiind deci funcţional numai textul de la art. 236 alin. (2) din Codul muncii republicat, text conform căruia există obligativitatea negocierii în general, fără specificarea expresă a nivelului la care negocierea este obligatorie.[2] În sens contrar, s-a afirmat că este aplicabil în continuare textul de la art. 3 alin. (1) din Legea nr. 130/1996, republicat, pe considerentul că raportat la Codul muncii, Legea nr. 130/1996 are caracterul unei legi speciale, deci este de strictă interpretare. Dispoziţia ce se regăsea la art. 236 alin. (2) din Codul muncii anterior republicării, reprezenta o dispoziţie de principiu, care, era dezvoltată, concretizată prin dispoziţiile din Legea specială (art. 3 alin. (1) din Legea nr. 130/1996). Cum legea specială este de strictă aplicabilitate, rezulta că principiul obligativităţii negocierii stipulat atât de legea specială cât şi de Codul muncii, era funcţional, conform legii speciale, numai la nivelul unităţii[3]. De asemenea, s-a arătat că atâta vreme cât şi textul de la art. 236 alin. (2) din Codul muncii anterior republicării condiţionează obligativitatea negocierii de existenţa la nivelul angajatorului a cel puţin 21 de salariaţi, este evident că principiul obligativităţii nu poate fi funcţional decât numai la nivelul unităţii (angajatorului cu peste 20 de salariaţi)[4].

La acest moment, această contradicţie s-a eliminat, existând din acest punct de vedere concordanţă între dispoziţiile Legii nr. 62/2011 şi cele din Codul muncii cu privire la acest aspect[5]. Astfel, art. 229 alin. (2) din Codul muncii republicat, stabileşte expres, la fel ca şi art. 129 alin. (1) din Legea nr. 62/2011, că negocierea colectivă este obligatorie numai la nivelul unităţilor în care sunt încadraţi cel puţin 21 de salariaţi/angajaţi.

Analizând însă cele două dispoziţii, se poate observa că şi acum există o mică discordanţă între texte, determinată de aplicabilitatea asupra persoanelor a celor două legi, Codul muncii făcând referire exclusivă la salariaţi (deci, numai angajaţii cu contract individual de muncă), în timp ce Legea nr. 62/2011 face referire la angajaţi

---

[1] Conform art. 236 alin. (2) din Codul muncii anterior modificării şi republicării acestuia în 2011: ” *Negocierea colectivă este obligatorie, cu excepţia cazului în care angajatorul are încadraţi mai puţin de 21 de salariaţi.”*

[2] A se vedea în acest sens I.T. Ştefănescu, *Tratat teoretic şi practic de drept al muncii*, Editura Universul Juridic, Bucureşti 2010, p. 158-159; I.T. Ştefănescu, Tratat teoretic şi practic de drept al muncii, Editura Universul Juridic, 2012, p. 156-158.

[3] A se vedea în acest sens Al. Ţiclea, *Codul muncii comentat şi adnotat*, vol. II, Editura Universul Juridic, Bucureşti 2010, p. 227; Al. Ţiclea, *Tratat de dreptul muncii*, Ediţia a II-a, Editura Universul Juridic, 2007, p. 327-328.

[4] A se vedea în acest sens, Al. Athanasiu, M. Volonciu, L. Dima, O. Cazan, *Codul muncii comentariu pe articole*, vol. II, Ed. CH Beck, 2011, p. 242.

[5] Facem menţiunea că dispoziţiile referitoare la contractul colectiv de muncă reglementate în Cod, au fost la rândul lor modificate prin Legea nr. 40/2011.

(persoane angajate atât cu contract individual de muncă cât şi persoanele care prestează munca în baza unui raport de serviciu[1] – de exemplu, funcţionari publici).

O astfel de abordare contradictorie în ce priveşte conceptele utilizate, ar putea naşte controverse nu numai teoretice dar şi practice în viitor, în măsura în care s-ar pune problema unei instituţii publice la care funcţionează atât persoane angajate cu contract individual de muncă, cât şi funcţionari publici. În analiza acestei contradicţii, trebuie avut în vedere şi regimul juridic cu totul specific pentru negocierea şi încheierea unei convenţii colective la nivelul instituţiilor bugetare. Astfel, Legea nr. 62/2011 rezervă un capitol aparte acestei problematici, respectiv Capitolul IV din Titlul VII (Negocierile colective de muncă[2]), respectiv la art. 137 şi urm. din lege. Art. 1 din Legea nr. 62/2011, defineşte expres două categorii de convenţii colective, respectiv ***"acordurile colective",*** adică, conform art. 1 lit. j) din Legea nr. 62/2011, " *convenţia încheiată în formă scrisă între organizaţiile sindicale ale funcţionarilor publici sau ale funcţionarilor publici cu statut special, reprezentanţii acestora şi reprezentanţii autorităţii ori instituţiei publice",* dar şi ***"contractele colective de muncă"***, adică, conform art. 1 lit. i) din Legea nr. 62/2011 *"convenţia încheiată în formă scrisă între angajator sau organizaţia patronală şi reprezentanţii angajaţilor, prin care se stabilesc clauze privind drepturile şi obligaţiile ce decurg din relaţiile de muncă. Prin încheierea contractelor colective de muncă se urmăreşte promovarea şi apărarea intereselor părţilor semnatare, prevenirea sau limitarea conflictelor colective de muncă, în vederea asigurării păcii sociale*". La rândul său, art. 139 din Legea nr. 62/2011 stabileşte că: *"Negocierea acordurilor colective pentru funcţionarii publici se face în conformitate cu dispoziţiile legale în materie.",* făcându-se astfel trimitere la regulile expres cuprinse în Legea nr. 188/1999 (Statutul funcţionarilor publici).

Ar rezulta deci că se impune un regim separat pentru acordurile colective şi, respectiv pentru contractele colective.

În consecinţă, dacă într-o instituţie publică există mai puţin de 20 de salariaţi dar mai mult de 20 de funcţionari publici, s-ar impune ca la nivelul acelei instituţii să existe obligativitatea negocierii unui acord colectiv şi nu a unui contract colectiv de muncă, fiind incidente toate regulile speciale cu privire la negocierea şi încheierea acordului colectiv pentru funcţionarii publici, astfel cum acestea rezultă din Legea nr. 188/1999, republicată. La fel, dacă la nivelul unităţii există mai mult de 20 de salariaţi dar mai puţin de 21 de funcţionari publici, se va negocia un contract colectiv de muncă, subordonat regulilor generale din Codul muncii, dar cu luarea în considerare a reglementărilor specifice instituţiilor bugetare, astfel cum acestea sunt precizate de art. 137 şi urm. din Legea nr. 62/2011.

Având în vedere însă dispoziţia cuprinsă la art. 133 alin. (1) din Legea nr. 62/2011 conform căreia clauzele contractelor colective de muncă produc efecte *"pentru toţi angajaţii din unitate, în cazul contractelor colective de muncă încheiate la acest nivel",*

---

[1] Art. 1 lit. g) defineşte conceptul de angajat ca fiind: *"persoana fizică, parte a unui contract individual de munca ori raport de serviciu, care prestează muncă pentru şi sub autoritatea unui angajator şi beneficiază de drepturile prevăzute de lege, precum şi de prevederile contractelor sau acordurilor colective de muncă aplicabile."*

[2] A se observa titulatura cu totul nefericită a Titlului din Legea nr. 62/2011 în care este reglementat Contractul colectiv de muncă. Dincolo de faptul că în limbajul de specialitate nu există "negocieri colective de muncă", facem şi menţiunea că negocierea reprezintă procedura prevăzută de lege care poate permite partenerilor sociali încheierea unui contract colectiv de muncă. În consecinţă, Titlul VII din Legea nr. 62/2011 reglementează în realitatea Contract colectiv de muncă, cu toate elementele acestuia şi nicidecum numai procedura care conduce la încheierea lui, respectiv negocierea colectivă.

rezultă că dacă se încheie un contract colectiv de muncă la nivelul unei instituţii publice cu un umăr mi mic de 21 de funcţionari publici, contractul va produce efecte şi asupra funcţionarilor publici, cu excepţia acelor clauze care vin în contradicţie cu legea specială a funcţionarilor publici, respectiv Legea 188/1999, şi în această situaţie fiind aplicabil principiul conform căruia excepţiile sunt de strictă interpretare. Pe de altă parte însă, s-ar putea admite aplicabilitatea unui contract colectiv de muncă la nivelul funcţionarilor publici atâta vreme cât din definiţia legală cuprinsă la art. 1 lit. j) din Legea nr. 62/2011 rezultă că la nivelul funcţionarilor publici se încheie acorduri colective şi nu contracte colective? Mai mult, şi art. 139 din Legea nr. 62/2011 conduce la ideea că funcţionarii publici s-ar putea afla numai sub clauzele unui acord colectiv, nicidecum a unui contract colectiv de muncă.

În realitate, problema pusă în discuţie mai sus îşi găseşte rădăcinile în problema esenţială existentă între Legea nr. 62/2011 şi Codul muncii, respectiv cum se corelează cele două reglementări, care ar fi regula şi care excepţia?

În realitate, nu se poate face o distincţie reală între regulă şi excepţie raportat la cele două reglementări, fiecare dintre ele fiind, la rândul lor, fie lege cadru, fie reglementare de excepţie[1]. Astfel, din punct de vedere al obiectului de reglementare, Codul muncii se ocupă cu aspectele rezultate din raportul de muncă, iar Legea nr. 62/2011 se ocupă strict numai cu aspectele legate de relaţiile colective de muncă şi jurisdicţia muncii. Deci, din acest punct de vedere, Legea nr. 62/2011 ar avea caracterul unei legi speciale în raport cu Codul muncii. Din punct de vedere al aplicabilităţii asupra persoanelor a celor două reglementări, lucrurile se inversează, deoarece Codul muncii este aplicabil numai angajaţilor salariaţi (angajaţi cu contract individual de muncă), în timp ce Legea nr. 62/2011 se aplică tuturor angajaţilor, atât cu contract individual de muncă cât şi cei care prestează activitatea în baza unui raport de serviciu (deci, din acest punct de vedere, ar rezulta că Legea nr. 62/2011 reprezintă generalul, în timp ce Codul muncii reprezintă specialul). Cum, în ce priveşte numărul de salariaţi/angajaţi minimi într-o unitate, care determină în sarcina angajatorului naşterea obligaţiei de negociere se are în vedere aplicabilitatea legii asupra persoanelor, am putea considera că Legea 62/2011 are valoare de lege generală în raport cu Codul muncii care este legea specială. Pe cale de consecinţă, s-ar putea considera că dispoziţia cuprinsă la art. 129 alin. (1) din Legea nr. 62/2011 are valoare de regulă generală, în timp ce dispoziţia de la art. 229 alin. (2) din Codul muncii reprezintă specialul. Aceasta ar însemna că există obligativitatea negocierii unui contract colectiv de muncă la orice unitate care are cel puţin 21 de salariaţi, nefiind posibil a se considera că dacă într-o unitate bugetară există cel puţin 21 de angajaţi există şi obligativitatea negocierii colective. De exemplu, dacă într-o unitate bugetară există 10 salariaţi şi 11 persoane care prestează munca în baza unui raport de serviciu nu există obligativitatea încheierii unui contract colectiv de muncă. În schimb, există obligativitatea încheierii unui acord colectiv, clauzele acordului colectiv fiind aplicabile şi salariaţilor contractuali.

În consecinţă, există negociere colectivă, aceasta fiind obligatorie la nivelul unităţilor cu un număr de 21 de angajaţi, dar nu există obligativitatea încheierii contractului colectiv de muncă. Nici acest aspect însă nu restrânge nicicum drepturile generale ale salariaţilor, cu atât mai mult cu cât nici sub regimul vechii reglementări nu a existat o asemenea obligativitate. În trecut, ca de altfel şi acum, a funcţionat o anumită obligaţie de diligenţă în sarcina părţilor de a negocia cu bună credinţă, astfel încât negocierile să

[1] A se vedea, Magda Volonciu, Revista Romană de Jurisprudenţă, nr. 3/2011, p. 147-148.

dobândească un rezultat constructiv, respectiv încheierea convenţiei între partenerii sociali.

De altfel, impunerea unor soluţii peste voinţa celor care negociază determina pregnanţa naturii normative a contractului colectiv de muncă, în defavoarea caracterului său normativ. **Soluţia pentru care a optat legiuitorul actual este, în schimb, puternic ancorată în principiul libertăţii contractuale, dezvoltând astfel mai mult caracterul convenţional al contractului colectiv de muncă în defavoarea naturii sale normative**.

4. Negocierea la nivel de sector de activitate

S-a apreciat, de asemenea, faptul că dovadă a problemelor pe care legea actuală le are, stă însăşi situaţia de fapt conform căreia la nivelul ţării au fost înregistrate un număr foarte mic de contracte colective de muncă la nivel de sector. Or, atâta vreme cât practica în acest domeniu este descendentă în ce priveşte numărul de contracte colective încheiate, ar rezulta că astfel de contracte nu se încheie tocmai pentru că legea a fost astfel concepută încât până la urmă să determine o disfuncţionalitate.

În realitate însă, este de observat că regulile fundamentale în ce priveşte negocierea şi încheierea contractului colectiv de muncă la nivel de ramură/sector, nu s-au modificat major, în continuare principala cerinţa a legii fiind aceea ca pentru încheierea unui contract colectiv la nivel superior unităţii să existe reprezentativitatea celor care negociază[1].

Conform art. 134 pct. A lit. c) din Legea nr. 62/2011, reprezentarea la negocierea la nivel de sector de activitate pentru angajatori este asigurată de către organizaţiile patronale legal constituite şi reprezentative potrivit legii, iar conform art. 134 pct. B lit. c) la nivel de sector de activitate salariaţii sunt reprezentaţi în negociere de către federaţiile sindicale legal constituite şi reprezentative conform legii. Analizând mai departe dispoziţiile art. 135 din lege, facem observaţia că, spre deosebire de situaţia negocierii la nivel de unitate, respectiv la nivel de grup de unităţi, **negocierea la nivelul sectorului de activitate se poate realiza numai prin intermediul unor grupări reprezentative cu personalitate juridică**, constituite în condiţiile legii, respectiv federaţii patronale şi federaţii sindicale reprezentative[2]. Analizând criteriile de reprezentativitate ale participanţilor la negociere la nivel de sector din actuala lege, se poate observa că acestea nu sunt diferite faţă de cele existente în Legea nr. 130/1996[3].

---

[1] De altfel, principiul reprezentativităţii partenerilor la negociere, indiferent de nivelul de negociere, a existat sub Legea nr. 130/1996, fiind esenţial şi pentru reglementarea actuală.

[2] Conform art. 51 alin. (1) pct. B sunt reprezentative la nivel de sector de activitate sau grup de unităţi organizaţiile sindicale care:

a) au statut legal de federaţie sindicală;

b) au independenţă organizatorică şi patrimonială;

c) organizaţiile sindicale componente cumulează un număr de membri de cel puţin 7% din efectivul angajaţilor din sectorul de activitate sau grupul de unităţi respectiv.

De asemenea, conform art. 72 alin. (1) pct. B sunt reprezentative la nivel de sector de activitate organizaţiile patronale care îndeplinesc cumulativ următoarele condiţii:

a) au statut legal de federaţie patronală;

b) au independenţă organizatorică şi patrimonială;

c) au ca membri patroni ale căror unităţi cuprind cel puţin 10% din efectivul angajaţilor sectorului de activitate, cu excepţia angajaţilor din sectorul bugetar.

[3] Legea impunea ca organizaţiile sindicale componente din cadrul federaţiei sindicale reprezentative să deţină cumulat un număr de membrii cel puţin egal cu 7% din efectivul salariaţilor din ramura respectivă. În ce priveşte asociaţiile patronale reprezentative la nivel de ramură art. 15 alin. (1)

Modificarea de esenţă are în vedere însă faptul că în baza legii actuale, contractul colectiv se aplică strict celor care l-au negociat, soluţie de altfel funcţională în marea majoritate a legislaţiilor din Europa. Ceea ce se întâmplă la acest moment în sensul scăderii contractelor negociate la nivelul superior unităţii, este mai curând un aspect determinat de o anumită mentalitate şi de faptul că o perioadă lungă de timp angajatorii nu au înţeles beneficiile pe care încheierea unui contract colectiv de muncă le-ar putea determina pentru afacerea lor. În permanenţă marea majoritate a angajatorilor au văzut în instrumentul numit ”contract colectiv de muncă” o normă impusă exclusiv de voinţa sindicală, care la un anumit nivel s-a înţeles cu un grup redus de reprezentanţi patronali pentru a impune anumite reguli. Odată înlăturată această situaţie, ar trebui să se revină la o practică normală de negociere, care să aibă în vedere interesele sociale ale salariaţilor, dar într-un echilibru onest cu interesele capitalului. Or, o astfel de negociere este perfect posibilă în condiţiile legii actuale.

5. Dialogul social şi situaţia economică generală

Nu în ultimul rând ar trebui de observat şi contextul socio-economic actual. Astfel, patronii ar trebui să fie puşi în situaţia de a înţelege exact elementele pe care trebuie să pună în balanţă în cadrul unei negocieri, respectiv în măsura în care nu acceptă anumite revendicări să-şi asume riscul declanşării unui posibil conflict, dus până în forma sa cea mai gravă, respectiv greva.

Conform legislaţiei române şi nu numai, conflictul de interese nu se poate declanşa atâta vreme cât există în funcţiune un contract colectiv de muncă[1]. În consecinţă existenţa unui contract colectiv de muncă apără angajatorul de conflict. Dar, cu cât situaţia economică este mai precară, cu atât salariaţii vor fi mai circumspecţi în declararea conflictului, fapt care, pe cale de consecinţă, determină o atitudine mai „dură”, inclusiv în cadrul negocierilor colective, din partea angajatorului. Această stare de fapt, vizibilă inclusiv în ţara noastră, nu este însă de natură a conduce la ideea că legea este proastă în principiile sale, ci că determinat de criza economică, poziţia manifestată de angajator este mai intransigentă.

În momentul în care însă o economie este în plină înflorire, interesul angajatorului în pacea socială creşte exponenţial, atâta vreme cât dezvoltarea capitalului este direct dependentă de producţie. Este deci de aşteptat ca odată cu revenirea la o economie în creştere, şi dialogul social să se dezvolte mai pregnant, partenerii sociali urmând a fi direct interesaţi în căutarea acelor înţelegeri de natură a influenţa pozitiv ambele părţi.

---

lit. b) impune drept criterii independenţa organizatorică şi patrimonială şi ca acea organizaţie patronală să cuprindă patroni ale căror unităţi să cuprindă minimum 10% din numărul salariaţilor din ramură.

[1] A se vedea art. 154 din Legea nr. 62/2011. Facem menţiunea că deşi legea actuală face referire la conceptul de conflict colectiv de muncă, considerăm că utilizarea unui astfel de concept cu privire la conflictele născute în cadrul negocierilor este totalmente eronat, conceptul corect fiind în continuare acela de conflict de interese.

Contractul de muncă pe durată determinată în România între flexibilitate şi securitate

Marioara ***ŢICHINDELEAN***[*]

Definit ca un concept politic şi strategic utilizat pentru a produce inovaţii sociale şi politice, termenul de flexicuritate este prezentat ca o normă pozitivă sau un concept avantajos în ambele cazuri[1], drept urmare, modificările aduse Legii nr. 53/2003 privind Codul muncii prin Legea nr. 40/2011 au vizat în principal flexibilizarea relaţiilor de muncă, dinamizarea pieţei muncii prin creşterea numărului de locuri de muncă, şi de asemenea armonizarea prevederilor Codului muncii cu directivele europene şi convenţiile Organizaţiei Internaţionale a Muncii.

În prezentul studiu, vom analiza limitele şi beneficiile reglementării în legea română a contractului individual de muncă pe durată determinată sub cele două aspecte, flexibilitate şi securitate, reflectate şi în prevederile Directivei 1999/70 a Consiliului privind Acordul-cadru cu privire la munca determinată.

I. Situaţiile care permit încheierea contractelor de muncă pe durată determinată

În aplicarea sintagmei ”lucrător pe durată determinată” utilizată de clauza 3 din Directiva 1999/70 a Consiliului privind Acordul-cadru cu privire la munca determinată, care stabileşte sfera de aplicare a acesteia la contractul sau raportul de muncă încheiat direct între angajator şi lucrător în care încetarea acestora este determinată de condiţii obiective cum ar fi *împlinirea termenului, îndeplinirea unei sarcini determinate sau producerea unui eveniment determinat*, legislaţia română a stabilit:

A) ca regulă, încheierea contract individual de muncă pe durată nedeterminată (art. 12, alin. 1 Codul muncii[2]) şi ca excepţie încheierea contractului pe durată determinată (art. 12, alin. 2 din Codul muncii). Instituirea cu titlu de excepţie a acestui tip de contract a avut drept scop evitarea precarităţii salariaţilor cuprinşi în raportul de muncă.

B) limitativ situaţiile în care poate fi încheiat un asemenea contract, şi anume(art. 83 din Codul muncii) adoptând cele trei condiţii obiective prevăzute de Acordul-cadru:

a) înlocuirea unui salariat în cazul suspendării contractului său de muncă, cu excepţia situaţiei în care acel salariat participă la grevă.

Referitor la această situaţie care permite încheierea contractului pe durată determinată, prevederea legală cuprinsă în art. 194, alin. 2 din Legea nr. 62/2011 stabileşte imperativ interdicţia conducerii unităţii de a nu încadra alţi angajaţi care să îi înlocuiască pe cei aflaţi în grevă, interdicţie care operează doar în situaţia în care greva este legal declarată deoarece numai în această ipoteză participarea sau organizarea grevei nu reprezintă o încălcare a obligaţiilor de serviciu ale salariaţilor şi nu atrage posibilitatea

---

[*] Conf.univ.dr., Universitatea”Lucian Blaga”Sibiu, Facultatea de Drept, Tribunalul Sibiu.

[1] Al. Ţiclea*, Noi discuţii privind flexecuritatea,* Revista Română de Dreptul Muncii, nr. 1/2008, p. 11-16.

[2] Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 72 din 5 februarie 2003 şi republicat în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 345 din 18 mai 2011.

sancţionării în niciun fel a acestora (art. 196, alin. 1 din Codul muncii[1]). Pe durata declarării grevei, deşi prevederea legală se referă doar la angajare, se poate discuta dacă unitatea poate să înlocuiască angajaţii care se află în grevă cu alte persoane care îşi desfăşoară activitatea în aceeaşi unitate dar care nu sunt în grevă cerându-le acestora să lucreze ore suplimentare pentru acoperirea necesităţilor productive ale unităţii. În doctrină[2] s-a apreciat că ratio legis respectiv pentru a împiedica angajatorul de a înlocui pe greviști cu persoane care sunt numite în mod tradiţional ”spărgători de grevă” angajatorul nu poate apela la instituţia detaşării, solicitând salariaţi din afara sa care să-i înlocuiască pe greviști pe durata grevei.

Pe de altă parte angajatorul nu poate apela la salariaţii care nu sunt în grevă pentru efectuarea de ore suplimentare în vederea îndeplinirii activităţii salariaţilor aflaţi în grevă. Legislaţia muncii prevede posibilitatea efectuării de ore suplimentare dar condiţionat de acordul salariatului şi de respectarea felului muncii pentru care aceasta a încheiat contractul. În această situaţie trebuie modificat chiar şi temporar contractul individual de muncă în elementul său esenţial,felul muncii, care reprezintă o situaţie de compromis ce nu aduce beneficii angajatorului deoarece pentru îndeplinirea activităţilor greviştilor este necesară o anumită specializare, or, într-un termen relativ scurt acest obiectiv nu poate fi îndeplinit.

Legiuitorul prevede două situaţii în care munca suplimentară se desfăşoară fără respectarea celor două condiţii şi anume forţa majoră şi pentru efectuarea de lucrări urgente destinate prevenirii producerii unor accidente ori înlăturării consecinţelor unui accident. Or, considerăm că greva nu se încadrează în cele două situaţii care permit efectuarea muncii suplimentare, drept pentru care angajatorul nu poate utiliza salariaţii care nu au participă la grevă pentru îndeplinirea sarcinilor celor care participă la grevă.

În situaţia în care unitatea formulează o cerere de declarare ca ilegală a grevei iar instanţa de judecată prin hotărâre judecătorească stabileşte acest caracter şi dispune încetarea grevei, şi cu toate acestea greva continuă, apreciem că angajatorul poate încheia contracte de muncă pe durată determinată deoarece legiuitorul nu poate permite exercitarea abuzivă a unui drept stabilit de lege stabilind interdicţia încheierii în această situaţie a acestui tip de contract. De asemenea,legiuitorul sancţionează conduita greviştilor care continuă greva în contextul existenţei unei hotărâri judecătoreşti de oprire a acesteia.

b) creşterea şi/sau modificarea temporară a structurii activităţii angajatorului.

Textul legal comportă sublinieri de ordin economic deoarece evoluţia mediului economico-social al întreprinderii se realizează prin trecerea succesivă de la o stare de echilibru la alta, expresie a modificărilor care au loc între componentele sale structurale[3]. Aflată în legături cvasi-permanente cu mediul, întreprinderea resimte prompt modificările, ceea ce determină înregistrarea de stări conjuncturale. Printre factorii care determină stările conjuncturale pot fi enumeraţi:

a) cei cu acţiune ciclică care apar la intervale neregulate de timp şi sunt consecinţa modului de evoluţie a economiei, caracterizată printr-o alternanţă a feţelor ciclului economic-înviorare, avânt, depresiune, criză ceea ce determină descreşterea sau creşterea structurii activităţii angajatorului.

---

[1] Mona-Lisa Belu Magdo, *Conflictele colective şi individuale de muncă*, Ed.All Beck, Bucureşti, 2001, p. 28.

[2] Aurelian Gabriel Uluitu, *Greva*, Ed.Lumina Lex, Bucureşti, 2008, p. 201.

[3] C. Florescu, coordonator, V.Balaure, Şt.Boboc, I.Cătoiu, C.Oltean, N.Al.Pop, *Marketing*, Marketer-Grupu academnic de marketing şi management, Bucureşti, 1992, p. 86.

b) sezonieri ce determină oscilaţii periodice, de obicei anuale şi se manifestă cu intensitate diferită de la o perioadă la alta, respectiv mărfurile, producţia sau consumul care sunt afectate de sezonalitate (produse alimentare, combustibil etc.).

c) întâmplători (accidentali) care au caracter imprevizibil şi care modifică starea conjuncturii (conflicte dintre state, secetă, inundaţii, etc.).

Aceşti factori determină angajatorul pentru realizarea diferitelor obiective să adapteze activitatea întreprinderii prin supleţe, flexibilitate în procesul utilizării de resurse umane.

Aşa fiind, credem că în acest caz reglementat de legiuitor se încadrează creşterea structurii activităţii angajatorului determinată de factorii cu acţiune ciclică care pot determina la un moment dat parcurgerea etapei de înviorare şi având în cadrul ciclului economic, împrejurare ce justifică încheierea contractelor individuale de muncă pe durată determinată.

Sub aspect juridic se impun câteva menţiuni şi anume:

1) Legiuitorul se referă la creşterea temporară a structurii activităţii angajatorului, formulare considerată în doctrină ca fiind foarte generală[1]. Dispoziţiile care reglementează acest caz de încheiere a contractului de muncă pe durată determinată sunt neclare şi incomplete, întrucât nu stabilesc criteriile de apreciere a existenţei ori a inexistenţei unei creşteri temporare a activităţii.

2) A doua situaţie la care se referă legiuitorul este cea a modificării temporare a structurii activităţii angajatorului. În această împrejurare modificarea este determinată de o acţiune a factorilor cu acţiune ciclică (depresiune şi criză) şi accidentali care schimbă structura activităţii desfăşurate de angajator. În această situaţie se pot formula două ipoteze de lucru:

a) În doctrină[2] s-a apreciat că formularea textului referitoare la modificarea structurii de activitate poate impune schimbarea obiectului de activitate, context în care se consideră că textul nu este aplicabil dacă prin modificarea structurii de activitate este avută în vedere reorganizarea angajatorului în sensul schimbării obiectului de activitate.

Modificarea temporară a structurii activităţii care determină desfăşurarea altor activităţi decât cele desfăşurate până în acel moment de angajator impune angajatorului obligaţia legală de a încheia contracte de muncă pe durată nedeterminată deoarece o conduită contrară contravine scopului reglementării cu titlu de excepţie a contractului individual de muncă pe durată determinată dar încalcă:

- *clauza 3 (Definiţii), pct.1 Acord-cadru privind munca pe durată determinată* care defineşte sintagma de „lucrător pe durată determinată" ca reprezentând o persoană care are un contract sau un raport de muncă pe durată determinată, încheiate direct între angajator şi lucrător, în care încetarea contractului sau a raportului de muncă este determinată de condiţii obiective,cum ar fi *împlinirea termenului,îndeplinirea unei sarcini determinate sau producerea unui eveniment determinat,* ori prin modificarea structurii activităţii nu se realizează niciuna din cele trei condiţii ale încetării unui contract de muncă pe durată determinată,

- *clauza 5* (*Măsuri de prevenire a abuzurilor) din Acord-cadru privind munca pe durată determinată,* potrivit căreia încheierea contractelor de muncă pe durată determinată succesive să fie determinată de motive obiective. Or, într-o asemenea situaţie,

---

[1] Al. Ţiclea, *Reglementarea contractului individual de muncă pe durată determinată conform proiectului Codului muncii,* Revista Română de Dreptul Muncii nr. 2/2002, p. 19-23.

[2] Al. Athanasiu, *Codul muncii, Comentariu pe articole, actualizare la vol.I-II,* Comentarii Beck, Ed. C.H.Beck, Bucureşti, 2012, p. 77.

legiuitorul român a considerat că temporar se poate modifica structura dar nu indică motivele care pot să determine această schimbare de natură a justifica încheierea contractelor pe durată determinată.

b) Considerăm că acest caz poate fi interpretat numai în sensul că modificarea structurii angajatorului vizează constituirea/înfiinţarea temporară a unor funcţii/posturi care poate fi determinată de creşterea activităţii.

În doctrină s-a apreciat că angajatorul poate dovedi că se află într-o perioadă de creştere a activităţii, care rezultă din actele economico-financiare, care presupune forţă de muncă suplimentară şi poate justifica şi o modificare a structurii acestuia. De exemplu, prestarea unor activităţi suplimentare pentru prevenirea accidentelor de muncă[1].

Considerăm că modificarea temporară a structurii activităţii angajatorului trebuie privită doar sub aspectul desfăşurării unor activităţi chiar suplimentare, dar accesorii sau conexe activităţii angajatorului care este într-o anumită perioadă de timp într-o etapă de creştere, nefiind necesară schimbarea structurii activităţii angajatorului care conform codului CAEN presupune un alt tip de activitate.

În final, apreciem că acest caz care permite încheierea contractelor individuale de muncă pe durată determinată ar fi trebuit să prevadă doar creşterea temporară a structurii activităţii angajatorului pentru a elimina orice interpretare referitoare la această împrejurare.

c) desfăşurarea unor activităţi cu caracter sezonier.

Codul muncii nu defineşte caracterul sezonier al activităţilor pentru a stabili sfera de aplicabilitate a contractelor individuale de muncă încheiate pe durată determinată. În această împrejurare, pentru a circumscrie (delimita) activităţile ce pot fi considerate sezoniere de celelalte activităţi, se va opera cu conţinutul dat de Dicţionarul limbii române noţiunii de „sezonier" şi anume" Care ţine de un anumit sezon şi durează cât sezonul, privitor la un anumit sezon".

Cu toate acestea în mod sporadic întâlnim definiţii ale activităţii sezoniere în acte ale Guvernului, noţiuni care reflectă esenţa acestei activităţi şi anume cea legată succesiunea anotimpurilor[2].

d) în situaţia în care este încheiat în temeiul unor dispoziţii legale emise cu scopul de a favoriza temporar anumite categorii de persoane fără loc de muncă.

Legiuitorul formulează prin această prevedere legală principiul care permite încheierea contractului individual de muncă pe durată determinată fără să prevadă categoriile de persoane[3] fără loc de muncă favorizate temporar şi fără să menţioneze motivele obiective care să justifice o asemenea derogare de la regula încheierii contractelor de muncă pe durată nedeterminată. O asemenea reglementare deschide calea abuzurilor spre încheierea contractelor de muncă pe durată determinată fără o justificare obiectivă încălcându-se *din Acord-cadru privind munca pe durată determinată,* care impune sta-

---

[1] Gheorghe Monica, *Consideraţii privind modificările aduse contractului individual de muncă pe durată determinată rezultate din cuprinsul Legii nr. 40/2011 pentru modificarea şi completarea Legii nr. 53/2003-Codul muncii*, Studia Universitatis, Universitatea Babeş-Bolyai, Cluj Napoca, seria Jurisprudentia, nr. 4/2011, publicat online la http://www.studia.ubbcluj.ro/arhiva/abstract.php?editie=IURISPRUDENTIA&nr=4&an=2011&id_art=10311.

[2] O.U.G. nr. 56 din 20 iunie 2007 privind încadrarea în muncă şi detaşarea străinilor pe teritoriul României art.2,e) lucrător sezonier - străinul încadrat în muncă pe teritoriul României, pe un loc de munca bine definit, într-un sector de activitate care se desfăşoară în funcţie de succesiunea anotimpurilor, în baza unui contract individual de muncă încheiat pe perioadă determinată, care nu poate depăşi 6 luni într-un interval de 12 luni.

[3] Al.Ţiclea, *op. cit.*

telor membre tocmai stabilirea unui cadru pentru împiedicarea abuzurilor care pot rezulta din folosirea raporturilor sau contractelor de muncă pe durată determinată fără motive obiective.

Cu titlu de excepţie Legea nr. 76/2002 privind sistemul asigurărilor pentru şomaj şi stimularea ocupării forţei de muncă[1] stabileşte posibilitatea subvenţionării din bugetul asigurărilor pentru şomaj şi din alte surse alocate conform prevederilor legale cheltuielile cu forţa de muncă efectuate în cadrul unor programe care au ca scop ocuparea temporară a forţei de muncă din rândul şomerilor, pentru dezvoltarea comunităţilor locale.

e) angajarea unei persoane care, în termen de 5 ani de la data angajării, îndeplineşte condiţiile de pensionare pentru limită de vârstă.

Acest caz care permite încheierea contractelor individuale de muncă pe durată determinată are două limite şi anume:

- nu sunt prezentate motivele obiective care permit doar angajarea unei persoane care, în termen de 5 ani de la data angajării, îndeplineşte condiţiile de pensionare pentru limită de vârstă

- are un caracter discriminatoriu pentru că foloseşte criteriul vârstei la angajare[2].

DIRECTIVA 2000/78/CE din 27 noiembrie 2000 de creare a unui cadru general în favoarea egalităţii de tratament în ceea ce priveşte încadrarea în muncă şi ocuparea forţei de muncă prevede în art. 6, alin. 1 referitor la justificarea unui tratament diferenţiat pe motive de vârstă că, fără a aduce atingere dispoziţiilor articolului 2 alineatul (2), statele membre pot prevedea că un tratament diferenţiat pe motive de vârstă nu constituie o discriminare atunci când este justificat în mod obiectiv şi rezonabil, în cadrul dreptului naţional, de un obiectiv legitim, în special de obiective legitime de politică a ocupării forţei de muncă, a pieţei muncii şi a formării profesionale, iar mijloacele de realizare a acestui obiectiv sunt corespunzătoare şi necesare (Considerentul 25).

Directiva concretizează interzicerea discriminării pe motive de vârstă, recunoscută ca fiind un principiu general al dreptului Uniunii şi prevăzută la articolul 21 alineatul (1) din Carta drepturilor fundamentale. Conform articolului 6 alineatul (1) TUE, aceasta din urmă a dobândit începând cu 1 decembrie 2009 aceeaşi valoare juridică cu cea a tratatelor. în sensul articolului 6 alineatul (1) din directivă, justificarea unei inegalităţii directe de tratament impune ca măsura care stă la baza discriminării să se întemeieze pe un obiectiv legitim şi să poată trece testul controlului proporţionalităţii.

În continuare directiva menţionează situaţii care justifică un tratament diferenţiat[3].

Din textul art. 83, lit. e) din Codul muncii român se poate constata că legiuitorul a stabilit doar condiţia referitoare la existenţa unui termen de 5 ani de la data angajării până la momentul îndeplinirii condiţiilor de pensionare pentru limită de vârstă fără să menţioneze alte motive obiective care au determinat un tratament diferenţiat pentru

---

[1] Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 103 din 6 februarie 2002.

[2] Ovidiu Ţinca, *Comentarii referitoare la discriminarea pe criteriul vârstei în raporturile de muncă,* ,Revista Dreptul nr. 8/2009, p. 73-80.

[3] *.a)aplicarea unor condiţii speciale de acces la un loc de muncă şi la formarea profesională, de încadrare şi de muncă, inclusiv a condiţiilor de concediere şi de remunerare, pentru tineri, lucrători în vârstă şi pentru cei care au persoane în întreţinere, pentru a favoriza integrarea lor profesională sau pentru a le asigura protecţia;*

b)stabilirea unor condiţii minime de vârstă, de experienţă profesională sau de vechime în muncă, pentru accesul la încadrare în muncă sau pentru anumite avantaje legate de încadrarea în muncă;

c) stabilirea unei vârste maxime pentru încadrare, bazată pe formarea necesară pentru postul respectiv sau pe necesitatea unei perioade de încadrare rezonabile înaintea pensionării.

această categorie, prevedere care este în contradicţie normele Directivei 200/78 dar şi a Directivei 1999/70. Curtea de Justiţie a U.E. prin Hotărârea din 22 noiembrie 2005 pronunţă în cauza W.Mangold [1] împotriva R.Helm, referitoare la stabilirea unui criteriu de vârstă la încheierea contractelor de muncă a statuat că „o legislaţie care reţine vârsta muncitorului ca un criteriu de aplicare a unui contract de muncă pe durată determinată, fără să se fi demonstrat că fixarea unui prag de vârstă…. este în mod obiectiv necesară pentru atingerea unui obiectiv de inserţie profesională….. trebuie să fie considerată ca depăşind cadrul potrivit şi necesar pentru a atinge scopul urmărit".

În doctrină s-a apreciat că această prevedere legală cu caracter naţional nu satisface criteriul stabilit de art. 6, alin. 1 din Directiva 2000/78. iar din raţiuni de politică socială privind susţinerea persoanelor în vârstă la reintegrarea lor pe piaţa muncii poate fi admisă utilizarea contractelor pe durată determinată, dar numai în cazuri care se justifică prin motive obiective.

f) ocuparea unei funcţii eligibile în cadrul organizaţiilor sindicale, patronale sau al organizaţiilor neguvernamentale, pe perioada mandatului.

Textul are în vedere împrejurarea că pe durata mandatului unei persoane care ocupă o funcţie eligibilă în cadrul organizaţiilor sindicale, patronale sau al organizaţiilor neguvernamentale, contractul de muncă al acesteia se suspendă iar pe locul de muncă respectiv până la revenirea titularului, angajatorul este în drept să angajeze o altă persoană, cu contract pe durată determinată.

g) angajarea pensionarilor care, în condiţiile legii, pot cumula pensia cu salariul;

Legea nr. 263/2010 privind sistemul unitar de pensii publice la art. 118, alin. 1 şi alin. 2 stabileşte că în sistemul public de pensii, pot cumula pensia cu venituri provenite din situaţii pentru care asigurarea este obligatorie pensionarii pentru limită de vârstă, nevăzătorii, pensionarii de invaliditate gr.III, precum şi copiii, pensionari de urmaş, încadraţi în gr.II de invaliditate, copiii, pensionari de urmaş până la vârsta de 16 ai şi dacă îşi continuă studiile într-o formă de învăţământ organizată potrivit legii, până la terminarea acestora, fără a depăşi vârsta de 26 de ani. De asemenea, soţul supraviţuitor, beneficiar al unei pensii de urmaş, poate cumula pensia cu venituri din activităţi profesionale pentru care asigurarea este obligatorie, potrivit legii, dacă aceasta nu depăşeşte 35% din câştigul salarial mediu brut stabilit de lege.

Legea stabileşte doar posibilitatea cumulului pensiei cu venituri dat şi din nou se pune în discuţie aspectul discriminatoriu, deoarece legiuitorul nu precizează motivele obiective care justifică o asemenea reglementare.

h) în alte cazuri prevăzute expres de legi speciale ori pentru desfăşurarea unor lucrări, proiecte sau programe.

Cazul prevăzut de legiuitor la art. 83, lit. h din Codul muncii cuprinde două ipoteze şi anume:

a) cazuri prevăzute expres de legi speciale.

b) desfăşurarea unor lucrări, proiecte sau programe.

Deşi există reglementări speciale care permit încheierea de contracte individuale de muncă pe durată determinată (Art. 189, alin. 1 şi alin. 2 din Regulamentul Senatului, potrivit căruia, pentru exercitarea mandatului de senator, în circumscripţiile electorale fiecare senator poate încadra personal cu contract de muncă pe durată determinată de secretarul general al Senatului, la propunerea senatorilor în cauză) pentru încadrarea în

[1] Ion Traian Ştefănescu, *Tratat teoretic şi practic de drept al muncii,* Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2010, p. 474.

prima situaţie se impune, din nou critica referitoare la împrejurarea că legiuitorul nu precizează motivele obiective care determină încheierea acestor contracte pe durată determinată.

Pentru încadrarea *în cea de-a doua situaţie* se impune existenţa unor lucrări, proiecte sau programe. Această reglementare corespunde intereselor organizaţiilor patronale care doresc să aibă o mai mare flexibilitate în ceea ce priveşte încheierea unui contract pe durata unei misiuni sau a unui proiect cel puţin din următoarele considerente:

- lucrarea, proiectul sau programul antrenează un număr mai mare de persoane pe o perioadă determinată;
- nu se cunoaşte data de finalizare a lucrării, proiectului sau programului, proiectului;
- proiectul se execută sub coordonarea angajatorului;
- proiectul presupune o independenţă în gestionarea lui sub aspectul dozării eforului celor care lucrează, repartizarea suportului financiar etc.

II. Perioada de încheiere a contractului de muncă pe durată determinată

Prevederea legală stabileşte o perioadă maximă de încheiere a unui contract individual de muncă pe durată determinată de maxim 36 de luni (art. 84, alin. 1 C.M.) dar instituie şi câteva excepţii şi anume:

a) Contractul individual de muncă pe durată determinată poate fi prelungit, în cazurile stabilite de lege şi după expirarea termenului iniţial, cu acordul scris al părţilor, pentru perioada realizării unui proiect, program sau unei lucrări(art. 82,alin. 3). Această prevedere se aplică în situaţia în care după perioada iniţială a contractului de muncă pe durată determinată, care poate fi maxim 36 de luni, persoana în cauză este cuprinsă într-un proiect, program sau unei lucrări iniţiate de acelaşi angajator astfel încât se poate încheia contract pe durata acestui proiect, program sau unei lucrări, legiuitorul nestabilind o durată maximă, momentul final al contractului fiind realizarea obiectivului acestora.

Considerăm că prevederea cuprinsă în art. 82, alin. 3 din Codul muncii nu este armonizată cu prevederea art. 83, lit. h, teza a II-a din Codul muncii deoarece la momentul la care se încheie contractul de muncă pe durata unei lucrări, proiect sau program se cunoaşte durata acestuia care poate fi dincolo de limita maximă prevăzută de lege, de 5 ani[1], drept pentru care, pentru flexibilizarea relaţiei de muncă în mod real, aşa cum de altfel s-a dorit prin această reglementare, opinăm pentru încheierea directă a unor contracte de muncă pe durata executării lucrării, proiectului sau programului, respectiv fără condiţionarea încheierii în prealabil a unui contract pe durată determinată şi numai al doilea contrat să fie încheiat pe durata ce a mai rămas până la finalizarea lucrării, proiectului sau programului. Apreciem că aplicarea textului legal cuprins în art. 82, alin. 3 din Codul muncii într-o interpretare exagerat de riguroasă nu are suport raţional. Este adevărat că teza a II-a din prevederea cuprinsă în art. 82, alin. 3 din Codul muncii stabileşte că în ipoteza în care lucrarea, proiectul sau programul nu se finalizează în perioada contractului încheiat iniţial, acesta se poate prelungi cu acordul părţilor pentru realizarea obiectivelor lucrării, proiectului sau programului, dar o asemenea reglementare nu este raţională deoarece înfrânge principiul flexibilităţii pentru că, deşi se

[1] I.T. Ştefănescu, *Tratat teoretic şi practic de drept al muncii,* Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2012, p 493.

cunoaşte perioada pentru executarea acestora cu toate acestea, legiuitorul impune ca prima parte a activităţii să se desfăşoare pe un contract de muncă care poate fi maxim de 36 luni, contract care reprezintă doar o etapă în demersul pentru finalizarea lucrării, proiectului sau programului. O asemenea reglementare sau interpretare ştirbeşte ideea de securitate a raportului de muncă deoarece salariatul cunoaşte că acesta este limitat în timp, deşi obiectivele nu sunt realizabile în această perioadă şi are incertitudinea prelungirii contractului.

b) Între aceleaşi părţi se pot încheia succesiv cel mult 3 contracte individuale de muncă pe durată determinată (art. 82, alin. 4).

Contractele individuale de muncă pe durată determinată încheiate în termen de 3 luni de la încetarea unui contract de muncă pe durată determinată sunt considerate contracte succesive şi nu pot avea o durată mai mare de 12 luni fiecare (art. 82, alin. 5).

Această prevedere legală vizează două situaţii:

1) după expirarea unui contract de muncă pe durată determinată de maxim 36 de luni se pot încheia încă două contracte de maxim 12 luni fiecare, astfel încât, durata lucrată de o persoană angajată pe contract de muncă pe durată determinată este de 5 ani.

2) după expirarea unui contract de muncă pe durată determinată de maxim 36 de luni, fostul salariat încheie într-un interval de cel mult 3 luni un alt contract de muncă pe durată de maxim 12 luni iar după expirarea şi a acestui contract mai are posibilitatea de a încheia încă un contract de muncă pe o perioadă de 12 luni într-un interval de 3 luni, prevedere care ne conduce la ideea că perioada lucrată este de 5 ani dar cu o întrerupere de maxim 6 luni între ultimele două contracte încheiate pe durată determinată.

c) În cazul în care contractul individual de muncă pe durată determinată este încheiat pentru a înlocui un salariat al cărui contract individual de muncă este suspendat, durata contractului va expira la momentul încetării motivelor ce au determinat suspendarea contractului individual de muncă al salariatului titular(art. 84, alin. 2).

Această situaţie alături de situaţia referitoare la încheierea unui contract pe durata unui proiect, program sau lucrări reprezintă derogări de la regula potrivit căreia contractele pe durată determinată prin prelungiri succesive pot fi încheiate pe maxim 5 ani.

Stabilirea de către legiuitor a posibilităţii încheierii în aceste condiţii a contractelor de muncă pe durată determinată a permis o flexibilitate a relaţiei de muncă ce corespunde intereselor de conjunctură ale angajatorilor dar care nu creează obligaţii acestora după expirarea perioadei respective ceea ce poate stimula angajările pe acest tip de contracte, evident pentru situaţiile de excepţie prevăzute de lege. Încheierea acestui timp de contract prezintă avantaje şi sub aspectul ocupării forţei de muncă, este adevărat pe perioade relativ scurte, dar elimină precaritatea vieţii persoanei în cauză şi diminuarea sarcinii statului cu suportarea cheltuielilor de securitate socială(ajutor de şomaj, etc.)

Se poate concluziona că durata determinată a contractului individual de muncă se stabileşte de regulă prin stabilirea exactă a duratei acestuia sau executarea unei lucrări determinate şi în mod excepţional când durata nu poate fi stabilită cu exactitate.

III. Regimul de securitate instituit prin reglementările Codului muncii

Egalitatea de tratament

Aplicaţie a *Directivei* referitoare le nediscriminarea salariaţilor după durata contractului de muncă, legiuitorul român statuează în art. 87, alin. 1 din Codul muncii că sub

aspectul condiţiilor de angajare şi de muncă salariaţii cu contract individual de muncă pe durată determinată nu vor fi trataţi mai puţin favorabil decât salariaţii permanenţi comparabili, cu excepţia cazurilor în care tratamentul diferit este justificat de motive obiective.

Pentru stabilirea regimului juridic al acestei categorii de salariaţi, legiuitorul defineşte salariatul permanent comparabil ca reprezentând salariatul al cărui contract individual de muncă este încheiat pe durată nedeterminată şi care desfăşoară aceeaşi activitate sau una similară, în aceeaşi unitate, avându-se în vedere calificarea/aptitudinile profesionale (art. 87, alin. 2 din Codul muncii).

O asemenea viziune a legiuitorului este justificată obiectiv pe considerentul că activitatea desfăşurată de un salariat în baza unui contract pe durată determinată poate fi aceeaşi cu cea a unui salariat care este angajat prin contract pe durată nedeterminată, motiv pentru care condiţiile de muncă, salarizarea, măsurile de securitate şi sănătate în muncă fiind aceleaşi, criteriul temporal nu poate fi motiv întemeiat pentru stabilirea de regimuri juridice diferite între aceste două categorii de salariaţi.

Prevederea legală vizează şi a doua situaţie, determinată de inexistenţa unui salariat cu contract individual de muncă încheiat pe durată nedeterminată comparabil în aceeaşi unitate, context în care se au în vedere dispoziţiile din contractul colectiv de muncă aplicabil sau, în lipsa acestuia, reglementările legale în domeniu (art. 87, alin. 3 din Codul muncii).

Punctul slab al acestei reglementări se referă la împrejurarea că există posibilitatea instituirii unui tratamentul diferit între cele două categorii de salariaţi, justificat de motive obiective, fără însă ca legiuitorul să stabilească care sunt aceste împrejurări, ceea ce deschide posibilitatea unor abuzuri în materia acordării unor drepturi salariaţilor care îşi desfăşoară activitatea în baza unui contract de muncă pe durată determinată.

Un alt element care configurează regimul de tratament egal între cele două categorii de salariaţi derivă şi din reglementarea cuprinsă în art. 85 din Codul muncii care stabileşte posibilitatea supunerii salariatului încadrat cu contract individual de muncă pe durată determinată unei perioade de probă, instituţie ce se regăseşte în art. 31,alin. 1 Codul muncii, prevedere aplicabilă salariaţilor cu contract de muncă pe durată nedeterminată. Se impune o menţiune în legătură cu această instituţie şi anume perioada de probă este mai limitată în cazul contractului individual de muncă pe durată determinată (funcţie de durata acestuia) decât în cazul contractului pe durată nedeterminată, justificare obiectivă determinată de elementul temporal al primului contract de muncă.

O altă dimensiune a egalităţii de tratament între cele două categorii de salariaţi, cu contract pe durată determinată şi nedeterminată se reflectă în prevederile legale privitoare la parteneriatul social reglementat prin Legea nr. 62/2011[1] privind dialogul social, prevederi legale ce nu fac distincţie între angajaţii care îşi desfăşoară activitatea pe contract de muncă pe durată nedeterminată, determinată, cu timp parţial.

În acest sens prezentăm câteva prevederi legale:

- sindicatul este definit ca fiind forma de organizare voluntară a angajaţilor, în scopul apărării drepturilor şi promovării intereselor lor profesionale, economice şi sociale în relaţia cu angajatorul, (art…… , lit.w).
- persoanele încadrate cu contract de muncă se pot constitui şi/sau să adere la un sindicat (art. 3, alin. 1).

[1] Publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 322 din 10 mai 2011, republicată în Monitorul Oficial nr. 625 din 31 august 2012.

- pot fi alese în organele de conducere ale organizaţiilor sindicale persoane care au capacitatea de exerciţiu(18 ani) şi nu execută pedeapsa complementară a interzicerii dreptului de a ocupa o funcţie sau de a executa o profesiune de natura celeia de care s-au folosit pentru săvârşirea infracţiunii(art. 9).

Forma contractului de muncă pe durată determinată

Potrivit art. 82, alin. 2 din Codul muncii contractul individual de muncă pe durată determinată se poate încheia numai în formă scrisă, cu precizarea expresă a duratei pentru care se încheie. Această prevedere legală reprezintă o garanţie că acest tip de contract se încheie numai pentru situaţiile de excepţie prevăzute de lege pe de o parte, iar pe de altă parte permite verificarea încadrării activităţii desfăşurate pe un asemenea contrat în acele situaţii limitat precizate de legiuitor.

Obligaţia de informare

Codul muncii, prin reglementarea cuprinsă în art. 86, alin. 1, instituie obligaţia angajatorilor de a informa salariaţii angajaţi cu contract individual de muncă pe durată determinată despre locurile de muncă vacante sau care vor deveni vacante, corespunzătoare pregătirii lor profesionale, şi să le asigure accesul la aceste locuri de muncă în condiţii egale cu cele ale salariaţilor angajaţi cu contract individual de muncă pe perioadă nedeterminată, informare ce se face printr-un anunţ afişat la sediul angajatorului. Această prevedere legală creează premisele angajării persoanelor care au avut încheiat un contract de muncă pe durată determinată de a se angaja cu contract pe durată nedeterminată deoarece:

- posturile sunt vacante, adică neocupate,
- posturile sunt corespunzătoare pregătirii lor profesionale;
- angajarea se realizează în condiţii egale cu cele ale salariaţilor angajaţi cu contract individual de muncă pe perioadă nedeterminată, ceea ce presupune că după parcurgerea perioadelor prevăzute de lege pentru încheierea contratelor de muncă pe durată determinată, în mod obligatoriu cu respectarea condiţiilor mai sus prezentate, se va încheia un contract pe durată nedeterminată. Considerăm că numai aceasta poate fi interpretarea raţională a prevederii legale, chiar dacă legiuitorul nu mai prevede în mod expres obligaţia angajatorului ca după expirarea termenului pentru care au fost încheiate maxim 3 contracte succesive, încheierea contractului pe durată nedeterminată, interpretare susţinută de obligaţia angajatorului de a transmite de îndată sindicatului sau reprezentanţilor salariaţilor o copie a anunţului, asigurându-se astfel respectarea clauzei privind informarea şi şansele de încadrare în muncă din Acordul-cadru cu privire la munca determinată..

Referitor la regimul de securitate al contractului de muncă încheiat pe durată determinată, formă flexibilă a muncii salariate, instituit prin reglementările Codului muncii, putem susţine că raporturile de muncă pe durată determinată reprezintă o sursa intrinsecă de insecuritate, drept pentru care statul român trebuie să identifice acele măsuri legislative care să întărească poziţia lucrătorilor atipici cu contract pe durată determinată sub acest aspect, modelele europene (ex. Danemarca) care şi-au dovedit viabilitatea reprezentând o posibilă sursă de inspiraţie.

IV. Dezavantajele contractului încheiat pe durată determinată sub aspectul performanţelor profesionale

Contractul pe durată determinată nu poate avea obiectul sau efectul ocupării durabile asociate cu activitatea normală şi permanentă a societăţii. Aceasta este în concordanţă cu Directiva CE care prevede că astfel de contracte pot fi încheiate doar pentru motive obiective, împrejurare care pune în discuţie:

- calitatea muncii pe durată determinată, aspect reţinut prin clauza 1 din Acordul-cadru care menţionează necesitatea îmbunătăţirii acesteia, asigurând aplicarea principiului nediscriminării,
- integrarea în colectivul unităţii a salariaţilor cu grad diferit de pregătire profesională şi educat într-o cultură organizaţională pe care lucrătorul care îşi desfăşoară activitatea pe un contract de muncă pe durată determinată nu o cunoaşte iar timpul limitat nu-i permite însuşirea acesteia.

Ca şi concluzie finală, apreciem că Directiva 1999/70/CE creează premisele necesare statelor membre de a introduce dispoziţii mai favorabile pentru lucrătorii avuţi în vedere de Acordul-cadru, astfel încât considerăm că legea română trebuie să relaxeze mai mult regimul acestei instituţii dar fără să neglijeze fundamentele acesteia, în mod special al securităţii raportului de muncă. Notabile sunt reglementările care sunt în acord cu clauzele Acordului-cadru referitoare la instituirea contractelor de muncă pe durată determinată cu titlu de excepţie, definirea acestui tip de contract, stabilirea caracterului succesiv al contractelor, stabilirea tratamentului nediferenţiat între statutul lucrătorului pe durată determinată şi ce pe durată nedeterminată precum şi ansamblul măsurilor ce asigură securitatea lucrătorilor pe durată determinată.

Legislația educației. Între reformă şi interes, între viziune de dezvoltare şi tradiții retrograde

Gabriel-Liviu ***ISPAS****

Abstract: *Dezvoltarea unei societăţi nu poate fi gândită fără o evoluţie a sistemului educaţional. Într-o lume globalizată, în care valorile au o schemă de competitivitate bine determinată, dezvoltarea unei naţiuni este condiţionată de promovarea unui învăţământ de calitate, de căutarea şi promovarea talentelor. România, ţară care şi-a asumat prezenţa în spaţiul european, se zbate de 20 de ani în tentativele, mereu nereuşite, de a da învăţământului o altă imagine şi o altă substanţă. Reglementarea legală este, în acest caz, o condiţie obligatorie. În acest studiu voi analiza impactul politicilor legislative din educaţie, realităţile şcolii româneşti, privite dintr-o perspectivă a normelor legislative, văzute uneori şi prin practica instanţelor de judecată.*

Cuvinte cheie: *educaţie, legislaţie educaţională, reformă, universitate, sistem educaţional*

1. Cadrul general

Orice societate se dezvoltă şi se modernizează atunci când educaţia nu este un mister, atunci când întreaga populaţie are acces direct şi egal la sistemul de învăţământ, atunci când ierarhiile sociale se fundamentează pe cercetare şi pe promovarea valorii şi pe valorile şcolii. Nici România, ca stat revenit la democraţie după 50 de ani de comunism, nu putea să facă abstracţie de aceste valori universitare. Astfel, confruntările de idei, de modele şi de viziuni au fost mai aprige, în acest domeniu, decât în orice alt domeniu. Să revenim la şcoala lui Spiru Haret? Să continuăm modelul din perioada comunistă? Să preluăm un model vestic, pe care să-l implementăm fără a ţine cont de realităţile naţionale? Sau să încercăm să improvizăm, să cârpim şi să ascundem realităţile şcolii?

Adoptarea Legii Învăţământului nr. 84/1995[1] şi ulterior adoptarea Statutului personalului didactic nr. 128/1997[2] au reprezentat etape fireşti în dezvoltarea construcţiei educaţionale, ştiută fiind importanţa pe care o are reglementarea legală în funcţionarea sistemului educaţional.

Însă, realităţile româneşti au arătat că, aidoma Meşterului Manole, orice se încerca a face de către unii, se schimba de către cei care urmau la conducerea sistemului de învăţământ. Aşa se face că, în cei 16 ani de existenţă, legea Învăţământului a fost modificată şi completată de mai mult de 100 de ori, fiind de altfel necesară republicarea acesteia în Monitorul oficial al României, Partea I, nr. 606 din decembrie 1999. Lipsa de consens naţional, lipsa de viziune de dezvoltare a unui sector de activitate vital şi de importanţă

---

* Conf. Univ. Dr., Decan Universitatea Titu Maiorescu, Facultatea de Drept.

[1] Legea educaţiei naţionale a fost republicată în în Monitorul oficial al României, Partea I, nr. 606 din 10 decembrie 1999

[2] Legea 128/1997 privind Statutul personalului didactic a fost publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 158 din 16 iulie 1997

strategică pentru România, proliferarea schimbărilor în numele unei iluzorii reforme, ascunderea realităţilor în spatele cifrelor, legiferarea continuă a unui iluzoriu procent din Produsul Intern Brut din ce în ce mai mare pentru educaţie, în timp ce alocările reale sunt din ce în ce mai mici, dacă ne raportăm la valoarea absolută de calcul, ne fac să ne întrebăm: dacă Spiru Haret ar fi contemporanul nostru, şi-ar mai urma modelul promovat acum mai bine de un secol?

2. Proceduri de legiferare în educaţie

În acest context, începând cu anul 2008, cei care au ocupat funcţia ministerială au iniţiat noi proiecte de legi, care să reglementeze sectorul educaţional. Astfel, primul demers finalizat printr-un proiect de lege asumat de guvern în faţa Parlamentului, ca unică autoritate legiuitoare, a fost Legea Educaţiei Naţionale, adoptat la 18 septembrie 2009.

Acest act normativ a fost contestat la Curtea Constituţională care, prin Decizia nr. 1557 din 18 noiembrie 2009, a constatat că Legea Educaţiei Naţionale este neconstituţională. Curtea constată că adoptarea acestui act normativ prin asumare este neconstituţională nu pentru că s-ar încălca dispoziţiile art. 114 din Constituţie sub aspectul imposibilităţii de a se asuma răspunderea în acelaşi timp pentru mai multe acte normative, programe sau declaraţii de politică generală, ci pentru că posibilitatea asumării răspunderii nu poate fi neîngrădită. În cazul unei posibilităţi de asumare a răspunderii, în temeiul art. 67, 76 şi 114 din Constituţie, s-ar ajunge la o încălcare a principiului separaţiei puterilor în stat. Curtea constată că: *„Angajarea răspunderii Guvernului potrivit art. 114 din Constituţie reprezintă o procedură complexă ce implică raporturi de natură mixtă, deoarece, pe de o parte, prin conţinutul său este un act ce emană de la executiv, şi, pe de altă pate, prin efectul său, fie produce un act de legiferare(...), fie se ajunge la demiterea Guvernului.(...) La această modalitate simplificată de legiferare trebuie să se ajungă în extremis atunci când adoptarea proiectului de lege în procedură obişnuită sau în procedura de urgenţă nu mai este posibilă ori atunci când structura politică a Parlamentului nu permite adoptarea proiectului de lege în procedura uzuală sau de urgenţă. În speţă însă nu se pune aceeaşi problemă, întrucât atunci când există o majoritate parlamentară care rezultă din faptul că partidele respective au format Guvernul, adoptarea sub forma asumării răspunderii nu era oportună, cu atât mai mult cu cât intrarea în vigoare a acestei legi nu se face imediat, ci pentru anul preuniversitar şi universitar 2010 - 2011. În plus, Curtea constată că dezbaterea în procedura obişnuită în Parlament nu numai că ar fi fost beneficiara unor amendamente, dar ar fi permis implicarea societăţii civile în problema educaţiei naţionale. De altfel, angajarea răspunderii Guvernului asupra unui proiect de lege urmăreşte ca acesta să fie adoptat în condiţii de maximă celeritate, conţinutul reglementării vizând stabilirea unor măsuri urgente într-un domeniu de maximă importanţă, iar aplicarea acestora trebuie să fie imediată. Altfel, nu se justifică recurgerea de către Guvern la procedura angajării răspunderii asupra proiectului de lege. Prin urmare, chiar dacă la prima vedere posibilitatea angajării răspunderii nu este supusă niciunei condiţii, oportunitatea şi conţinutul iniţiativei rămânând teoretic la aprecierea exclusivă a Guvernului, acest lucru nu poate fi absolut, pentru că exclusivitatea Guvernului este opozabilă numai Parlamentului, şi nu Curţii Constituţionale ca garant al supremaţiei Legii fundamentale”*[1].

[1] Decizia nr. 1557 din 18 noiembrie 2009 asupra obiecţiei de neconstituţionalitate a dispoziţiilor Legii Educaţiei Naţionale, publicată în Monitorul eficial al României, nr. 40 din 19 ianuarie 2010.

În urma acestei situaţii, în anul 2010 Guvernul României înaintează Parlamentului României un nou proiect, intitulat Legea Educaţiei Naţionale[1]. Astfel, în dezbaterea Camerei Deputaţilor, ca primă cameră sesizată intră trei proiecte de acte normative: cel depus de Guvern, Codul Educaţiei propus de fostul ministru al Educaţiei Ecaterina Andronescu şi cele trei proiecte promovate de ministrul Cristian Adomniţei. Camera Deputaţilor adoptă, cu modificări, proiectul iniţiat de Guvern şi îl înaintează spre adoptare Senatului României[2]. Acesta apare, la ora redactării acestei comunicări, ca fiind în lucru, la comisiile Parlamentului. Cu toate acestea, în data de 12 octombrie 2010 Guvernul României decide să îşi asume, din nou, răspunderea în faţa Parlamentului pentru proiectul intitulat Legea Educaţiei Naţionale[3]. Acest demers determină o sesizare a Curţii Constituţionale pentru constatarea unui conflict de natură constituţională între guvern şi parlament, întrucât procesul legislativ nu poate fi oprit după bunul plac al executivului. Curtea Constituţională reţine argumentele invocate în decizia 1557, despre care am vorbit anterior şi reţine, suplimentar, că „*acceptarea ideii potrivit căreia Guvernul îşi poate angaja răspunderea asupra unui proiect de lege în mod discreţionar, oricând şi în orice condiţii, ar echivala cu transformarea acestei autorităţi în autoritate publică legiuitoare, concurentă cu Parlamentul în ceea ce priveşte atribuţia de legiferare. Or, o astfel de interpretare dată dispoziţiilor art. 114 din Legea fundamentală este în totală contradicţie cu cele statuate de Curtea Constituţională în jurisprudenţa citată şi, prin urmare, în contradicţie cu prevederile art. 147 alin. (4) din Constituţie, care consacră obligativitatea erga omnes a deciziilor Curţii Constituţionale, şi încalcă în mod flagrant dispoziţiile art. 1 alin. (4) şi art. 61 alin. (1) din Constituţie.*

Din această perspectivă, Curtea constată că angajarea răspunderii Guvernului asupra proiectului Legii educaţiei naţionale, în condiţiile în care proiectul de lege se afla în proces de legiferare la Senat, în calitate de Cameră decizională, a declanşat un conflict juridic de natură constituţională între Guvern şi Parlament, întrucât prin exercitarea de către Guvern a unei competenţe, cu nerespectarea cadrului constituţional care o circumstanţiază, s-a încălcat competenţa Parlamentului de unică autoritate legiuitoare.

Legitimarea unui astfel de act, cu argumentul că art. 114 din Constituţie nu face nicio distincţie cu privire la posibilitatea Guvernului de a-şi angaja răspunderea, argument fundamentat pe ideea că tot ce nu este interzis este permis, ar putea conduce, în final, la crearea unui blocaj instituţional, în sensul că Parlamentul ar fi în imposibilitate de a legifera, adică de a-şi exercita rolul său fundamental, de unică autoritate legiuitoare”[4].

Cu toate acestea, luând în discuţie sesizarea de neconstituţionalitate a Legii Educaţiei Naţionale, Curtea constată că: ”*în acest sens că adoptarea Legii educaţiei naţionale s-a realizat ca urmare a retragerii, de către unii dintre semnatari, a susţinerii moţiunii de cenzură depuse ca urmare a angajării răspunderii Guvernului asupra proiectului Legii educaţiei naţionale, act care a determinat ca moţiunea să nu mai respecte condiţiile constituţionale pentru a fi prezentată şi dezbătută. Faptul că ceea ce*

[1] http://www.cdep.ro/pls/proiecte/upl_pck.proiect?cam=2&idp=10932.
[2] http://www.senat.ro/legis/lista.aspx.
[3] http://www.cdep.ro/proiecte/2010/500/80/7/gv587.pdf.
[4] Decizia Curţii Constituţionale Nr. 1431 din 3 noiembrie 2010 asupra cererii de soluţionare a conflictului juridic de natură constituţională dintre Parlamentul României şi Guvern, formulată de Preşedintele Senatului, publicată în: Monitorul Oficial al României, Partea I, NR. 758 din 12 noiembrie 2010.

s-a constatat în plenul celor două Camere ca urmare a acestui act, şi anume adoptarea Legii educaţiei naţionale, nu coincide, potrivit susţinerilor autorului sesizării, cu decizia birourilor permanente ale celor două Camere ale Parlamentului, de restituire la Guvern a proiectului Legii educaţiei naţionale asupra căruia Guvernul şi-a angajat răspunderea, excedează limitelor analizei pe care Curtea Constituţională o poate realiza în cadrul controlului de constituţionalitate întemeiat pe dispoziţiile art. 146 lit. a) din Constituţie. Tot astfel, aspectele de oportunitate care au determinat actul retragerii semnăturilor şi, implicit, renunţarea la un instrument de control parlamentar al Guvernului prevăzut de Constituţie nu intră în competenţa de examinare a Curţii Constituţionale, întrucât vizează însăşi decizia politică de adoptare a legii în cauză, decizie care nu este susceptibilă a fi supusă controlului Curţii câtă vreme, potrivit art. 61 alin. (1) din Constituţie, "Parlamentul este organul reprezentativ suprem al poporului român şi unica autoritate legiuitoare a ţării".

De asemenea, actul concret al adoptării Legii educaţiei naţionale, criticat din perspectiva modului în care Parlamentul a respectat propriile regulamente, a raporturilor dintre structuri ale Camerelor Parlamentului - respectiv birourile permanente şi plenul celor două Camere, dintre majoritatea şi opoziţia parlamentară şi chiar în interiorul opoziţiei parlamentare, în contextul constatării de Curtea Constituţională a două conflicte juridice de natură constituţională dintre Parlament şi Guvern în legătură cu derularea procedurii de angajare a răspunderii Guvernului cu privire la acelaşi act normativ, nu poate face obiectul examinării realizate de Curtea Constituţională în cadrul competenţei sale prevăzute de art. 146 lit. a) din Constituţie[1].

Concluzia acestui tip de intrare în vigoare a legii este că, profitând de existenţa unei majorităţi a Curţii Constituţionale favorabile puterii executive, se forţează atât litera, cât şi spiritul Constituţiei, opinia separată exprimată de doi judecători fiind relevantă, sub aspectul producerii de consecinţe ilicite de către un act ilicit.

Faptul că Legea Educaţiei Naţionale este un act juridic forţat, adoptat în forţă, cu prevederi ambigui, fără o viziune coerentă şi agreată de toţi actorii implicaţi în actul educaţional (părinţi, profesori, elevi, mediul asociativ, sindical, universitar şi politic) este relevat şi de desele modificări apărute de la intrarea sa în vigoare. Din momentul intrării în vigoare şi până în mai 2013 Legea Educaţiei Naţionale a fost modificată prin zece Ordonanţe de Urgenţă ale Guvernului şi Legi.

3. Reglementări care ţin de organizarea învăţământului universitar din România.

1. **Legea Educaţiei Naţionale prevede că Senatul validează concursurile publice pentru funcţiile din consiliul de administraţie** (art. 213, alin. 2, lit.k)

Dispoziţia este în mod vădit absurdă, atât timp cât, anterior, în art. 211, alin. 6 prevede că **Consiliul de Administraţie al universităţilor de stat este format din rector, prorectori, decanii, directorul general administrativ şi un reprezentant al studenţilor**, iar alin. 7 prevede că **consiliul de administraţie al universităţilor particulare este numit de fondatori**.

Interpretând cele două texte, reiese că acestea nu pot coexista în acelaşi timp.

[1] Decizia Curţii constituţionale Nr. 1 din 4 ianuarie 2011 asupra sesizării de neconstituţionalitate a Legii educaţiei naţionale, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 135 din 23 februarie 2011.

În cazul universităţilor particulare suntem în situaţia unui act de dispoziţie al persoanei juridice/persoanelor juridice care au fondat universitatea, necondiţionat de niciun element extern, exterior, ci doar de acordul său de voinţă, manifestat liber, independent de orice ingerinţe din partea altor actori implicaţi.

În cazul universităţilor de stat, suntem în faţa a două posibilităţi:

a) Dacă a fost decis modelul concursului, pe tipologie managerială, iar acest fapt este înscris, ca urmare a referendumului în Carta Universităţii, poziţiile care se ocupă prin concurs sunt cele de rector şi cele de decan; în acest caz, apare ca absurdă posibilitatea de a valida concursurile, atât timp cât funcţiile nu sunt ocupate expres pentru consiliul de administraţie, ci prezenţa în consiliu este o consecinţă a ocupării uneia din funcţiile enumerate explicit de lege. În acelaşi timp, prorectorii sunt numiţi de către rector ca urmare a manifestării propriei voinţe, nu ca urmare a unui concurs universitar, organizat după regulile transparenţei academice.

b) Dacă a fost decis modelul votului universal, funcţiile care se ocupă prin concurs sunt exclusiv cele de decan, celelalte funcţii operând după principiul enunţat anterior, la ocuparea posturilor pe model managerial.

De lege ferenda, pentru respectarea normelor de tehnică legislativă, considerăm că ar trebui avută în vedere abrogarea art. 213 alin. 2 lit. K din Legea Educaţiei Naţionale.

2. Între senat – rector - consiliu de administraţie se realizează o suprapunere de atribuţii, imposibil de exercitat concomitent. Astfel, Legea Educaţiei Naţionale stipulează următoarele:

a) Senatul aprobă, la propunerea rectorului planurile operaţionale (art. 213, alin. 2 lit. c), rectorul realizează conducerea operativă a universităţii (art. 213, alin. 6, lit. a) iar consiliul de administraţie asigură conducerea operativă a universităţii (art. 213, alin. 13). Trecând peste faptul că planul operaţional este o instituţie specifică managementului, legea educaţiei nu defineşte nici noţiunea, nici conţinutul şi nici întinderea acestuia. Interpretând acest concept, indiferent de metoda folosită, singura concluzie este că legiuitorul a avut în vedere separaţia puterii legislative de cea executivă (eronat numită operaţională) şi a dorit instituirea unui control al legislativului asupra funcţiilor executive. În acelaşi timp, este eronat a suprapune competenţele rectorului peste cele ale consiliului de administraţie, mai ales la universităţile particulare. Acestea, în temeiul liberei iniţiative, stabilesc prin voinţă proprie modul în care se administrează universitatea, latura financiară şi de patrimoniu neputând fi circumcisă unei impuneri din partea statului. Această separare a puterii legislative de cea executivă este parţială şi neclară, atât timp cât şedinţele senatului sunt convocate şi conduse de către rector.

De lege ferenda, considerăm ci legiuitorul ar putea lua în discuţie o reglementare a acestor atribuţii exclusiv la universităţile de stat, întrucât resursele şi patrimoniul acestora sunt publice, iar la universităţile din sistemul privat autonomia să fie extinsă şi la modul în care structurile de conducere îşi împart atribuţiile funcţionale. Totodată, considerăm inoportun ca în textul legii să fie menţionate dispoziţii care prin natura lor nu au un caracter de normă primară de drept, unele dispoziţii putând fi emise prin hotărâri ale Guvernului, ordine ale ministrului sau dispoziţii statuate în Carta Universităţii.

b) Senatul aprobă sancţionarea personalului didactic (conform art. 213 alin. 2 lit. m), rectorul reprezintă universitatea(conform art. 213 alin. 6), iar directorul de departament răspunde de selecţia şi încetarea relaţiilor contractuale (conform alin. 12 al aceluiaşi articol);

Se creează o situaţie absurdă, care generează instabilitate instituţională şi imposibilitate de reprezentare în faţa instanţelor de judecată. Personalitate juridică are doar

instituţia, în speţă universitatea, prin urmare dreptul de a avea drepturi şi obligaţii, dreptul de a sta în faţa autorităţilor statului îi revin în mod exclusiv. Contractul individual de muncă nu se încheie cu departamentul, care nu are personalitate juridică, ci cu instituţia numită universitate. De altfel, conform normelor de dreptul muncii, contractul devine valid a doua zi după înregistrarea acestuia în registrul de evidenţă al salariaţilor, iar dreptul de operare aparţine în mod exclusiv instituţiei cu personalitate juridică. Orice altă interpretare, per absurdum, ar duce instituţia în imposibilitatea de a-şi desfăşura activitatea. Ori, dacă contractul se încheie cu instituţia, conform principiului similitudinii, desfacerea contractului de muncă nu poate fi făcută decât de instituţie, prin reprezentantul său legal, rectorul.

De lege ferenda, considerăm că se impune abrogarea parţială a art. 213 alin. 12 şi corelarea dispoziţiilor cu legislaţia muncii.

c) Senatul aprobă proiectul de buget şi execuţia bugetară (art. 213 alin 2 lit. e), rectorul propune spre aprobare senatului proiectul de buget şi raportul privind execuţia bugetară (alin 6 lit. e), iar consiliul de administraţie stabileşte în termeni operaţionali bugetul instituţional şi aprobă execuţia bugetară şi bugetul anual (alin 13 lit. b);

Din nou, constatăm că există suprapuneri şi neconcordanţe.

Din punct de vedere terminologic, termenul corect este de bugetul de venituri şi cheltuieli.

Din punct de vedere al atribuţiilor, asistăm la o suprapunere a atribuţiilor. Pe de o parte, se creează o dualitate între rector şi consiliul de administraţie. La universităţile particulare, această situaţie poate duce la un paralelism executiv, întrucât nu în mod obligatoriu rectorul este membru al consiliului de administraţie. Pe de altă parte, senatul şi consiliul de administraţie au aceeaşi atribuţie, a aprobării bugetului de venituri şi cheltuieli şi de aprobare a execuţiei contului de venituri şi cheltuieli.

De lege ferenda, considerăm că, pe calea unei modificări legislative, ar fi necesare următoarele modificări:

1. RECTORUL elaborează, pe baza necesităţilor structurilor universităţii, proiectul de venituri şi cheltuieli;
2. Consiliul de administraţie avizează propunerea rectorului;
3. Senatul aprobă propunerea formulată de către rector;
4. Consiliul de administraţie, la universităţile particulare, execută bugetul şi deleagă unele operaţiuni către rector.

d) Deşi art. 229 alin 3 dispune că toate deciziile privind patrimoniul universităţilor particulare sunt luate de consiliul de administraţie, atribuţii de dispoziţie sunt prevăzute, ca normă generală, în art. 213 la senat, respectiv la rector.

Trebuie precizat că, faţă de norma din art. 213, norma generală, există norma din art. 229, pe care o considerăm o normă specială, care derogă de la cea generală. Ori, în acest caz, în cazul universităţilor particulare este aplicabilă dispoziţia din art. 229. În plus, noţiunea de patrimoniu este una vastă, ce cuprinde activele şi pasivele societăţii, drepturile şi obligaţiile.

Trebuie avută în vedere şi practica Curţii de Justiţie a Uniunii Europene, care consideră că serviciile de educaţie universitară, finanţate din surse private, intră sub incidenţa normelor privind libera circulaţie a serviciilor. În acest caz, modalitatea de intervenţie legislativă trebuie să aibă în vedere statutul de membru al Uniunii Europene, cu toate drepturile şi obligaţiile care rezultă din aplicarea directă, imediată a normelor dreptului uniunii.

e) Art. 213 alin 6 stabileşte că rectorul este ordonator de credite, fără a face distincţia între universităţile de stat şi cele particulare.

Legea face o confuzie terminologică şi funcţională, noţiunea de ordonator de credite fiind una de drept public, prevăzută în art. 20 din Legea 500 din 2002, Legea finanţelor publice. Aceasta prevede că:

„Art. 20 Categorii de ordonatori de credite

(1) Ordonatorii principali de credite sunt miniştrii, conducătorii celorlalte organe de specialitate ale administraţiei publice centrale, conducătorii altor autorităţi publice şi conducătorii instituţiilor publice autonome.

(2) Ordonatorii principali de credite pot delega această calitate înlocuitorilor de drept, secretarilor generali sau altor persoane împuternicite în acest scop. Prin actul de delegare ordonatorii principali de credite vor preciza limitele şi condiţiile delegării.

(3) În cazurile prevăzute de legi speciale ordonatorii principali de credite sunt secretarii generali sau persoanele desemnate prin aceste legi.

(4) Conducătorii instituţiilor publice cu personalitate juridică din subordinea ordonatorilor principali de credite sunt ordonatori secundari sau terţiari de credite, după caz”[1].

Pe cale de consecinţă, rectorii universităţilor particulare nu au un raport de subordonare cu ministerul educaţiei (s-ar încălca altfel principiul constituţional al autonomiei universitare), iar universităţile particulare, prin natura lor, prin legea de înfiinţare şi prin dispoziţiile legislaţiei educaţionale, nu fac parte din sistemul public. Pe cale de consecinţă, legiuitorul poate şi este obligat să desemneze rectorul ca ordonator de credite, în cazul universităţilor de stat, iar în cazul universităţilor particulare ar trebui urmat modelul consacrat pentru societăţile comerciale sau pentru asociaţii şi fundaţii.

Considerăm astfel, ca propunere de lege ferenda, se reglementa statutul rectorilor universităţilor de stat ca ordonatori de credite, iar dispoziţia în privinţa patrimoniului universităţilor particulare, privit ca totalitate a activelor şi a pasivelor instituţiei, să aparţină Consiliului de Administraţie şi persoanelor delegate de către acesta.

3. Legea Educaţiei Naţionale reglementează, în art. 146:

„Rectorul poate anula, cu aprobarea senatului universitar, un certificat sau o diplomă de studii, atunci când se dovedeşte că s-a obţinut prin mijloace frauduloase sau prin încălcarea Codului de etică şi deontologie universitară”.

Această dispoziţie, salutară sub aspectul fondului, de a sancţiona dur frauda universitară, de a lupta împotriva traficului de diplome şi de acordarea de şcolaritate frauduloasă unor persoane care nu au îndeplinit obligaţiile şi exigenţele profesionale, de a închide fabricile de diplome, a fost considerată de instanţa de judecată ca nefiind suficientă, raportându-ne la intrarea în circuitul civil a actului administrativ şi la dispoziţiile cu caracter special ale legii 554 din 2004.

Astfel, instanţa reţine, în mai multe cauze[2], următoarele:

Prevederile Legii 1/2011 au caracter de normă specială faţă de dispoziţiile Legii 55/2004, însă termenul de anulare trebuie privit sub aspect că desfiinţarea actului are caracterul unei revocări, mai ales că legea nu instituie o procedură de contradictorialitate. Totuşi, prevederile specifice contenciosului administrativ interzic emitentului actului să revoce actul intrat în circuitul civil şi a produs efecte juridice. Legea specială

---

[1] Legea 500 din 2002 privind finanţele publice, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 597 din 13 august 2002.

[2] Sentinţa civilă nr. 3783 din 09.10.2012, pronunţată de Tribunalul Bucureşti în dosarul 20720/3/CA/2012.

nu conţine o normă derogatorie, potrivit căreia procedura să fie posibilă chiar şi în situaţia în care acesta deja e în circuitul civil şi a produs consecinţe juridice[1].

Pe de altă parte, instanţa consideră că legea specială nu conţine o derogare expresă de la legea 554/2004 în privinţa termenului în care poate interveni o „anulare", respectiv nu prevede că rectorul poate anula diploma de studii chiar şi cu depăşirea termenului de un an de la data emiterii actului, astfel că anularea de către rector a diplomei de licenţă este nelegală, atât timp cât a fost emisă cu depăşirea termenului prevăzut în legea cu caracter general[2].

Instanţa consideră că anularea unui act administrativ care conferă particularilor drepturi sociale sau economice, profesionale, cum este şi cazul diplomelor de studii în baza cărora titularii acestora se angajează în raporturi juridice producătoare de venituri, nu poate interveni decât în limite legale, iar procedura urmată să fie prevăzută de lege, să fie clară şi previzibilă, în concordanţă cu jurisprudenţa Curţii Europene a Drepturilor Omului.

De lege ferenda, considerăm că textul prevăzut de lege, care în acest moment este lipsit de eficienţă juridică pentru cazurile constatate la mai mult de un an de la emiterea diplomei/titlului, trebuie să fie îmbunătăţit, sub aspectul stabilirii organului/instituţiei care are abilitatea de a constata existenţa fraudei sau încălcarea codului de etică şi deontologie, al excepţiei de la aplicarea normelor privind intrarea în circuitul civil, precum şi stabilirea unui termen de prescripţie al dreptului la acţiune al rectorului.

4. Concluzii

Alături de propunerile de lege ferenda pe care le-am formulat în cadrul textului comunicării, considerăm că este necesar ca demersul legislativ să fie transparent, cu implicarea tuturor actorilor interesaţi, iar soluţiile legislative să fie cuprinse într-o rigoare a tehnicii legislative, corelate cu dispoziţiile din actele normative cu caracter special sau general.

Domeniul educaţional este prea important pentru a se permite ca fiecare guvern să intervină brutal asupra textului de lege. Educaţia trebuie să fie aşezată sub semnul predictibilităţii, al valorii, al normelor clare, precise şi neinterpretabile.

Şi, mai mult decât orice, trebuie să se înţeleagă dispoziţia constituţională potrivit căreia legea se aplică pentru viitor!

---

[1] Sentinţa civilă nr. 1474 din 06.04.2012, pronunţată de Tribunalul Bucureşti în dosarul 73819/3/2011.

[2] Sentinţa civilă nr. 3461 din 24.09.2012, pronunţată de Tribunalul Bucureşti în dosarul 7976/3/2012.

Soluții legislative neconstituționale din cauza nerespectării normelor de tehnică legislativă

Marieta ***SAFTA***[*]

Abstract: *Numeroasele critici referitoare la nerespectarea de către legiuitor a normelor de tehnică legislativă la elaborarea actelor normative, formulate în cauzele supuse soluţionării Curţii Constituţionale a României, au relevat o problemă globală care afectează sistemul juridic românesc, subsumată conceptului mai larg de calitate a legislaţiei. Examinarea acestor critici a impus stabilirea relevanţei constituţionale a normelor de tehnică legislativă, respectiv identificarea condiţiilor şi situaţiilor în care nerespectarea acestor norme determină neconstituţionalitatea legii. Prezentul studiu determină, pe baza jurisprudenţei de referinţă a Curţii Constituţionale a României în materie, situaţiile în care această Curte a reţinut nerespectarea normelor de tehnică legislativă drept cauză de neconstituţionalitate a reglementărilor deduse controlului său, obligaţiile şi recomandările stabilite pentru legiuitor cu aceste prilejuri, precum şi modul în care acestea sunt respectate de către legiuitor. Pe baza constatărilor efectuate, este analizată măsura în care Curtea Constituţională şi controlul de constituţionalitate contribuie la asigurarea calităţii legii, inclusiv din perspectiva receptării jurisprudenţei Curţii Europene a Drepturilor Omului, respectiv a standardelor pe care aceasta le impune în ceea ce priveşte condiţiile de fond şi de formă ale legislaţiei, în scopul protecţiei individului împotriva arbitrariului. Se relevă astfel că pluralismul reglementărilor în materia drepturilor omului, precum şi a instanţelor chemate să apere şi să garanteze aceste drepturi determină, deopotrivă, o mai mare conştientizare a importanţei calităţii legislaţiei, precum şi o mai bună realizare a acestui obiectiv.*

Keywords: *control de constituţionalitate, Curtea Constituţională, tehnică legislativă, calitatea legii, securitate juridică*

I. Introducere. Lipsa de calitate a legislaţiei, o problemă sistemică

Subliniam, cu ceva vreme în urmă (I. Predescu, M. Safta, 2009), actualitatea preocupării pentru asigurarea securităţii juridice în România, în condiţiile creşterii cantitative a legislaţiei, determinată de complexitatea dreptului, ca urmare a dezvoltării noilor surse de drept, mai ales a celor europene şi internaţionale, precum şi a evoluţiei societăţii şi a apariţiei unor noi domenii de reglementare. Încercam cu acel prilej să răspundem la întrebarea dacă, în condiţiile în care se legiferează atât de mult, este asigurată şi calitatea legii, în sensul de conformitate a acesteia cu principiul preeminenţei dreptului şi cu cel al securităţii juridice, în cel mai larg sens al său. Totodată, remarcam faptul că jurisprudenţa Curţii Constituţionale şi a Curţii Europene a Drepturilor Omului, marcată în ultimii ani de tot mai frecventa invocare a cerinţelor

[*] Doctor, cadru didactic asociat la Academia de Studii Economice – Bucureşti, prim magistrat-asistent la Curtea Constituţională a României.

referitoare la accesibilitatea şi previzibilitatea legii, constituie un semnal cu privire la necesitatea luării de măsuri pentru remedierea unor deficienţe ce afectează din ce în ce mai profund sistemul juridic românesc şi, implicit, existenţa statului de drept. Examinând această jurisprudenţă, am trasat o serie de coordonate ale principiului securităţii juridice, în scopul de a atrage atenţia asupra standardelor de constituţionalitate pe care legiuitorul trebuie să le aibă în vedere în procesul de legiferare.

La un interval de timp considerabil de atunci (studiul invocat a fost realizat în anul 2009) constatăm că problema lipsei de calitate a legislaţiei este în continuare de o regretabilă actualitate. Simpla trasare a unor coordonate şi formularea unor recomandări de respectare a acestora nu sunt în mod evident suficiente, fiind necesară o mai energică acţiune în sensul sancţionării situaţiilor în care aceste standarde nu sunt respectate. Continuând demersul început prin acel studiu, vom aborda în ceea ce urmează controlul de constituţionalitate ca veritabil „remediu" în sensul arătat, aceasta şi în considerarea activismului de care a dat dovadă Curtea Constituţională a României în ultimii ani în această privinţă. Astfel, de exemplu, o treime dintre deciziile de admitere a obiecţiilor de neconstituţionalitate pe care Curtea Constituţională le-a pronunţat în cursul anului 2012 au fost ca urmare a constatării încălcării principiului constituţional al legalităţii, interpretat în sensul care vizează calitatea legii şi cu referire la regulile de tehnică legislativă.

Vom analiza temeiul constituţional, mecanismul şi situaţiile în care Curtea Constituţională a sancţionat încălcarea normelor de tehnică legislativă, eliminând astfel reglementările contrare acestor norme, şi încercând să prevină, prin sublinierea forţei general obligatorii a acestor decizii, repetarea situaţiilor constatate.

II. Relevanţa constituţională a normelor de tehnică legislativă

Cât priveşte temeiul constituţional al sancţionării de către Curtea Constituţională a încălcării normelor de tehnică legislativă, acesta este dat de dispoziţiile art. 1 alin. (3) "*România este stat de drept [...]*", şi ale art. 1 alin. (5), "*În România, respectarea Constituţiei, a supremaţiei sale şi a legilor este obligatorie".*

Textele constituţionale citate nu stabilesc în mod expres exigenţe privitoare la calitatea legislaţiei şi nici nu realizează vreo menţiune cu privire la tehnica legislativă. Realizând însă aplicarea art. 20 din Constituţie, în sensul unei interpretări a prevederilor constituţionale în concordanţă cu prevederile Convenţiei pentru apărarea drepturilor omului şi a libertăţilor fundamentale şi interpretarea dată acestora de Curtea Europeană a Drepturilor Omului, Curtea Constituţională a României a dat relevanţă constituţională normelor de tehnică legislativă. Cristalizând dezvoltările realizate în mai multe decizii, Curtea a reţinut că "*deşi normele de tehnică legislativă nu au valoare constituţională, [...] prin reglementarea acestora legiuitorul a impus o serie de criterii obligatorii pentru adoptarea oricărui act normativ, a căror respectare este necesară pentru a asigura sistematizarea, unificarea şi coordonarea legislaţiei, precum şi conţinutul şi forma juridică adecvate pentru fiecare act normativ."*

Curtea face astfel trimitere la dispoziţiile Legii nr. 24/2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative, republicată în Monitorul Oficial al României, partea I, nr. 260 din 21 aprilie 2010, aspect precizat expres, de exemplu prin Decizia nr. 666/2007, publicată în Monitorul Oficial al României, partea I, nr. 514 din 31 iulie 2007, prin care a reţinut că «*potrivit prevederilor art. 1 alin. (2) din Legea nr.* ***24/2000*** *privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative,*

[...] "Actele normative se iniţiază, se elaborează, se adoptă şi se aplică în conformitate cu prevederile Constituţiei României, republicată, cu dispoziţiile prezentei legi, precum şi cu principiile ordinii de drept", iar potrivit art. 3 alin. (1) din aceeaşi lege, "Normele de tehnică legislativă sunt obligatorii la elaborarea proiectelor de lege de către Guvern şi a propunerilor legislative aparţinând deputaţilor, senatorilor sau cetăţenilor, în cadrul exercitării dreptului de iniţiativă legislativă [...]". Obligativitatea respectării acestor dispoziţii legale rezultă şi din prevederile art. 1 alin. (5) din Constituţie, potrivit cărora, "În România, respectarea Constituţiei, a supremaţiei sale şi a legilor este obligatorie".»

Menţionăm că abordând problematica respectării normelor de tehnică legislativă, Curtea Constituţională nu analizează eventualele contradicţii între normele criticate şi dispoziţiile Legii nr. 24/2000, ci contradicţia dintre normele criticate şi dispoziţiile constituţionale care consacră principiul supremaţiei legii, legea înţeleasă ca fiind un act supus anumitor condiţii obligatorii de fond şi de formă. Altfel spus, nu oricând şi în orice condiţii încălcarea unei norme de tehnică legislativă constituie o cauză de neconstituţionalitate a unei reglementări, ci numai în condiţiile în care încălcarea acelei norme capătă relevanţă constituţională, în sensul că, afectând calitatea legii, aduce atingere principiului securităţii juridice şi principiilor statului de drept în ansamblul lor. Este o interpretare largă a normelor constituţionale de referinţă, impusă însă de dificultăţile de ordin sistemic cu care se confruntă legislaţia românească şi susţinută de interpretarea concordantă cu jurisprudenţa Curţii Europeană a Drepturilor Omului, care a reţinut, de exemplu, prin Hotărârea din 8 iunie 2006 pronunţată în cauza *Lupşa împotriva României* că, «potrivit jurisprudenţei sale constante, cuvintele "*prevăzute de lege*" [...] au legătură [...] cu calitatea legii respective: ele cer accesibilitatea acesteia la persoanele interesate şi o formulare destul de precisă pentru a le permite, înconjurându-se, la nevoie, de sfaturi înţelepte, să prevadă, la un nivel rezonabil în împrejurările cauzei, consecinţele care ar putea rezulta dintr-o anumită acţiune. [...] dreptul intern trebuie să ofere o protecţie împotriva atingerilor arbitrare ale puterii publice aduse drepturilor garantate de Convenţie.»

Vom expune în continuare principalele situaţii în care încălcarea normelor de tehnică legislativă a fost apreciată de Curtea Constituţională ca fiind de natură să încalce dispoziţiile constituţionale. Ca şi observaţii generale, de natură să circumstanţieze cadrul acestor soluţii, trebuie reţinut că instanţa de contencios constituţional se pronunţă numai la sesizarea unor subiecte expres şi limitativ prevăzute de lege şi numai cu privire la anumite categorii de acte normative, de asemenea expres şi limitativ prevăzute de Constituţie şi de legea care îi reglementează organizarea şi funcţionarea. Tot ca o observaţie generală, **se** mai constată că încălcarea regulilor de tehnică legislative a constituit motiv de neconstituţionalitate fie prin aplicarea art. 1 alin. (3) şi (5) din Constituţie, fie prin aplicarea acestui text constituţional în corelaţie cu alte dispoziţii din Legea fundamentală privitoare la drepturi fundamentale specifice. Prima situaţie priveşte, de regulă, controlul de constituţionalitate *a priori* al legilor înainte de promulgare, în timp ce a doua situaţie priveşte, de regulă, controlul de constituţionalitate a *posteriori*, pe calea excepţiei de neconstituţionalitate a legilor şi ordonanţelor în vigoare.

III. Cazuri de neconstituţionalitate determinate de încălcarea normelor de tehnică legislativă

1. Nerespectarea nivelului şi a obiectului de reglementare specifice fiecărei categorii de acte normative

Potrivit art. 4 din Legea nr. 24/2000, ”*Actele normative se elaborează în funcţie de ierarhia lor, de categoria acestora şi de autoritatea publică competentă să le adopte. (2)Categoriile de acte normative şi normele de competenţă privind adoptarea acestora sunt stabilite prin Constituţia României, republicată, şi prin celelalte legi. (3)Actele normative date în executarea legilor, ordonanţelor sau a hotărârilor Guvernului se emit în limitele şi potrivit normelor care le ordonă*.”

Fără a trimite expres la aceste norme, dar având în vedere principiul legalităţii şi noţiunea de sistem juridic înţeles ca ansamblu de norme juridice structurate ierarhic în funcţie de conţinutul reglementărilor şi sfera destinatarilor acestora, Curtea Constituţională a sancţionat adoptarea unor legi având ca obiect de reglementare cazuri individuale.

Astfel, de exemplu, constatând, prin Decizia nr. 600/2005, publicată în Monitorul Oficial al României, partea I, nr. 1060 din 26 noiembrie 2005, neconstituţionalitatea Legii pentru reglementarea situaţiei juridice a unor bunuri care au aparţinut fostului suveran al României, Mihai I, Curtea a reţinut că ”*este de principiu că legea are, de regulă, caracter normativ, natura primară a reglementărilor pe care le conţine fiind dificil de conciliat cu aplicarea acestora la un caz sau la cazuri individuale. […] este dreptul legiuitorului de a reglementa anumite domenii particulare într-un mod diferit de cel utilizat în cadrul reglementării cu caracter general sau, altfel spus, de a deroga de la dreptul comun, procedeu la care, de altfel, s-a mai apelat în această materie. Subscriind acestei teze, Curtea ţine să precizeze că o atare derogare de la dreptul comun se poate realiza numai printr-o reglementare cu caracter normativ, aşa cum a fost cazul legilor speciale cu finalitate reparatorie care aveau în vedere colectivităţi de persoane […] Instituirea unor asemenea reglementări derogatorii era impusă şi justificată de situaţia juridică specială, esenţial diferită de aceea a marii majorităţi a persoanelor îndreptăţite la măsuri reparatorii potrivit dreptului comun, în care se găseau cei care urmau să beneficieze de prevederile acestor legi; mai mult, şi esenţial din punctul de vedere care aici interesează, îndreptăţită la măsurile reparatorii era orice persoană aflată într-o atare situaţie. În ipoteza în care, însă, reglementarea specială, diferită de cea constitutivă de drept comun, are caracter individual, fiind adoptată intuitu personae, ea încetează de a mai avea legitimitate, dobândind caracter discriminatoriu şi, prin aceasta, neconstituţional*.”

Tot astfel, prin Decizia nr. 970/2007 publicată în Monitorul Oficial al României, partea I, nr. 796 din 22 noiembrie 2007, referitoare la sesizarea asupra neconstituţionalităţii Legii privind atribuirea unei locuinţe generalului în retragere Marin Lungu**,** constatând că şi această lege instituie un regim juridic *intuitu personae*, Curtea a constatat că este neconstituţională. Curtea a mai reţinut şi că ”*prin obiectul său - atribuirea unei locuinţe -, legea supusă controlului de constituţionalitate dispune într-un domeniu ce intră în competenţa de reglementare a organelor administraţiei publice, iar nu a Parlamentului, care nu legiferează cu privire la drepturi cu caracter individual.”*

Dând expresie aceluiaşi principiu al ierarhiei actelor normative, de această dată în aplicarea art. 147 alin. (1) din Constituţie, potrivit cărora ”*dispoziţiile din legile şi ordonanţele în vigoare, precum şi cele din regulamente, constatate ca fiind necons-*

tituţionale, îşi încetează efectele juridice la 45 de zile de la publicarea deciziei Curţii Constituţionale dacă, în acest interval, Parlamentul sau Guvernul, după caz, nu pun de acord prevederile neconstituţionale cu dispoziţiile Constituţiei […]" Curtea a stabilit chiar în cadrul considerentelor deciziilor pronunţate, nivelul reglementării şi autoritatea chemată să intervină în cazurile ce i-au fost supuse cu ocazia sesizărilor de neconstituţionalitate. Astfel, de exemplu, prin Decizia nr. 415/2010, publicată în Monitorul Oficial al României, partea I, nr. 294 din 5 mai 2010, constatând neconstituţionalitatea dispoziţiilor cap. I "Dispoziţii generale" (art. 1-9), ale art. 11 lit. e), f) si g), ale art. 12 alin. (2), ale art. 13, ale art. 14 lit. c), d), e) si f), ale art. 17, ale art. 38 alin. (2) lit. f), g) si h), ale art. 42 alin. (2), (3) si (4), ale cap. VI "Verificarea averilor, a conflictelor de interese şi a incompatibilităţilor" (art. 45-50) si ale art. 57 din Legea nr. 144/2007 privind înfiinţarea, organizarea şi funcţionarea Agenţiei Naţionale de Integritate, Curtea a reţinut în finalul deciziei pronunţate următoarele: "*dispoziţiile art. 147 alin. (1) din Constituţie disting — cu privire la obligaţia de a pune de acord prevederile neconstituţionale cu dispoziţiile Constituţiei — între competenţa Parlamentului, pentru dispoziţiile din legi, pe de-o parte, şi cea a Guvernului, pentru dispoziţiile din ordonanţe ale acestuia, pe de altă parte. Ca atare, pe o perioadă de 45 de zile de la data publicării în Monitorul Oficial al României, Partea I, a prezentei decizii, Guvernul nu poate adopta o ordonanţă de urgenţă pentru a pune de acord prevederile Legii nr. 144/2007 constatate ca fiind neconstituţionale cu dispoziţiile Constituţiei, dar poate iniţia un proiect de lege în acord cu cele stabilite prin prezenta decizie."* Considerăm că este un demers de interpretare a Constituţiei menit să stabilească o distincţie sub aspectul competenţei autorităţilor chemate să facă aplicarea art. 147 alin. (1) din Constituţie în funcţie de domeniul şi sfera de reglementare, cât şi să limiteze excesul legiferării pe calea ordonanţelor de urgenţă. (a se vedea şi M. Safta, 2010).

Recent, prin Decizia nr. 81/2013, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 136 din 14 martie 2013, Curtea Constituţională a reţinut, distingând între obiectul de reglementare al legii în raport de cel al regulamentele parlamentare, cu referire la materia incompatibilităţilor deputaţilor şi senatorilor, următoarele: "*cu încălcarea textului constituţional de referinţă [art. 71 alin. (3)], cazuri de incompatibilitate sunt prevăzute la art. 198-200 şi art. 202 din Regulamentul Camerei Deputaţilor, precum şi la art. 177 din Regulamentul Senatului. Având în vedere textul constituţional menţionat, care prevede că alte incompatibilităţi decât cele prevăzute de Legea fundamentală se stabilesc prin legea organică, rezultă că prin regulamentele Camerelor Parlamentului se pot stabili doar reguli procedurale interne de aplicare care să detalieze sub acest aspect, în măsura necesară, regulile constituţionale şi legale ce definesc statutul parlamentarului şi, nicidecum, să-l completeze sau să-l modifice".*

2. Nerespectarea formei de redactare a actelor normative, respectiv a exigenţelor privitoare la claritatea, precizia şi predictibilitatea acestora

Art. 8 din Legea nr. 24/2000 prevede că "(*1)Proiectele de legi, propunerile legislative şi celelalte proiecte de acte normative se redactează în forma prescriptivă proprie normelor juridice.[…](4)Textul legislativ trebuie să fie formulat clar, fluent şi inteligibil, fără dificultăţi sintactice şi pasaje obscure sau echivoce. […]"* Cu referire la aceste cerinţe, fundamentându-şi considerentele şi pe jurisprudenţa Curţii Europene a Drepturilor Omului în materie, Curtea Constituţională a stabilit o serie criterii care trebuie respectate în activitatea de legiferare: "*precizie, previzibilitate şi predictibilitate pentru ca subiectul de drept vizat să îşi poată conforma conduita, astfel încât să evite*

consecinţele nerespectării lor." (de exemplu, prin Decizia nr. 61/2007, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 116 din 15 februarie 2007) Astfel, *"o normă este «previzibilă» numai atunci când este redactată cu suficientă precizie, în aşa fel încât să permită oricărei persoane - care, la nevoie, poate apela la consultanţă de specialitate - să îşi corecteze conduita" (Cazul Rotaru împotriva României, 2000),* iar *"[...] cetăţeanul trebuie să dispună de informaţii suficiente asupra normelor juridice aplicabile într-un caz dat şi să fie capabil să prevadă, într-o măsură rezonabilă, consecinţele care pot apărea dintr-un act determinat. Pe scurt, legea trebuie să fie, în acelaşi timp, accesibilă şi previzibilă" (Cazul Sunday Times împotriva Regatului Unit, 1979)."* În acelaşi sens pot fi reţinute considerentele a numeroase decizii, prin care Curtea a constatat că, **"***prin modul deficitar de redactare"* actele normative/dispoziţiile criticate nu corespund exigenţelor de tehnică legislativă specifice normelor juridice, aşa cum prevede Legea nr. **24/2000** (cu referire expresă la criteriile mai sus menţionate).

De altfel, urmărind evoluţia jurisprudenţei Curţii Constituţionale se constată că încălcarea acestor criterii a devenit unul dintre cele mai frecvente motive de neconstituţionalitate, cel puţin în cadrul controlului de constituţionalitate *a priori*. Astfel, pentru a ne raporta la o unitate de timp şi la evoluţii recente sub acest aspect, menţionăm că, examinând considerentele deciziilor de admitere a obiecţiilor de neconstituţionalitate pronunţate de Curtea Constituţională în anul 2012, se constată că o treime (Decizia nr. 1/2012, Decizia nr. 26/2012, Decizia nr. 51/2012, Decizia nr. 681/2012) invocă aceste criterii, temei şi jurisprudenţă a Curţii Europene a Drepturilor Omului care susţin argumentarea referitoare la încălcarea art. 1 alin. (5) din Constituţia României, text interpretat prin prisma acestei jurisprudenţe în sensul că impune o anumită calitate a legislaţiei, în primul rând accesibilitatea şi previzibilitatea.

Astfel, prin Decizia nr. 1/2012, publicată în Monitorul Oficial al României, partea I, nr. 53 din 23 ianuarie 2012, Curtea Constituţională a reţinut că **"***de principiu, orice act normativ trebuie să îndeplinească anumite condiţii calitative, printre acestea numărându-se previzibilitatea, ceea ce presupune că acesta trebuie să fie suficient de precis şi clar pentru a putea fi aplicat; astfel, formularea cu o precizie suficientă a actului normativ permite persoanelor interesate - care pot apela, la nevoie, la sfatul unui specialist - să prevadă într-o măsură rezonabilă, în circumstanţele speţei, consecinţele care pot rezulta dintr-un act determinat. Desigur, poate să fie dificil să se redacteze legi de o precizie totală şi o anumită supleţe poate chiar să se dovedească de dorit, supleţe care nu afectează însă previzibilitatea legii (a se vedea, în acest sens, […] jurisprudenţa Curţii Europene a Drepturilor Omului, […] spre exemplu, Hotărârea din 15 noiembrie 1996, pronunţată în Cauza Cantoni împotriva Franţei, paragraful 29, Hotărârea din 25 noiembrie 1996, pronunţată în Cauza Wingrove împotriva Regatului Unit, paragraful 40, Hotărârea din 4 mai 2000, pronunţată în Cauza Rotaru împotriva României paragraful 55, Hotărârea din 9 noiembrie 2006, pronunţată în Cauza Leempoel & S.A. ED. Cine Revue împotriva Belgiei, paragraful 59)."*

Prin Decizia nr. 26/2012, publicată în Monitorul oficial al României, partea I, nr. 116 din 15 februarie 2012, Curtea a statuat că « *instanţa de la Strasbourg a reţinut că "unul dintre elementele fundamentale ale supremaţiei dreptului este principiul securităţii raporturilor juridice".(Hotărârea din 6 iunie 2005 pronunţată în Cauza Androne împotriva României; Hotărârea din 7 octombrie 2009 pronunţată în Cauza Stanca Popescu împotriva României). Totodată, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a statuat că, "odată ce Statul adoptă o soluţie, aceasta trebuie să fie pusă în aplicare cu claritate şi coerenţă rezonabile pentru a evita pe cât este posibil insecuritatea juridică şi incertitudinea pentru subiectele de drept vizate de către măsurile de aplicare a*

acestei soluţii (...)". (Hotărârea din 1 decembrie 2005 pronunţată în Cauza Păduraru împotriva României, Hotărârea din 6 decembrie 2007 pronunţată în Cauza Beian împotriva României).»

În Decizia nr. 51/2012, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 90 din 03 februarie 2012, Curtea Constituţională a reamintit că instanţa de la Strasbourg "*a subliniat importanţa asigurării accesibilităţii şi previzibilităţii legii, inclusiv sub aspectul stabilităţii acesteia, instituind şi o serie de repere pe care legiuitorul trebuie să le aibă în vedere pentru asigurarea acestor exigenţe (cauze precum Sunday Times contra Regatului Unit al Marii Britanii şi Irlandei de Nord, 1979, Rekvényi contra Ungariei, 1999, Rotaru împotriva României, 2000, Damman împotriva Elveţiei, 2005).*"

În Decizia nr. 681/2012, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 477 din 12 iulie 2012 s-a făcut din nou referire la exigenţele de accesibilitate şi previzibilitate a legii, invocându-se Hotărârea din 24 mai 2007, pronunţată în Cauza Dragotoniu şi Militaru-Pidhorni împotriva României, Hotărârea din 29 martie 2000, pronunţată în Cauza Rotaru împotriva României, Hotărârea din 23 septembrie 1998, pronunţată în Cauza Petra împotriva Romănie*i,* Hotărârea din 23 noiembrie 2000, pronunţată în Cauza Ex-Regele Greciei şi alţii împotriva Greciei, Hotărârea din 8 iulie 2008, pronunţată în Cauza Fener Rum Patrikligi împotriva Turciei, Hotărârea din 26 aprilie 1979, pronunţată în Cauza Sunday Times împotriva Regatului Unit.

În ceea ce priveşte deciziile de admitere a excepţiilor de neconstituţionalitate pronunţate în acelaşi an, se constată că un număr considerabil (Decizia nr. 494/ 2012, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 407 din 19 iunie 2012, Decizia nr. 615/2012, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 454 din 6 iulie 2012, Decizia nr. 980/2012, publicată în Monitorul Oficial al României, partea I, nr. 57 din 25 ianuarie 2013, Decizia Nr. 981/2012, publicată în Monitorul oficial al României,, partea I, nr. 58 din 27 ianuarie 2013) fac trimitere la acelaşi text constituţional şi la principiul securităţii juridice. În plus, jurisprudenţa Curţii Europene a Drepturilor Omului referitoare la aceste exigenţe cunoaşte cea mai frecventă invocare în jurisprudenţa Curţii Constituţionale a României, prin raportare la hotărâri ale aceleiaşi instanţe europene pronunţate în alte materii.

3. Nerespectarea regulilor referitoare la integrarea actului normativ în ansamblul legislaţiei

Potrivit art. 13 din Legea nr. 24/2000**, "***Actul normativ trebuie să se integreze organic în sistemul legislaţiei, scop în care: a)proiectul de act normativ trebuie corelat cu prevederile actelor normative de nivel superior sau de acelaşi nivel, cu care se află în conexiune […]"*

Într-o jurisprudenţă constantă, Curtea Constituţională a statuat că nu intră în competenţa sa compararea prevederilor legale şi raportarea concluziei ce ar rezulta la texte şi principii ale Constituţiei. Prin Decizia nr. 26/2012, Curtea a reţinut însă următoarele considerente: "*existenţa unor soluţii legislative contradictorii şi anularea unor dispoziţii de lege prin intermediul altor prevederi cuprinse în acelaşi act normativ conduce la încălcarea principiului securităţii raporturilor juridice, ca urmare a lipsei de claritate şi previzibilitate a normei. […]*". De asemenea, prin Decizia nr. 81/2013, publicată în Monitorul Oficial al României, partea I, nr. 136 din 14 martie 2013, Curtea a procedat la examinarea susţinerilor referitoare la încălcarea art. 1 alin. (3) şi (5) din Constituţie, în sensul lipsei de predictibilitate a reglementării, motivată prin existenţa unei necorelări în corpul legii supusă controlului. În finalul aceleiaşi decizii de admitere a obiecţiei de neconstituţionalitate, Curtea a reţinut că "*se impune, folosind acest prilej*

legislativ, ca la nivelul celor două Camere ale Parlamentului să fie revăzute textele din Regulamentele acestora declarate neconstituţionale şi să asigure o corelare şi o tratare unitară a aceloraşi probleme. Ar fi de dorit ca actele normative de bază referitoare la activitatea parlamentară, şi anume Legea nr. 96/2006, Regulamentul Camerei Deputaţilor, Regulamentul Senatului şi Regulamentul şedinţelor comune ale Camerei Deputaţilor şi Senatului să fie concentrate într-un singur volum, în scopul facilitării activităţii parlamentare. În această activitate de sistematizare, un rol important revine Consiliului Legislativ care, potrivit art. 79 din Constituţie, este "organ consultativ de specialitate al Parlamentului, care avizează proiectele de acte normative în vederea sistematizării, unificării şi coordonării întregii legislaţii".

Considerăm ca această jurisprudenţă poate fi reţinută ca marcând o orientarea a controlului de constituţionalitate către sancţionarea necorelărilor legislative, în sensul pe care l-a reţinut, de exemplu, Curtea Constituţională a Sloveniei, de exemplu prin Decizia nr. U-I-278/07 din 22 octombrie 2009, respectiv sensul potrivit căruia Curtea Constituţională nu este competentă să decidă cu privire la corelarea a două legi, cu excepţia cazului în care principiile statului de drept sunt încălcate prin necorelarea şi inconsecvenţa lor.

Întrucât fundamentele unei astfel de sancţionări sunt construite pe calea unor considerente cuprinse în deciziile Curţii Constituţionale în care sunt dezvoltate recomandări cum sunt, de exemplu, cele referitoare la unicitatea reglementărilor în materie şi evitarea paralelismelor, vom evidenţia în cele ce urmează câteva astfel de situaţii, chiar dacă nu au condus, în sine, la pronunţarea unei soluţii de admitere a obiecţiilor/excepţiilor de neconstituţionalitate.

4. Nerespectarea regulilor referitoare la unicitatea reglementărilor în materie şi evitarea paralelismelor.

Considerăm ilustrativă sub acest aspect, prin trimiterile punctuale făcute la dispoziţiile Legii nr. 24/2000, Decizia nr. 415/2010, prin care Curtea, constatând că potrivit art. 1 alin. (5) din Constituţie, „*În România, respectarea [...] legilor este obligatorie*”, faptul că potrivit Legii nr. 24/2000 tehnica legislativa asigura sistematizarea, unificarea si coordonarea legislaţiei, precum şi conţinutul şi forma juridică adecvate pentru fiecare act normativ, faptul că art. 13 din aceasta lege instituie principiul unicităţii reglementării în materie, precum şi faptul că, potrivit art. 15, în procesul de legiferare este interzisă instituirea aceloraşi reglementări în două sau mai multe acte normative, iar în cazul existenţei unor paralelisme, acestea vor fi înlăturate fie prin abrogare, fie prin concentrarea materiei în reglementări unice, a reţinut următoarele: ”*În domeniul activităţii de control al averii dobândite în perioada exercitării mandatelor sau a îndeplinirii anumitor funcţii publice şi de verificare a conflictelor de interese, există reglementări paralele, şi anume, pe de-o parte, Legea nr. 115/1996 pentru declararea şi controlul averii demnitarilor, magistraţilor, a unor persoane cu funcţii de conducere şi de control şi a funcţionarilor publici […], modificată şi completată prin Legea nr. 161/2003 […], iar pe de alta parte, Legea nr. 144/2007 privind înfiinţarea, organizarea şi funcţionarea Agenţiei Naţionale de Integritate […]”.*

Un alt exemplu în acest sens îl constituie Decizia nr. 81/2013, prin care Curtea a reţinut că «*Legea privind Statutul deputaţilor şi al senatorilor a fost adoptată în anul 2006, la 15 ani de la intrarea în vigoare a Constituţiei ca urmare a aprobării acesteia prin referendumul naţional din 8 decembrie 1991, şi a suferit modificări în concordanţă cu legea de revizuire a Constituţiei din anul 2003. După modificarea şi completarea prin mai multe acte normative, Legea nr. 96/2006 a fost republicată în Monitorul Oficial al*

României, Partea I, nr. 763 din 12 noiembrie 2008. Noua modificare, supusă în prezenta cauză controlului de constituţionalitate, nu este de natură să asigure o rigoare sub aspectul coerenţei şi al sistematizării normelor incidente în materia statutului deputaţilor şi al senatorilor. Astfel, potrivit art. 14 alin. (1) din Legea nr. 24/2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative, […] *"Reglementările de acelaşi nivel şi având acelaşi obiect se cuprind, de regulă, într-un singur act normativ". Or, în prezent, materia incompatibilităţilor şi a conflictelor de interese, ce formează obiectul criticilor de neconstituţionalitate formulate în cauză, este reglementată de cap. IV din Legea nr. 96/2006 privind Statutul deputaţilor şi al senatorilor, art. 20-art. 26 din Legea nr. 176/2010 privind integritatea în exercitarea funcţiilor şi demnităţilor publice, pentru modificarea şi completarea Legii nr. 144/2007 privind înfiinţarea, organizarea şi funcţionarea Agenţiei Naţionale de Integritate, precum şi pentru modificarea şi completarea altor acte normative, cartea I, titlul IV, cap. III din Legea nr. 161/2003 privind unele măsuri pentru asigurarea transparenţei în exercitarea demnităţilor publice, a funcţiilor publice şi în mediul de afaceri, prevenirea şi sancţionarea corupţiei, precum şi de regulamentele celor două Camere ale Parlamentului. În raport cu prevederile din Legea nr. 24/2000 menţionate, este necesară reglementarea unitară a incompatibilităţilor şi conflictelor de interese, în scopul realizării unei sistematizări a materiei, cu consecinţa creşterii accesibilităţii şi predictibilităţii legii, de natură să determine eliminarea interpretărilor divergente."»*

5. Nerespectarea raportului actului normativ cu legislaţia europeană şi tratatele internaţionale

*Sunt de observat sub acest aspect, chiar dacă privesc examinarea normelor criticate în raport de art. 148 din Constituţie, considerentele care au fundamentat Decizia nr. 1039/2012 a Curţii Constituţionale, publicată în Monitorul Oficial al României nr. 61 din 29 ianuarie 2013, prin care Curtea a reţinut că "*înlăturarea prin Legea nr. 299/2011 a unui mijloc procedural care permitea redeschiderea unor procese soluţionate irevocabil, dar în cursul cărora s-a încălcat dreptul Uniunii Europene, mijloc care asigura aplicarea unitară a legislaţiei europene, astfel cum trebuia aceasta interpretată încă de la intrarea sa în vigoare, este de natură să încalce obligaţia asumată de statul român prin Actul de aderare, obligaţie înscrisă în art. 4 alin. (3) din Tratatul privind Uniunea Europeană şi garantată prin art. 148 alin. (4) din Constituţie. Or, această garanţie este instituită atât în sarcina puterii legislative, cât şi a celei judecătoreşti, astfel că adoptarea Legii nr. 299/2011 nu poate fi privită decât ca o limitare nepermisă a mijloacelor procedurale care asigură aplicarea unitară a dreptului Uniunii Europene, astfel cum acesta este interpretat de Curtea de Justiţie a Uniunii Europene. Prin eliminarea din cuprinsul Legii nr. 554/2004 a motivului suplimentar de revizuire reprezentând încălcarea, de către instanţă, a principiului priorităţii de aplicare a dreptului Uniunii Europene faţă de legile interne, reglementat de art. 148 alin. (2), are loc chiar nesocotirea acestor norme fundamentale, precum şi ale art. 148 alin. (4) din Legea fundamentală, care impun autorităţilor statului, deci inclusiv autorităţii judecătoreşti, sarcina garantării aducerii la îndeplinire a obligaţiilor rezultate din actul aderării şi din principiul priorităţii de aplicare a dreptului Uniunii Europene."

O menţiune distinctă s-ar impune în acest context pentru Decizia nr. 1258/2009 publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 798 din 23 noiembrie 2009**,** prin care Curtea a constatat neconstituţionalitatea prevederilor Legii nr. 298/2008 privind reţinerea datelor generate sau prelucrate de furnizorii de servicii de comunicaţii electronice destinate publicului sau de reţele publice de comunicaţii, precum şi pentru modificarea

Legii nr. 506/2004 privind prelucrarea datelor cu caracter personal şi protecţia vieţii private în sectorul comunicaţiilor electronice, act care transpunea în dreptul intern Directiva 2006/24/CE a Parlamentului European şi a Consiliului Uniunii Europene. Spunem că este necesară o astfel de menţiune pentru a sublinia faptul că respectarea actelor normative ale Uniunii Europene şi îndeplinirea obligaţiilor ce decurg din actul aderării la Uniunea Europeană trebuie să se realizeze cu respectarea cadrului constituţional, a garanţiilor drepturilor şi libertăţilor fundamentale, inclusiv a principiului securităţii juridice care impune o anumită calitate a legislaţiei. Constatând neconstituţionalitatea legii de transpunere a directivei menţionate, Curtea a reţinut că „*lipsa unei reglementări legale precise, care să determine cu exactitate sfera acelor date necesare identificării persoanelor fizice sau juridice utilizatoare, deschide posibilitatea unor abuzuri în activitatea de reţinere, prelucrare şi utilizare a datelor stocate de furnizorii serviciilor de comunicaţii electronice destinate publicului sau de reţele publice de comunicaţii. Limitarea exerciţiului dreptului la viaţă intimă şi la secretul corespondenţei şi a libertăţii de exprimare, [...] trebuie să aibă loc într-o manieră clară, previzibilă şi lipsită de echivoc, astfel încât să fie îndepărtată, pe cât posibil, eventualitatea arbitrariului sau a abuzului autorităţilor în acest domeniu. Destinatarii normei juridice [...] trebuie să aibă o reprezentare clară a normelor juridice aplicabile, astfel încât să-şi adapteze conduita şi să prevadă consecinţele ce decurg din nerespectarea acestora*."

IV. Concluzii

Selecţia de jurisprudenţă a Curii Constituţionale relevă numărul mare al deciziilor în care, atribuind relevanţă constituţională normelor de tehnică legislativă, Curtea Constituţională a sancţionat nerespectarea lor. Dacă ne referim numai la anul cel mai apropiat, 2012, constatăm că repetarea într-o asemenea proporţie a deciziilor de admitere a obiecţiilor şi excepţiilor de neconstituţionalitate pronunţate în anul precedent (8 din numărul total de 30) a aceluiaşi tip de argumentare fundamentată pe jurisprudenţa Curţii Europene a Drepturilor Omului, atrage atenţia asupra unei probleme sistemice a legislaţiei româneşti (lipsă de coerenţă, de claritate şi precizie), puternica valorificare a jurisprudenţei Curţii Europene a Drepturilor Omului şi importanţa interpretării textelor Constituţiei României în concordanţă cu dispoziţiile Convenţiei, în interpretarea dată de instanţa de la Strasbourg, care a permis dezvoltarea pe această bază a unor principii-garanţii pentru întreaga materie a drepturilor şi libertăţilor fundamentale (principiul securităţii juridice).

Această preocupare şi tendinţă se regăseşte şi în jurisprudenţa altor instanţe de jurisdicţie constituţională. Astfel, de exemplu, în Franţa, semnalarea prin două rapoarte ale Consiliului de Stat (publicate în 1991 şi, respectiv, 2006) a unei crize determinate de inflaţia normativă şi lipsa de calitate a legislaţiei, cu consecinţe negative asupra securităţii juridice, şi-a găsit ecou în jurisprudenţa Consiliului Constituţional (M. Verpaux, 2011, p.382). În acest sens, prin Deciziile nr. 99-421DC din 16 decembrie 1999 şi nr. 2004-500 DC din 29 iulie 2004, Consiliul Constituţional francez a consacrat un nou principiu cu valoare constituţională, care priveşte accesibilitatea şi previzibilitatea legii, referindu-se în acelaşi context şi la caracterul normativ al legii. S-a apreciat că, în acest mod, Consiliul Constituţional a dat un răspuns juridic crizei sau declinului legiferării subliniate de doctrina juridică a ultimelor decenii, prin consacrarea unor reguli de ordin constituţional destinate să determine o înbunătăţire a calităţii legii (M. Verpaux, 2011, p. 382).

Chiar dacă nu este în competenţa curţilor constituţionale realizarea unei "asanări" a legislaţiei, consacrarea pe cale jurisprudenţială a principiului securităţii juridice şi ra-

portarea standarde comune de protecţie a drepturilor şi a libertăţilor fundamentale, cum sunt cele desprinse din hotărârile pronunţate de Curtea Europeană a Drepturilor Omului, contribuie, măcar în parte, la asigurarea calităţii legislaţiei, cel puţin prin mecanismul sancţionator. În ceea ce priveşte aspectul prescriptiv şi preventiv, aceasta depinde de efectivitatea deciziilor curţilor constituţionale şi de conduita loială a autorităţilor implicate în actul de legiferare.

Din această perspectivă apreciem că, chiar dacă şi în privinţa actelor Curţilor Constituţionale se utilizează conceptul generic de "*jurisprudenţă*" comun pentru desemnarea totalităţii hotărârilor judecătoreşti pronunţate de către instanţele de toate gradele, distincţia care trebuie realizată cu privire la acestea priveşte valoarea lor de izvor, sursă a dreptului (I. Deleanu, 2012, p.36). S-a afirmat (C. Gilia, 2007, p.272) în acest sens, cu referire la rolul organismelor de jurisdicţie constituţională şi efectele actelor pe care le pronunţă, că, prin jurisprudenţa lor, "*au determinat o reamenajare a poziţiilor tradiţionale ocupate până la momentul apariţiei lor de ceilalţi agenţi din câmpul juridic şi politic. În aceste condiţii, legiuitorul nu mai deţine monopolul formării voinţei naţionale. Concepţia clasică potrivit căreia legea este opera Parlamentului este astăzi depăşită*."

Curţile Constituţionale aparţinând modelului european – precum Curtea Constituţională a României - se desprind astfel din ce în ce mai mult de rolul lor tradiţional de "*legislator negativ*" – care se referă la efectul actelor acestora de îndepărtare din sistemul juridic a normelor contrare Legii fundamentale - devenind, într-o oarecare măsură, "*legislator pozitiv",* interpret oficial al Constituţiei, relevând conţinutul regulilor constituţionale şi chiar infraconstituţionale în jurisprudenţa lor, ale cărei efecte «nu sunt altceva decât forme specifice de „impulsionare" sau „constrângere" a legiuitorului să procedeze într-un anume sens» (I. Deleanu, 2012) şi a cărei continuă dezvoltare ghidează evoluţia întregului sistem legal. (C. Gillia, 2007, p.273) Puterile conferite organismelor de jurisdicţie constituţională prin Constituţiile statelor şi poziţia lor activă în valorificarea acestor puteri determină – astfel cum s-a observat - ca legea să nu mai fie produsul exclusiv al Parlamentului şi, în anumite condiţii, al Guvernului, ci, deopotrivă, al Curţilor Constituţionale, devenite "*actori ai procesului complex de elaborare a legii*".(C. Gillia, 2007) Din perspectiva prezentului studiu şi având în vedere situaţiile relevate, considerăm că acest rol al Curţii Constituţinale este din ce în ce mai vizibil şi influenţează în mod pozitiv procesul de legiferare.

Bibliografie

1. **I. Deleanu**, *Dialogul judecătorilor*, Revista română de jurisprudenţă, nr. 1/2012

2. **C. Gilia***, Teoria statului de drept,* Ed. Ch. Beck, Bucureşti, 2007

3. **M.Verpeaux, Pierre de Montalivet, A.Roblot –Troizier, A.Vidal-Naquet**, Droit constitutionnel – Les grandes decisions de la jurisprudence, Themis Droit, PUF, 2011

4. **I. Predescu, M. Safta**, "*Principiul securităţii juridice, fundament al statului de drept. Repere jurisprudenţiale*", Buletinul Curţii Constituţionale nr. 1/2009

5. **M. Safta**, "*Angajarea răspunderii Guvernului asupra unui proiect de lege. Jurisprudenţa Curţii Constituţionale în materie",* Buletinul Curţii Constituţionale nr. 2/2010

Analiză critică asupra cazurilor de încetare de drept a contractului individual de muncă

Cosmin ***CERNAT****

Abstract: *Instituţia juridică a încetării contractului individual de muncă, este una de o importanţă aparte, căci stabilitatea raportului juridic de muncă este dat de identificarea momentelor de încetare a acestuia, mai cu seamă cele consacrate prin voinţa legii.*

Cuvinte cheie: *contract de muncă; salariat; angajator; cazuri de încetare a contractului de muncă; încetare de drept*

Abstract: *The legal institution of termination of the individual employment contract, is of particular importance, because the stability of the legal working relationship is given by the correct identification of its termination posibilities, especially those established by the law.*

Key words: *employment contract, employee, employer, cases of termination of employment contract, termination by law*

1. Noţiunea contractului individual de muncă

În România raporturile juridice de muncă se desfăşoară în baza contrectului individual de muncă, indiferent care ar fi forma acestuia. În Codul muncii[1], legiuitorul defineşte contractul individual de muncă, definiţie de la care în literatura de specialitate[2] s–a ajuns la opinia că acesta reprezintă acea înţelegere încheiată în scris, între o persoană fizică, pe de o parte, şi, de regulă, o persoana juridică, pe de altă parte, prin care prima se obligă a presta munca prevăzută în contract – îndeplinind atribuţiile ce-i revin, cu respectarea disciplinei şi a legalităţii, în cadrul angajatorului, care, corelativ se obligă să-i asigure persoanei încadrate – condiţii corespunzătoare pentru buna desfăşurare a activităţii, deplina protecţie şi securitate a muncii şi să o retribuie în raport cu munca prestată, potrivit legii şi clauzelor contractului.

Potrivit altei opinii[3], contractul individual de muncă este întelegerea încheiată în scris prin care o parte – salariatul – se obligă la prestarea, cu continuitate, în timp a unei munci în folosul şi sub subordonarea celeilalte părţi – angajatorul – persoană juridică sau persoană fizică, iar acesta este obligat, la rândul său, să-i plătească salariul şi să-i asigure condiţii adecvate de muncă.

---

* Academia de Poliţie «Al. I. Cuza ».

[1] A se vedea art. 10 din Codul muncii coroborat cu art. 16 din acelaşi act normativ.

[2] S.Ghimpu, I.T.Ştefănescu, S.Beligradeanu, G.Mohanu, *Dreptul muncii*, Tratat, vol. I, Editura Ştiinţifică şi Enciclopedică, Bucureşti, 1978, p. 166.

[3] I.T.Ştefănescu, *Tratat de dreptul muncii*, Editura Wolters Kluwer, Bucureşti, 2007, p. 193.

2. Noţiune şi caracteristici ale încetării contractului individual de muncă

2.1 Încetarea contractului individual de muncă este o instituţie juridică care a cunoscut o evoluţie legislativă continuă, în funcţie de concepţia legiuitorului faţă de natura juridică a acestui tip de contract.

Încetarea contractului individual de muncă reprezintă desfiinţarea, pentru viitor, a raporturilor juridice de muncă stabilite între angajator şi salariat, în cazurile şi condiţiile expres prevăzute de lege.

Instituţia juridică relativă la încetarea contractului individual de muncă este reglementată în conexiune cu principiul fundamental privind libertatea muncii.

Libertatea muncii este un principiu constituţional reglementat de art. 41 alin. 1 din Constituţia României şi preluat de art. 3 din Codul muncii.

2.2. Încetarea contractului individual de muncă în legislaţia românească.

Reglementările iniţiale referitoare la relaţiile sociale de muncă au apărut în ţara noastră la sfarşitul secolului al XIX - lea şi începutul secolulul al XX – lea, ca urmare a dezvoltării industriale, a apariţiei şi folosirii muncii salariate.

Iniţial, contractul individual de muncă a avut natura juridică a convenţiei civile reglementate de vechiul art. 1470 pct. 1 din Codul civil, fiind cunoscut sub denumirea de contractul de locaţiune a muncii[1].

Sub imperiul vechii reglemntări din Codului civil, rezilierea contractului individual de muncă de către angajator a reprezentat o facultate pentru acesta chiar în absenţa unui motiv legitim. Cu timpul, jurisprudenţa a început sa admită acţiuni introduse de salariaţii care puteau face dovada relei-credinţe manifestate de patron în încetarea relaţiilor juridice de muncă.

3. Încetarea de drept a contractului individual de muncă

Încetarea de drept a contractului individual de muncă reprezintă o instituţie juridică introdusă în dreptul muncii prin dispoziţiile Legii nr. 53/2003 privind Codul muncii.

Încetarea de drept a contractului individual de muncă ar putea fi definită ca desfiinţarea raporturilor juridice de muncă, prin efectul legii, în cazurile expres şi limitativ prevăzute de legiuitor, ca urmare a producerii unui act sau fapt juridic fără legatură cu voinţa părţilor contractante care determină imposibilitatea obiectivă a executării obligaţiilor derivate din încheierea contractului individual de muncă.

Legiuitorul a identificat situaţiile de fapt ce reprezintă cazurile în care contractul individual de muncă încetează de drept.

Astfel potrivit art. 56 Codul muncii acestea sunt:

1. Decesul salariatului

Potrivit art. 56 lit. a C.muncii, modificat prin OUG nr. 55/2006, contractul individual de muncă încetează de drept la data decesului salariatului.[2]

---

[1] Coroborat cu vechiul art. 1413 alin. 2 din Codul Civil.

[2] Ion Traian Ştefănescu, *Tratat teoretic şi practic de drept al muncii*, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2012.

Până la modificarea Legii nr. 53/2003, prin aceasta ordonanţă, încetarea de drept a contractului individual de muncă intervenea şi în situaţia decesului angajatorului persoană fizică.

Raţiunea instituirii acestui caz de încetare de drept a contractului individual de muncă constă în caracterul intuitu personae[1] al contractului individual de muncă, ce se încheie în considerarea calităţilor personale ale părţilor contractante.

Contractul individual de muncă se încheie după verificarea prealabilă a aptitudinilor profesionale şi personale ale persoanei care solicită angajarea, în scopul aprecierii capacităţii acesteia de a ocupa postul respectiv, după cum rezultă din art. 29 alin. 1 şi 3 C.muncii. În consecinţă, decesul salariatului determină încetarea contractului individual de muncă, ţinând cont de caracterul strict personal al obligaţiei de prestare a muncii ce nu se poate transmite moştenitorilor salariatului. Modificarea art. 56 lit. a Codul muncii, în sensul înlăturării dintre cauzele de încetare a contractului individual de muncă a decesului angajatorului persoană fizică, reprezintă intenţia legiuitorului ca obligaţiile ce revin angajatorului persoană fizică, în temeiul contractului individual de muncă, să fie transmise succesorilor lui, în acord cu regulile transmisiunii moştenirii.

2. Declararea judecătorească a morţii sau punerea sub interdicţie a salariatului

Contractul individual de muncă încetează de drept în cazul declarării judecătoreşti a morţii sau a punerii sub interdicţie a salariatului, conform art. 56 lit. b C.muncii.

Prevederea legală din Codul civil privitore la persoanele fizice şi persoanele juridice, stabilesc că încetarea capacităţii de folosinţă a persoanei are loc la data rămânerii definitive a hotărârii judecătoreşti de declarare a morţii.

Declararea judecătorească a morţii salariatului produce efecte echivalente morţii fizic constatate, în ceea ce priveşte încetarea capacităţii de folosinţă a persoanei.

Prin punerea sub interdicţie a salariatului, acesta nu mai este capabil să îşi asume şi să îşi exercite drepturile şi obligaţiile pe care le presupune contractul individual de muncă.

2.1.Declararea judecătorească a morţii este procedura juridică prin care se determină data decesului şi, prin urmare, data încetării capacităţii de folosinţă a persoanei fizice în situaţiile în care moartea acesteia nu poate fi constatată fizic.

Soluţia legiuitorului referitoare la încetarea de drept a contractului individual de muncă ca urmare a declarării judecătoreşti a morţii salariatului se întemeiază pe aceleaşi raţionamente[2] ca şi în cazul prevăzut de art. 56 lit. a Codului muncii, având în vedere caracterul intuitu personae al contractului individual de muncă în ceea ce priveşte persoana salariatului.

2.2. Încetarea de drept a contractului individual de muncă, prin punerea sub interdicţie a salariatului, îşi găseşte raţiunea în dispoziţiile codului civil, care prevede, ca şi condiţii esenţiale pentru validitatea unei convenţii, capacitatea de a contracta şi consimţământul valabil al părţii.

Capacitatea de exerciţiu reprezintă aptitudinea persoanelor de a–şi exercita drepturile şi de a-şi asuma obligaţii, săvârşind acte juridice.

Nu le este recunoscută capacitatea de exerciţiu interzişilor judecătoreşti pentru care actele juridice se fac de către reprezentanţii lor legali.

---

[1]Cosmin Cernat, *Dreptul muncii*, ediţia a IV-a, revăzută şi adăugită, Editura Universul Juridic, Bucureşti, 2012.

[2] Cosmin Cernat, *Dreptul muncii*, ediţia a IV-a, revăzută şi adăugită,Editura Universul Juridic, Bucureşti, 2012.

Încetarea de drept a contractului individual de muncă, în cazul punerii sub interdicţie, are loc la data rămânerii irevocabile a hotărârii judecătoreşti prin care s-a decis punerea sub interdicţie.

3. Îndeplinirea cumulativă a condiţiilor de vârstă standard şi a stagiului minim de cotizare pentru pensionare.

Potrivit art. 56 lit. c din Legea nr. 53/2003 privind Codul Muncii, modificată prin OUG nr. 65/2005, contractul individual de muncă înceta de drept la data comunicării[1] deciziei de pensionare pentru limita de vârstă, pensionare anticipată, pensionare anticipată parţială sau pentru invaliditate, potrivit legii.

Textul de lege a fost modificat prin art. IV din Legea nr. 49/2010 privind unele măsuri în domeniul muncii şi asigurărilor sociale.

Conform variantei actuale a art. 56 lit. c C.muncii, contractul individual de muncă existent încetează de drept la data îndeplinirii cumulative a condiţiilor de vârstă standard şi a stagiului minim de cotizare pentru pensionare.

3.2. Îndeplinirea cumulativă a condiţiilor de vârstă standard şi a stagiului minim de cotizare pentru pensionare

Pensionarea pentru limită de vârstă[2] a reprezentat motiv de încetare a contractului individual de muncă incident, - în varianta anterioară modificării art. 56 lit. c Codului muncii prin Legea nr. 49/2010 - numai în situaţia în care salariatul depune cerere de pensionare pentru limită de vârstă, potrivit art. 82 alin. 1 din Legea nr. 19/2000.

Simpla îndeplinire a condiţiilor legale în vederea înscrierii la pensie pentru limita de vârstă, fără o solicitare în acest sens din partea persoanei îndreptăţite, nu antrena încetarea de drept a contractului individual de muncă.

Prin urmare, încetarea contractului individual de muncă intervine de drept la momentul îndeplinirii condiţiilor în vederea obţinerii pensiei pentru limita de vârstă, independent de existenţa solicitării de inscriere la pensie şi de emiterea deciziei de admitere a cererii de pensionare.

Astfel, la data încetării de drept a contractului individual de muncă există premisa ca salariatul să dobândească calitatea de pensionar şi să beneficieze de drepturile cuvenite în baza Legii nr. 263/2010.

3.3. Pensionare anticipată, pensionare anticipată parţială, pensionare pentru invaliditate

În forma anterioară Legii nr. 49/2010, contractul individual de muncă înceta de drept la data comunicării deciziei de pensionare anticipată sau pensionare anticipată parţială, precum şi a celei pentru invaliditate a salariatului.

Încetarea de drept a contractului individual de muncă la data comunicării deciziei de pensionare anticipată sau pensionare anticipată parţială a fost un element de noutate introdus prin O.U.G. nr. 65/2005.

Modificarea art. 56 lit. c Codul muncii, prin art. IV din Legea nr. 49/2010, a reprezentat excluderea acestei situaţii ca temei de încetare a contractului individual de muncă.

---

[1] Ion Traian Ştefănescu, *Tratat teoretic şi practic de drept al muncii*, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2012.

[2] Alexandru Ţiclea,*Tratat de dreptul muncii*,ed. aV-a,revizuită, Ed. Universul juridic, Bucureşti 2011.

De asemenea, a fost eliminat cazul încetării de drept a contractului individual de muncă ca urmare a pensionării pentru invaliditate[1] a salariatului.

Conform art. 62 alin. 1 din Legea nr. 263/2010, salariaţii au dreptul la pensie anticipată cu cel mult 5 ani înaintea vârstelor standard de pensionare, dacă au depăşit stagiul complet de cotizare - 30 ani pentru femei, 35 de ani pentru barbaţi -, cu cel putin 8 ani.

Potrivit art. 65 din Legea nr. 263/2000, salariaţii pot solicita pensionarea anticipată parţială, cu reducerea vârstelor standard de pensionare cu cel mult 5 ani, dacă au realizat stagii complete de cotizare sau dacă au depăşit stagiul complet de cotizare cu pana la 8 ani.

În ipoteza în care salariatul formulează cerere pentru pensionare anticipată sau pensionare anticipată parţială şi casa teritorială de pensii emite o decizie de admitere a cererii, se poate considera că raporturile juridice de muncă încetează ca urmare a denunţării unilaterale a contractului individual de muncă din partea salariatului.

4. Nulitatea absolută a contractului individual de muncă

Potrivit art. 56 lit. d Codul muncii, contractul individual de muncă încetează de drept ca urmare a constatării nulităţii absolute[2] a acestuia, de la data la care nulitatea a fost constatată prin acordul părţilor sau prin hotărâre judecătorească definitivă.

Derogările de la dreptul comun privesc principiile retroactivităţii şi al repunerii în situaţia anterioară, din considerente de protejare a intereselelor salariaţilor în faţa unor cauze de nulitate şi a specificului relaţiilor de muncă incompatibile cu restituirea, în natură, a prestaţiilor efectuate de angajat în baza unui act nul.

Nulităţile în dreptul muncii, ca şi în dreptul civil, se împart în absolute şi relative, după natura dispoziţiei juridice încălcate.

Încetarea de drept a contractului individual de muncă, în baza art. 56 lit. d Codul muncii, se produce în situaţia nulităţii absolute totale care afectează întregul contract şi nu a nulităţii parţiale care se referă la anumite clauze contractuale.Nulitatea totală este aceea care vizează elementele structurale ale contractului individual de muncă, afectându-l în integralitatea sa şi nu doar sub aspectul unor prevederi din cuprinsul acestuia.

În materia încetării de drept a contractului individual de muncă au relevanţă nulităţile de fond care intervin pentru lipsa ori nevalabilitatea unei condiţii de fond a actului juridic - consimţământ, capacitate, obiect, cauză.

Nulităţile de formă[3] incidente în cazul nerespectării formei cerute ad validitatem prezintă importanţă referitor la încheierea contractului individual de muncă, având în vedere că acesta are natura formală şi se încheie prin manifestarea de voinţă al părţilor, materializată în formă scrisă condiţie necesară şi obligatori pentru a conduce la încheierea valabilă a acestui contract.

Constatarea nulităţii şi stabilirea, potrivit legii, a efectelor sale se pot face prin acordul părţilor[4], iar, în caz de neînţelegere, nulitatea se pronunţă de către instanţa judecătorească (art. 57 alin. 6 – 7 C.muncii).

---

[1] Alexandru Ţiclea, *Tratat de dreptul muncii*, ed. aV-a, revizuită, Ed. Universul juridic, Bucureşti 2011.

[2] Ion Traian Ştefănescu, *Tratat teoretic şi practic de drept al muncii*, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2012.

[3] Ion Traian Ştefănescu, *Tratat teoretic şi practic de drept al muncii*, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2012.

[4] Alexandru Ţiclea, *Tratat de dreptul muncii*, ed. aV-a, revizuită, Ed. Universul juridic, Bucureşti 2011.

5. Admiterea cererii de reintegrare în funcţia ocupată de salariat, a unei persoane concediate nelegal sau pentru motive neîntemeiate

Potrivit art. 56 lit. e C.muncii, în cazul în care prin hotărâre judecătorească a fost admisă cererea de reintegrare în funcţia ocupată de salariat a unei persoane concediate nelegal sau pentru motive neîntemeiate, contractul de muncă al salariatului încetează de drept la data rămânerii definitive a hotărârii judecătoreşti respective.

Reglementarea acestui caz de încetare a raporturilor de muncă are la bază atât necesitatea înfăptuirii unui act de dreptate – reintegrarea în funcţie a salariatului concediat nelegal, cât şi ocrotirea intereselor legitime ale persoanei care ocupă postul în care trebuie să se facă reintegrarea.[1]

Reintegrarea salariatului trebuie efectuată în funcţia deţinută anterior concedierii sale, ca expresie a restabilirii legalităţii în urma anulării măsurii concedierii.

Dacă revenirea în aceeasi funcţie nu este posibilă din motive obiective, reintegrarea va putea avea totuşi loc într-o funcţie similară, cu acordul salariatului[2].

6. Condamnarea la executarea unei pedepse privative de libertate

Potrivit art. 56 lit. f C.muncii, condamnarea salariatului la executarea unei pedepse privative de libertate antrenează încetarea de drept a contractului individual de muncă, de la data rămânerii definitive a hotărârii judecătoreşti.Reglementarea juridică a acestui motiv de încetare de drept a contractului individual de muncă a reprezentat o soluţie legislativă pozitivă, deoarece desfăşurarea raporturilor juridice de muncă sunt incompatibile cu executarea unei pedepse privative de libertate.

Anterior O.U.G nr. 65/2005, art. 56 lit. f Codul muncii avea următorul conţinut: "ca urmare a condamnării penale cu executarea pedepsei la locul de muncă, de la data emiterii mandatului de executare". Literatura de specialitate[3] a criticat această formulare, considerând-o ambiguă, întrucât nu se referă la cazul în care pedeapsa constă în detenţiunea pe viaţă sau în închisoare şi nu face distincţie între executarea pedepsei în unitatea în care condamnatul îşi desfăşoară activitatea sau într-o altă unitate.

De lege lata, s-a considerat[4] că acest caz de încetare a contractului de muncă se aplică tuturor situaţiilor de condamnare penală, nu numai celei cu executarea pedepsei la locul de muncă, ci şi a celei cu executarea în penitenciar.

Conform acestei variante a art. 56 lit. f Codul muncii, contractul de muncă al salariatului înceta de drept în urma condamnării la pedeapsa închisorii cu executare la locul de muncă.

Prin modificarea textului art. 56 lit. f Codul muncii, în baza OUG nr. 65/2005, s-au corectat lacunele iniţiale, dar persistau în continuare alte ambiguităţi.

În forma actuală, art. 56 lit. f Codul muncii vizează condamnarea la executarea unei pedepse privative de liberate, fără însă a reglementa situaţia condamnării cu executarea pedepsei la locul de muncă fie în unitatea în care condamnatul îşi desfăşoară activitatea, fie în altă unitate.

---

[1] N. Voiculescu, *Dreptul muncii. Reglementări interne şi comunitare*, Ed. Rosetti, Buc., 2003, p. 84.

[2] Idem, p. 85.

[3] A.Ţiclea, A.Popescu, C.Tufan, M.Tichindean, O.Tinca, *Dreptul muncii*, Ed. Rosetti, Buc., 2004, p. 486.

[4] Ibidem.

Astfel că, prin noua reglementare, nu au fost acoperite toate situaţiile de condamare a salariatului, adică atât cele cu executare în regim de privare de libertate, cât şi cele cu executare la locul de muncă.

De lege ferenda, se impune reformularea textului art. 56 lit.f Codul muncii, astfel încât să cuprindă toate cazurile de condamnare ale salariatului incompatibile cu menţinerea contractului individual de muncă, respectiv condamnarea la executarea unei pedepse privative de libertate şi condamnarea la executarea unei pedepse la locul de muncă.

7. Retragerea de către autorităţile sau organismele competente a avizelor, autorizaţiilor ori atestărilor necesare pentru exercitarea profesiei

În unele cazuri reglementate expres de lege, încheierea sau modificarea contractului de muncă pentru anumite posturi sau funcţii este condiţionată de existenţa prealabilă a unui aviz, atestat sau a unei autorizaţii emise de autorităţile sau organismele competente.

Retragerea avizului, atestatului ori a autorizaţiei pe perioada executării contractului de muncă determină încetarea de drept[1] a raporturilor de muncă, de la data retragerii lor, potrivit art. 56 lit. g Codul muncii.

Necesitatea avizelor, autorizaţiilor sau atestatelor[2] este legată de specificul şi importanţa unor profesii şi meserii pentru a căror exercitare se impune certificarea unui anumit grad de pregătire şi competenţă profesională care excede aprecierii angajatorului, datorită specializării ridicate a domeniului respectiv de activitate. Existenţa avizelor, autorizaţiilor[3] ori atestărilor reprezintă condiţii de valabilitate ale contractului individual de muncă, absenţa lor la data încheierii contractului fiind sancţionată cu nulitatea absolută, iar lipsa lor pe parcursul executării contractului se sancţionează cu încetarea de drept a raporturilor de muncă, începând cu data retragerii lor de către autorităţile sau organismele competente să le emită.

Prin retragerea lor, salariatul nu mai poate continua prestarea muncii în condiţii adecvate de siguranţă şi profesionalism, ceea ce determină încetarea raporturilor de muncă.

8. Interzicerea exercitării unei profesii sau a unei funcţii, ca masură de siguranţă ori pedeapsă complementară

În baza art. 56 lit. h Codul muncii, contractul individual de muncă încetează de drept ca urmare a interzicerii exercitării unei profesii sau a unei funcţii, ca masură de siguranţă ori pedeapsă complementară[4], de la data rămânerii definitive a hotărârii judecătoreşti prin care s-a dispus interdicţia. Măsurile dispuse de instanţa penală sunt obligatorii, iar unitatea nu are libertatea de apreciere asupra necorespunderii profesionale a salariatului în raport cu locul de muncă în care este încadrat, din moment ce punerea în executare a hotărârii judecătoreşti este obligatorie.

---

[1] Cosmin Cernat, *Dreptul muncii*, ediţia a IV-a, revăzută şi adăugită, Editura Universul Juridic, Bucureşti, 2012.

[2] Ion Traian Ştefănescu,*Tratat teoretic şi practic de drept al muncii*, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2012.

[3] Alexandru Ţiclea, *Tratat de dreptul muncii*, ed. a V-a, revizuită, Ed. Universul juridic, Bucureşti 2011.

[4] Ibidem.

Interdicţia la care se referă art. 56 lit. h C.muncii nu are în vedere orice profesie sau funcţie, întrucât s-ar încălca dreptul fundamental la muncă, ci vizează acea profesie sau funcţie care face obiectul masurii de siguranţă sau, după caz, a pedepsei complementare pronunţate de instanţa judecătorească. Măsura de siguranţă poate fi luată când salariatul a savarşit fapta penală datorită incapacităţii, nepregătirii, lipsei de cunoştinţe necesare, nepăsării faţă de regulile şi cerinţele de care depind buna desfăşurare a activităţii sau a altei cauze care îl fac impropriu pentru exercitarea unei profesii, ocupaţii sau meserii.

Potrivit art. 66 C.pen., executarea pedepsei complementare a interzicerii unor drepturi începe după executarea pedepsei închisorii, după graţierea totală sau a restului de pedeapsă, ori după prescripţia executării pedepsei.Cu toate acestea, încetarea contractului de muncă, în ipoteza prevăzută de art. 56 lit. h C.muncii, se produce începand cu data rămânerii definitive a hotărârii prin care s-a dispus pedeapsa complementară a interdicţiei exercitării unei profesii sau a unei funcţii.

9. Expirarea termenului contractului individual de muncă încheiat pe durată determinată

Contractul individual de muncă încheiat pe durată determinată încetează de drept la data expirării termenului[1] pentru care a fost încheiat, potrivit art. 56 lit. i. Codul muncii.

Este incident şi în situaţia în care contractul stipulează că acesta încetează la o anumită dată, la momentul executării lucrărilor sau serviciilor în considerarea cărora s-a încheiat ori la împlinirea unui anumit eveniment sigur şi viitor, cum ar fi încetarea suspendării contractului de muncă al titularului postului.

Având în vedere că regula o constituie încheierea contractului individual de muncă pe durată nedeterminată, valabilitatea contractului individual de muncă pe durată determinată se circumscrie cazurilor expres şi limitativ prevazute de art. 83 Codul muncii.

Contractul de muncă pe durată determinată[2] se încheie numai în formă scrisă, cu stipularea expresă a duratei pentru care se încheie. Potrivit art. 84 alin. 1 C.muncii, contractul de muncă pe durată determinată nu poate fi încheiat pe o perioadă mai mare de 36 de luni.

Potrivit art. 82 alin. 4 si 5 C.muncii, părţile pot încheia cel mult 3 contracte individuale de muncă pe durată determinată successive.

În cazul în care în termen de 3 luni de la încetarea unui contract de muncă pe durată determinată, se încheie un nou contract de muncă pe durată determinată, cele două contracte sunt considerate contracte successive,şi nu pot avea o durată mai mare de 12 luni.

Textul de lege este imperativ când stabileste că încetarea de drept a contractului individual de muncă pe durată determinată intervine la data expirării termenului pentru care a fost încheiat.

Raţionamentul este logic şi se fundamentează pe ideea caracterului limitat în timp a acestui gen de contract individual de muncă care se încheie ab initio sub imperiul unui termen extinctiv a cărei împlinire atrage de drept încetarea efectelor sale.

---

[1] Cosmin Cernat, *Dreptul muncii*, ediţia a IV-a, revăzută şi adăugită, Editura Universul Juridic, Bucureşti, 2012.

[2] Alexandru Ţiclea, *Tratat de dreptul muncii*, ed. aV-a, revizuită, Ed. Universul juridic, Bucureşti 2011.

10. Retragerea acordului părinţilor sau al reprezentanţilor legali, în cazul salariaţilor cu vârsta cuprinsa între 15 si 16 ani

Contractul individual de muncă încetează de drept, în baza art. 56 lit. j Codul muncii, în cazul salariaţilor cu vârsta cuprinsă între 15 si 16 ani, dacă părinţii sau reprezentanţii legali îşi retrag acordul dat la încheierea contractului.

Persoana fizică dobândeşte capacitate de muncă la împlinirea vârstei de 16 ani, conform art. 13 alin. 1 Codul muncii.

Aşadar, la încheierea contractului de muncă, vârsta minimă cerută în cazul salariatului este de cel puţin 16 ani. În mod excepţional, art. 13 alin. 2 din Codul muncii admite că se pot încheia contracte de muncă şi cu persoane aflate între 15 şi 16 ani, dar numai cu încuviinţarea părinţilor sau a reprezentanţilor legali, pentru activităţi potrivite cu dezvoltarea fizică, aptitudinile şi cunoştinţele lor, dacă nu îi sunt periclitate sănătatea, dezvoltarea şi pregătirea profesională.

Acordul trebuie să fie special, adică dat pentru încheierea unui anumit contract de muncă, în considerarea condiţiilor concrete de muncă, expres, adică să aibă o forma neechivocă, şi să fie dat anterior încheierii contractului de muncă[1].

Prin urmare, acordul trebuie retras de către ambii părinţi, iar, în caz de neînţelegere, de către autoritatea tutelară, dacă continuarea activităţii de către minor îi periclitează sănătatea, dezvoltarea şi pregătirea profesională.

În aceleaşi condiţii, contractul individual de muncă încetează[2] dacă părinţii sau reprezentanţii legali ai minorului consideră că prestarea acelei munci, care face obiectul raportului juridic de muncă, contravine intereselor superioare[3] ale tânărului cu vârsta între 15 – 16 ani.

Apreciem că legiuitorul roman a facut substanţiale progrese în identificarea cazurilor de încetare de drept a contractului de muncă şi a eliminat o serie de neconcordanţe dintre legile speciale, adiacente Codului muncii şi acest principal instrument juridic de reglementare a raporturilor de muncă sub toate aspectele sale de fond şi de formă.

Instituţia juridică a încetării contractului individual de muncă, este una de o importanţă aparte, căci stabilitatea raportului juridic de muncă este dat de identificarea momentelor de încetare a acestuia, mai cu seamă cele consacrate prin voinţa legii. Stabilitatea acestor raporturi consacră în mare parte o stabilitate socială, necesar evoluţiei oricărei pieţe a forţei de muncă sau a întregii societăţi.

Bibliografie:

1. Legea nr. 53/2003-Codul muncii, republicată în Monitorul Oficial nr. 345 din 18 mai 2011 cu modificările şi completările aduse ulterior;

2. **I. T. Ştefănescu**, Tratat teoretic şi practic de drept al muncii, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2012;

3. **Alexandru Ţiclea**, Tratat de dreptul muncii, ed. aV-a, revizuită, Ed. Universul juridic, Bucureşti 2011;

---

[1] R.Dimitriu, Particularităţi ale contractului individual de muncă încheiat de către minori, în Revista română de dreptul muncii nr. 1/2005, p. 18

[2] R.Dimitriu, Particularităţi ale contractului individual de muncă încheiat de către minori, în Revista română de dreptul muncii nr. 1/2005

[3] Ion Traian Ştefănescu,Tratat teoretic şi practic de drept al muncii,Ed. Universul Juridic,Bucureşti,2012

4. **Cosmin Cernat**, Dreptul muncii, ediţia a IV-a, revăzută şi adăugită, Editura Universul Juridic, Bucureşti, 2012;

5. **N. Voiculescu**, Dreptul muncii. Reglementări interne şi comunitare, Ed. Rosetti, Bucureşti, 2010;

6. **I. T. Ştefănescu**, Tratat de dreptul muncii, Editura Wolters Kluwer, Bucureşti, 2007;

7. **Al. Athanasiu, L. Dima**, Dreptul muncii, Ed. AllBeck, Bucureşti, 2005;

8. **A. Ţiclea, A. Popescu, C. Tufan, M. Tichindean, O. Tinca**, Dreptul muncii, Ed. Rosetti, Bucureşti, 2004;

9. **S. Ghimpu, I. T. Ştefănescu, S. Beligradeanu, G. Mohanu**, Dreptul muncii, Tratat, vol. I, Editura ştiinţifică şi enciclopedică, Bucureşti, 1978;

10. **R. Dimitriu**, Particularităţi ale contractului individual de muncă încheiat de către minori, în Revista română de dreptul muncii nr. 1/2005.

Obligaţia cunoaşterii legii – prezumţie sau ficţiune juridică ?

Emilian ***CIONGARU****

Rezumat: *Legislativul, în misiunea sa de elaborare a dreptului, are obligaţia să găsească exprimarea cea mai potrivită dintre limbajul juridic, din cuprinsul normelor juridice şi modul în care acest limbaj este perceput de către cei cărora li se adresează. În acest sens, utilizează anumite procedee specifice de elaborare a normelor juridice, procedee care au ca scop explicarea şi exprimarea cât mai clară, a regulilor juridice pe care acestea le statuează. Cele mai importante procedee utilizate de legiuitor sunt prezumţiile şi ficţiunile. Prezumţia, consideră că ceva, fără a fi dovedit, există cu adevărat şi fără să-i fie probată existenţa iar ficţiunea este un procedeu al legiuitorului sau judecătorului, prin care un fapt se consideră că există sau că este stabilit cu toate că nu a fost stabilit sau nu există în realitate. Cea mai importantă prezumţie cu care se operează este prezumţia cunoaşterii legii din momentul publicării ei, prezumţie considerată ca fiind irefragabilă ce nu poate fi combătută de nimeni şi în niciun fel de condiţii. Această prezumţie poate avea efecte dure şi nedorite în sensul că, cel chemat să răspundă pentru nerespectarea legii, poate face dovada că a fost în imposibilitatea efectivă de a cunoaşte legea. Astfel, termenul de intrare în vigoare a unei legi este de trei zile de la publicare iar acesta, în majoritatea cazurilor, nu este suficient pentru a lansa şi susţine ideea că, legile sunt cunoscute de majoritatea celor interesaţi. Prin normele juridice instituite statul garantează drepturile şi libertăţile fundamentale ale cetăţenilor, dar nu poate fi în măsură să garanteze şi faptul că toţi destinatarii normelor juridice vor cunoaşte aceste norme şi aceste norme nu vor fi încălcate. În acest caz cunoaşterea legii poate îndeplini condiţiile de a trece de la conceptul de prezumţie la acela de ficţiune juridică.*

Cuvinte cheie: *norma juridică, procedee juridice, prezumţie juridică, ficţiune juridică, cunoaşterea legii.*

Vocaţia esenţială a oricărei norme de drept, constructivă ori sancţionatoare de drepturi şi obligaţii, este şi trebuie să fie aceea de a exprima adevărul. O normă juridică ce şi-ar propune să nesocotească adevărul, cel puţin sub aspectul rigorilor logice, dar, fireşte, nu numai atât, nu ar putea fi pusă în relaţie cu termenul "drept", care, printre altele, presupune ca ceva, să fie ori să se facă, potrivit dreptăţii şi adevărului. Adevărul, pentru a fi adevărat, trebuie demonstrat.

Legiuitorul trebuie să aibă în vedere faptul că destinatarii normelor juridice sunt oameni cu nivele culturale diferite, cu posibilităţi diferite de receptare a unui mesaj normativ, că derularea concretă a relaţiilor de viaţa poate conduce la situaţii dificile în aplicarea normei. Arta sa constă în a construi norme care să prevină asemenea dificultăţi.

* Lecturer Ph.D., Associate researcher, Institute of Legal Research „Acad.Andrei Radulescu" of the Romanian Academy, Bucharest, Romania.

Legiuitorul, în desăvârşirea operei de construcţie legislativă, pe baza studiului realităţii obiective şi printr-un raţionament corect, din punct de vedere logic, trebuie să stabilească atent, legătura dintre faptul generator de drepturi şi faptul vecin conex folosind o anume tehnică legislativă[1].

Această tehnică legislativă este parte constitutivă a tehnicii juridice şi este alcătuită dintr-un complex de metode şi procedee, menite să asigure o formă corespunzătoare conţinutului reglementărilor juridice.

Tehnica legislativă[2] priveşte, strict, construirea soluţiilor normative de către legiuitor, acţiune ce se prezintă ca o sinteza şi un bilanţ al experienţelor dobândite în trecut de participanţii la viaţa socială, experienţe filtrate din perspectiva judecăţilor de valoare a legiuitorului.

Pentru a putea intra în exerciţiul practic al administraţiei justiţiei, ştiinţa legislaţiei formulează mai întâi ideile, principiile călăuzitoare ale dreptului pozitiv[3]. În acest fel, legiferarea cunoaşte doua mari momente: constatarea existenţei situaţiilor sociale ce reclamă reglementare juridică; desprinderea idealului juridic, care trebuie să se aplice acestor situaţii în funcţie de conştiinţa juridică a societăţii[4].

Din faptul că dreptul este "construit", nu trebuie dedus că aceasta construcţie juridică ar putea fi edificată în mod arbitrar, fiind o opera a raţiunii care apreciază faptele, relaţiile şi, în general, toate realităţile care interesează ordinea socială, securitatea raporturilor umane, "binele public".

Acest concept de construct juridic reprezintă un procedeu juridic, logic şi complex, care are drept scop să ofere o configurare logică, sintetică şi consistentă soluţiilor legale şi care reprezintă rezultatul unor operaţii logice fundamentate pe baza examinării unui număr semnificativ, norme juridice particulare şi generale, care au idei comune şi din această cauză pot să fie sistematizate în jurul acesteia. Funcţia constructelor juridice este de a induce un element de coerenţă logică în complexul de reglementări juridice. Constructul juridic uzează de procedeul artificial al ficţiunii spre a oferi un principiu explicativ pentru variate reguli ce se pot grupa în jurul acestui principiu şi pot conduce la realizarea finalităţilor urmărite de legiuitor. Printre cele mai des folosite procedee de realizare a constructelor juridice sunt prezumţiile şi ficţiunile.

Prezumţia, constă într-un procedeu[5] de tehnică legislativă utilizat în vederea completării şi conceptualizării[6] dreptului prin care legiuitorul acceptă sau impune transformarea unei probabilităţi în certitudine prin care se tinde la stabilirea, pe baze ştiinţifice, a unei probabilităţi ce urmează să stea la baza unor reglementări legale, urmărindu-se deci o justă reflectare a ceea ce se întâmplă în majoritatea cazurilor.

Esenţa prezumţiilor constă în transformarea unei probabilităţi[7] într-o certitudine. În acest sens s-ar putea vorbi nu de o deformare a realităţii ci de un artificiu. Acest artificiu are de obicei un rol economic şi de stabilitate juridică.

---

[1] Djuvara M., *Teoria generala a dreptului*, Vol.II, Ed. Librarie Soccec&Co. SA, Bucuresti, 1930, p. 564.

[2] Popescu S., Ţăndăreanu V., *Probleme actuale ale tehnicii legislative*, Bucureşti, Edit. Lumina Lex, 2003, p. 34–39.

[3] Djuvara M., *Teoria generala a dreptului. Drept rational, izvoare si drept pozitiv.* Ed. All Beck, Bucuresti, 1999, p. 372.

[4] Djuvara M., *Teoria generala a dreptului*, Vol.II, p. 563.

[5] Mihai Gh.C., *Teoria dreptului*, Ed. C.H.Beck, Bucuresti, 2008, p. 105.

[6] Mateut Gh., Mihaila A., *Logica juridica*, Ed. Lumina Lex, Bucuresti, 1998, p. 238.

[7] Hamangiu C., Rosetti-Balanescu I., Baiconeanu Al., *Tratat de drept civil roman*, Vol. II, Ed. All Beck, Bucuresti, 2002, p. 448.

Prezumţiile se clasifica în[1]: *prezumţii relative (*juris tantum) care pot fi infirmate prin probă contrară (că nu soţul este tatăl copilului, ori că făptuitorul este vinovat); *prezumţii absolute (*juris et de jure) care nu pot fi răsturnate prin niciun mijloc de probă[2] (prezumţia de necunoaştere a legii, că minorul sub 14 ani nu are discernământ pentru a răspunde pentru faptele sale) şi *prezumţii mixte*, care pot fi combătute în anumite condiţii sau cu anumite probe.

De cele mai multe ori probabilitatea pe care se bazează prezumţia este stabilită pe baze ştiinţifice[3] sau pe evidenţe factuale. De aici rezultă deosebirea dintre procedeul prezumţiei şi cel al ficţiunii. În cazul prezumţiei se tinde la o justă reflectare a realităţii pe când în cazul ficţiunilor avem de-a face cu o deformare conştientă şi voită a faptelor reale în scopul atingerii unor scopuri de politică legislativă. Deci în cazul în care avem de-a face cu o abatere deliberată de la realitate procedeul folosit este ficţiunea.

Esenţa *procedeului ficţiunii* constă într-o artificială asimilare a unor lucruri care în realitate sunt diferite (uneori chiar contrare). Ficţiunea afirmă uneori drept reale lucruri ce nu există, neagă alteori lucruri ce există, asimilează lucruri sau situaţii considerându-le prezente înainte de a avea în realitate existenţă sau consideră că în realitate unele lucruri au apărut mai târziu decât au apărut în realitate. Din acest motiv acest procedeu este folosit doar în mod excepţional în scopul asigurării unor decizii juridice echitabile

Ficţiunea, ca reprezentare imaginară (nu are un corespondent în realitate) este (ca şi prezumţia) o modalitate prin care se creează o „realitate juridică" - ca realitate convenţional acceptată: din perspectiva dreptului deci, ficţiunea juridică este un artificiu creat prin construcţia legislativă prin care realitatea juridică exprimată şi consacrată în textul normativ nu există în realitatea factuală[4].

Prezumţia cunoaşterii legii face parte dintr-un sistem de prezumţii[5] create de dreptul privat roman, în special de către pretori, prin care aceştia ocoleau anumite proceduri formale complicate, iar ca simplificare afirmaţia unui solicitant era considerata veridica pana când se dovedea contrariul, prezumţie care are utilitate şi în prezent fiind fixata în mod indirect în normele juridice.

În orice stat de drept, toate normele sociale, în special normele juridice sunt reglementate în scris şi adesea fiind garantate de stat prin forţa obligatorie pe care le-o atribuie, care este susceptibilă de a fi realizabilă la nevoie prin forţa de constrângere a statului. Având în vedere aceste cerinţe, informarea în vederea cunoaşterii acestor norme juridice devine vitală pentru fiecare membru al comunităţii, deoarece a acţiona în necunoştinţă de cauză nu este scuzabil din partea legii.

Cu toate acestea şi acest sistem are o serie de carenţe în sensul că, cetăţeanul, deşi este în permanenţă subiect de drepturi şi obligaţii privind informarea şi cunoaşterea legii, nu are adesea posibilitatea realizării concrete a acestora. În noul context, acela de integrare în Uniunea Europeana, obligaţia de aliniere a legislaţiei interne la legislaţia europeană apare o dezordonare a sistemului de legiferare, generând a avalanşa de legi care poate provoca o dezordine cognitivă iar ansamblul legislaţiei poate suferi, în condiţiile în care legi importante sunt modificate şi completate în mai multe rânduri,

---

[1] Mihai Gh.C., *op. cit.*, p. 106.

[2] Beleiu Gh., Nicolae M., Trusca P., *Drept civil român. Introducere în dreptul civil. Subiectele dreptului civil*, Editia a VII-a, Ed. Universul Juridic, Bucuresti, 2003, p. 127 si urm.

[3] Boroi G., *Drept civil. Partea generala. Persoanele*. Ed. All Beck, Bucuresti, 2001, p. 130.

[4] Deleanu I., *Fictiunile juridice*, Ed. All Beck, Bucuresti, 2005, p. 1.

[5] Ciongaru E, *Teoria obligatiilor în dreptul roman*, Ed. Scrisul romanesc, Craiova, 2011, p. 68.

operaţiuni efectuate uneori prin ordonanţe de urgenţă sau ordonanţe simple care şi ele sunt modificate de legile de adoptare, în termene destul de scurte.

În procesul elaborării normelor juridice, legiuitorul are în vedere interese sociale majore, urmărind să ofere garanţii bunei dezvoltări a raporturilor interumane, să protejeze valorile sociale.

În anumite situaţii, legiuitorul presupune că ceva, fără a fi fost dovedit, există cu adevărat aşa cum este, prezumţia cunoaşterii legii, cu consecinţa sa: *nemo censetur ignorare legem* (nimeni nu se poate scuza invocând necunoaşterea legii) prezumţie în virtutea căreia statul pretinde cetăţenilor săi sau altor persoane care se găsesc pe teritoriul său să urmărească legislaţia ţării şi să fie la curent cu dispoziţiile normative care produc efecte numai asupra faptelor petrecute după intrarea lor în vigoare[1]. Acest principiu îşi găseşte explicaţia în faptul că oamenii, pentru a-şi coordona conduita, cu prevederile legii, trebuie să cunoască mai întâi aceste prevederi.

Intrarea în vigoare a normei juridice se referă la data concretă la care actul normativ care conţine norma juridică începe să acţioneze şi devine opozabil subiecţilor de drept[2]. Pentru aceasta, legiuitorul trebuie să aducă la cunoştinţa publică a cetăţenilor, a instituţiilor şi organelor de stat, precum şi a tuturor celor chemaţi să respecte legea, conţinutul actului normativ elaborat, prin publicarea actelor normative, a legilor, a hotărârilor şi ordonanţelor guvernamentale precum şi a celor emise de organele centrale de stat, într-o publicaţie oficială, în Monitorul Oficial al României. Regula privind intrarea în vigoare a normei juridice este stabilită în Constituţia României în art. 78: „legea se publică în Monitorul Oficial al României şi intră în vigoare la 3 zile de la data publicării sau la o dată ulterioară prevăzută în textul ei”. Termenul de 3 zile se calculează pe zile calendaristice. O excepţie de la această regulă o reprezintă dispoziţia art. 115 alin. 5 din Constituţie şi anume: „Ordonanţa de urgenţă intră în vigoare numai după depunerea sa spre dezbatere în procedură de urgenţă la camera competentă să fie sesizată şi după publicarea ei în Monitorul Oficial al României”. Această excepţie este justificată de existenţa unei situaţii a cărei reglementare nu poate fi amânată. Art. 11 al Legii nr. 24/2004 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative stabileşte că actele normative prevăzute la art. 10 alin. (1), cu excepţia legilor şi a ordonanţelor, intră în vigoare la data publicării în Monitorul Oficial al României, Partea I, dacă în cuprinsul lor nu este prevăzută o dată ulterioară. Aceste dispoziţii ale Legii nr. 24/2004 sunt criticabile, deoarece admit aplicarea dispoziţiilor constituţionale doar în cazul legilor şi ordonanţelor emise de Guvern în baza unei legi de abilitare, exceptând de la această regulă celelalte acte normative. Data intrării în vigoare a actelor normative nu trebuie confundată cu data la care actul normativ a fost adoptat de Parlament şi apoi promulgat de preşedintele ţării.

Prin urmare, principiul *nemo censetur ignorare legem*, nu reprezintă prezumţia cunoaşterii legii în orice circumstanţe, ci doar faptul că legea are forţă obligatorie faţă de toţi, chiar şi faţă de cei care o ignoră sau faţă de cei care nu au depus suficiente diligenţe pentru a cunoaşte corect conţinutul sau înţelesul actului normativ. În acest sens, principiul nu este un obstacol pentru invocarea erorii de drept, ci doar o piedică în calea sustragerii de la aplicarea legii pe considerentul ignorării ei[3]. Nimeni nu poate pune la îndoiala necesitatea şi utilitatea acestei prezumţii, nu numai pentru ca verificarea, în fiecare caz, a cunoaşterii legii, a gradului ei de cunoaştere – ar fi

---

[1] Vonica R.P., *Introducere generală în drept*, Bucureşti, Edit. Lumina Lex, 2000, p. 264.
[2] Craiovan I., Tratat de teoria generala a dreptului, Ed. Universul Juridic, Bucuresti, 2007, p. 363.
[3] Deleanu I., *op. cit.* p. 140.

inimaginabil de anevoioasa, dar şi pentru ca securitatea şi stabilitatea ordinii de drept trebuie sa primeze fata de interesele personale.

Prezumţia cunoaşterii legii este considerată irefragabilă, ea nu poate fi combătută de nimeni şi în niciun fel de condiţii dar consecinţele acestei prezumţii pot apărea însă prea drastice[1], faţă de situaţiile, care cu uşurinţă pot fi imaginate, în care cel chemat să răspundă pentru nerespectarea legii a fost în imposibilitatea efectivă de a cunoaşte legea, putând face dovada unei atari imposibilităţi.

Din momentul intrării sale în vigoare[2], norma juridică guvernează deplin relaţiile sociale, din acest moment nimeni nu se poate sustrage comandamentului normei juridice pe motiv că nu o cunoaşte. Această regulă se explică prin aceea că autoritatea normei juridice, obligativitatea sa, ar fi puse sub semnul îndoielii dacă s-ar admite scuza ignoranţei.

În teoria dreptului[3], se admit totuşi două excepţii de la această regulă: atunci când o parte a teritoriului ţării rămâne izolat, printr-un caz de forţă majoră, de restul ţării, situaţie în care necunoaşterea poate fi obiectivă iar în materie de convenţii (în dreptul civil sau comercial) atunci când o persoană încheie un contract necunoscând consecinţele pe care norma juridică le face să decurgă din contract, persoana poate cere anularea contractului invocând faptul că s-a aflat în eroare de drept care viciază voinţa[4].

Urmărind conflictele juridice dintre cetăţeni, dar şi modul în care aceştia percep legea zi de zi, se poate constata cu uşurinţă că norma juridică nu este cunoscută. În aceste condiţii, eroarea de drept este foarte frecventă. Accesul liber la justiţie devine astfel un principiu constituţional de „castă“. Omul nevoiaş, lipsit de posibilităţi financiare, nu îşi poate permite să se informeze şi nici să apeleze la consultanţă juridică – ambele metode fiind costisitoare – pentru a se menţine la zi cu ultimele noutăţi legislative.

Există posibilitatea achiziţionării colecţiilor de acte normative sau abonării la Monitorul Oficial ori la Internet, a folosirii de programe informatice de legislaţie, însă acestea sunt greu accesibile, datorită costurilor, chiar şi juriştilor. Chiar şi consultarea Monitorului Oficial, care poate fi găsit la o bibliotecă publică sau la alte instituţii dispuse să îl pună la dispoziţia cetăţeanului în mod gratuit, este anevoioasă datorită complexităţii spaţiului normativ şi a lipsei cunoştinţelor juridice necesare căutării şi înţelegerii normelor.

Obligaţia de a cunoaşte legea impusă cetăţeanului ar trebui să corespundă obligaţiei statului de a pune la dispoziţia tuturor, în mod gratuit, această informaţie. Nu există nicio instituţie publică de consultanţă legislativă care, prin birouri teritoriale şi publicaţii, să facă posibilă îndeplinirea cu succes de către cetăţean a îndatoririlor privind cunoaşterea legii.

Din Constituţie nu rezultă expres această obligaţie, dar ea rezultă indirect dintr-o serie de prevederi constituţionale. Astfel, art. 1 alin. 5 prevede că: „*În România, respectarea Constituţiei, a supremaţiei sale şi a legilor este obligatorie*“. De aici se deduce că pentru a respecta o lege trebuie să îi cunoşti prevederile, iar obligativitatea respectării supremaţiei legii se răsfrânge şi asupra cunoaşterii legii. De asemenea, art. 16, alin. 2 prevede că „*Nimeni nu este mai presus de lege*”. Şi de aici se deduce obligaţia cunoaşterii legii pentru a putea determina limitele în care legea ne permite să ne manifestăm. Art. 17 stipulează faptul că „*cetăţenii români se bucură în străinătate de*

---

[1] *Idem*, p. 139.
[2] Ciongaru E., *Teoria generala a dreptului*, Ed. Scrisul Romanesc, Craiova, 2011, p. 44-45.
[3] Popa N., *Teoria generală a dreptului*, Ed. CH Beck, Bucureşti, 2008, p. 134.
[4] Popa N., *Teoria generală a dreptului*, Edit. ACTAMI, Bucureşti, 1992, p. 111–112.

protecţia statului român", ceea ce înseamnă că statul român îşi asumă obligaţia, în primul rând, de a-l informa pe cetăţean cu privire la legislaţia altor state. Această obligaţie de informare nu trebuie să se epuizeze prin art. 31 din Constituţie, intitulat „Dreptul la informare". Această prevedere constituţională este dezvoltată de alte legea privind accesul la informaţiile publice[1], însă într-un sens aproape inutil şi lipsit de interes şi utilitate pentru majoritatea populaţiei. Astfel, art. 2, punctul b) defineşte informaţia de interes public ca fiind „*orice informaţie care priveşte activităţile sau rezultă din activităţile unei autorităţi publice sau instituţii publice, indiferent de suportul ori de forma sau de modul de exprimare a informaţiei*", formulare din care, cu puţină indulgenţă, se putea desprinde o umbră a posibilităţii cetăţeanului de a apela şi la informaţii privind universul legislativ în general. Însă această speranţă este spulberată prin prevederile art. 5 care restrânge obligaţia de informare a autorităţii sau a instituţiei publice la actele normative care reglementează organizarea şi funcţionarea sa. Care este acea autoritate publică obligată să asigure cetăţeanului accesul la cea mai importantă informaţie de interes public: legea? Publicarea legii în Monitorul Oficial al României şi intrarea în vigoare poate duce la înţelegerea că faptul material juridic al publicării reprezintă premisa primordială a cunoaşterii legii, în consecinţă aceasta devine opozabilă faţă de toţi.

Greutatea accesului îndeosebi la înţelesul legii pune în discuţie asimilarea posibilităţii de a cunoaşte legea cu cunoaşterea efectivă a ei. A considera principiul „*nemo censetur ignorare legem*" ca fiind o prezumţie irefragabilă[2] de cunoaştere a legii pentru realizarea interesului general, stabilitatea socială, eficacitatea legii, armonia între starea de fapt şi cea de drept, prevenirea anarhiei ar avea efectul opus, prin faptul că se ignoră elementul uman, valoarea legii fiind dependentă de circumstanţele proprii fiecărui individ. De aceea se consideră că, mai ales în dreptul civil, adagiul „*nemo censetur ignorare legem*" nu are o putere absolută. De aceea se va putea anula un contract nu numai pentru eroarea de fapt dar şi pentru o eroare de drept[3].

Într-o opinie contrară[4] se consideră principul „*nemo censetur ignorare legem*" ca fiind o prezumţie absolută a cunoaşterii legii, prezumţie ce nu poate fi răsturnată prin dovada contrarie. În baza acestei prezumţii, toţi cetăţenii trebuie să cunoască legile, deoarece necunoaşterea dreptului vatămă (*ignorantia juris nocet*).

În general, în drept este tot mai puternică teza admisibilităţii erorii de drept. În dreptul penal, eroarea de drept a fost asimilată erorii de fapt, pe când în dreptul civil eroarea de drept se realizează prin intermediul celei de fapt. De altfel, eroarea de drept este mult mai uşor acceptată cu privire la normele dispozitive decât cu privire la cele imperative. În toate situaţiile, eroarea de drept se fundamentează pe două teorii[5], şi anume teoria cauzei şi teoria erorii-viciu de consimţământ.

Prin intermediul art. 1207, alin. (3), Noul Cod Civil îşi propune să tranşeze admisibilitatea şi previzibilitatea erorii de drept, prevăzând că eroarea de drept este calificabilă drept esenţială cu condiţia de a privi o normă juridică determinantă, potrivit voinţei părţilor, pentru încheierea contractului. Din coroborarea art. 1207 alin. (3) şi art. 1208

---

[1] Consacrat prin Legea nr. 544/2001 privind liberul acces la informaţiile de interes public, publicata în Monitorul Oficial nr. 663/23 oct. 2001.

[2] Deleanu I., *Cunoaşterea legii şi eroarea de drept*. În: Revista „Dreptul", nr. 7/2004, p. 42.

[3] Ungureanu O., *Drept civil. Introducere*, Bucureşti, Editura Rosetti, 2005, p. 141.

[4] Popa N., *Teoria generală a dreptului*, Ed. CH Beck, Bucureşti, 2008, p. 136.

[5] Decottignes R., *L'erreur de droit, în Revue trimestrielle de droit civil*, Paris, 1951, p. 312 si urm. apud Ion Deleanu, *Fictiunile juridice*, p. 151.

alin. (2) Noul Cod Civil, pentru a fi în prezenţa erorii de drept viciu de consimţământ[1] trebuie îndeplinite următoarele condiţii: a) caracterul determinant al normei juridice; b) norma juridică să fie ignorată sau conţinutul ori semnificaţia ei sunt fals reprezentate de către errans; c) eroarea să fie scuzabilă, în sensul de a nu purta asupra dispoziţiilor legale accesibile şi previzibile.

Potrivit art. 1208, alin. (2), eroarea de drept este considerată nescuzabilă atunci când priveşte dispoziţii legale „accesibile şi previzibile". Prin reglementarea expresă a erorii de drept şi a cerinţei acesteia de a fi scuzabilă s-a realizat un echilibru între teza admisibilităţii erorii de drept şi teza prezumţiei cunoaşterii legii. Astfel, sunt prezumate cunoscute, fiind excluse din sfera erorii de drept, dispoziţiile legale „accesibile şi previzibile", fără a se prestabili însă anumite categorii de norme (de exemplu imperative sau de ordine publică). Nu este prevăzut niciun criteriu de determinare a caracterului accesibil şi previzibil al dispoziţiilor legale excluse din sfera erorii de drept. Prin analogie cu modul de apreciere a caracterului nescuzabil al erorii de fapt din alin. (1), s-ar putea aplica şi în privinţa erorii de drept nescuzabile tot un criteriu mixt subiectiv-obiectiv, în sensul de a se ţine seama de pregătirea, vârsta etc., dar şi de frecventa utilizare a normei legale dintr-un anumit domeniu de activitate, de mediatizarea ei pe diferite căi. În mod evident, discuţia este independentă de aspectul intrării în vigoare a normelor juridice prin publicarea în Monitorul Oficial, precum şi de obligativitatea respectării lor.

Concluzionând se poate spune ca, din nefericire, legea este oferită publicului ca informaţie, dar suportul acestei informaţii nu este la îndemână. Neincluderea printre îndatoririle fundamentale a obligaţiei cunoaşterii legii este o punte de lansare către acceptarea erorii de drept. Neconsacrarea principiului prin lege îl scoate din sfera prezumţiilor legale. De altfel, se consideră că principiul „*nemo censetur ignorare legem*" nu poate fi inclus de fel în sfera prezumţiilor, deoarece îi lipsesc elementele specifice acestora. Întemeindu-se doar pe faptul publicării legii în vederea cunoaşterii, probabilitatea ca dezideratele acestui principiu să se realizeze sunt minime. Trecerea termenului de trei zile de la publicare pentru intrarea în vigoare nu este suficient pentru a susţine ideea că legea este cunoscută de majoritatea celor interesaţi. Astfel statul poate garanta drepturile şi libertăţile fundamentale prin instituirea de norme juridice sancţionatorii şi prohibitive, dar nu e în măsură să garanteze nimănui că toţi cunosc aceste norme şi, pe cale de consecinţă, nimeni nu le va încălca.

Legislaţia, fiind tot mai complexă şi specializată prin diversificarea raporturilor sociale şi juridice, prin interacţiunea între legi, prin complicarea logicii şi a limbajului juridic, devine un spaţiu tot mai greu de înţeles pentru omul de rând. De aceea vorbind de cunoaşterea legii, trebuie să se extindă sfera acestei noţiuni şi la sensul de înţelegere a legii.

Prin urmare cunoaşterea legii, fără a ţine cont şi de înţelegerea legii, trebuie să fie inclusă în categoria ficţiunilor juridice şi să fie eliminată din categoria prezumţiilor irefragabile – care nu pot fi puse la îndoială sub nicio formă.

Bibliografie

1. **Mircea Djuvara**, *Teoria generală a dreptului*, Vol. II, Ed. Librarie Soccec&Co. SA, Bucuresti, 1930, p.564.

[1] Poenaru E., *Drept civil. Teoria generala. Persoanele.,* Ed. All Beck, Bucuresti, 2002, p. 127.

2. **Sorin Popescu, Victoria Țăndăreanu**, *Probleme actuale ale tehnicii legislative*, Bucureşti, Edit. Lumina Lex, 2003, p. 34–39.

3. **Mircea Djuvara**, *Teoria generala a dreptului. Drept raţional, izvoare şi drept pozitiv.* Ed. All Beck, Bucuresti, 1999, p.372.

4. **Gh.C. Mihai**, *Teoria dreptului*, Ed. C.H.Beck, Bucuresti, 2008, p.105.

5. **Mateuţ Gheorghiţă, Artur Mihăilă**, *Logica juridică*, Ed. Lumina Lex, Bucureşti, 1998, p.238.

6. **C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băiconeanu**, *Tratat de drept civil roman*, Vol. II, Ed. AllBeck, Bucureşti, 2002, p.448.

7. **Gh. Beleiu, M. Nicolae, P. Truşca**, *Drept civil roman. Introducere în dreptul civil. Subiectele dreptului civil*, Ediţia a VII-a, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2003, p. 127 şi urm.

8. **Gabriel Boroi**, *Drept civil. Partea generala. Persoanele*. Ed. All Beck, Bucureşti, 2001, p.130.

9. **Ion Deleanu**, *Ficţiunile juridice*, Ed. All Beck, Bucureşti, 2005, p.1.

10. **Ciongaru E**, *Teoria obligaţiilor în dreptul roman*, Ed. Scrisul românesc, Craiova, 2011, p.68.

11. **Romul Petru Vonica**, *Introducere generală în drept*, Bucureşti, Edit. Lumina Lex, 2000, p. 264.

12. **I. Craiovan**, Tratat de teoria generala a dreptului, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2007, p.363.

13. **Ciongaru E.**, *Teoria generala a dreptului*, Ed. Scrisul Romanesc, Craiova, 2011, p.44-45.

14. **Nicolae Popa**, *Teoria generală a dreptului*, Ed. CH Beck, Bucureşti, 2008, p. 134.

15. **Nicolae Popa**, *Teoria generală a dreptului*, Edit. ACTAMI, Bucureşti, 1992, p. 111–112.

16. Legea nr. 544/2001 privind liberul acces la informaţiile de interes public, publicata în Monitorul Oficial nr. 663/23 oct. 2001.

17. **Deleanu, Ion**, *Cunoaşterea legii şi eroarea de drept*. În: Revista „Dreptul“, nr. 7/2004, p. 42

18. **Ungureanu, Ovidiu**, *Drept civil. Introducere*, Bucureşti, Editura Rosetti, 2005, p. 141

19. R**. Decottignes**, L'erreur de droit, în Revue trimestrielle de droit civil, Paris, 1951, p.312 şi urm. apud Ion Deleanu, *Ficţiunile juridice*, p.151.

20. **Poenaru E.**, Drept civil. Teoria generala. Persoanele. Ed. All Beck, Bucuresti, 2002, p.127.

Scurta analiză asupra legislației farmaceutice din unele state membre UE

Cristina-Luiza ***EREMIA***[*]

Abstract: *Acest articol face o analiză teoretică a diverselor sisteme farmaceutice din Europa, pentru a trage concluzii asupra avantajelor şi dezavantajelor fiecărui sistem.*

Mecanismele prin care sunt generate şi alocate fonduri în sistemele de sănătate europene sunt deosebit de complexe şi diferă de la o ţară la alta.

În toate ţările Uniunii Europene guvernele sunt implicate în finanţarea îngrijirii medicale; cele mai multe state membre folosesc un sistem combinat între contribuţiile la asigurările sociale şifinanţarea guvernamentală directă a sănătăţii.

Cât priveşte asigurările private, acestea reprezintă mai degrabă un supliment decât un substituent al sistemului principal de sănătate.

Carta Farmaciei Europene, pledează pentru modelul etic de funcţionare a farmaciei cu circuit deschis şi reprezintă un document-model, atât pentru statele membre UE, cât şi pentru ţările candidate la aderare.

Keywords: *Sisteme europene de sănătate, farmacie*

1. Introducere

În iunie 2000, Organizaţia Mondială a Sănătăţii a oferit un răspuns îndelung aşteptat la întrebarea "Cum este sistemul sanitar din ţară X, comparativ cu cel din ţară Y?" Rezultatele, publicate în World Health Report 2000[1], s-au bazat pe evaluarea modului în care au fost realizate cinci obiective propuse de sistemele sanitare naţionale.

Asigurarea sănătăţii este considerată a fi un obiectiv esenţial al unui sistem sanitar. E firesc, aşadar, că principalele scopuri să fie realizarea unui nivel ridicat de sănătate şi distribuirea echitabilă a serviciilor de asistenţă medicală[2]. Totodată, un sistem sanitar ar trebui să corespundă aşteptărilor populaţiei, ceea ce implică respectul pentru individ (autonomie şi confidenţialitate) şi orientarea clientului (servicii prompte şi calitate a dotărilor). Ca şi în cazul sănătăţii, scopurile rezultante se corelează cu nivelul absolut de receptivitate faţă de exigenţele populaţiei şi cu modul de distribuire. Al cincilea obiectiv este finanţarea echitabilă, cheltuielile reflectând capacitatea de plată, şi nu neapărat riscul de îmbolnăvire.

Sănătatea cetăţenilor este şi una dintre principalele priorităţi ale Uniunii Europene, care, în definirea şi punerea în aplicare a tuturor politicilor şi acţiunilor sale, are în vedere asigurarea unui nivel ridicat de protecţie a sănătăţii umane[3]. În acest sens, acţiunea Uniunii Europene, care completează politicile naţionale ale statelor membre,

---

[*] Lector universitar, Universitatea "Ovidius" din Constanţa - Facultatea de Farmacie.

[1] Evans DB, Tandon A, Murray CJL, Lauer JA., *Eficienţa comparată a sistemelor sanitare naţionale,* BMJ 2001;323;307-310.

[2] Organizaţia Mondială a Sănătăţii - Raport asupra starii de sanatate mondiala, 2000. Sistemele sanitare: imbunatatirea performantei. Geneva: OMS, 2000.

[3] Articolul 168 din Tratatul privind Funcţionarea Uniunii Europene (T.F.U.E.)

are în vedere îmbunătăţirea sănătăţii publice şi prevenirea bolilor şi afecţiunilor umane, precum şi a cauzelor de pericol pentru sănătatea fizică şi mentală[1].

Uniunea Europeană este ferm angajată să asigure un nivel ridicat de protecţie, competitivitate şi inovare în domeniul sănătăţii publice, aceasta fiind şi motivaţia înfiinţării

Agenţiei Europene pentru Medicamente prin Regulamentul (CE) nr. 726/2004[2]. Conform regulamentului de istituire, Agenţia Europeană pentru Medicamente răspunde de coordonarea resurselor ştiinţifice existente puse la dispoziţia sa de statele membre pentru evaluarea, supravegherea şi farmacovigilenţa medicamentelor şi, totodată, furnizează statelor membre şi instituţiilor Uniunii cea mai bună consiliere ştiinţifică posibilă privind toate aspectele legate de evaluarea calităţii, siguranţei şi eficienţei medicamentelor de uz uman sau veterinar care îi sunt prezentate în conformitate cu dispoziţiile dreptului comunitar privind medicamentele[3].

Structura şi funcţionarea diverselor organisme componente ale Agenţiei au fost concepute în aşa fel încât să ţină seama de nevoia de reînnoire constantă a competenţelor ştiinţifice, de nevoia de cooperare între Uniunea Europeană şi organismele naţionale şi de nevoia de implicare corespunzătoare a societăţii civile. Drept urmare, diversele organisme ale Agenţiei trebuie să stabilească şi să dezvolte legături adecvate cu părţile în cauză, în special cu reprezentanţi ai pacienţilor şi ai profesiilor din domeniul sănătăţii, printre care şi profesia de farmacist.

Pentru a defini rolul şi modul de exercitare a profesiei de farmacist, Grupul Farmaceutic al Uniunii Europene a publicat încă din anul 1989, *Carta Farmaciei Europene,* document-model, atât pentru ţările componente ale Uniunii, cât şi pentru ţările candidate la aderare. Acest document pledează pentru modelul etic de funcţionare a farmaciei cu circuit deschis şi conţine 12 principii.

În anul 1999 Adunarea Generală a Grupului Farmaceutic al Uniunii Europene a hotărât că principiile exprimate în Carta rămân în vigoare, aceste principii fiind completate cu această ocazie. Adunarea Generală a Grupului Farmaceutic considera că deciziile guvernamentale referitoare la sistemul de reformă a sănătăţii naţionale, nu trebuie să includă nicio alterare de la aceste principii.

Din datele publicate privind activitatea farmaceutică în ţările aparţinând spaţiului european, se desprind două modele de farmacie: etic şi mercantil (comercial)[4].

2. Sisteme farmaceutice europene, organizate după modelul etic

2.1. Austria

În vederea obţinerii licenţei pentru a lucra în farmacia comunitară trebuie îndeplinite următoarele condiţii: cetăţenie austriacă sau cetăţenie a unui stat membru al Uniunii Europene (UE), diploma de farmacist obţinută în Austria sau într-o ţară membră a UE, cu care există încheiate convenţii, permis de management care se eliberează după o

---

[1] Dan Vătăman, *Dreptul Uniunii Europene,* Bucureşti, Editura Universul Juridic, 2010, p. 212.

[2] Regulamentul (CE) nr. 726/2004 al Parlamentului European şi al Consiliului din 31 martie 2004 de stabilire a procedurilor comunitare privind autorizarea şi supravegherea medicamentelor de uz uman şi veterinar şi de instituire a unei Agenţii Europene pentru Medicamente, publicat în JO L 136, 30.4.2004, p. 1.

[3] Dan Vătăman, *Instituţiile Uniunii Europene,* Bucureşti, Editura Universul Juridic, 2011, p. 260.

[4] Elias Mossialos, Monique Mrazek, Tom Walley (ed), *Regulatingpharmaceuticals in Europe: striving for efficiency, equity and quality,* The European Observatory on Health Systems and Policies, WHO, 2004.

vechime de minimum 5 ani de activitate de la absolvire, uşurinţă în relaţiile de muncă în cadrul farmaciei, capacitate legală deplină, sănătate fizică, cunoaşterea foarte bună a limbii germane. Permisul oficial este eliberat de Guvernatorul provinciei. Licenţa originală este un drept personal absolut.

Pentru înfiinţarea unei noi farmacii, în Austria primează criteriile demografic şi geografic pentru înfiinţarea unei farmacii şi constituie restricţia libertăţii de stabilire. Prin aceste criterii se asigura viabilitatea farmaciilor existente. Prin aderarea la Uniunea Europeană, Austria nu şi-a schimbat aceste criterii. Consecinţa stabilirii libere a amplasării de noi farmacii este apariţia de farmacii mici, unde personalul farmaceutic nu este utilizat suficient şi apare necesară desfacerea de produse secundare, parafarmaceutice. Experienţa austriacă s-a dovedit a fi pozitivă; a fost evitat dezavantajul stabilirii mai multor farmacii noi, în zone aglomerate, în detrimentul acoperirii geografice uniforme[1].

Conform legislaţiei farmaceutice austriece farmaciile nu sunt întreprinderi de comerţ pur. Regulile de competiţie liberă, fără restricţie, nu pot fi aplicate la farmacii. Produsele medicamentoase sunt un tip special de marfă. Vânzarea cât mai multor medicamente posibile şi creşterea consumului acestora, prin măsuri comerciale sau de publicitate nu constituie obiectivul principal al activităţii farmaceutice austriece[2].

În Austria, distanţa minimă intre farmacii este de 500 m, raportul farmacie/număr de locuitori, inclusiv bolnavi în trecere, este în medie de 1/5500.

Farmacia poate avea un singur proprietar sau un parteneriat, cu condiţia ca licenţiatul să fie manager şi partener reprezentativ şi să deţină peste 50% acţiuni, sau cel puţin 25% iniţial, urmând a creşte la peste 50% în 10 ani. Farmacia se vinde exclusiv altui farmacist şi numai după o perioadă de minimum 5 ani de la autorizare. După decesul farmacistului este permis de lege soţului/soţiei să închirieze sau să concesioneze farmacia altui farmacist pentru o perioadă de maximum cinci ani. Până la împlinirea vârstei de 24 de ani copilul, urmaş al farmacistului, poate închiria farmacia unui alt farmacist. În cazul în care urmează studii de farmacie, farmacia poate fi închiriată până când acesta împlineşte vârsta de 35 ani. Succesorul trebuie să vândă farmacia unui proprietar unic sau unei companii, în care acesta trebuie să deţină majoritatea acţiunilor.

Distribuitorilor şi producătorilor de medicamente ca şi oricăror altor entităţi de stat sau private le este interzisă deţinerea de farmacii sau lanţuri de farmacii. Farmaciştii care nu au cetăţenie austriacă nu pot deschide o farmacie nouă, dar pot prelua o licenţă de la o farmacie care funcţionează de cel puţin 3 ani. Preţurile sunt controlate. Adaosul comercial se situează între 11,1% şi 35,5%.

Din totalul farmaciilor, 561 au ca proprietar un singur farmacist, iar 565 de farmacii au ca proprietar un parteneriat de farmacişti.

Distribuţia medicamentelor de către medici umani sau de medici veterinari nu este posibilă, cu excepţia situaţiilor când cabinetul medical este la peste 6 km de cea mai apropiată farmacie[3].

2.2. Belgia

Proprietarul farmaciei poate fi oricine, distribuitorii pot deţine lanţuri de farmacii, producătorilor de medicamente le este interzis însă acest lucru.

---

[1] http://www.who.int/medicines/areas/coordination/pharmaceutical_country_profile_austria_final.pdf.

[2] European Commission, Internal Market and Services DG, *Study of regulatory restrictions in the field of pharmacies. Main report,* ECORYS Nederland BV, Rotterdam, 22 June 2007, http://ec.europa.eu/internal_market/services/docs/pharmacy/report_en.pdf.

[3] Sursa de referinţă:www.wienintemational.at.

În farmacie trebuie să fie permanent un farmacist pe tura. Farmacistul şef este obligat să fie prezent în farmacie, în absenţa sa putând fi înlocuit cu un alt farmacist cu aceeaşi calificare. Farmacistul şef nu poate conduce simultan o altă afacere cu medicamente sau produse parafarmaceutice, nu poate lucra în producţia de medicamente sau în depozitul farmaceutic.

Începând cu anul 1998, 83% dintre farmacişti sunt proprietari de farmacii, iar 17% aparţin unor entităţi nefarmaceutice. Farmacistul sau orice persoană fizică/juridică pot fi proprietari ai mai multor farmacii.

Sunt reglementate criterii demografice şi geografice pentru înfiinţarea unei farmacii.

Este permisă fuzionarea a doua farmacii în aceeaşi localitate. Vânzarea unei farmacii este permisă numai pentru cele deschise cel puţin 5 ani. Preţul unei farmacii nu poate depăşi valoarea următoarelor elemente: accesoriile şi echipamentul tehnic, stocul de produse şi 150% din media profitului brut obţinut în ultimii 5 ani. Nu sunt restricţii la mutarea unei farmacii şi nici la întocmirea succesiunii în cazul decesului proprietarului.

Medicamentele sunt distribuite exclusiv de farmacişti, medicii şi veterinarii fiind obligaţi să cumpere medicamente din farmacia cu circuit deschis.

Toate medicamentele, celelalte produse de sănătate ca şi produsele dietetice trebuie vândute prin farmacii.

Este interzisă reclama la medicamentele eliberate pe prescripţii medicale. Farmaciştii nu au voie să facă reclamă propriilor farmacii.

Nu este stipulata vârsta la care farmacistul belgian este obligat să se pensioneze.

Farmaciştii primesc onorarii pentru îndatoririle de serviciu şi pentru prepararea formulelor magistrale[1].

2.3. Franţa

Farmacistul este proprietarul unei singure farmacii. Farmaciştii pot fi autorizaţi să formeze o societate în nume colectiv, în vederea exploatării unei farmacii şi, de asemenea, pot forma o societate cu răspundere limitată pentru o singură farmacie.

Farmacistul titular al unei farmacii trebuie să-şi exercite personal profesia. Înfiinţarea şi conducerea unei farmacii cu circuit deschis este interzisă altor profesii (medic, medic veterinar, stomatolog, asistenţi, moaşe).

Este legiferat criteriul demografic, prin care o farmacie se înfiinţează la 2.500 de locuitori pentru o populaţie sub 5 000 de locuitori, la 3000 de locuitori pentru o populaţie între 5 000 - 30 000 de locuitori şi la 3.500 de locuitori pentru o populaţie de peste 30 000 de locuitori[2].

Mutarea unei farmacii se face în acelaşi sector, cu aprobarea Ordinului Farmaciştilor şi a autorităţilor sanitare din sectorul respectiv.

Cu excepţia unor evenimente de forţă majoră vânzarea unei farmacii se poate face după o perioadă de minimum cinci ani de la înfiinţare.

În cazul decesului farmacistului titular înstrăinarea farmaciei se poate face de către moştenitorii legali, după o perioadă de maximum 2 ani, timp în care aceasta este condusă de un farmacist abilitat.

---

[1] Carl-Ardy Dubois, Martin McKee, Ellen Nolte (ed), *Human resources for health in Europe,* The European Observatory on Health Systems and Policies, WHO, 2006.

[2] Art. L. 5125-11 si L. 5125-14 din Codul sanatatii publice. Prin derogare (art. L.5125-13), cota de 2500 de locuitori este de 3500 pentru Alsace, Moselle si Guyane.

În exercitarea profesiei nu sunt limite de vârstă, la retragerea sa din activitate farmacistul fiind obligat să vândă farmacia. În toate situaţiile, medicamentele trebuie să fie preparate de un farmacist sau sub directa să supraveghere.

Este obligatorie efectuarea programului de gardă pentru toate farmaciile, prin rotaţie, cu acordul Ordinului Farmaciştilor şi anunţând autorităţile locale.

Farmacistul nu poate exercita o activitate incompatibilă cu demnitatea sa profesională. Este obligatorie păstrarea secretului profesional. Farmacistul din farmacia de oficina (cu circuit deschis) nu poate practică altă profesie.

Din cele 23 271 de farmacii, 7 051 au ca proprietar un singur farmacist, iar restul de 16 220 de farmacii au ca proprietar un parteneriat de farmacişti[1].

2.4. Germania

Proprietarul farmaciei este farmacistul care o conduce personal şi autonom, ceea ce implică asumarea tuturor deciziilor referitoare la operaţiunile din farmacie (pe probleme farmaceutice, economice sau de resurse umane). Este interzisă asocierea proprietarilor de farmacii, un farmacist putând deţine o singură farmacie. Este, de asemenea, interzisă încheierea acordurilor care oferă o parte directă sau indirectă a bunurilor rezultate din activitatea unei farmacii oricărei terţe părţi. Aceasta deoarece, dependenta economică ar fi contrară practicării independente a profesiei de farmacist, putându-se astfel preveni situaţii în care interesele pur mercantile ar putea conduce activităţile specifice farmaceutice[2].

Farmacistul trebuie să deţină un laborator în care fiecare produs este monitorizat, putând, totodată, efectua analize ca: teste de graviditate, măsurarea tensiunii arteriale, teste de sânge.

Nu este prevăzut de lege criteriul geografic pentru înfiinţarea unei farmacii.

Nu sunt restricţii pentru vânzarea unei farmacii, singura condiţie este aceea că cel care cumpără farmacia să fie numai un farmacist. În cazul în care proprietarul decedează legea germană prevede că soţul/soţia să păstreze farmacia din motive economice până când ea/el se va recăsători. Copilul poate păstra farmacia până la vârsta de 23 ani; dacă urmează studii de farmacie perioadă se poate prelungi până când acesta îşi finalizează studiile.

În ceea ce priveşte organizarea unei farmacii se menţionează următoarele: spaţiul farmaciei trebuie să fie de cel puţin 110 mp, împărţit în oficina, laborator, depozit, camera de gardă; numărul de încăperi şi echipamentul trebuie să asigure producerea, examinarea, stocarea şi ambalarea produselor farmaceutice şi să permită eliberarea medicamentelor şi consilierea pacienţilor. Încăperile farmaciei trebuie să comunice între ele, dar să fie separate de zonele de trafic public; personalul farmaceutic trebuie să fie în număr corespunzător pentru corectă funcţionare a farmaciei. Prezenţa farmacistului este obligatorie în farmacie[3].

Nu există restricţii referitoare la faptul că proprietarii de farmacie îşi pot transfera farmacia în alt loc. Niciunul nu este constrâns să se pensioneze la o anumită vârstă.

Publicitatea la medicamentele prescrise de medici este interzisă.

---

[1] Martin McKee and Judith Healy (ed), *Hospitals in a changing Europe,* , The European, Observatory on Health Systems and Policies, WHO, 2002.

[2] OECD Reviews of Regulatory Reform: Germany, OECD, 2004, pp. 159-161

[3] Legea germana privind farmaciile (Apothekengesetz), http://www.abda.de/fileadmin/assets/Gesetze/Apothekengesetz_engl_Stand-2008-05.pdf.

Este reglementat programul de funcţionare al farmaciilor, existând şi servicii de noapte pentru urgenţe (1 farmacie cu program de noapte, la fiecare 20 de farmacii).

Nu sunt restricţii privind mutarea unei farmacii.

Există 5 reguli care se impun în desfăşurarea activităţii farmaceutice[1]:

1. Preţul uniform al medicamentelor.
2. Farmacia este exclusiv proprietate privată.
3. Pacientul are dreptul să-şi aleagă farmacia.
4. Farmacistul nu poate practică altă profesie, dacă aceasta este incompatibilă cu standardele profesiei sale.
5. Farmaciile se aprovizionează numai cu medicamente şi cu produse destinate îngrijirii sănătăţii.

2.5. Italia

Proprietarul farmaciei este farmacistul licenţiat şi abilitat să practice profesia. Farmacistul este proprietarul unei singure farmacii fiind interzise lanţurile de farmacii. Autorizarea de înfiinţare a unei farmacii se face pe baza unui sistem de examinare la nivel naţional, constituit din probe practice de laborator şi probe orale, sub formă de teste grila, cu 300 de întrebări. Autorizaţia de înfiinţare a unei farmacii presupune posesia a doua licenţe: una emisă de autoritatea sanitară teritorială, cealaltă emisă de Consiliul orăşenesc[2].

Sistemul farmaceutic italian are reglementat criteriul demogeografic, numărul de farmacii fiind proporţional cu numărul de locuitori. Oraşele cu o populaţie mai mică de 12.500 locuitori au o farmacie la fiecare 5.000 de locuitori. În alte oraşe sau comune exista o farmacie la 4.000 de locuitori. Distanţa minimă între două farmacii este 200 m.

Farmaciile se vând după o funcţionare de minim 3 ani.

În urmă decesului farmacistului, moştenitorii nefarmacisti pot vinde farmacia în cel mult trei ani. În cazul în care un moştenitor urmează studii de farmacie, perioada de păstrare a proprietăţii se prelungeşte la 10 ani.

Mutarea unei farmacii se poate face numai în acelaşi areal. În cazul în care mutarea se face în altă zonă farmaciştii trebuie să treacă printr-un proces de selecţie.

Farmacistul şef nu poate practică altă profesie.

Farmaciştii deţin exclusivitatea eliberării medicamentelor. Pot elibera de asemenea produse parafarmaceutice, alte produse - chirurgicale, cosmetice şi mâncare pentru copii. Vânzarea la distanţă şi teleshopping-ul la medicamente cu şi fără prescripţie medicală sunt interzise[3].

Farmaciştii nu pot face publicitate farmaciei lor înafara incintei acesteia.

Programul farmaciei este limitat la 8 h şi este reglementat regional. Sunt farmacii cu servicii de urgenţă în fiecare regiune în funcţie de numărul de locuitori. Programul permanent este stabilit de Asociaţia farmaceutică locală.

---

[1] Elias Mossialos, Monique Mrazek and Tom Walley (ed), *Regulatingpharmaceuticals in Europe: striving for efficiency, equity and quality,* The European Observatory on Health Systems and Policies, WHO, 2004.

[2] F. Pammolli, L. Magazzini, N. C. Salerno, *Il sistema farmaceutico alla ricerca di regole "intelligenti "* Una ricostruzione del quadro normativo e regolamentare dagli anni Novanta ad oggi, CERM, NOTA CERM 6/2006.

[3] Federazione Nazionale degli Ordini dei Farmacisti Italiani, *Codice Deontologico del Farmacista,* Roma, 2007, www.fofi.it.

Legea nu prevede o vârstă obligatorie pentru retragerea din activitate[1].

2.6. Portugalia

Un farmacist poate fi proprietar sau coproprietar la o singură farmacie.

Lanţurile de farmacii sunt interzise.

Înfiinţarea unei noi farmacii se bazează pe organizarea unui concurs profesional la nivel naţional, coordonat de Ministerul Sănătăţii şi Institutul Naţional de Farmacie şi Medicamente, la solicitarea autorităţilor locale de sănătate. Selecţia finală se bazează pe un punctaj obţinut la examen (maximum 10) la care se adauga numărul de ani de experienţă în farmacia publică sau de spital, domiciliul, vârsta şi titlurile academice obţinute în carieră.

Este reglementat şi respectat criteriul demo-geografic pentru înfiinţarea unei farmacii. Distanţa minimă intre farmacii este de 250 m, o farmacie se înfiinţează la 6.000 de locuitori. Sunt situaţii speciale când criteriul referitor la populaţie este variabil: în localităţi fără nicio farmacie, în localităţi cu unităţi medicale unde o farmacie se afla la 3 km distanţă de acestea, în centre comerciale.

Vânzarea sau transferarea farmaciei se poate face numai după o perioadă de funcţionare de cel puţin doi ani.

În cazul decesului proprietarului moştenitorul care este farmacist sau student la facultatea de farmacie poate prelua proprietatea, un farmacist abilitat poate fi angajat ca interimar. Dacă moştenitorii nu sunt farmacişti au la dispoziţie doi ani pentru a vinde farmacia sau pentru a o transfera altui farmacist pentru o perioadă de 10 ani. Farmacia se vinde sau se închide la sfârşitul acestei perioade[2].

Farmacistul şef se poate ocupa de altă activitate care nu afectează îndeplinirea sarcinilor de serviciu în farmacia să; în caz contrar îi este interzisă conducerea unei alte afaceri incompatibile cu standardele profesiei sale.

Farmaciile sunt autorizate să elibereze în mod exclusiv medicamente. Suplimentele nutritive şi produsele din plante pot fi vândute şi în supermarket-uri. Farmaciştii pot comercializa produse ortopedice, fitofarmaceutice, homeopatice, ortometrice, dietetice şi cosmetice.

Vânzarea la distanţă şi teleshopping-ul precum şi alte metode vânzare decât cele consacrate şi reglementate sunt interzise. Farmaciile nu au ore speciale de deschidere. Se efectuează ore suplimentare până la ora 22 său serviciu permanent - 24 de ore.

Farmaciştii pot continua exercitarea profesiei şi peste vârsta de 65 de ani, vârsta de pensionare[3].

2.7. Spania

Una dintre principalele probleme ale reformei sanitare în Spania o reprezintă înfiinţarea farmaciilor, modul de eliberare a medicamentelor către pacienţi, prepararea şi elaborarea de formule magistrale şi oficinale, colaborarea cu autorităţile publice în vederea utilizării raţionale a medicamentelor în diferite servicii sanitare de interes general. Conform Legii nr.14/1986 (Legea sanitară), a Legii nr. 25/1990 (Legea me-

---

[1] Josep Figueras, Martin McKee, Jennifer Cain, Suszy Lessof (ed), *Health systems in transition: learning from experience,* , European Observatory on Health Systems and Policies, WHO, 2004.

[2] Paula Lobato de Faria, Roger Blanpain, *Medical law in Portugal,* Kluwer Law International, 2010, ISBN 9041133135, pp. 157-171, http://books.google.ro/books?isbn=9041133135.

[3] Barros PP, de Almeida Simoes J., *Portugal: health system review,* WHO European Observatory on Health Systems and Policies. Health systems in transition. 2007;9(5): 1-140.

dicamentului) precum şi a Legii privind reglementarea Serviciilor farmaceutice comunitare (din anul 1997), farmaciile sunt unităţi sanitare private, de interes public, supuse programului sanitar, în care farmacistul titular, proprietar, împreună cu asistenţi şi personal auxiliar, trebuie să presteze servicii farmaceutice de baza către populaţie[1].

Proprietarul farmaciei este farmacistul, absolvent al unei facultăţi de farmacie, singur sau în parteneriat cu alţi farmacişti. Fiecare dintre ei poate deţine singur o farmacie.

Sunt interzise lanţurile de farmacii indiferent cine ar putea fi proprietarul acestora.

Autorizarea de funcţionare a unei farmacii se eliberează în funcţie de numărul locuitorilor şi de distanţa dintre farmacii, cu scopul de a garanta accesibilitatea şi calitatea serviciilor, precum şi controlul în administrarea medicamentelor în funcţie de nevoile specifice fiecărei zone. Pentru înfiinţarea unei farmacii, numărul minim de locuitori este de 2800, iar numărul maxim este de 4000. Pentru zonele rurale, turistice, montane se poate stabili un număr mai mic de locuitori pentru o farmacie. Distanţa minimă intre farmacii este, în general, de 250 m.

Autorizarea se face cu respectarea principiului publicităţii şi transparentei, prevăzut în procedurile specifice de autorizare, în care se prevăd cerinţe de încredere şi garanţii. Funcţionarea farmaciei se poate realiza numai în favoarea celorlalţi farmacişti. În cazurile de sancţiuni, privind incapacitatea profesională sau penală a farmaciştilor, se interzice funcţionarea farmaciei[2].

După decesul proprietarului legea cere moştenitorilor să închidă farmacia dacă aceştia nu au calificările cerute sau nu urmează studii în acest sens.

Prezenţa şi activitatea profesională a farmacistului este condiţia esenţială pentru eliberarea de medicamente către omul bolnav. Este reglementat numărul minim de farmacişti (în afară de farmacistul şef) care trebuie să-şi desfăşoare activitatea în farmacie, cu scopul de a garanta pacienţilor asistenţă profesională adecvată.

Eliberarea medicamentelor, a produselor parafarmaceutice şi a celor de uz veterinar se face exclusiv de către farmacii[3].

3. Concluzii

Se constată astăzi, în toate ţările membre ale UE, o certă insatisfacţie a utilizatorilor de servicii medicale vis-a-vis de sistemele de sănătate existente, de modalităţile de finanţare şi de furnizare a serviciilor medicale. Principalele probleme comune, care ocupa diverse locuri în ordinea preocupărilor naţionale, le reprezintă carentele lor în materie de echitate şi egalitate la accesul la serviciile medicale, de control asupra cheltuielilor, de utilizare eficientă a resurselor şi de control al calităţii serviciilor medicale. Aceste preocupări comune conduc la strategii convergente sau specifice după caz.

Dacă principiul universalităţii de acces la îngrijiri este utilizat în majoritatea statelor membre, *egalitatea de acces* rămâne o preocupare constantă a sistemelor de sănătate, acestea depind de numeroşi factori care nu sunt direct legaţi de sănătate. Eforturile în

---

[1] OECD Reviews of Regultory Reform. *Regultory Reform in Spain,* OECD, 2000, ISBN : 9789264182363 (PDF), http://www.oecd-ilibrary.org/governance/oecd-reviews-of-regulatory-reform-regulatory-reform-in-spain-2000 9789264182363-en.

[2] Carmen Pena, *Spanish Pharmacy. Promoting sustainability through corporate social responsibility,* International Pharmacy Journal, vol 27, no. 1 june 2011, https://www.fip.org/files/fip/IPJ/IPJ_Vol27_No1_web_def.pdf.

[3] Gartia-Armesto S, Abad^a-Taira MB, Duran A, Hernandez-Quevedo C, Bernal-Delgado E., *Spain: Health system review. Health Systems in Transition,* 2010, 12(4):1-295, ISSN 1817-6127 Vol. 12 No. 4, http://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0004/128830/e94549.pdf.

acest domeniu sunt neapărat multidisciplinare şi transsectoriale şi atenţia se îndreaptă cu prioritate către educaţia pentru sănătate la fel ca şi către lupta împotriva excluderii.

Politicile pun din ce în ce mai mult accent pe reorientarea sistemelor de sănătate către obiective măsurabile atât în ceea ce priveşte calitatea îngrijirilor medicale cât şi în ceea ce priveşte satisfacţia utilizatorilor.

În ceea ce priveşte rolul farmaciştilor în cadrul sistemelor de sănătate naţionale, numeroase studii la nivel european şi naţional[1] arată că farmaciştii se bucură de o importantă încredere din partea beneficiarilor de servicii de sănătate, pentru calitatea serviciilor pe care le furnizează[2]. Mai mult, Rezoluţia a 2-a (ResAP, 2001) a Consiliului Europei privind rolul farmaciştilor în cadrul sistemelor de sănătate, recunoaşte că farmaciştii, prin cercetările lor ştiinţifice şi farmaceutice făcute cu respectarea eticii şi deontologiei, aduc o contribuţie importantă în cadrul sistemelor de sănătate.

4. Bibliografie

1. **Barros PP, de Almeida Simoes J.**, *Portugal: health system review,* WHO European Observatory on Health Systems and Policies. Health systems în transition. 2007; 9(5):1-140.
2. *Crossing the Quality Chasm: A New Health System for the 21st Century,* Committee on Quality of Health Care în America, Institute of Medicine, 2001.
3. Code de la Sânte publique France.
4. **Dubois Carl-Ardy, McKee Martin, Nolte Ellen** (ed), *Human resources for health în Europe*, The European Observatory on Health Systems and Policies, WHO, 2006.
5. European Commission, Internal Market and Services DG, *Study of regulatory restrictions în the field of pharmacies. Main report,* ECORYS Nederland BV, Rotterdam, 22 June 2007.
6. **Evans DB, Tandon A, Murray CJL, Lauer JA**., *Eficienta comparată a sistemelor sanitare naţionale,* BMJ 2001; 323; 307-310.
7. Federazione Nazionale degli Ordini dei Farmacişti Italiani, *Codice Deontologico del Farmacista,* Roma, 2007.
8. **Figueras Josep, McKee Martin, Cain Jennifer, Lessof Suszy** (ed), *Health systems în transition: learning from experience,* European Observatory on Health Systems and Policies, WHO, 2004.
9. **Garda-Armesto S, Abad^a-Taira MB, Durân A, Hernândez-Quevedo C, Bernal-Delgado E.**, *Spain: Health system review. Health Systems în Transition,* 2010, 12(4):1-295, ISSN 1817-6127 Vol. 12 No. 4.
10. *Global Corruption Report 2006: Corruption în Health,* Transparency Internaţional, 2006.
11. Legea germană privind farmaciile (Apothekengesetz).
12. http://www.who.int/medicines/areas/coordination/pharmaceutical_country_profile_austria_final.pdf.

[1] *The World Health Report 2000* - Health systems: Improving performance, WHO, 2000; *To err is human: building a safer health system.* Washington, DC, National Academy Press, 2000; *World Development Report 2004* , The World Bank, Washington, D.C., 2004; *Global Corruption Report 2006: Corruption in Health,* Transparency International.

[2] *Crossing the Quality Chasm: A New Health System for the 21st Century,* Committee on Quality of Health Care in America, Institute of Medicine, 2001; vezi şi: Reader Digest « Serviciile profesionale cele mai fiabile », 2005.

13. http://www.wieninternational.at

14. **Lobato de Faria Paula, Blanpain Roger**, *Medical law în Portugal,* Kluwer Law Internaţional, 2010, ISBN 9041133135.

15. **McKee Martin, Healy Judith** (ed), *Hospitals în a changingEurope*, The European, Observatory on Health Systems and Policies, WHO, 2002.

16. **Mossialos Elias, Mrazek Monique, Walley Tom** (ed), *Regulating pharmaceuticals în Europe: striving for efficiency, equity and quality,* The European Observatory on Health Systems and Policies, WHO, 2004.

17. OECD Reviews of Regultory Reform. Regultory Reform in Spain, OECD, 2000, ISBN: 9789264182363 (PDF.

18. OECD Reviews of Regulatory Reform: Germany, OECD, 2004.

19. Organizaţia Mondială a Sănătăţii - *Raport asupra stării de sănătate mondială, 2000. Sistemele sanitare: imbunatatireaperformantei,* Geneva: OMS, 2000.

20. **Pammolli F., Magazzini L., Salerno N. C.,** *Îl sistema farmaceutico alla ricerca di regole "intelligenti" Una ricostruzione del quadro normativo e regolamentare dagli anni Novanta ad oggi,* CERM, NOTA CERM 6/2006.

21. **Pena Carmen**, *Spanish Pharmacy. Promoting sustainability through corporate social responsibility,* Internaţional Pharmacy Journal, vol 27, no. 1 june 2011.

22. Reader Digest, *Serviciile profesionale cele mai fiabile,* 2005.

23. Regulation (EC) no. 726/2004 of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004, published în OJ L 136, 30.4.2004.

24. **Saltman RB, Ferroussier-Davis O.,** *The Concept of Stewardship în Health Policy,* WHO Bulletin 2000.

25. *To err îs human: building a safer health system.* Washington, DC, Naţional Academy Press, 2000.

26. **Vătăman Dan**, *Dreptul Uniunii Europene,* Bucureşti, Editura Universul Juridic, 2010.

27. **Vătăman Dan**, *Institu iile Uniunii Europene*, Bucureşti, Editura Universul Juridic, 2011.

28. WHO - The World Health Report 2000 - *Health systems: Improving performance,* WHO, 2000.

29. *WorldDevelopmentReport 2004*, The World Bank, Washington, D.C., 2004.

Incursiune în sistemul românesc şi european. Deontologia funcției publice

Paulina ***DINA****

Abstract: *Deontologia, prin specificul obiectului său de cercetare se află la graniţa dintre drept şi morală. Ea reprezintă ansamblul normelor care conturează un anumit tip de comportament profesional sau privat. Unele din aceste norme sunt consacrate din punct de vedere juridic, putând fi impuse prin intervenţia forţei coercitive a statului, altele sunt sancţionate doar de opinia publică, înscriindu-se în categoria normelor etice. Deontologia poate fi considerată o punte între ştiinţele juridice (dreptul) şi etică, putând fi studiată sub două aspecte: acela al reglementărilor date în temeiul "principiului legalităţii" coroborat cu principiile morale. Cel de al doilea aspect, se referă la faptul că ea reprezintă: "ansamblul normelor juridice şi morale aferente funcţiei publice, ca element intrinsec serviciului public, statuat obiectiv de către societate la un moment dat, în scopul eficientizării serviciului public de către cei chemaţi a îndeplini funcţia publică. Pentru a obţine cea mai potrivită combinare a structurii ierarhice şi capacităţii administrative cu eficacitatea şi eficienţă managerială şi capacitatea de a obţine rezultate şi performanţe, este necesară reforma în administraţia publică incluzând toate aspectele organizării statului. Astfel, în realitatea administraţiei publice, nu tot ceea ce e legal este şi etic. Fie că ne place sau nu, funcţionarii publici lucrează cu anumite norme legale care nu sunt neapărat etice în criteriu general.*

Cuvinte cheie: *etică, deontologie, administraţie publică, slujbaş, funcţionar public.*

Conţinut

Ca ramură a Eticii, deontologia, este ştiinţa care studiază obligaţiile şi comportamentul celor ce practică o anumită profesie. Ea are la bază datoria morală, fără a se suprapune studiului filosofiei sau a teoriei generale a datoriei morale. Există o deosebire esenţială între etică şi deontologie. Astfel, în timp ce *etica* cuprinde studiul filosofic al datoriilor, *deontologia* este o ştiinţă aplicată sau aplicabilă. În cazul funcţiei publice, scopul Deontologiei este reprezentat de realizarea eficienţei serviciului public şi satisfacerea nevoilor cetăţeanului.

Deontologia, prin specificul obiectului său de cercetare se află la graniţa dintre drept şi morală. Ea reprezintă ansamblul normelor care conturează un anumit tip de comportament profesional sau privat. Unele din aceste norme sunt consacrate juridiceşte, putând fi deci impuse prin intervenţia forţei de coerciţie a statului, altele sunt sancţionate doar de opinia publică, înscriindu-se în categoria normelor etice.

Deontologia poate fi considerată o punte între ştiinţele juridice (dreptul) şi etică, putând fi studiată sub două aspecte: acela al reglementărilor date în temeiul

* Lect.univ.drd., Universitatea Creştină „Dimitrie Cantemir", Facultatea de Management Turistic şi Comercial.

"principiului legalităţii"[1] coroborat cu principiile morale. Cel de al doilea aspect, se referă la faptul că ea reprezintă: "ansamblul normelor juridice şi morale aferente funcţiei publice, ca element intrinsec serviciului public, statuat obiectiv de către societate la un moment dat, în scopul eficientizării serviciului public de către cei chemaţi a îndeplini funcţia publică". Eficienţa nu reprezintă numai rezultatul unei bune organizări şi conduceri a unei activităţi.

Obţinerea unei eficienţe maxime depinde şi de gradul de conştiinciozitate, de atitudinea conştiincioasă faţă de îndatoririle de serviciu a funcţionarului public. Într-o accepţiune generală am putea defini funcţionarul public ca„acea persoană numită, în condiţiile legii, într-o funcţie publică"[2]. Într-o prima etapă putem spune, că funcţia publică presupune o situaţie juridică a unei persoane fizice învestită legal cu atribuţii în realizarea competenţei unei autorităţi publice[3].

Într-un sens larg, un funcţionar public trebuie să asigure aplicabilitatea dreptului. În cazul în care funcţionarul public are o situaţie juridică bine stabilită şi îi sunt asigurate unele drepturi care să-i permită desfăşurarea activităţii în bune condiţii şi asigurarea unui trai decent, el se va putea dedica întru totul activităţii autorităţii sau instituţiei publice din care face parte. În aceste condiţii, el îşi va îndeplini cu conştiinciozitate sarcinile de serviciu1 şi va pune în exerciţiul funcţiei toate cunoştinţele şi calităţile sale.

Datoria primordială a funcţionarului public este servirea interesului general aşa cum reiese din însăşi etimologia cuvântului administraţie, din latinescul "*administer"* care înseamnă*„slujbaş, servitor"*[4]. Prin urmare, obligaţiile de ordin moral ce trebuie respectate derivă din scopul exercitării funcţiei publice, anume slujirea societăţii şi a cetăţenilor. În măsura în care actele normative stipulează expres aceste obligaţii morale, ele dobândesc dimensiune profesională.

Când se vorbeşte despre o funcţie publică, scopul Deontologiei este reprezentat de realizarea eficienţei serviciului public şi satisfacerea nevoilor cetăţeanului. Eficienţa, reprezintă rezultatul unei bune organizări şi conduceri a unei activităţi. Ea depinde de gradul de conştiinciozitate, de atitudinea conştiincioasă faţă de îndatoririle de serviciu ale funcţionarului public. Când funcţionarul public are o situaţie juridică bine stabilită în care îi sunt asigurate unele drepturi ce-i permit desfăşurarea activităţii în bune condiţii şi asigurarea unui trai decent, el se va putea dedica întru totul activităţii autorităţii sau instituţiei publice din care face parte. Astfel, el îşi va îndeplini cu conştiinciozitate sarcinile de serviciu şi va pune în exerciţiul funcţiei toate cunoştinţele şi calităţile sale.

Aşa cum este menţionată de către specialişti, dobândirea calităţii de funcţionar public este dată de competenţa subiectelor active participante la raporturile juridice, care desfăşoară un anumit gen de activitate datorită organizării competenţei şi diviziunii sociale a muncii, în cadrul organizării respective. Activitatea subiectelor investite cu o anumită competenţă oferă acestor subiecte o calitate oficială desfăşurată, în principiu, din oficiu. Această competenţă şi calitate oficială a funcţionarului public este specifică

---

[1] Art.124. Constituţia Romaniei 1991 aşa cum a fost modificată şi completată prin Legea de revizuire nr. 429/2003, republicată de Consiliul Legislativ, publicată în M. Of. Parte I nr. 758 din 29 octombrie 2003

[2] Legea functionarilor publici.Statutul. Legea 188/1999, actualizata, privind Statutul functionarilor publici, art.2(2)actualizata în 2003

[3] Antonie Iorgovan, *Tratat de drept administrativ*, Ediţia a III-a revăzută şi adăugită, Editura All Beck, Bucureşti, 2001, vol. I

[4] în sistemul European se intalnesc diferite concepte precum: în Franta si Luxemburg- "fonctionnaires", în Germania "funcionario", agent de l'Etat" în Belgia"

subiectelor active participante la raporturile de drept administrativ, în calitatea lor de organizatori ai executării legii şi de executare în concret a acesteia.

Potrivit Legii privind Statutul funcţionarilor publici, *funcţionar public* este persoana care ocupă o funcţie publică. Funcţionar public (de carieră) din administraţia publică este cetăţeanul numit în condiţiile legii, pe o perioadă nedeterminată, într-o funcţie publică, în serviciul unei autorităţi publice centrale sau locale, ori, după caz, într-o instituţie publică sau regie autonomă aflate sub autoritatea organelor centrale ale administraţiei publice sau a consiliilor judeţene ori locale. Din definiţia dată putem reţine următoarele elemente, unele evidenţiate chiar în definiţie, altele care se subînţeleg şi anume:

1. Funcţionar public nu poate fi decât cetăţeanul român cu domiciliul în ţară pentru conform dispoziţiilor constituţionale; "funcţiile şi demnităţile publice civile sau militare pot fi ocupate de persoanele care au numai cetăţenie română şi domiciliul în ţară"[1].

2. Funcţionar public este doar cetăţeanul numit într-o funcţie publică vacantă din cadrul unui serviciu public, nu şi cel ales.

În definiţie am evitat folosirea expresiei "investire în funcţie" pentru că aceasta presupune nu numai numirea, ci şi repartizarea, alegerea etc. Investirea în funcţie se face prin numire, pentru că aceasta presupune integrarea funcţionarului public într-o ierarhie ce ţine de natura administraţiei publice, în regim de putere publică. Prin numire sau, titularizare de către autoritatea competentă, i se conferă persoanei calitatea de funcţionar public şi este integrat în ierarhia administrativă.

Persoana care ocupă o funcţie publică are pe lângă obligaţiile de consilier juridic o serie de obligaţii cu caracter moral, scrise, nescrise, şi care circumscriu etica profesiei de funcţionar public. Toate aceste datorii morale pe care un funcţionar le respectă pe durata exercitării unei funcţii publice poartă generic denumirea de*„deontologie". Sintagma„deontologie*[2]*"* provine din cuvintele greceşti *„deon", „deontos"* care înseamnă *„ceea ce se cuvine", „ceea ce trebuie făcut" şi „logos"* care înseamnă*„studiu, ştiinţă"*.

O altă definiţie ce a fost dată deontologiei funcţiei publice este în sensul că ea reprezintă: "ansamblul normelor juridice[3] şi morale aferente funcţiei publice, ca element intrinsec serviciului public, statuat obiectiv de către societate la un moment dat, în scopul eficientizării serviciului public de către cei chemaţi a îndeplini funcţia pub1ică".

Din definiţie se desprind următoarele trăsături:

• Deontologia funcţiei publice reprezintă un ansamblu de norme juridice şi morale, deci, o îmbinare a dreptului cu morala;

• Normele menţionate sunt aferente funcţiei publice ca element intrinsec serviciului public;

• Statuarea obiectivă a acestor norme de către societate face referire în primul rând la un cadru legal, ştiut fiind că legea are caracter general şi impersonal, fapt ce permite oricărui interpret al problematicii o abordare obiectivă a studiului;

• Aprecierea deontologiei funcţiei publice*„la un moment dat",* ţine de caracterul istoric al evoluţiei sociale a dreptului şi moralei.

Astfel, o anumită abordare avea deontologia funcţiei publice într-o anumita orânduire, şi o cu totul altă abordare are în momentul de faţă. Această trăsătură poate fi nuanţată şi spaţial, nu numai cronologic, deoarece chiar într-un anumit moment istoric

---

[1] Constituţia Romaniei 1991 aşa cum a fost modificată şi completată prin Legea de revizuire nr. 429/2003, republicată de Consiliul Legislativ, publicată în M. Of. Parte I nr. 758 din 29 octombrie 2003 Art.16(3)

[2] Potrivit sorgintei sale, *deontologia* se poate defini ca ştiinţă "a ceea ce trebuie să facem"

[3] Ion Mocioi, *Deontologia funcţiei publice,* Editura Spicon, 2001

pe suprafaţa planetară fiecare stat are propria sa reglementare legală şi propriile precepte morale ale abordării deontologice a funcţiei publice.

Deontologia funcţionarului public exprimă la rândul ei ansamblul normelor referitoare la comportamentul profesional şi moral al funcţionarului public în serviciu şi în afara serviciului, având în vedere că este purtătorul autorităţii publice.

Unele precepte morale sunt consacrate juridic, devenind norme juridice, putând fi aduse la îndeplinire, în cazuri extreme, prin forţa de coerciţie a statului, pe când alte reguli morale rămân de domeniul normelor etice, sancţionate doar de opinia publică.

Astfel, unii autori consideră necesară studierea problemelor legale, cum ar fi conflictul de interese şi evitarea atragerii răspunderii în faţa legii, în timp ce alţii aduc în discuţie „gradul" de etică al unor decizii luate de funcţionarii publici, care nu sunt acoperite din punct de vedere legal. Funcţionarii publici acţionează pe baza unei varietăţi de principii[1] şi percepte. Anumite percepte etice sunt implicite, altele sunt explicite, unele dintre ele fiind chiar contradictorii. Oricum, toate aceste principii au la bază etica văzută ca virtute şi responsabilitate.

Putem spune ca, prin specificul obiectului său de cercetare, deontologia se află la interferenţa între drept şi morală. Ea poate fi definită ca reprezentând ansamblul normelor care conturează un anumit tip de comportament profesional sau privat. O parte din aceste norme sunt consacrate din punct de vedere juridic, putând fi impuse prin intervenţia forţei de coerciţie a statului, altele sunt sancţionate doar de opinia publică, înscriindu-se în categoria normelor etice.

Astfel, deontologia se referă la regulile proprii unei profesii, a cărei exercitare o guvernează. Vom regăsi o deontologie profesională a avocatului, a judecătorului, a medicului, a profesorului, a jurnalistului, a salariatului şi, plecând de la normele comune consacrate de acesta, un specific al deontologiei funcţionarului public. Regulile deontologice care guvernează o anumită activitate sau profesie sunt sintetizate în „coduri"(regulamente de ordine interioara ce reglementează comportamentul funcţionarului public).

Acest Cod ajuta si la diminuarea fenomenului "corupţie" care este foarte des întâlnit. Corupţia este în general recunoscută ca reprezentând o problemă majoră a societăţii moderne, ce pune în pericol stabilitatea şi siguranţa statului de drept, valorile democratice şi morale. Faptul că fenomenul corupţiei a existat din cele mai vechi timpuri, constituind până în prezent unul dintre cele mai grave şi mai răspândite comportamente ale unor persoane cu funcţii de răspundere, este o afirmaţie ce nu suscită îndoială.

Corupţia generează discriminare şi inegalităţi, îmbogăţiri rapide şi ilicite, duce la crearea unor monopoluri care pervertesc sau distrug legile economiei de piaţă. "Ea încalcă drepturile economice şi sociale, iar în final slăbeşte încrederea între oameni, atacând, astfel, însăşi esenţa (inima) drepturilor omului".

Corupţia reprezintă folosirea abuzivă a puterii publice, în scopul satisfacerii unor interese personale sau de grup. Ca act antisocial, corupţia este foarte frecvent întâlnită în societate şi este deosebit de gravă deoarece favorizează interesele unor particulari, mai ales în aria economică, afectând interesele colective prin: mituire, abuz de putere în exercitarea atribuţiilor de serviciu, fraudă economico-financiară, extorcare, trafic de influenţă, nepotism, favorism, deturnare de fonduri, însuşirea de fonduri nemeritate, conflict de interese prin angajarea în tranzacţii sau dobândirea unei poziţii ori a unui interes comercial care nu este compatibil cu rolul şi îndatoririle oficiale. Prin urmare, administraţia publică centrală îşi exercită competenţa teritorială la nivelul întregului

[1] Legea 7/2004 privind Codul de Conduită al funcţionarilor publici, republicat în 2007, art.3

teritoriu naţional, iar cea locală doar la nivelul unităţilor administrativ-teritoriale în care au fost alese autorităţile respective.

Însă dacă privim dintr-o altă perspectivă, organele ce compun administraţia publică centrală dispun fie de o competenţă materială generală, precum Guvernul, fie de una de domeniu, cum sunt ministerele, pe când autorităţile locale au o competenţă materială ce se circumscrie în jurul realizării interesului local. Desigur mai e şi promovarea interesului, care poate fi general-naţional, evident de către administraţia centrală, sau al localităţii respective, de către administraţia publică locală.

În administraţia publică, subiecţii actelor de corupţie sunt funcţionarii publici, cărora li se acordă permanent sau provizoriu, anumite drepturi şi obligaţii, în vederea exercitării funcţiilor într-un serviciu public sau într-o altă instituţie. Corupţia şi lipsa standardelor etice din cadrul funcţiei publice ameninţă administraţia publică în ceea ce priveşte consolidarea credibilităţii funcţiei publice şi a instituţiilor democratice în faţa propriilor cetăţeni şi contribuie, de asemenea, la agravarea sărăciei şi la slăbirea sistemului de servicii prestate cetăţenilor.

Consiliul Europei consideră că administraţiile publice naţionale joacă un rol esenţial în societăţile democratice şi acestea trebuie să aibă la dispoziţie un personal corespunzător.

Funcţionarul public trebuie să posede calificările necesare şi să dispună de un cadru juridic şi material corespunzător pentru a se achita de sarcinile de serviciu.

Principiile care stau la baza funcţiei publice sunt:

- asigurarea promptă şi eficientă, liberă de prejudecăţi, corupţie şi abuz de putere şi presiuni politice ale tuturor activităţilor efectuate de funcţionarii publici;
- selectarea funcţionarilor publici exclusiv pe criteriul competenţei;
- egalitatea şanselor la intrarea şi la promovarea în corpul funcţionarilor publici;
- stabilitatea funcţionarilor publici.

Funcţionarul public al Comunităţilor Europene, este definit prin Statutul funcţionarilor Comunităţii Europene astfel: " este funcţionar al Comunităţilor, în sensul prezentului statut, orice persoană care a fost numită într-o funcţie permanentă dintr-una din instituţiile Comunităţii printr-un act emis de autoritatea investită cu puterea de numire de această instituţie"[1]. în acest sens, Parlamentul european a adoptat, la 6 septembrie 2001, printr-o rezoluţie, un Cod al Bunei Administrări, pe care instituţiile şi organismele comunitare, autorităţile administrative şi funcţionarii lor au obligaţia să-l respecte în relaţiile cu cetăţenii. În elaborarea şi definitivarea procedurii de adoptare, un rol deosebit l-a avut şi Mediatorul European, căruia Tratatul privind Uniunea Europeană (Tratatul de la Maastricht) i-a stabilit rolul de a lupta împotriva cazurilor de administrare defectuoasă în activitatea instituţiilor şi organismelor comunitare.[2]

Deontologia funcţionarului public exprimă la rândul ei ansamblul normelor referitoare la comportamentul profesional şi moral al funcţionarului public în serviciu şi în afara serviciului, având în vedere că este purtătorul autorităţii publice. Astfel, se regăseşte o deontologie a medicului, avocatului,a judecătorului, a jurnalistului şi plecând de la normele comune consacrate de aceasta, un specific al "deontologiei funcţionarului public".

---

[1] Statutul functionarilor Comunitatii Europene, art.96, cu modificarile de rigogare în 2010

[2] A se vedea în acest sens „Codul European al bunei conduite administrative", document redactat de către mediatorul European şi tradus de instituţia Avocatul Poporului din România, Bucureşti, 2003.

Agenţia Naţională a Funcţionarilor Publici[1] (conform dispoziţiilor legale, această autoritate publică coordonează metodologic, monitorizează, verifică şi controlează aplicarea prevederilor legale privind normele de conduită morală şi profesională a funcţionarilor publici) reprezintă, aşa cum prevede şi legea funcţionarului public, o instituţie de interes naţional cu obligaţia de a elabora, promova şi implementa un Cod de Conduita al Funcţionarilor Publici.

Scopul declarat al Codului de conduită a funcţionarilor publici constă în asigurarea creşterii calităţii serviciului public, o bună administrare, în realizarea interesului public, precum şi diminuarea sau eliminarea birocraţiei şi a faptelor de corupţie din administraţia publică românească. Funcţionarul este un alt tip de salariat, terminologie ce rezultă din actul de numire (sau de repartizare) care nu este creator, prin el însuşi, de raport juridic, ci o condiţie care precede încheierea unui contract de muncă este relevant pentru doctrinarii în materie. Astfel putem spune că funcţionarul public este, deci, „persoana fizică investită cu o funcţie publică cu caracter de permanenţă în serviciile autorităţii centrale sau locale, ori în instituţiile publice care aparţin acestora".

Concluzii

Pentru a fi pusă în aplicare legea trebuie înţeleasă şi interpretată în litera şi spiritul ei. Adesea cetăţenii cărora li se adresează legea nu o cunosc sau nu sunt de acord cu conţinutul ei sau cu înţelesul acesteia şi, în acest caz, se creează un conflict între cei cărora li se aplică legea şi cei care o aplică. În timp ce beneficiarii serviciilor publice doresc uneori ocolirea legii, funcţionarii publici trebuie să o aplice întocmai fără însă ca puterea discreţionară cu care este abilitată Administraţia Publică să-şi permită a depăşi limitele legii, ci doar a alege dintre mai multe variante prevăzute de lege, pe cea care corespunde cel mai bine situaţiei date, cerinţei beneficiarului.

Întrucât în acţiunile sale funcţionarul se exprimă pe sine, trebuie totuşi, ca în exercitarea funcţiei publice să nu uite că este pus în slujba cetăţenilor, a interesului public, căruia trebuie să-i dea satisfacţie cu întâietate. Pentru că funcţionarii publici sunt purtătorii puterii discreţionare a administraţiei publice, şi adesea se pot corupe sau manifesta abuziv prin încălcarea drepturilor şi intereselor cetăţenilor.

Este necesar ca normele ce privesc comportamentul profesional şi moral al funcţionarului public, deontologia acestuia, să se refere atât la relaţiile sale în interiorul serviciului, cu şefii ierarhici, cu subalternii, cu întregul personal, cât şi cu beneficiarii activităţii sale, cu celelalte persoane juridice, inclusiv cu celelalte instituţii ale statului, de fapt cu societatea în ansamblul său.

Bibliografie

1. **Apetrei, Ciprian şi Pâlânea, Corneliu**, *Deontologia funcţionarului public*, Univ. Ploieşti, 2004

2. **Coman-Kund, Liviu**, *Deontologia şi statutul funcţionarilor publici din administraţia publică*, 2003

3. **Ion Mocioi**, *Deontologia funcţiei publice,* Editura Spicon, 2001

4. **Iorgovan Antonie**. – *Tratat de drept administrativ*, ed a 4 a Ed. All Beck, 2005

5. **Păltânea, Cristhian, Apetrei Cristian**. - *Deontologia funcţionarului public.* Editura U.P.G. 2004,

[1] Legea 7/2004 privind Codul de Conduită al funcţionarilor publici, republicat în art.1.alin.5.lit.g.

6. **Rădulescu Corina** - *Deontologia funcţiei publice* - Suport de curs-2006

7. **Vedinaş Verginia**. - *Statutul funcţionarului public*. Editura Nemira, 1998,

8. **Vedinaş Verginia, Călinoiu Constanta**. – *Statutul funcţionarului public European*. Ediţia. a II a. Ed. Universal Juridic, 2007

*** Constituţia României 1991 aşa cum a fost modificată şi completată prin Legea de revizuire nr. 429/2003, republicată de Consiliul Legislativ, publicată în M. Of. Parte I nr. 758 din 29 octombrie 2003

*** Legea 188/1999 privind statutul funcţionarului public, republicata în Monitorul Oficial Nr. 365 din 29 mai 2007

***Legea 7/2004 privind Codul de Conduită al funcţionarilor publici, republicat în 2007

*** Recomandarea nr. R (2000)10 a Comitetului Miniştrilor Statelor Membre privind codurile de conduită pentru funcţionarii publici adoptată la 11 mai 2000, la 106-a sesiune a Comitetului Miniştrilor, Strassbourg, 2000,

*** Statutul Funcţionarilor Comunităţii Europene, modificat în 2010

*** http://www.europeana.ro/

Unele considerații privind impactul dreptului francez asupra celui românesc, în contextul formării României moderne

Andrei ***TINU***[*]
Cătălin ***BOBOC***[**]

Abstract: *Secolul al XIX-lea înregistrează nu doar constituirea unui stat românesc independent, ci şi fundamentarea unor principii juridico-instituţionale ale funcţionării acestuia. Este secolul naţiunilor mici, dornice să scape de sub dominarea marilor puteri. Franţa a simţit cel mai bine această nevoie a* oropsiţilor *Europei, acţionând în consecinţă. Românii s-au bucurat de atenţia şi de protecţia francezilor cel mai mult, iar legile, cultura şi administraţia lor au întrebuinţat modelul oferit de Paris. Se ştie că Muntenia şi Moldova, cele două ţări româneşti care au ales să „meargă" pe aceeaşi cale începând cu 1859, şi-au format elitele în Occident, cu precădere în Franţa. Prin urmare, pătrunşi de ideile novatoare ale revoluţiei franceze de la 1789, oameni de talia lui Nicolae Bălcescu, Mihail Kogălniceanu sau Ion C. Brătianu s-au aflat în fruntea revoluţionarilor paşoptişti şi, mai târziu,în fruntea părinţilor creatori statului român modern.*

Prin acest studiu, încercăm să analizăm, din perspectivă istorică şi instituţională, impactul dreptului francez asupra celui românesc, aşa cum îl regăsim în principalele acte juridice ale primelor şapte decenii ale secolului al XIX-lea. Studiul nu poate şi nici nu îşi propune să fie unul care să cuprindă totalitatea elementelor franţuzeşti ale sistemului juridic românesc, despre care se susţine că este o simplă copie a modelului original, autorii urmărind să sintetizeze cele mai importante informaţii despre modul în care un sistem juridic, al unei mari puteri, iradiază un altul, dintr-un stat aflat la începuturile sale.

Cuvinte cheie: *drept, impact, constituţie, lege, stat*

Introducere

Franţa a fost, începând cu veacul al XIX-lea, prietenă statornică a românilor şi a statului lor, creat pe fundamente franceze. Revoluţia de la 1789 a schimbat nu doar o formă de organizare, împietrită în clişee absolutiste, ci întreaga mentalitate… Practic, francezii au fost primii care, la nivel politic şi instituţional, au construit şi dezvoltat forme şi norme de organizare pe baza egalităţii, libertăţii şi fraternităţii, principii enunţiative ale mişcărilor revoluţionare de sfârşitul secolului al XVIII-lea şi care puneau omul în centrul Universului.

Sub aceste auspicii s-a format întreaga elită românească de la jumătatea secolului al XIX-lea, şcolită în centrele universitare ale Franţei şi care a transpus în practică ideile novatoare ale intelectualilor din această ţară. Influenţa Franţei a fost, din punct de vedere cultural, educaţional, politic şi juridic, una covârşitoare. Nu degeaba, Bucureştiul

[*] Asistent universitar doctorand – Universitatea „Titu Maiorescu" din Bucureşti, Facultatea de Drept.
[**] Master în Istorie – Universitatea „Ovidius" din Constanţa.

era numit *Micul Paris*. Relaţiile franco-române nu au fost întotdeauna strânse, dar, în momentele esenţiale, sprijinul Franţei s-a simţit. Cel mai elocvent în acest sens este momentul făuririi României Mari, la 1918, urmat de recunoaşterea internaţională a acestui act, consemnat prin sistemul tratatelor de pace de la Versailles (1919 – 1923). Atunci, generalul Berthelot, unul dintre susţinătorii României, cerea liderilor de la Paris să susţină cauza fraţilor de gintă latină din Est. „De voie, de nevoie, la Congresul de pace – spunea ilustrul general în ultimul său raport trimis din Bucureşti –, Franţa va trebui să ridice glasul în favoarea României şi aceasta în favoarea propriilor interese”[1]. Pentru două decenii, soarta le-a surâs românilor, iar statul lor va fi atins apogeul dezvoltării sale. Ne propunem în cele ce urmează o scurtă incursiune în istoria instituţională a României Moderne, plecând evident de la modelul francez.

Modelul francez în principalele acte juridice româneşti din secolul al XIX-lea

„Fiecare sistem juridic – susţine Mădălin-Irinel Niculeasa – aduce cu el şi menţine propriul sistem de valori”[2], un sistem importat din Occident, prin preluarea conceptului de „bloc constituţional” din doctrina şi jurisprudenţa franceză.[3]Contextul istoric favorabil al formării statului român modern a fost dat de dorinţa marilor puteri occidentale de a stopa extinderea influenţei ruseşti în zona Mării Negre, Imperiul otoman, care-şi trăia ultimul veac al unei existenţe de jumătate de mileniu, constituia o contrapondere pentru Rusia ţaristă. [4] Până la Convenţia pentru organizarea definitivă a Principatelor Române de la Paris, din 7/19 august 1858, au mai existat proiecte de constituţie ale liderilor mişcărilor revoluţionare din cele trei ţări româneşti. Primul dintre acestea a fost programul lui Ion Câmpineanu şi al Partidei Naţionale din Ţara Românească (1838), textul proiectului cuprinzând două versiuni juxtapuse – una românească şi una în limba franceză – şi fiind corectat de Felix Colson, secretarul consilierul francez la Bucureşti, care a contribuit la redactarea propriu-zisă a programului Câmpineanu, prin formularea/ traducerea termenilor tehnici; proiectul făcea referire la vot universal, libertatea individuală şi a cuvântului, precum şi la libertatea tiparului. Versiunea franceză prevedea dreptului suveranului de a graţia ori pe acela de a comuta pedeapsa, chiar şi „pe timpuri normale”, dar şi obligativitatea moştenitorului tronului de a depunde jurământul în faţa Reprezentanţei Naţionale.[5]

Prevederile din textul francez sunt însuşite de către liderii Revoluţiei de 1848, ele apărând în *Petiţia Naţională de la Blaj* (punctul 15), în *Proclamaţia de la Izlaz* (punctul 22) şi în *Proiectul de constituţie al lui Kogălniceanu*. Proclamaţia de la Izlaz, din 9/21 martie 1848, a fost redactată de către un comitet revoluţionar, convocat iniţial la Paris, pe 8/20 martie 1848, de Nicolae Bălcescu. Un alt document programatic al anului 1848 a fost Petiţiunea Naţională, întocmită la 4/16 mai, la Blaj. Se cerea: asigurarea libertăţii

---

[1] Viorica Moisuc, *Premisele izolării politice a României: 1919-1940*, Editura Humanitas, Bucureşti, 1991, p. 73., *apud* Marinela Constantinescu, *Relaţii româno-franceze: 1920-1930*, Editura Sitech, Craiova, 2010, p. 7.

[2] Mădălin-Irinel Niculeasa, *Modernism şi postmodernism în sistemul juridic român: privire teoretică asupra modalităţii de alienare şi pervertire a instituţiilor juridice*, Editura juridică „Fokus”, Bucureşti, 2006, p. 12.

[3] *Ibidem.*

[4] Sorina Macamete, *Dezvoltarea constituţională de la Regulamentele Organice până la Constituţia de la 1866*, Editura Legis, Craiova, 2010, p. 21.

[5] *Ibidem*, p. 23-27.

personale, libertatea învăţământului, a cuvântului şi a scrisului, libertatea tiparului, după modelul instituit de revoluţia franceză. Dar cel mai fidel liniei pariziene rămâne proiectul constituţional al lui Mihail Kogălniceanu, care adoptă ideile de organizare ale legii fundamentale belgiene de la 1831 şi filosofia dreptului francez. Conform acestora, suveranitatea este atributul esenţial al naţiunii, care încredinţează exerciţiul acesteia organelor supreme ale statului, respectiv Adunarea Obştească şi Domnul, organe formate prin alegere. [1]

Perioada imediat următoare momentului revoluţionar de la 1848 avea să evidenţieze cât de importantă a fost influenţa franceză în mentalitatea elitei conducătoare din a doua jumătate a secolului al XIX-lea, o acumulare de idei novatoare ce ţinea însă de interesele economice, politice şi militare ale Franţei, dornică de a-şi recâştiga poziţiile şi de a-şi reface prestigiul internaţional.[2] Pasionaţii de istorie şi, mai ales, cunoscătorii domeniului au afirmat, în dese rânduri, că binele României a fost întotdeauna legat de binele Franţei. Influenţa franceză asupra societăţii româneşti se va face simţită încă din ultimul deceniu al secolului al XVIII-lea, dar mai pregnant începând cu deceniul al treilea al *secolului naţiunilor*. Istoricii au în vedere numeroasele memorii ale boierimii româneşti adresate lui Napoleon Bonaparte, între 1802 şi 1810, precum şi mărturiile scrise ale unor ofiţeri, diplomaţi sau călători străini în Ţările Române.[3] Mai apoi, după *experienţa revoluţionară* a lui Tudor Vladimirescu de la 1821, Parisul devine centrul de formare al noii elite politice şi intelectuale moldo-vlahe.[4] Acolo s-a format generaţia paşoptistă, o generaţie de numele căreia se leagă construcţia României din deceniile 6 şi 7 ale secolului al XIX-lea. Un astfel de lider a fost şi Ion C. Brătianu, unul dintre fondatorii României Moderne. Născut la 1821, Brătianu s-a format la faimosul Collége de France, unde i-a avut ca profesori pe iluştrii Jules Michelet, Adam Mickievicz şi Edgar Quinet, frecventând şi cursurile Universităţii Sorbona.[5] A fost unul dintre partizanii apropierii de Franţa. Momentul dublei alegeri a colonelui Cuza a fost posibil şi datorită implicării lui Ion C. Brătianu, „vinovat" de negocierile secrete cu şeful Poliţiei şi cu Comandamentul armatei, împreună cu care a luat decizia ca forţele de ordine şi populaţia să stea departe de sediul Adunării, evitându-se astfel orice posibilitate a puterilor garante de a cere anularea alegerii.[6]Un alt nume important a fost cel al lui Mihail Kogălniceanu, principalul colaborator al lui Alexandru Ioan Cuza. Această dublă alegere a colonelului Cuza ca domnitor avea să beneficieze de sprijinul Parisului. Întreaga perioadă a domniei iubitului prinţ al Unirii va fi fost ghidată de Franţa, reprezentanţii acesteia fiind cei mai de seamă sfătuitori externi ai conducătorului român. Un asemenea colaborator a fost Victor Place, diplomatul francez ale cărui sfaturi au fost aplicate „cât mai fidel", mai puţin cele referitoare la componenţa nominală a Guvernului.[7]Istoricii merg mult mai departe, enunţând faptul că Place este autorul planului de acţiune privind Unirea Principatelor, extrem de îndrăzneţ, conform căruia „cele două Adunări urmau să fie

---

[1] *Ibidem*, p. 28-44.

[2] Mirela-Irina Cula, *Relaţiile româno-franceze în a doua jumătate a secolului al XIX-lea*, Editura Else, Craiova, 2011, p. 8-10.

[3] Iulian Oncescu, *România în politica orientală a Franţei: 1866-1878*, Editura Transversal, Târgovişte, 2007, p. 23-24.

[4] *Ibidem*, p. 24.

[5] Ioan Todea, *Ion C. Brătianu: o viaţă în slujba ţării şi a naţiunii române: 1821-1891*, Editura Universitară, Bucureşti, 2011, p. 21-23.

[6] Marian Stroia, *Românii în contextul politic european: 1859-1866*, Editura Semne, Bucureşti, 2007, p. 11.

[7] *Ibidem*, p. 41-42.

convocate sub pretextul dezbaterii în comun a chestiunii rurale; odată întrunite, ele urmau să voteze unirea deplină (…) Etapa excepţională trebuia să se încheie prin adoptarea unei noi legi electorale în temeiul căreia urma să fie aleasă noua Adunare a Principatelor, reintrându-se odată cu aceasta pe calea constituţională”[1].

Proiectul de Constituţie, întocmit în august 1863, a fost redactat după modelul Constituţiei franceze de la 1852 şi trimis spre aprobare guvernului de la Paris, la 5/17 august acelaşi an.[2]

Modificări în legislaţia adoptată în perioada domniei lui Alexandru Ioan Cuza s-au efectuat, sub aceeaşi influenţă franceză, în domeniile educaţiei, sistemului electoral şi, mai ales, în cel agrar. Reforma cuzistă care s-a bucurat de cea mai mare audienţă, internă şi externă, de adeziunea maselor şi de susţinerea expresă a Franţei a fost cea privind secularizarea averilor mănăstireşti. Prin aceasta se urmărea punerea în slujba intereselor statului a veniturilor provenite de pe un sfert din teritoriul ţării şi evitarea totodată a „exodului” acestor venituri.[3] Legea privind secularizarea averilor mănăstireşti a fost aprobată la 13/25 decembrie 1863, cu 93 de voturi pentru şi 3 împotrivă.[4]Cu această lege, Cuza realiza nu doar o reformă de dragul reformei, ci punea capăt unei autentice probleme economice. După cum arată statisticile vremii, mănăstirile închinate acumulau datorii însumate faţă de statul român în valoare de 19.490.124 lei - 1.466.520 lei în Moldova, iar restul în Muntenia.[5]

O etapă distinctă a epocii Cuza o reprezintă momentul adoptării. Statutului dezvoltător al Convenţiei de la Paris din 7/19 august 1858. Adoptat la 2 mai 1864, Statutul dezvoltător a avut ca principală sarcină pe aceea de a pune de acord dispoziţiile Convenţiei de la Paris cu realităţile ulterioare acesteia: alegerea unui singur domn, prin dubla alegere a lui Alexandru Ioan Cuza, la 5 şi 24 ianuarie 1859, crearea unei administraţii unice, la 11 decembrie 1861. [6] Franţa a fost şi de data aceasta alături de sora sa mai mică. Folosirea numelui România i se datorează în mare măsură Franţei, care, prin Thouvenel, ministrul său de externe, achiesa la propunerea lui Kogălniceanu. „Cât despre numirea de România, este sigur că, în limbajul uzual, folosirea acestui cuvânt n-ar avea niciun incovenient. El corespunde singurei exprimări care există de mult în limba acestor populaţii pentru a numi împreună pe moldoveni şi pe vlahi”[7], arăta acesta, în timp ce baronul de Nothomb, diplomat belgian, nota că „dubla alegere echivalează cu Unirea Principatelor, iar Unirea Principatelor înseamnă independenţa lor”[8].

Modelul francez îşi face simţită prezenţa şi în codurile penal şi civil sau în cele de procedură. În 1864 a fost adoptat **Codul penal**, care a intrat în vigoare 1865. Mai puţin „afectat” de paradigma franceză, codul penal cuzist are drept izvoare codul napoleonian din 1810 şi, într-o mai mare măsură, codul penal prusac din 1851.[9]

---

[1] ***_Al. I Cuza şi Costache Negri: corespondenţă_, Minerva, Bucureşti, 1981, doc. 154, *apud ibidem*, p. 77.

[2] Sorina Macamete, *op. cit.*, p. 58.

[3] Iulian Oncescu, *op. cit.*, p. 28, p. 138.

[4] *Ibidem.*

[5] Constantin C. Giurescu, *Viaţa şi opera lui Cuza Vodă*, Bucureşti, 1966, p. 145, *apud* Marian Stroia, *op. cit.*, p. 96.

[6] Cosmin Dariescu, *Istoria statului şi dreptului românesc din antichitate şi până la Marea Unire*, Editura C.H. Beck, Bucureşti, 2008, p. 227-228.

[7] Iulian Oncescu, *op. cit.*, p. 135.

[8] Mirela-Irina Cula, *op. cit.*, p. 42.

[9] Cosmin Dariescu, *op. cit.*, p. 239.

Tot în 1864 este adoptat **Codul civil**, intrând în vigoare la 1 decembrie 1865 şi având ca izvoare cutumele şi vechile legi ale Ţării Româneşti şi Moldovei, codul civil italian Pissaneli şi codul civil francez, elaborat în 1804 sub Napoleon Bonaparte. De asemenea, sub „imperiul" formei şi fondului francez se elaborează şi cele două coduri de procedură, în speţă **Codul de procedură penală** şi **Codul de procedură civilă**. Codul de procedură civilă, intrat în vigoare la 1 decembrie 1865, modificat şi completat prin legile din 1879, 1894, 1896, 1907 şi 1913, a avut ca izvoare codul de procedură civilă a cantonului Geneva (1819), legea belgiană privind executarea silită şi codul de procedură civil francez. Codul de procedură penală, aplicat concomitent cu codul penal (30 aprilie 1865), a fost promulgat şi publicat la 2 decembrie 1864, servindu-i ca model codul de instrucţie criminală francez, adoptat în 1808.[1]

Derapajul lui Alexandru Ioan Cuza de la linia convenită cu Marile Puteri, nemulţumirile interne şi cele ale Franţei au condus spre abdicarea forţată a acestuia, la 11 februarie 1866. Şi aici se va vedea *mâna* Parisului. Dacă ar fi să reducem totul la o concluzie metaforică, vom putea spune că sfârşitul domniei colonelului Cuza este cauzat de retragea mâinii paterne a Franţei de pe capul copilului rebel România. Această schimbare de atitudine s-a făcut remarcată începând cu 3 august 1865, când domnitorului român i se dădeau din partea Parisului „avertismente ce lăsau să se întrevadă posibilitatea înlăturării de pe tron"[2], fapt care avea să întâmple, la 11 februarie 1866.

Înlăturarea lui Cuza nu a deschis doar problema unui prinţ străin, cât mai ales a contribuit la relansarea ideii de separare a celor două Principate, de anulare a actului din 5/24 ianuarie 1859. Şi de data aceasta, Franţa, căreia i s-au raliat Italia şi Prusia, a ajutat micul stat din Estul Europei, considerând că Unirea era „o realitate istorică asupra căreia nu se va mai putea reveni"[3]şi susţinând că aducerea prinţului străin pe tron este o soluţie viabilă. După refuzul prinţului Filip de Flandra, „ochii" românilor se vor îndrepta spre prinţul Carol de Hohenzollern Sigmaringen, viitorul domnitor şi, mai apoi, rege Carol I. Deşi controversele privind originea candidaturii şi alegerea lui Carol I ca domnitor continuă încă, istoricii sunt de părere că acestea au avut loc cu avizul şi la iniţiativa lui Napoleon III. Dar, cu excepţia Constituţiei, interesele Franţei nu au mai fost convergente cu politica dusă de noul domnitor.[4]

Constituţia de la 1866 şi impactul ei asupra societăţii româneşti

La 29 iunie 1866 se adoptă o nouă Constituţie, promulgată pe 1 iulie 1866, iar la 6 iulie acelaşi an este votată noua lege electorală.[5] Parafrazându-l pe Ihering, putem aprecia faptul că legea fundamentală, în speţă constituţia, este „sora geamănă a libertăţii"[6], un garant al acesteia. Ea oferă normele şi limitele generale ale organizării unui stat, fiind o radiografie a vieţii politice şi sociale a unui moment dat în istorie. În opinia specialiştilor în drept constituţional există mai multe tipuri de legi fundamentale: **constituţie acordată**, **constituţie convenţie**, **constituţie-pact**, **statut sau constituţie-plebiscitară**, **constituţie parlamentară**.[7] Raportată la aceste categorii, Constituţia de la 1866

---

[1] *Ibidem*, p. 251-286.

[2] Vasile V. Russu, *Viaţa politică în România: 1866-1871*, Vol. 1: *De la domnia pământeană la prinţul străin*, Editura Universităţii „Alexandru Ioan Cuza", Iaşi, 2001, p. 29.

[3] *Ibidem*, p. 69.

[4] Iulian Oncescu, *op. cit.*, p. 169-170 sqq.

[5] Cosmin Dariescu, *op. cit.*, p. 228.

[6] Ihering, *non vidi*, *apud* Eufemia Vieriu şi Dumitru Vieriu, *Drept constituţional şi instituţii politice*, Editura Economică, Bucureşti, 2005, p. 31.

[7] Eufemia Vieriu şi Dumitru Vieriu, *op. cit.*, p. 36.

este o constituţie-pact, fiindcă ea apără interesele elitelor conducătoare, iar monarhul – de cele mai multe ori un principe străin adus pe tronul unei ţări – era obligat să ţină cont de ele.[1] Redactată într-un timp scurt, având ca model cea mai liberală dintre constituţiile europene, respectiv cea belgiană, adoptată în 1831. Publicată în Monitorul Oficial nr. 142 din 1 iulie 1866, Constituţia conţinea opt titluri şi 133 de articole, după cum urmează: titlul I – Despre teritoriul României, al doilea, cuprinzând articolele de la 5 la 30, era destinat drepturilor românilor. Titlul III era consacrat puterilor statului, în timp ce următoarele titluri - IV şi V – aveau ca teme predilecte finanţele şi armata. Al şaselea conţinea dispoziţii generale, cel de-al şaptelea era destinat revizuirii constituţiei, pentru ca titlul VIII să conţină dispoziţii tranzitorii şi finale.[2]

Prin actul fundamental de la 1866, societatea românească îşi identifică resorturile juridico-instituţionale pentru a înfăptui Marea Unire de la 1918.

Drepturile şi libertăţile românilor vor fi statuate în cel de-al doilea titlul al actului fundamental din vara anului 1866. Încă din primul articol al acestui titlu se face precizarea că „românii de bucură de libertatea conşciinţei, de libertatea învețementului, de libertatea presei, de libertatea întrunirilor" (articolul 5), actul de faţă asigurând, aşa după cum se precizează în articolul 6, „condiţiunile necesarii pentru excercitarea acestor drepturi".[3] De mare interes sunt şi articolele 21, 23-28. Ele stipulează libertatea conştiinţei şi a cultelor (articolul 21), a învăţământului (articolul 23), „libertatea de a comunica ideile şi opiniunile lor prin graiu, prin scris şi prin presă, fie-care fiind respundetor de abusul acestor libertăţi în casurile determinate prin codicele penal, care nici într'un cas nu va putea restrânge dreptul în sine" (articolul 24), secretul scrisorilor şi al depeşelor (articolul 25), libertatea de întrunire (articolul 26), de asociere (articolul 27) şi articolul 28, care garanta dreptului oricărui cetăţean de a se adresa autorităţilor publice.[4]

Un punct forte al Constituţiei de la 1866 a fost cel privitor libertatea de exprimare şi a presei. Se constată, în primul deceniu de după adoptarea sa, o explozie a numărului de periodice româneşti, unele dintre ele – cum ar fi cazul ziarului „Constituţiunea"[5] – având destinaţia precisă de a explica prevederile cunoscătorilor de carte. Necesitatea unui ziar care să explice prevederile noii legi fundamentale este arătată în articolul de fond al primului număr. „Acuma când Statutul lui Cuza (Statutul dezvoltător al Convenţiei de la Paris – n.a.) şi datu pentru totdeauna la pământu, acuma când suntem inzestraţi cu o constituţiune, acum când intrămu intr'o adeverată vieaţă constituţională, trebuinţa unui diaru, care fiind espresiunea pură a opiniunei publice, se propage şi se înrădăcineze ideile cele bune şi inţielepte în mintea fiecăruea cetăţeanu, se simţesce mai mult decătu ori cându".[6]

Prin Constituţia de la 1866 se desfiinţează privilegiile existente şi se proclamă „egalitatea tuturor înaintea legilor, stabilindu-se regimul de drept al unei ordini burghezo-democratice, care consfinţeşte despărţirea puterilor în stat"[7], precum şi unele aspecte vizând drepturile şi libertăţile fundamentale ale cetăţeanului, „pentru cari (sic) bur-

---

[1] *Ibidem*, p. 37.

[2] Eufemia Vieriu şi Dumitru Vieriu, *op. cit.*, p. 47-50.

[3] ****Constituţii şi alte texte de drept public*, p. 9.

[4] *Ibidem*, p. 11-13.

[5] Apare la Iaşi, sub conducerea unui Comitet de redacţie format din Iordache Beldiman, Costache Negruzzi, Vasilie Pogor, Constantin N. Şuţu şi Gheorghe Mârzescu, de două ori pe săptămână, timp de 24 de numere.

[6] ***Constituţiunea, an I, nr. 1, 24 septembrie 1866, Iaşi, p. 1.

[7] Dumitru Olteanu, *Evoluţia constituţională a României Moderne*, Editura Partidului Comunist Român, Bucureşti, 1946, p. 9-10.

ghezia franceză făcuse revoluţia de la 1789”[1]. Există, în rândul istoricilor şi al constituţionaliştilor, opinia că actul fundamental de la 1866 nu ar fi fost decât o simplă traducere a Constituţiei belgiene de la 1831.[2] Pornesc în susţinerea acestei idei de la faptul că întregul mecanism instituţional al guvernului de la Paris şi filosofia administrativă franceză fuseseră adoptate de către români. „Toate instituţiunile prevăzute în constituţia dela 1866 au fost importate din Apus sub influenţa celor veniţi la studii din Occident, în dorinţa lor de a da o bază modernă României de atunci”[3], se arată într-un material din primii ani ai instaurării comunismului în Europa de Est. Izvoarele juridice care au stat la baza elaborării legii fundamentale de la 1866 sunt: proiectul elaborat de Comisia Centrală de la Focşani, în 1859, Constituţia, legea electorală şi organizarea judecătorească a Belgiei, document tradus în româneşte de Teodor Veisa în 1857, precum şi documentele programatice ale Revoluţiei de la 1848 din Moldova.[4] „În elaborarea proiectului în cestiune – se arată în raportul înaintat Parlamentului de către generalul I. Ghica –, comissiunea a avut în vedere nu numai Constituţiunea Comissiunii Centrale, ci şi convenţiunea din 1857 (eroare de tipografie; a se citi 1858 – n.a.) care este basată pe principiile bine făcătoare alle revoluţiunii francese din 1789, şi Constituţiunea regatului Belgiei, find că instituţiunile şi libertăţile coprinse în ea sunt chiar acelle promise ţerrei într’un chip solemn de către Guvernul actual prin proclamaţiunea sa din 11-23 Februariu”[5].

Pentru unii istorici[6], adoptarea Constituţiei este compromisul între cele două clase posedante[7]. Însăşi dezbaterea proiectului constituţional de la 1866 a reliefat conflictul între viziunea liberală, reformatoare, şi cea conservatoare, tributară tradiţiei. Astfel, în timp ce liberalii propuneau introducerea unui articol în care să se enumere toate libertăţile, considerate la rândul lor ca drepturi naturale, deputaţii conservatori se opuneau vehement. În cele din urmă, aceste prevederi ce erau inspirate din Declaraţia Drepturilor Omului şi Cetăţeanului, adoptată de Adunarea Naţională a Franţei la 26 august 1789, deşi cuprinse într-un amendament din 20 iunie 1866 de către liberalii Lapati, Adrian, Arghiropol, Slăvescu şi Grigorescu, au fost respinse de majoritatea conservatoare.[8]

Concluzii:

Nimeni nu poate nega rolul Franţei în destinul istoric al României. Făceam referire în prezentul material că patria lui Voltaire este cea care, în momentele faste ale existenţei statului român, a fost principalul sprijin în realizarea idealurilor poporului român. Legislaţia franceză a servit drept model dreptului românesc, iar întreaga construcţie administrativă de la Bucureşti are ca izvoare prevederile franţuzeşti în domeniu.

Elita românească a secolului al XIX-lea s-a format în centrele universitare ale Franţei, iar intelectualii şi liderii politici francezi au privit cu simpatie evoluţia istorică a românilor, implicându-se de multe ori în soluţionarea problemelor surorii mai mici. Marele istoric Jules Michelet cerea imperativ ajutorarea românilor, dar şi o atenţie sporită asupra unui popor format din opt milioane de suflete. Spunea el: „Opt milioane

---

[1] *Ibidem.*

[2] Const. C. Angelescu, *Izvoarele Constituţiei Române dela 1866*, extras din „Dreptul”, nr. 30-31/1926, Imprimeria Fundaţiei Culturale „Principele Carol”, Bucureşti, 1926, p. 4.

[3] Dumitru Olteanu, *op. cit.*, p. 10.

[4] Const. C. Angelescu, *op. cit.*, p. 6.

[5] Generalul I. Ghica, *Raport*, *apud ibidem*, p. 12.

[6] Vasile V. Russu, *op. cit.*, *passim*.

[7] *Ibidem*, p. 11.

[8] *Ibidem*, p. 103-104.

de oameni de aceeaşi limbă, de acelaşi neam, una din marile naţiuni ale lumii, trec neobservaţi! Pentru ce?”[1]. Numeroşi istorici, diplomaţi, ofiţeri sau simpli călători francezi în Ţările Române şi-au îndreptat atenţia către realităţile româneşti.

Şi ajutorul Franţei şi al francezilor nu s-a lăsat aşteptat. Fie că vorbim de spaţiul cultural, fie că ne vom referi la sistemul juridic, amprenta franceză este evidentă. Acesta a fost şi scopul declarat al autorilor: acela de a face o scurtă prezentare a documentelor cu caracter juridic din proaspătul stat ponto-dunărean inspirate de paradigma franceză.

Bibliografie

1. ***_Constituţii şi alte texte de drept public_, culegere de Ovidiu Ţinca, Editura Imprimeriei de Vest, Oradea, 1997;
2. ***_Constituţiunea_, an I, nr. 1, 24 septembrie 1866, Iaşi;
3. **Angelescu, Const. C.,** _Izvoarele Constituţiei Române dela 1866_, extras din „Dreptul”, nr. 30-31/1926, Imprimria Fundaţiei Culturale „Principele Carol”, Bucureşti, 1926;
4. **Constantinescu, Marinela**, _Relaţii româno-franceze: 1920-1930_, Editura Sitech, Craiova, 2010;
5. **Cula, Mirela-Irina**, _Relaţiile româno-franceze în a doua jumătate a secolului al XIX-lea_, Editura Else, Craiova, 2011;
6. **Dariescu, Cosmin**, _Istoria statului şi dreptului românesc din antichitate şi până la Marea Unire_, Editura C.H. Beck, Bucureşti, 2008;
7. **Iacob, Gheorghe**, _Universitatea din Iaşi. De la modelul francez la sistemul Bologna_, în ***_De la modelul francez la sistemul Bologna_ (coord. Gh. Iacob), Editura Universităţii „Alexandru Ioan Cuza”, Iaşi, 2007, pp. 13-61;
8. **Macamete, Sorina**, _Dezvoltarea constituţională de la Regulamentele Organice până la Constituţia de la 1866_, Editura Legis, Craiova, 2010;
9. **Niculeasa, Mădălin-Irinel**, _Modernism şi postmodernism în sistemul juridic român: privire teoretică asupra modalităţii de alienare şi pervertire a instituţiilor juridice,_ Editura juridică „Fokus”, Bucureşti, 2006;
10. **Olteanu, Dumitru**, _Evoluţia constituţională a României Moderne_, Editura Partidului Comunist Român, Bucureşti, 1946;
11. **Oncescu, Iulian,** _România în politica orientală a Franţei: 1866-1878_, Editura Transversal, Târgovişte, 2007;
12. **Stroia, Marian**, _Românii în contextul politic european: 1859-1866_, Editura Semne, Bucureşti, 2007;
13. **Todea, Ioan**, _Ion C. Brătianu: o viaţă în slujba ţării şi a naţiunii române (1821-1891)_, Editura Universitară, Bucureşti, 2011;
14. **Vieriu, Eufemia, Vieriu, Dumitru**, _Drept constituţional şi instituţii politice_, Editura Economică, Bucureşti, 2005.

[1] Jules Michelet, _non vidi_, _apud_ Iulian Oncescu, _op. cit._, p. 57.

Principiul separației puterilor în stat - evoluție şi actualitate

Mariana ***OPRICAN****

Abstract: *Principiul separaţiei puterilor în stat, fundamentat de către Montesquieu în celebra lucrare, Despre spiritul legilor", a stat la baza democraţiei constituţionale, având un rol decisiv în crearea şi promovarea sistemului reprezentativ, în care poporul, deţinător suveran al puterii, o deleagă organelor sale reprezentative Dacă primele constituţii adoptate reglementau* ***expresis verbis*** *acest principiu, treptat legiuitorii constituanţi au considerat că acest principiu să fie sugerat printr-o reglementare de o manieră implicită, sau folosirea unor expresii cum ar fi: autorităţi publice, funcţii publice, organe de stat. Evoluţia societăţii, modificările intervenite în plan politic, economic şi social au dus inevitabil la îmbătrânirea teoriei separaţiei puterilor în stat, astfel încât din a doua jumătate a sec. al XX-lea se abandonează idea formulării expresis verbis a principiului separaţiei puterilor în stat, trecându-se la o reglementare implicită a acestui principiu născută din interpretarea prevederilor constituţionale, din modul în care Legea fundamentală reglementează statutul autorităţilor publice, raporturile dintre acestea în contextul exercitării prerogativelor ce le revin. În contextul contemporan, în care partidele politice joacă un rol important în însăşi configurarea instituţiilor juridice şi politice, continuitatea unor structuri tradiţionale, respectiv legislativ-executiv, rămâne una din trăsăturile specifice statelor democratice, tendinţa fiind de a se acorda întâietate în plan politic, decizional executivului, respectiv Guvernului, Parlamentul rezervându-şi dreptul de control al acestuia. Deşi îmbătrânită, clasică teorie a separaţiei puterilor în stat, are şi astăzi un puternic ecou în conştiinţa maselor care au receptat-o că, pe cea mai eficientă reţeta contra despotismului şi în favoarea libertăţii şi democraţiei."*

Cuvinte cheie: *putere, separaţie, echilibru, democraţie, constituţional*

I. Principiul separaţiei puterilor în stat - concept şi evoluţie

Chiar şi în contextul politico-juridic contemporan, în care rolul partidelor politice este hotărâtor în însăşi configurarea instituţiilor politice şi juridice ale statului democrat, clasicul principiu al separaţiei puterilor în stat îşi găseşte o puternică rezonanţă în conştiinţa maselor, receptându-l ca fiind însăşi baza democraţiei constituţionale.

Preocupări privind definirea principiului separaţiei puterilor în stat au existat încă din antichitate.

Astfel, Aristotel afirma că, în cadrul statului ar exista trei categorii de organe, şi anume: Adunarea Generală, Corpul Magistraţilor şi Corpul Judecătoresc. Totuşi, punctul de vedere exprimat de către Aristotel nu exprimă sub aspect doctrinal principiul separaţiei puterilor în stat, el reprezentând doar o reflectare pe plan teoretic a modului de organizare a statului elen din acea perioadă.

* Asist. univ. drd., Universitatea Titu Maiorescu Bucuresti, Facultatea de Drept.

Cel care s-a referit pentru prima dată în doctrina la separaţia puterilor în stat a fost John Locke, în secolul al XVII-lea, în lucrarea, Tratat asupra guvernământului civil." Acesta considera că, în stat ar exista trei puteri - legislativă, executivă şi federativa.

Puterea legislativă, considerată a fi puterea supremă, deoarece adopta reguli de conduită obligatorii, trebuie să aparţină Parlamentului. Puterea executivă trebuie să aparţină monarhului, el având misiunea de a aplica legea şi de a rezolva cazurile nereglementate prin legi. Puterea federativă aparţine tot monarhului, iar în baza acesteia monarhul poate declara război, încheia pace, semna tratatele internaţionale.

J. Locke considera că puterea de a adopta legile trebuie să revină unei adunări, iar puterea de a executa legea trebuie să revină unei alte autorităţi, puterea legislativă fiind separată de cea executivă, în timp ce puterea executivă şi cea federativa pot fi contopite şi încredinţate unei singure autorităţi.[1]

Locke justifica concepţia sa privind separaţia puterilor prin aceea că poate să existe o mare tentaţie, datorată specificului firii umane, de acaparare atât a puterii legiuitoare cât şi a celei executive de către o singură persoană, care astfel s-ar sustrage pe sine de la executarea legii pe care a edictat-o.[2]

În concepţia sa, separarea puterilor nu presupune o izolare între organele statului, ci mai degrabă o colaborare între aceste autorităţi şi o repartiţie a funcţiilor.[3]

Teoria separaţiei puterilor în stat, aşa cum apare ea formulate de către John Locke în al său, Tratat asupra guvernământului civil" (1690), prezintă lacune, întrucât nu face nicio referire privind puterea judecătorească şi autorităţile menite să o exercite.

Rolul de a fundamenta teoria separaţiei puterilor în stat îi revine lui Charles-Louis de Secondat, baron de la Brede et de Montesquieu, care, prin celebra lucrare, Despre spiritul legilor", face din separaţia puterilor un veritabil instrument al democraţiei şi al siguranţei cetăţenilor. Montesquieu considera că în orice societate organizată în stat ar trebui să existe trei funcţii: de edictare de reguli juridice, sau funcţia legislativă, de executare a acestor reguli, sau funcţia executivă şi de judecare a litigiilor sau funcţia jurisdicţională. Aceste trei funcţii trebuiesc conferite unor autorităţi distincte, astfel: funcţia legislativă, adunărilor reprezentative, funcţia executivă şefului statului şi eventual şefului de Guvern şi miniştrilor, iar funcţia jurisdicţională organelor judiciare, considerându-se că, doar astfel se asigura libertatea politică.[4]

Montesquieu a fixat şi nişte reguli aplicabile relaţiilor dintre puterile publice. Astfel, puterea executivă trebuie să fixeze momentul convocării corpului legiuitor şi durata sesiunilor acestuia. Puterea legiuitoare nu trebuie să aibă dreptul de a ţine în loc puterea executivă, întrucât activitatea executivă, fiind limitată prin natura sa, este inutil a o îngrădi. De asemenea, rolul executivului este de a rezolva curent problemele urgente, care nu suportă amânare. Puterea legislativă poate ancheta şi pedepsi pe miniştrii, dar nu şi pe monarh. Fireşte, puterea legislativă nu poate să judece, aceasta atribuţie fiind încredinţată altei puteri, respectiv cea jurisdicţionala. Montesquieu recunoaşte executivului rolul de a se implica în activitatea legislativului prin dreptul de veto. Corpul legislativ, fiind format din două părţi, una va încătuşa pe cealaltă prin dreptul lor reciproc de veto, iar amândouă camere parlamentare vor fi frânate de puterea executivă, care, la rândul său este frânata de legislativ. Aceste trei puteri ar trebui să ajungă la un punct mort, adică la inacţiune. Dar, întrucât, datorită mersului necesar al lucrurilor ele

---

[1] J. Touchard, *Histoire des idees politique*, vol. I, Paris, 1978, p. 376-377.
[2] J. Locke, *Al doilea tratat despre cârmuire*, Ed. Nemira, Bucureşti, 1999, p. 137-138.
[3] L. Duguit, *Lecons de droit publique general*, Paris, 1926, p. 196.
[4] C. Montesquieu, *Despre spiritul legilor*, vol. I, Bucuresti, 1964, p. 195.

sunt silite să funcţioneze împreună, vor fi nevoite să funcţioneze de comun accord."[1] Aceasta ar constitui una din principalele limite practice ale conceptului teoretic şi abstract al teoriei separaţiei puterilor, apreciază în lucrarea citată, profesorul Ioan Muraru. Acest fapt ar face imposibilă răspunderea Guvernului în fata Parlamentului, dizolvarea uneia dintre Camere de către puterea executivă, precum şi numirea unor autorităţi publice de către altele, având alte atribuţii. Fără existenţa unei anumite colaborări între puterile publice, s-ar ajunge la un blocaj al mecanismului statal. De asemenea, importantă în organizarea şi funcţionarea autorităţilor publice este independenţa acestora care trebuie să fie largă., Organele statului trebuie să depindă unele de altele numai atât cât este necesar formării şi desemnării lor şi eventual exercitării unor atribuţii."[2]

Iniţial, teoria separaţiei puterilor în stat interzicea că cele trei funcţii să fie exercitate de acelaşi organ, specializarea câte unui organ pentru exercitarea doar a uneia dintre funcţiile statale, intervenind mai târziu. În conformitate cu teoria separaţiei puterilor în stat, independenţa funcţiilor nu trebuie neapărat conjugată cu specializarea organelor. Însă, specializarea organelor, creând o, relaţie de corespondenţa între un anumit organ şi o anumită funcţie, ilustrează mai pregnant spiritul separaţiei puterilor în stat."[3] Specializarea presupune exercitarea de către un organ a unei singure funcţii în întregime, fără a lăsa ca atribuţii specifice acelei funcţii să intre în competenţa altor organe. Se consideră că, în acest context, de exercitare a funcţiilor complet separate, fără influenţe din exterior, ar conduce la imposibilitatea funcţionarii statului.

Considerat a sta la baza statului democrat, principiul separaţiei puterilor în stat, a constituit factorul fundamental în organizarea politică şi juridică a statelor şi în adoptarea primelor constituţii. În Declaraţia drepturilor omului şi cetăţeanului, adoptată în Franţa la data de 26 august 1789 de către Adunarea Constituantă, se menţionează, în art. 16, că, orice societate care nu asigura garanţia drepturilor şi nu statorniceşte separarea puterilor este lipsită de Constituţie."

Părinţii Constituţiei S.U.A, adoptată la Convenţia de la Philadelphia la 17 septembrie 1787 aveau o reprezentare clară asupra esenţei principiului separaţiei puterilor. Astfel, James Madison considera că acumularea tuturor puterilor, executivă, legislativă şi judecătorească în aceleaşi mâini, fie a multora, poate să fie socotită o veritabilă definiţie a tiraniei, iar Thomas Jefferson afirma că, dacă s-ar concentra puterile legislativă, executivă şi judecătorească în aceleaşi mâini, este chiar definiţia guvernării despotice.[4]

Apărută în secolul luminilor că o reacţie firească împotriva absolutismului monarchic, teoria separaţiei puterilor în stat a jucat un rol decisiv în promovarea sistemului reprezentativ, în promovarea democratică a relaţiei dintre popor, deţinător suveran al puterii şi organizarea statală a puterii politice precum şi funcţionarea acesteia pe principiile respectării şi garantării depline a drepturilor omului şi cetăţeanului.[5]

În ceea ce priveşte separaţia dintre cele trei clasice puteri precum şi a autorităţilor publice care le exercită, nu am putea niciodată să o privim ca pe o separate rigidă, că pe o barieră, fiecare dintre aceste autorităţi exercitând atribuţii specifice puterii din care

---

[1] C. Montesquieu, *op. cit.*, p. 204.

[2] I. Muraru, E. S. Tănăsescu, (coordonatori), *Constituţia României, Comentariu pe articole*, Ed. C. H. Beck, Bucureşti, 2008, p. 14

[3] I. Muraru, E. S. Tănăsescu, *Drept constituţional şi instituţii politice*, Editia 13, Vol. II, Ed. C. H. Beck, Bucureşti, 2009, p. 8

[4] C. Ionescu, *Drept constituţional şi instituţii politice*, vol. I, Bucureşti, 2001, p. 296

[5] Ioan Muraru, E. S. Tănăsescu, *op. cit.,* p. 13.

face parte, şi atât. Din contră, nicăieri şi niciodată cele trei puteri nu au fost separate strict, între autorităţile care le înfăptuiesc stabilindu-se diferite forme de colaborare şi control. Conform principiului separaţiei puterilor, niciuna dintre cele trei puteri nu este mai presus de cealaltă, nici nu se subordonează celeilalte şi, fireşte niciuna dintre ele nu-şi poate asuma prerogativele celeilalte. Astfel, s-a afirmat că între cele trei puteri trebuie să existe o colaborare care constă, în special, în intervenţia sau participarea unei puteri la înfăptuirea celeilalte. Dacă puterile nu ar coopera şi s-ar înfrâna una pe alta de dragul înfrânării, s-ar ajunge la un punct mort. Remediul unui asemenea impas este colaborarea puterilor; puterile trebuie să funcţioneze de comun accord.[1]

La baza principiului separaţiei puterilor fiinţează ceea ce în doctrina poartă numele de, checks and balances", formula care constă într-un mecanism de verificare reciprocă între puteri precum şi în asigurarea unui echilibru funcţional între ele.

Separarea suplă şi colaborarea puterilor caracterizează sistemul parlamentar, deosebit de cel prezidenţial, bazat pe o separare rigidă a puterilor, cu precădere a puterii legislative de cea executivă. În sistemele constituţionale prezidenţiale, executivul şi legislativul relaţionează mai puţin, iar eventualele conflicte dintre acestea sunt soluţionate în favoarea executivului.

În regimul prezidenţial, având drept exemplu S.U.A. puterea executivă este încredinţată prin Constituţie, Preşedintelui Republicii, care este investit cu prerogative largi. Fiind ales prin vot universal, direct şi secret, Preşedintele deţine o poziţie egală cu cea a Parlamentului, fiind considerat organ reprezentativ al poporului. Preşedintele nu poate dizolva Parlamentul, iar acesta nu-l poate demite pe Preşedinte. În regimul prezidenţiale, miniştrii nu răspund politic pentru activitatea lor în fata Parlamentului.

Spre deosebire de regimul prezidenţial, specific regimurilor parlamentare este, după cum am mai afirmat, colaborarea dintre cele trei clasice puteri şi un echilibru stabilit între acestea, atât în ceea ce priveşte constituirea acestora cât şi funcţionarea lor. Rădăcinile istorice ale sistemului parlamentar se afla în sistemul constituţional britaniic, caracteristică acestui sistem constând în gradul de interferenţă între Parlament, respectiv componentele sale cum ar fi camere, comisii, şi Guvern, între cele două autorităţi existând o colaborare strânsă, de regulă, armonioasă şi fructuoasă. Şeful de stat în regimului parlamentar, fie el monarh sau preşedinte, este iresponsabil din punct de vedere politic şi are, în genere, atribuţii limitate în conducerea statului. De asemenea, Guvernul joacă un rol însemnat pe scenă politică, căpătând în unele situaţii preponderenta în fata legislativului.

Raţiunea care stă la baza ecilibrului puterilor în stat, a echilibrului social general, rezidă din necesitatea stopării dominaţiei unei puteri constituţionale, a unui partid, a unei clase sociale în detrimentul alteia, dar şi evitarea încălcării ordinii constituţionale stabilite prin voinţa naţiunii.[2]

O separare netă între puterile statului ar duce la un blocaj instituţional, pe când echilibrul puterilor în stat se realizează prin stabilirea unor măsuri şi mijloace de control reciproc, capabile să împiedice organele publice să abuzeze de atribuţiile cu care au fost învestite.[3]

---

[1] Montesquieu, *op. cit.*, p. 204.

[2] Cristian Ionescu, *Sisteme constituţionale contemporane*, Casa de editură şi presă „Şansa" S.R.L, Bucureşti, 1994, p. 29.

[3] M. Drilea, *Echilibrul puterilor în stat - cheie de bolta în organizarea social-statală*, în Legea şi viaţa, nr. 1/2008, p. 43.

II. Principiul separaţiei puterilor în stat - tendinţe actuale

Tendinţa actuală, raportat la clasica teorie a separaţiei puterilor, este de a o considera depăşită de realitatea politică şi juridică existentă. Elaborată într-o perioadă în care partidele politice nu se înfiinţaseră, iar principalele probleme puse de către putere erau de ordin instituţional, fireşte nu se putea preconiza rolul covârşitor pe care acestea avea să-l deţină ulterior în însăşi configurarea instituţiilor politice şi juridice ale statului. Apariţia partidelor politice determina ca echilibrul să nu se mai realizeze între Parlament şi Guvern, ci între o majoritate formată dintr-un partid sau partide aflate în coaliţie şi opoziţia care aşteaptă să ajungă la guvernare.,

Ideea separaţiei puterilor, născută într-un regim care n-a aplicat-o, este depăşită prin evoluţia care a condus la substituirea cuplului majoritate- opoziţie, celui tradiţional legislativ-executiv."[1]

De asemenea, nu putem exclude din acest process şi rolul jucat de organizaţiile neguvernamentale, asociaţii, ligi, sindicate, patronate, care îşi impun voinţa asupra guvernanţilor, determinându-i să acţioneze într-un anumit mod.

Fireşte, un rol însemnat, în contextul decizional actual, îl poate avea electoratul, prin iniţiativa legislativă populară, precum şi participarea maselor la conducere prin referendum.

În acest context, observăm că un alt aspect vizează implicarea unor autorităţi aparţinând unei puteri în activitatea altora făcând parte integrantă a altei puteri, exeplul cel mai elocvent fiind instituţia delegării legislative. Delegarea legislativă constituie, în practică, o, veritabilă deformare a principiului separaţiei celor trei puteri." [2]Delegarea legislativă reprezintă procedura prin care Parlamentul, unică autoritate legiuitoare a ţării, conferă Guvernului unele prerogative legislative, acesta dobândind o putere proprie de reglementare, având dreptul de a adopta, în anumite condiţii, acte cu o forţă juridică egală cu a legii.

S-a considerat, la un moment dat, că teoria separaţiei puterilor a fost înlăturată de regimurile totalitare, care promovau teza unicităţii puterii de stat care a permis concentrarea puterii şi a dus la desfintarea democraţiei.

În statele pluraliste şi democratice, deşi afirmata, teoria separaţiei puterilor nu corespunde realităţii obiective, caracterizată printr-o concentrare a puterii, în cadrul unor autorităţi publice. Astfel, luând drept exemplu sistemul parlamentar britanic, cabinetul este cel care concentrează în mare măsură puterea statală, el dispunând, în principiu, de majoritatea absolută în Camera Comunelor. Pierre Pactet considera că, fiind vorba de unul din regimurile cele mai liberale din lume, trebuie să admitem că liberalismul sau tine de alte cauze decât separaţia puterilor."[3]

În ceea ce priveşte concepţia conform căreia legislativul ar constitui întotdeauna o frana împotriva tendinţelor de depăşire de către executiv, a prerogativelor acordate, observăm că o astfel de situaţie ar fi specifică doar regimurilor prezidenţiale pure. În regimurile parlamentare însă, în care Guvernul răspunde în fata Parlamentului, acest tip de răspundere trebuie privit prin prisma faptului că Guvernul este, în genere, al majorităţii parlamentare şi este puţin probabil să fie lipsit de sprijinul acesteia. Se

---

[1] M. Troper, *La separation des pouvoirs et L' histoire constitutionnelle francaise*, L.G.D.J, Paris, 1980.

[2] Camelia Rodica Tomescu, *Raporturile dintre Guvern şi Parlament*, Ed. C. H. Beck, Bucureşti, 2012, p. 5.

[3] Pierre Pactet, *Institutions politiques. Droit constitutionnel*, 22 ed, Armand Colin, Paris, 2003, p 110.

consideră că, un Guvern care dispune de majoritate parlamentară se afla în strânsă colaborare cu Parlamentul, dând eficienta proiectelor sale.

Ceea ce este specific perioadei actuale este creşterea rolului executivului, care tinde tot mai mult de a se substitui legislativului în activitatea de legiferare, prin consacrarea constituţională a unor instituţii că cea a delegării legislative sau a angajării răspunderii Guvernului.

În ceea ce priveşte menţinerea unor structuri tradiţionale, distincţia dintre executiv şi legislativ este la fel de actuală, rămânând una din trăsăturile fundamentale ale regimurilor politice. Aceste structuri au cunoscut şi cunosc o continua transformare, caracterizată prin tendinţa de a se acorda executivului, grija marilor decizii poliţie."

Din evoluţia modernă a principiului separaţiei puterilor în stat nu putem exclude apariţia unor autorităţi publice noi, cel mai adesea cu atribuţii de control care, strict ştiinţific, nu pot fi încadrate în niciuna dintre cele trei clasice puteri, cum ar fi Ombusdman-ul (Avocatul Poporului în România), Curtea Constituţională, Curtea de Conturi, Consiliul Legislativ.

Avocatul Poporului, ca şi instituţie, este ilustrativ în acest sens, el având drept rol apărarea drepturilor şi libertăţilor cetăţeneşti, fiind o garanţie constituţională instituţionalizata a acestora, în temeiul cărora el acţionează fie din oficiu, fie la cererea persoanelor interesate.

Fireşte, el are atribuţii atât de natură legislativă, cât şi executivă şi judecătorească. Deci, pe cale de consecinţă, încadrarea acestei structuri strict într-una sau alta dintre cele trei puteri tradiţionale este practic imposibilă.[1]

Principiul separaţiei puterilor în stat nu şi-a găsit o exprimare directă în constituţiile multor state, fie din motivul că, acestora nu le este specifică o separaţie strictă a a puterilor, fie ca acest principiu nu-şi găseşte o consacrare expresis verbis, mecanismul de separare şi colaborare între puterile publice fiind evidenţiat prin dispoziţii constituţionale privitoare la prerogativele conferite autorităţilor publice precum şi la raporturile dintre acestea.

Cu toate rezervele manifestate astăzi faţă de clasicul principiu al separaţiei puterilor în stat, acesta îşi păstrează actualitatea în regimurile democratice contemporane, având o puternică rezonanţă în conştiinţa maselor, care îl receptează că pe cea mai puternică garanţie a respectării libertăţilor şi drepturilor cetăţeneşti.

Pierre Pactet menţionează existenţa unui decalaj important între declinul unei teorii, care pierde progresiv din forţa şi valoarea sa explicativă, şi pentru că ea nu mai corespunde cu adevărat realităţii şi receptarea sa de către opinia publică ce continua să creadă în ea, şi de către clasa politica, ce persista în a o invoca.[2]

III. Principiul separaţiei puterilor în stat potrivit Constituţiei României din 1991, revizuite

1. Principiul separaţiei puterilor în stat potrivit Constituţiei României, adoptată la 8 decembrie 1991

În ceea ce priveşte regimul politic creat în România prin Constituţia adoptată în 1991, părerile specialiştilor sunt împărţite, unii susţinând că avem de-a face cu un regim

---

[1] Dana Apostol Tofan, *Drept administrativ*, vol. I, editia 2, Ed. C. H. Beck, Bucuresti, 2008, p. 21.
[2] Pierre Pactet, *op. cit.*, p. 110.

de tip parlamentar,[1] cu puternice accente de adunare, altiii susţin că este un regim cu tendinţa prezidenţială, în timp ce majoritatea susţin că avem de-a face cu un regim semi-prezidential parlamentarizat sau atenuat.[2] În sprijinul acestei afirmaţii pot fi aduse unele argumente juridice privind modul de alegere al Preşedintelui României, modul de exercitare, de către şeful statului, a dreptului de a dizolva Parlamentul, regimul răspunderii politice şi penale a Preşedintelui României, regimul constituţional al investirii Guvernului precum şi operaţiunea contrasemnării de către prim-ministru a celor mai importante decrete ale Preşedintelui României.[3]

Caracterul specific al regimului semi-prezidential românesc a fost semnalat şi de doctrina franceză, care consideră că România este singura excepţie de la tendinţa generală est-europeană de alegeri prezidenţiale, deguvernalizate", respectiv schimbarea preşedintelui nu antrenează implicit schimbarea guvernului.

Constituţia României adoptată în 1991 nu a consacrat expresis verbis principiul separaţiei puterilor în stat, aşa cum o făcuseră Constituţiile din 1866, 1923 şi 1938, totuşi legiuitorul constituant a organizat autorităţile publice potrivit exigentelor acestuia.[4] Astfel, examinând dispoziţiile Constituţiei României, adoptată la 8 decembrie 1991, observăm că principiul separaţiei puterilor în stat este ilustrat prin folosirea unor termeni ca autoritate publică, organ, putere publică, precum şi prin norme referitoare la organizarea şi funcţionarea acestor organe şi a raporturilor dintre acestea, astfel: cele trei clasice puteri se regăsesc exprimate în Constituţie, respectiv puterea legislativă, prin normele referitoare la Parlament - art. 58 şi urm. - Executivul, în normele privitoare la Preşedintele României şi Guvern - art. 80 şi urm. -, justiţia, în normele privitoare la autoritatea judecatoreasca-art. 123 şi urm; ordinea reglementării în Constituţie a puterilor este ordinea clasică, anume puterea legiuitoare, apoi puterea executivă şi apoi puterea judecătorească; Parlamentului, datorită împuternicirilor sale, compoziţiei sale numeroase şi larg reprezentative, îi este asigurată prin Legea fundamentală, o anumită preeminenta în raport cu celelalte autorităţi statale; potrivit reglementărilor constituţionale, fiecare dintre autorităţile publice cunoşteau implicări reciproce ale unora în sfera de activitate a celorlalte, implicări care vin ca o expresie a colaborării şi echilibrului dintre acestea.

Conform unei jurisprudenţe constante, Curtea Constituţională a statuat că, deşi Constituţia nu consacra în niciun text al său, expresis verbis, principiul separaţiei puterilor, acest principiu rezultă din modul în care Legea fundamentală reglementează autorităţile publice şi competentele ce le revin acestora."[5] De altfel, considera Curtea Constituţională, o prevedere prin care s-ar interzice- fie şi numai temporar- executarea unei hotărâri judecătoreşti, ar reprezenta o imixtitudine a puterii legislative în procesul de realizare a justiţiei, fiind contrară principiului constituţional al separaţiei puterilor în

---

[1] F. Vasilescu, *Consideraţii asupra regimului politic actual al României*, în Revue Francais de Droit constitutionnel nr. 23/1995, p. 480.

[2] Antonie Iorgovan, *Drept constituţional şi instituţii politice. Teorie generală*, Ed. Galeriile J. L. Calderon, Bucureşti, 1994, p. 172 şi C. Ionescu, *Tratat de drept constituţional contemporan*, ed. a 2-a, Ed. C. H. Beck, Bucureşti, 2008, p. 316.

[3] Verginia Vedinas, *Drept administrativ*, ediţia a VI-a revăzută şi actualizată, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2011, p. 312-324.

[4] G. Vrabie, *Drept constituţional şi instituţii politice*, ed. a 5-a, revăzută şi întregită, vol. I, Ed. Cugetarea, Iaşi, 1999, p. 24.

[5] D.C.C. nr. 271/1993 publicată în M. Of. al României nr. 163 din 15 iulie 1993, D.C.C. nr. 9/1994 publicată în M. Of. nr. 326 din 25 noiembrie 1994.

stat."[1] De asemenea, orice chemare a judecătorilor de către o comisie parlamentară pentru a da relaţii de orice fel este neconstituţională, căci ea încălca, în mod evident dispoziţiile constituţionale care stabilesc, chiar dacă implicit, separarea puterilor în stat şi, bineînţeles independenta judecătorilor şi supunerea lor numai legii."[2]

Observăm că, prin noul regim instituit prin Constituţia adoptată în 1991, limitarea şi distribuirea puterii în stat au fost subordinate scopului esenţial al principiului separaţiei, şi anume evitarea posibilităţii de concentrare a unei puteri excesive.[3]

2. Reflectarea principiului separaţiei puterilor în stat în Constituţia României, revizuită

În procesul revizuirii Constituţiei s-a urmărit instituţionalizarea la nivel juridic a principiului separaţiei şi echilibrului puterilor în stat, astfel că art. 1 a fost întregit cu două alienate noi, dintre care unul consacrat în exclusivitate consfinţirii principiului separaţiei puterilor în stat şi democraţiei constituţionale.[4]

Prezentat de o manieră modernă prin referirea la conceptul de democraţie constituţională, sunt avute astfel în vedere şi o serie de autorităţi publice, în principal cu atribuţii de control, care nu pot fi încadrate strict în niciuna dintre cele trei clasice puteri, acestea fiind de fapt expresia şi consecinţa colaborării lor.[5]

Se apreciază că, unul din motivele care a stat la baza consacrării exprese, prin legea de revizuire, a acestui principiu, a fost acela de a contribui la o mai bună delimitare a raporturilor dintre puteri, prezentând avantajul pe care întotdeauna o normă expresă îl prezintă faţă de aceea rezultată din interpretare, anume certitudinea, în mod strict, previzibilitatea în mod indubitabil.[6]

Neconsacrarea expressis verbis a principiului separaţiei puterilor în stat prin Constituţia din 1991, a, forţat" Curtea Constituţională, să se pronunţe, în diferite momente, în legătură cu anumite conflicte create între legislativ şi autoritatea judecătorească, pe de o parte, şi puterea legislativă şi cea executivă sau judecătorească, pe de altă parte.[7]

Realizarea funcţiilor, a fost şi este încredinţată unor organe ale statului, unor autorităţi publice care dispun de forţă coercitiva în îndeplinirea atribuţiilor lor, aceste autorităţi primind denumirea funcţiilor care le-a dictat aparitia- funcia legislativă revine autorităţii legislative, cea executivă autorităţilor administrative, iar justiţia celor judecătoreşti. Curtea Constituţională statuează că, specializarea funcţională şi delimitarea atribuţiilor ce revin diferitelor categorii de autorităţi publice constituie o cerinţă constituţională ce rezultă din rigorile principiului separaţiei puterilor în stat."[8]

Totodată, principiul separaţiei puterilor în stat presupune colaborarea dintre puterile publice, fapt care determină impunerea unor proceduri de control între acestea. Curtea Constituţională a decis că, separaţia puterilor în stat nu înseamnă lipsa unui mecanism

---

[1] D. C. C. nr. 6/1992 publicată în M. Of nr.48 din 4 martie 1993.

[2] D.C.C. nr. 45/1994 publicată în M. Of. nr. 131 din 27 mai 1994.

[3] Camelia Rodica Tomescu, *op. cit.*, p. 12.

[4] Ioan Muraru, *op. cit.*, p. 17.

[5] Dana Apostol Tofan, *Instituţii administrative europene*, Ed. C. H. Beck, Bucureşti, 2006, p. 19.

[6] M. Constantinescu în Constituţia României revizuită, comentarii şi explicaţii, autori M. Constantinescu, A. Iorgovan, I. Muraru, E. S. Tănăsescu, Ed. All Beck, Bucuresti, 2004, p. 2-3.

[7] I. Deleanu, *Instituţii şi proceduri constituţionale*, Ed. Servo-Sat, Arad, 1999, p. 71-74.

[8] D.C.C. nr. 28/1999, publicată în M. Of. nr. 178 din 26 aprilie 1999, şi D. C. C. nr. 463/2003, publicata în M. Of. nr. 43 din 19 ianuarie 2004.

de control între puterile statului, ci dimpotrivă, presupune existenţa unui control reciproc, precum şi realizarea unui echilibru de forţe între acestea."[1]

Consacrării **expressis verbis** a principiului separaţiei puterilor în stat, prin legea de revizuire a Constituţiei, i s-au adus numeroase critici, considerându-se că introducerea acestui alineat, mai mult încurca decât descurca". Unii autori considera că realitatea contemporană face controalele reciproce între legislativ şi executiv ineficiente, centrul de greutate al controlului deplasându-se către judecător, acesta fiind competent să controleze actele juridice, dar şi actele administraţiei (pe calea controlului de legalitate). Rezultă deci că niciun organ nu scapă de control, deci cele trei puteri se afla pe poziţie de egalitate juridică. Nu există o ierarhie a funcţiilor statului, iar dacă un organ devine necontrolabil, principiul separaţiei şi colaborării puterilor este încălcat.[2]

Într-o altă opinie se consideră că, Parlamentul, organ reprezentativ al poporului, autoritate supremă, nu poate fi în echilibru cu celelalte autorităţi publice., Echilibrul puterilor în balanţă acestora presupune şi egalitatea lor, ipoteză cu totul exclusă prin funcţia de control parlamentar asupra executivului."[3]

Întrucât statul presupune forţa, există şi riscul de a scăpa de sub controlul titularului, adică de a se considera chiar el titularul puterii. Acest risc impune asigurarea unui echilibru al funcţionării autorităţilor statale, dar şi o oarecare autonomie, independentă a acestora. Nicio autoritate nu trebuie să poată depăşi domeniul propriu sau să poată concentra cele trei mari funcţii.[4]

IV. Concluzii

Observăm că, atunci când transpunem în practică acest principiu, accentul cade pe relaţia legislativ-executiv, cu tendinţa de concentrare a puterii în sfera executivului. Prin instituţia delegării legislative cât şi prin procedura angajării răspunderii Guvernului, executivul capăta atribute de **legiferare,** tinzând, deseori, în practică, de a se substitui autorităţii legiuitoare.

Astfel, instituţia **delegării legislative** este consacrata în art. 108 coroborat cu art. 115 din Constituţia României, şi se traduce prin posibilitatea acordată Guvernului că în anumite limite şi cu respectarea unor condiţii, să adopte ordonanţe. Ordonanţele simple se adoptă în baza unei legi speciale de abilitare din partea Parlamentului, şi intervin în domeniul rezervat legii ordinare. Problema care prezintă deosebit interes vizează **ordonanţele de urgenţă**. În acest caz abilitarea provine de la legiuitorul constituant, iar aceste ordonanţe pot interveni în domeniul rezervat **legilor organice**. Această instituţie juridică a fost introdusă prin Constituţia din 1991, considerându-se că în viaţa fiecărui stat pot interveni situaţii în care Parlamentul se afla în imposibilitatea de a se întruni pentru a legifera. [5]Guvernul poate adopta ordonanţe de urgenţă în situaţii extraordinare, în temeiul unei abilitări de ordin constituţional. Sintagmă, **situaţii extraordinare",** introdusă prin Legea de revizuire în 2003, o înlocuieşte pe cea de **cazuri excepţionale**,

---

[1] D.C.C. nr. 44/2006 publicată in M. Of. nr. 178 din 24 februarie 2006, şi D.C.C. nr. 637/2006, publicată în M. Of. nr. 914 din 9 noiembrie 2006.

[2] D.C. Dănişor, *Constituţia României comentată. Titlul I. Principii generale*, Ed. Universul Juridic, Bucuresti, 2009, p. 99.

[3] I. Deleanu, *Revizuirea Constituţiei*, în Dreptul nr. 12/2003, p. 9.

[4] Ioan Muraru, E. S. Tănăsescu, *Drept constituţional şi instituţii politice*, Ed C. H. Beck, Bucureşti, 2009, p. 17.

[5] Cristian Ionescu, Constituţia României, L*egea de revizuire comentată şi adnotată, cu dezbateri parlamentare,* Ed. All Beck, Bucureşti, 2003, p. 190.

care crease, în practică, o serie de controverse şi interpretări diferite. În jurisprudenţa să, Curtea Constituţională a statuat care sunt condiţiile în care Guvernul poate adopta o ordonanţă de urgenţă, condiţii care trebuiesc întrunite cumulativ: să existe o situaţie extraordinară; reglementarea acesteia să nu poate fi amânată; urgenţă să fie motivată în conţinutul ordonanţei.[1]

În practică însă, Guvernul a încălcat în mod repetat prevederile constituţionale, adoptând ordonanţe de urgenţă după bunul său plac, creendu-se o adevărată cutuma neconstituţională în acest sens.[2] Considerăm, în speţă, că ar trebui reconsiderata concepţia şi practică guvernamentală în materie, în scopul îngrădirii folosirii de către Guvern a acestei proceduri, în interes personal şi în afara unor situaţii extraordinare.[3]

Un alt aspect se referă la procedura **angajării răspunderii Guvernului**, prevăzută de art. 114 din Constituţie. Potrivit art. 114 din Constituţia României, revizuita, Guvernul îşi poate angaja răspunderea în faţa Parlamentului pentru un program, o declaraţie de politica generală sau un proiect de lege.[4] În practică, probleme importante ridică angajarea răspunderii Guvernului pentru un proiect de lege. Modul cum este reglementată această procedură prin art. 114 din Constituţie, prezintă unele lacune legislative, dând naştere la interpretări multiple şi creând pentru executiv posibilitatea de a se substitui autoritatiii legiuitoare. Astfel, potrivit reglementării în vigoare, Guvernul îşi poate angaja răspunderea oricând şi în orice domeniu, întrucât sintagmă, proiect de lege" nu defineşte cu exactitate sfera de reglementare, dimensiunile şi conţinutul proiectului de lege. S-a considerat că prin sintagmă, proiect de lege", formulată la singular, ar trebui să se considere că nu poate fi vorba despre un, pachet de legi", ci despre o singură lege, având un obiect determinat de reglementare. În practică însă, Guvernul şi-a angajat deseori răspunderea pentru proiecte de lege complexe, pentru pachete de legi având obiecte de reglementare diferite, chiar şi pentru un cod de lege sau pentru o ordonanţă de urgenţă care cunoaşte o procedură specială cu totul diferită de cea a angajării răspunderii Guvernului. În absenţa unor reglementări exprese, Curtea Constituţională a statuat, prin deciziile sale că, proiectul de lege asupra căruia Guvernul îşi poate angaja răspunderea poate fi de natura legilor organice, ordinare, poate privi aprobarea unei ordonanţe de urgenţă, dar nu poate fi de natura legilor constituţionale. De asemenea, proiectul de lege asupra căruia Guvernul îşi angajează răspunderea poate avea un caracter complex, poate reglementa mai multe domenii de activitate, dacă există un scop sau un interes general unic.[5] În acest context, Curtea Constituţională dispune, prin decizia să[6], posibilitatea Guvernului de a-şi angaja răspunderea pentru mai multe proiecte de lege în aceeaşi zi, respectiv în aceeaşi sesiune parlamentară. Constatăm, pe cale de consecinţă, că în cei douăzeci de ani care au trecut de la adoptarea

---

[1] D. C. C. nr. 225/2005, publicată în M. Of. nr. 511 din 16 iunie 2005, D.C. C. nr. 258/2006, publicată în M. Of. nr. 341 din 17 aprilie 2006, D. C. C. nr. 1008/2009, publicată în M. Of. nr. 507 din 23 iulie 2009.

[2] Verginia Vedinas, *op. cit.*, p. 347.

[3] Ion Brad, *Inadmisibilitatea promovării prin Ordonanţa de urgenţă a unor prevederi din cuprinsul proiectelor de lege adoptate prin angajarea răspunderii Guvernului*, în Dreptul, nr. 7/2006, p. 100.

[4] Constituţia României, adoptată pe 8 decembrie 1991 şi revizuită prin Legea nr. 429/2003, publicata in M. Of. nr. 758 din 29 octombrie 2003.

[5] D.C.C. nr. 34/1998 cu privire la constituţionalitatea legii pentru aprobarea Ordonanţei de urgenţă a Guvernului nr. 88/1997 privind privatizarea societaţilor comerciale, publicată în M. Of. nr. 88 din 25 februarie 2011, D. C. C. nr. 147/2003, publicată în M. Of nr. 279 din 21 aprilie 2003.

[6] D.C.C. nr. 1451/2009 publicată în M. Of. nr. 796 din 23 noiembrie 2009, D.C.C. nr. 1557/2009 publicată în M. Of. nr. 40 din 19 ianuarie 2010.

Constituţiei, Guvernul şi-a angajat răspunderea pentru un număr de **26 de proiecte de lege**, uzând de o astfel de procedura şi acţionând cu **exces de putere** în practică legiferării, în locul autorităţii legiuitoare. Considerăm, din această perspectivă că, în eventualitatea revizuirii Constituţiei, acest articol să conţină o reglementare cât mai explicită, fără ambiguităţi vizavi de procedura angajării răspunderii Guvernului.

Tot în contextul analizei, din perspectiva practică a principiului separaţiei puterilor în stat, ne putem referi la incompatibilităţile stabilite prin Legea fundamentală, cu privire la exercitarea funcţiei de membru al Guvernului, cu precădere la art. 105 din Constituţie. Potrvit art. 105 din Constituţia României, calitatea de membru al Guvernului este incompatibilă cu exercitarea oricărei alte funcţii de autoritate, cu excepţia celei de deputat sau senator. Observăm că această reglementare constituţională da posibilitatea membrilor Guvernului de a cumula prerogative care aparţin celor două puteri distincte- legislativă şi executivă, şi având în vedere că, potrivit practicii în materie, majoritatea proiectelor de lege sunt prezentate de către Guvern, prin dreptul de iniţiativă legislativă, stabilit prin art. 74 din Constituţie, observăm că membrii Guvernului, care sunt în acelaşi timp deputaţi şi senatori, participa la dezbaterea şi adoptarea proiectului de lege. În cazul în care proiectul de lege este adoptat prin angajarea răspunderii Guvernului, rareori un Guvern care şi-a angajat răspunderea va fi demis printr-o moţiune de cenzură, provocată", în cazul în care el se bucura de sprijinul parlamentar, adică dispune de o majoritate parlamentară. Considerăm că, pentru nu se aduce atingere principiului separaţiei puterilor în stat, pe perioada exercitării funcţiei de membru al Guvernului, calitatea deţinută de o persoană de a fi în acelaşi timp şi deputat sau senator, ar trebui să înceteze.

Bibliografie selectivă

1. Autori români

Constantinescu, M. în Constituţia României, revizuită, autori M. Constantinescu, Antonie Iorgovan, Ioan Muraru, E. S. Tanasescu, Ed. All Beck, Bucureşti, 2004

Danisor, D. C. Constituţia României comentată. Titlul I. Principii generale, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2009

Deleanu, I. Instituţii şi proceduri constituţionale, Ed. Servo-Sat, Arad, 1994

Ionescu, C. Sisteme constituţionale contemporane, Casa de Editura şi presa, Şansă" S. R. L. Bucureşti, 1994

Ionescu, C. Drept constituţional şi instituţii politice, vol. I, Bucureşti, 2001

Ionescu, C. Tratat de drept constituţional contemporan, ed. A 2-a, Ed. C. H. Beck, Bucureşti, 2008

Iorgovan, Antonie, Drept constituţional şi instituţii politice, Teorie generală, Ed. Galeriile J. L. Calderon, Bucureşti, 1994

Muraru Ioan, Tănăsescu, E. S. (coordonatori) Constituţia României, Comentarii pe articole, Ed. C. H. Beck, Bucureşti, 2008

Muraru Ioan, Tănăsescu E. S. Drept constituţional şi instituţii politice, Ed. C. H. Beck, Bucureşti, 2009

Tomescu, Camelia-Rodica, Raporturile dintre Guvern şi Parlament, Ed. C. H. Beck, Bucureşti, 2012

Tofan Apostol, Dana, Instituţii administrative europene, Ed. C. H. Beck, Bucureşti, 2006

Tofan Apostol, Dana, Drept administrativ, vol. I, ed. 2-a, Ed. C. H. Beck, Bucureşti, 2008

Vedinas, Verginia, Drept administrativ, ediţia a VI-a revăzuta şi actualizata, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2011

Vrabie, Genoveva, Drept constituţional şi instituţii politice, ediţia 5-a revăzuta şi întregita, vol. I, Ed. Cugetarea, Iaşi, 1999

2. Autori străini

Duguit, L. Lecons de droit publique generale, Paris, 1926

Locke, J. Al doilea tratat despre cârmuire, Ed. Nemira, Bucureşti, 1999

Montesquieu, Despre spiritul legilor, vol. I, Bucureşti, 1964

Pactet, Pierre, Institutions politiques. Droit constitutionnel, 22-ed. Armând Colin, Paris, 2003

Touchard, J. Histoire des idees politique, vol. I, Paris, 1978

Troper, M, La separation des pouvoirs et l' histoire constitutionnelle francaise, LGDJ, Paris, 1980

3. Studii, articole

Brad, I. Inadmisibilitatea promovării prin Ordonanţa de Urgenţă a unor prevederi din cuprinsul proiectelor de lege adoptate prin angajarea răspunderii Guvernului, în Dreptul nr. 7/2006

Drilea, M. Echilibrul puterilor în stat-cheie de boltă în organizarea social- statală, în Legea şi viaţa, nr. 1/2008

Vasilescu, F. Consideraţii asupra regimului politic actual al României, în Revue Francais de Droit Constitutionnel, nr. 23/1995

4. Jurisprudenţă

D.C.C. nr. 271/1993, publicată în M. Of. nr. 163 din 15 iulie 1994

D. C. C. nr. 9/1994, publicată în M. Of. nr. 326 din 25 noiembrie 1994

D.C.C. nr. 45/1994, publicată în M. Of. nr. 131 din 27 mai 1994

D.C.C. nr. 28/1999, publicată în M. Of. nr. 178 din 26 aprilie 1999

D.C.C. nr. 463/2003, publicată în M. Of. nr. 43 din 19 ianuarie 2004

D.C.C. nr. 44/2006, publicată în M. Of. nr. 178 din 24 februarie 2006

D.C.C. nr. 637/2006, publicată în M. Of. nr. 914 din 9 noiembrie 2006

D. C. C. nr. 225/2005, publicată în M. Of. nr. 11 din 16 iunie 2005

D. C. C. nr. 258/2006, publicată în M. Of. nr. 341 din 17 aprilie 2006

D.C.C. nr. 1008/2009, publicată în M. Of. nr. 507 din 23 iulie 2009

D.C.C. nr. 1451/2009, publicată în M. Of. nr. 796 din 23 noiembrie 2009

D.C.C. nr. 1557/2009, publicată în M. Of. nr. 40 din 19 ianuarie 2010

Common Law şi Equity - apariţia şi dezvoltarea sistemului de drept anglo-saxon

Anemari-Iuliana ***OPRIȚOIU****

Abstract: *Sistemul de drept anglo-saxon constituie alături de sistemul de drept romano-germanic unul dintre cele mai cunoscute şi răspândite sisteme de drept din întreaga lume. Deşi apariţia şi evoluţia acestui sistem de drept s-a făcut concomitent şi în imediata apropiere a sistemului de drept european, cele două sisteme au modalităţi total diferite de abordare a ceea ce înseamnă înţelegerea şi administrarea justiţiei. Sistemul de drept anglo-saxon este un sistem în primul rând dualist cunoscând o singură dihotomie, şi anume cea între common law şi equity, spre deosebire de dreptul romano-germnanic care cunoaşte mai multe divizări pe ramuri de drept după scheme logice şi raţionale, cea mai importantă şi cunoscută dintre acestea fiind cea dintre dreptul privat şi dreptul public. Lucrarea de fata îşi propune să facă o incursiune în istoria sistemului de drept anglo-saxon, deoarece acest sistem nu poate fi explicat şi analizat decât din perspectivă istorică, dreptul anglo-saxon fiind stăns legat de istoria sa.*

Cuvinte cheie: *common law, equity, drept comparat, drept anglo-saxon*

Capitolul 1. Common Law - Istoric, funcţionare şi organizare

Caracteristicile tradiţionale ale sistemului de drept anglo-saxon, sunt cu totul altele decât cele ale familiei de drept romano-germanic. Dreptul anglo-saxon a fost format de către judecători care au avut de rezolvat cazuri particulare, şi poartă şi astăzi marca acestei origini. Regulile de drept anglo-saxone sunt mai puţin abstracte decât cele de drept romano-germanic şi sunt reguli care vizează rezolvarea unui litigiu particular şi nu formarea unei reguli generale de conduită pentru viitor. Dihotomia dreptului englez este una singură şi anume: common law şi equity, însă această divizare a dreptului anglo-saxon nu s-a făcut pe baze logice sau raţionale, nu a fost gândită în şcoli de drept sau universităţi, este o diviziune creată de necesităţi practice de evoluţia istorică. Trebuie deci să înţelegem cele două noţiuni şi modalitatea în care cele două, putem sa spunem, ramuri de drept anglo-saxon cooexistă şi funcţionează. Cunoaşterea istorică în dreptul anglo-saxon este indispensabilă, fiind un drept extrem de tradiţionalist, care nu a cunoascut reînnoiri, cum ar fi de exemplu situaţia dreptului romano-germanic, care s-a modificat substanţial prin codificare.

Apariţia sistemului de drept anglo-saxon se identifică cu apariţia drpetului englez. Dreptul englez a stat la baza acestui istem de drept şi s-a extins în cea mai mare parte a tărilor dacă nu în toate ţările car eau depins politic de Anglia. Bineînţeles astăzi sistemul de drept anglo-saxon nu se mai identifică cu dreptul englez, fiecare stat care a adoptat sistemul de drept englez prin colonizare sau acceptare, modificând acest sistem corespunzător cu propriile tradiţii şi necesităţi. Istoria dreptului englez poate fi împarţită în patru etape. Prima etapă este ce anterioară cuceririi normande din 1066, cea de a doua etapă ar fi din 1066 şi până în 1485, la apariţia dinastiei Tudorilor. A treia etapă

* Asist. Univ. Drd. Universitatea Titu Maiorescu - Facultatea de Drept.

începe din 1485 şi până în 1832, fiind etapa în care a apărut şi s-a dezvoltat sistemul complementar şi pe a locuri rival numit equity, iar cea de a patra etapă începe din 1832 şi continuă şi în zilele noastre fiind etapa moderna, în care sistemul de drept anglo-saxon trebuie să se adapteze dezvoltarii fără precedent a legii.

Perioada anglo-saxonă

Perioada care a precedat cucerirea normandă, perioada până în anul 1066, este numită în Anglia perioada dreptului anglo-saxon. Anglia a fost sub dominaţie romană timp de patru secole, însă această dominaţie a lăsat prea puţine urme, mai ales în ceea ce priveşte dreptul. Istoricii de drept englez încep istoria dreptului din epoca în care dominaţia romană a încetat şi diversele triburi de origine germanică (saxonii, anglezii, jutii şi danezii) şi-au împărţit Anglia.

Despre dreptul din epoca anglo-saxonă există foarte puţine informaţii. Legi scrise încep să apară după convertirea triburilor la creştinism (care a avut loc în anul 596 prin misiunea Sfântului Augustin de Canterbery), iar originalitatea lor constă în faptul că erau scrise în limba anglo-saxonă şi nu în latină cum era cazul celorlalte legi barbare. Legile anglo -saxone nu reglementau decât aspecte foarte limitate ale raporturilor sociale de exemplu Legile lui Aethelbert, rege de Kent, edictate în jurul anilor 600 nu conţineau decât 90 de fraze scurte. Dreptul în vigoare în aceea perioadă era unul strict local, neexistând un drept comun în toată Anglia înainte de cucerirea normandă.

Perioada formării common law

În 1066 Wiliam Cuceritorul (în franceză Guillaume le Conquérant), duce de Normandia învinge la Hastings pe Harold suveranul saxon. Justiţia locală existentă în aceea perioadă nu a fost schimbată cu nimic, noul domnitor proclamând în mod expres menţinerea în vigoare a dreptului anglo-saxon. Totuşi cucerirea normandă a Angliei nu a rămas fără conseciinţe, consituind un eveniment de o importanţă capitală, aceasta marcând finalul domniei triburilor şi instalarea feudalismului în Anglia. Puterea normandă era o putere forte, centralizată cu o bogată exprienţă administrativă. Disciplina şi spiritul organizatoric al normanzilor a dus la redactarea în 1086 a unui document numit Doomsday Book, un recensământ al întregului teritoriu al Angliei care menţiona un numar de 15.000 de domenii ("*manors"*) şi 200.000 de case existente la aceea dată. Acest document a fost utilizat pentru o perioadă lungă de timp în vederea demonstrării drepturilor asupra terenurilor, fiind un fel de carte funciară. Acest caracter organizat şi militarizat al feudalismului englez a permis dezvoltarea common law. Common law era numit în aceea perioadă "*comune lay*", un cuvânt provenit din jargonul normand, limba franceză fiind atunci şi până spre sfârşitul secolului XV, limba vorbită la Curtea Regală precum şi în instanţele de judecată, limba scrisă fiind cea latină. La momentul cuceririi normande, nu exista un drept comun al Angliei, existau în schimb cutume locale care erau aplicate de "Adunarea Oamenilor Liberi", numită "*Country Court*" sau "*Hungred Court*". După cucerirea normandă aceste curţi au fost înlocuite cu jursdicţii senioriale de un nou tip: "*Courts Baron"*, "*Court Leet*", "*Manorial Courts"*, jurisdicţii care însă aplicau acelaşi drept cutumiar local.

Elaborarea common law ca şi drept comun al întregului teritoriul al Angliei, va fi opera exclusivă a Curtilor Regale de Justiţie, denumite în mod comun,după locul în care şi-au stabilit sediul începând cu secolul XIII, "*Curţile de Westminster*". Imediat după cucerirea normandă, litigiile ereau în mod normal judecate de jurisdicţiile locale enumerate, Regele exercitând numai o "justiţie înaltă", ceea însemna că Regele se

implica numai în cazuri excepţionale. În aceste cazuri Regele era asistat de supuşii săi cei mai apropiaţi şi de personalităţile cele mai mari ale regatului, lunând astfel naştere ceea ce urma să fie Curia Regis sau Curtea Regelui, jurisdicţia cea mai înaltă, care însă nu era accesibilă tuturor. În cadrul Curţii Regale sau Curia Regis s-au creat tribunale specializate dar cu titlu de jurisdicţii excepţionale şi competenţe limitate: *Exchequer*, *Common Pleas* şi *King Bench*. Exchequer era tribunalul cu competenţă în materie fiscala, judecând cauzele care aveau ca obiect contribuţiile către stat şi domeniul public. Common Pleas (sau curtea Plângerilor Comune) avea competenţă mai ales în materia proprietăţii imobiliare judecând acţiunile posesorii, acţiunile personale şi acţiunile delictuale (trespass) iar King s Bench avea competenţă în litigiile care aduceau atingere directă interesului Regelui, aşa numitele litigii care erau considerate infracţiuni contra "păcii regelui" (litigii penale dar şi civile cu privire la fapte ilicite care interesau coroana). Toate aceste jurisdicţii au fost desfiinţate în 1875 odată cu marea reformă din justiţia engleză, moment în care funcţiile lor au fost preluate de către noi tribunale specializate.

Cu timpul Curţile Regale de justiţie au început să îşi extindă competenta şi să devină preferate de către persoanele particulare cărora justiţia regală le apărea ca fiind superioară celei administrate de celelalte jurisdicţii. În plus doar Curtile Regale aveau mijloacele efective de a asigura aducerea martorilor la procese, punerea în executare a sentinţelor şi doar Regele şi biserica puteau obliga subiecţii să depună juramânt. Punerea în executare a sentinţelor şi convocarea juraţilor în procesese se făcea de către "conducatorii coroanei" din judeţe numiţi "*sheriffs"* (anterior cuceririi normande fiind numiţi shire reeve), funcţionari regali responsabili de judeţ aparţinând aparatului auxiliar al justiţiei regale, în competenţa lor suprapunându-se puterile de poliţie cu cele judiciare. Pe de altă parte, interesul cancelarului şi al judecătorilor regali era de a cunoaşte un număr tot mai mare de cazuri cu scopul de a efectua administrarea justiţiei.

Datorită acestor cauze la sfârşitul Evului Mediu, Curţile Regale au rămas în efect singurele, dezvoltând propria jurisdicţie. Jurisdicţiile senoriale au avut soarta Hungred Courts, alte jurisdicţii existente cum ar fi jurisdicţiile municipale sau comerciale nu au mai fost sezizate decât pentru chestiuni de minimă importanţă, iar jurisdicţiile ecleziastice nu mai judecau decât litigiile din materia căsătoriei sau care priveau disciplina clerului.

Astfel s-a ajuns la administrarea unei justiţii centralizate, care a creat ceea ce urma să se numească common law.

Modul de sezizare a Curţilor Regale - Sistemul "Writ"-ului

Trebuie prezentat modul în care Curţile Regale administrau justiţia, în primul rând datorită faptului că acesta era, şi este, complet diferit de modul în care se funcţionează şi se administrează justiţia în ţările cu sistem de drept romano-germanic. Primul element care diferenţiază în mod substanţial cele două sisteme este acela că sistemul de drept anglo-saxon se bazează în principal pe procedură, dreptul substanţial fiind pe locul secund, în sistemele de drept romano-germanice situaţia fiind opusă, accentul punându-se pe fondul dreptului în defavoarea procedurii.

Până în 1875, jurisdicţiile regale ereau considerate, cel puţin în teorie, jurisdicţii de excepţie, judecarea unui caz care implica simpli cetăţeni de către o astfel de jurisdicţie nu constituia un drept ci mai degrabă un privilegiu pe care autoritatea reglă nu îl acorda decât în anumite cazuri. La baza sistemului stătea o instituţie numită writ, cuvânt ce nu

poate primi o traducere proprie a semnificaţiei sale juridice, o traducere aproximativă fiind de citaţie, mandat sau ordin.

Cel care dorea să beneficieze de privilegiul de a fi judecat de către una dintre Curţile Regale trebuia să solicite acest lucru Cancelarului în vederea acordării de către acest a unui *writ,* obţinerea acestuia fiind condiţionată de plata unei sume de bani. Writ-ul era un document emanând de la Cancelaria Regală, sub forma unui oridn al Regelui purtând sigiliul său. Documentul descria în mod succint faptele ce motivau litigiul şi autoriza rezolvarea cauzei. Această procedură declara supremaţia Regelui în administrarea justiţiei, fapt ce a atras antipatia autorităţiilor locale şi pe cale de conseciinţă ostilitatea acestora în proliferarea writt-ului ca instituţie.

Tot această antipatie a dus la stoparea apariţiei unor noi tipuri de writ şi limitarea la cele deja existente. Prima lită de writt-uri disponibile, apărută în anul 1227 cuprindea doar 56 de formule model şi numai printr-o lege din 1285 - "*Second Statut of Westminster",* cancelaria a fost autorizată să emită "*writs în consimili casu*", adică în cazuri care prezentau o mare asemănare cu un caz pentru care exista deja un writ. În 1832 sistemul a fost reformat porfund la cele 56 de formule model adăugându-se încă 76.

Instituţia writ-ului, care a si limitat dezvoltarea dreptului substantiv englez, poate fi exprimată în doua principii:

-*where there is no writ, there is no right*: unde nu este niciun writ nu este niciun drept, şi

- *remedies precede rights*: remedile precedă dreptul.

Reclamantul care nu găsea niciun writ apropiat de cazul său nu putea avea acţiune în faţa instanţei. Sistemul era numit "*forms of actions*", în care fiecare writ deschidea calea unei acţuini de un tip sau altul alegerea formei de acţiune guvernând nu doar procedura ci şi regulile aplicabile în speţă. Fiecărui writ îi corespundea în fapt o procedură dată, în funcţie de actele care trebuiau îndeplinite, de modul de reglare a anumitor incidente, de posibilitatea de reprezentare a părţilor, condiţiile de admisibilitate si de administrare a dovezilor, modul de punere în executare a deciziei etc. Doar anumite cuvinte puteau fi folosite într-o forma de acţiune pentru a determina reclamantul şi pârâtul utilizarea aceloraşi cuvinte într-o altă procedură fiind un lucru total greşit şi fatal părţii aflate în eroare. Un tip de procedură prevedea judecata cu juriul, într-un alt tip de procedură nu era prevăzut juriul dar se admitea dovada cu martori, într-un tip de acţiune pârâtul putea fi judecat în lipsă iar într-un alt tip de acţiune nu exista această posibilitate.

Astfel common law-ul a început să fie caracterizat ca fiind un ansamblu de proceduri, după care o decizie putea fi luată. Problema primordială era în aceea perioadă convingerea Curţilor Regale să îşi admită competenţa. Regula conform căreia o singură formă de acţiune "form of action" este corespunzătoare unui singur caz a rămas în vigoare până în secolul XIX, în 1854 reclamantul fiind autorizat pentru prima oară în istoria dreptului englez să îşi întemeieze cazul în mod alternativ dar simultan pe două forme de acţiuni.

Preocuparea majoră a juristilor în Anglia până în secolul XIX nu a fost de a căuta soluţia cea mai justă în fiecare caz în parte, toată atenţia lor fiind concentrată o lungă perioadă de timp asupra procedurii. Apare astfel o primă mare diferenţiere fată de sistemul de drept romano-germanic: juriştii europeni îşi concentrau atenţia în principal pe determinarea drepturilor şi obligaţiilor fiecărei părţi, adică asupra regulilor de fond ale dreptului, iar juriştii englezi se concentrau pe probleme de procedură.

Capitolul II. Equity

Termenul "equity" este, ca şi expresia common law, dificil de tradus. Aceasta deoarece termenul juridic de equity este departe de a se identifica cu noţiunea provenită din limba latină de echitate, fiind mai degrabă astăzi o serie de reguli, principii şi remedii procesuale cu originea în jurisprudenţa Tribunalului Regal al Cancelariei- Court of Chancery. Punctul comun între acest termen şi ideea de echitate este originea istorică a equity ca jurisdicţie discreţionară şi echitabilă, constituită pentru judecarea cazurilor pentru care nu exista un remediu în common law.

Sistemul writs-urilor, închis şi extrem de formalist, a condus la o inadecvare a sistemului de common law faţă de nevoile societăţii. Obstacolele cazuzate de numărul redus de writs-uri au avut ca rezultat inevitabil ca într-un număr de cazuri tot mai mare soluţia dată să fie injustă. Începând cu secolul al XIV-lea, nemulţumirea populaţiei a crescut şi a generat acumularea de cereri şi recursuri din partea persoanelor care nu găseau niciun remediu în common law. Existenţa celor trei tribunale de common law, nu a epuizat însă forma cea mai originală de justiţie din regat şi anume Regele însuşi. Orice persoană care din cauza insuficienţei sau ineficienţei common law-ului se considera neîndreptăţită putea recurge la rege cu rugămintea de a îşi exercita propriile prerogative în administrarea justiţiei. De primirea şi rezolvarea unor astfel de plângeri se ocupa Cancelarul, delegat de către rege pentru a stabili soluţia cea mai echitabilă pentru fiecare caz în parte. Cancelarul supranumit "gardian al conştiinţei regelui" aplica în prima perioadă a acestui tribunal o echitate fondată pe "conştiinţă", influenţată de o concepţie de drept natural şi de principiile dreptului canonic. Primii cancelari proveneau din rândul clericilor şi judecau după echitatea lor particulară, iar mai târziu după sfârşitul secolului al XVI, cancelarii ereau numiţi din rândul oamenilor apropiaţi ai regelui, equity stabilind deja un set d ereguli procedurale.

S-a emis părerea conform căreia primii cancelarii imitau dreptul roman, însă aceasta rămâne o chestiune discutabilă. Este fără îndoială că în calitatea lor de clerici ereau familiarizaţi cu dreptul canonic şi deci cu principiile instituţiilor romane şi din Digeste. O mare parte din maximele dreptului roman cum ar fi: " *qui prior tempore potior est iure*" sunt mult întâlnite în jurisprudenţa cazurilor judecate în equity, totuşi cancelarii se pronunţau foarte aprope de regulile de common law.

Curtea Cancelarului numită Curia Cancellarie (denumire primită în secolul al XIV-lea), avea puteri judiciare clasificate în două tipuri.

În primul rând Canelorul primea plângerile celor care nu au putut să îşi obţină dreptatea prin administrarea justiţiei normale, dar credea că o astfel de dreptate îi aparţine. Petiţia era în fapt o rugaminte, prin care judecătorul cancelar era rugat să găsească o soluţie din dragoste de Dumnezeu iar motivarea unei astfel de cereri putea fi una pur subiectivă, cum ar fi fpatul că petiţionarul este bătrân şi sărac în timp de adversarul său este puternic şi bogat. Dacă petiţia se refera la faptul că petiţionarul nu a avut acces la justiţie, cancelarul avea posibilitatea de a emite un writ dând petiţionarului posibilitatea de a se prezenta în faţa unui tribunal de common law, însă aşa cum am menţionat începând cu secolul al XIV-lea a existat o ostilitate faţă de apariţia unor noi writ-uri, tribunalele devenite mult mai conservatpare respingând wrtis-urile care erau diferite de cele deja existente. În această situaţie cancelarul putea să aplice o alfel de măsură, şi anume să citeze adversarul petiţionarului şi să îi solicite respectarea celor solicitate în petiţia formulată împotriva sa. Cu timpul s-a format o procedură, procedură care era însă diferită de cea impusă de diferitele tipuri de writ-uri. De exmplu cancelarul primind

petiţia numită "bill" ordona adversarului să se prezinte în faţa lui pentru a contesta reclamaţia sub pedeapsa de a pierde o sumă de bani (*sub poena*). Comunicarea conţinea doar numele persoanei/persoanelor care trebuiau să se prezinte în faţa cancelarului pentru a contesta reclamaţia. În faţa cancelarului reclamantul trebuia să răspundă sub jurământ la toate afirmaţiile conţinute în petiţie (bill), cancelarul fiind cel care decidea întrebările. Procedura indicată prin writ-ul aplicabil în faţa tribunalelor de common law era cu totul alta: se comunică pârâtului care sunt motivele pentru care este reclamat si iar acesta trebuia să explice de ce a avut atitudinea reclamată. Cancelarul examina cazurile care îi ereau deduse judecăţii după o procedură şi un sistem de administrare a dovezilor cu totul diferit de cea a tribunalelor de common law. Nu existau "forms of action", nu exista judecata cu juriu şi se acorda o mai mare importanţă documentelor scrise.

În al doilea rând Curtea Cancelarului primea multe petiţii care nu urmăreau doar obţinerea justiţiei de la rege ci şi împotriva lui. În aceste cazuri în care vinovat trebuia să fie regele însuşi nu putea fi introdusă nicio acţiune în faţa unui tribunal de common law, niciun writ neautorizând o astfel de acţiune. De exemplu dacă regele intra prin intermediul unor oficiali ai săi în posesia unor terenuri considerând că nu există moştenitori legali, când în fapt proprietatul decedat a lăsat totuşi moştenitori, acestia din urmă trebuiau să roage în mod umil să se facă dreptate. Procedura se desfăşura în faţa cancelarului iar el putea decide ca petiţionarul moştenitor să îşi probeze calitatea şi să îşi recupereze terenurile.

Equity follows the law sau rolul accesoriu al equity

Cancelarul prin intervenţia sa nu a formulat niciodată reguli noi de drept, reguli care să fie obligaorii de aplicat pentru judecători. Cancelarul nu a dorit modificarea dreptului stabilit şi aplicat de către Curţi, cu atât mai mult cu cât ştia că trebuie să se menţină la graniţa cu common law (nu avea dreptul să audieze cazuri care ereau de competenţa tribunelelor de common law). Mai mult Curtea Cancelarului nu şi-a afirmat niciodată superioritatea în faţa tribunalelor de common law, nu şi-a arogat facultatea de a emite noi writ-uri. Prin judecata sa Cancelarul nu spunea că sentinţa obţinută într-un tribunal de common law era incorectă, nu o anula, doar spunea că privind motivele din cazul particular, ar fi contrar echităţii să se execute aceea sentinţă. În concluzie Cancelarul avea un respect deosebit faţă de common law: "*equity fallows the law*" - "quity respectă legea", fiind un principiu formulat chiar de cancelarie. A respecta însă legea nu înseamnă să neglijăm legiile moralei, cam aşa poate fi sintetizat modul în care equity funcţiona.

De exemplu common law-ul prevedea în cazul neexecutării unui contract acordarea de daune-interese (în terminologia juridică engleză este utilizată noţiunea de remedies-noţiune care nu face parte din terminologia juridcâ europeană şi care ar putea fi tradus aproximativ ca remediu, soluţie, reparea a unui prejudiciu) părţii vătămate de neexecutarea contractului. O astfel de acţiune putea fi intentată prin writ-ul numit "*assumpsit*" care se referea la contracte, acţiune prin care sevputea obţine doar condamnarea la plata unei sume de bani, în mod normal reprezentând paguba cauzată si dobânzi.

În unele cazuri se putea însă obţine chiar prestaţia promisă prin contract, însă acest lucru nu era posibil deoarece nu exista nicio actiune (niciun writ) care să prevadă obţinerea unui astfel de rezultat în faţa vreunei instanţe de common law. Curtea Cancelorului însă acţiona "*in personam*" putând solicita pârâtului executarea obligaţiei sale în natură (*"degree of specific performanc*e") sau să se abţină de a avea în viitor o

anumită conduită determinată *("injuction*"). Common law-ul nu era în niciun fel încălcată, fiind doar obţinut un remediu pe care nu era în măsură să îl acorde.

În common law procesul era un fel de meci în care judecătorul avea doar rolul unui arbitru, părţile fiind cele care trebuiau să adune dovezile neavând niciun mijloc prin care să îşi oblige adversarul să aducă un document aflat în posesia sa.. În faţa Curţii Cancelarului însă se putea obţine un "*discovery order"*, un ordin prin care una din părţi putea fi obligată să aducă documentul aflat în posesia sa.

Un alt exemplu din materia contractelor ar fi cel din materia viciilor de consimţământ. Common-law-ul, în vechiul său sistem, avea o teorie a viciilor de consimţământ în materia contractelor rudimentară. Erea reglementată violenţa ca viciu d econsimţământ ("*duress*"), însă doar violneţa fizică nu şi cea morală. Cancelarul a intervenit completând această regulă în sensul în care nu mai puteau fi puse în executare contractele obţinute prin violenţă sau constrângere morală, dând naştere unei adevărate instituţii numită " *undue influence*".

Rolul independent al equity

Cea mai importantă creaţie a equity şi a dualităţi sistemului de common law rămâne însă fără nicio îndoială instituţia trustului. Această instituţie constituie o instituţie fundamentală a sistemului de drept anglo-saxon, adaptându-se vremurilor şi nevoilor societăţii, trecând de la utilizarea sa cu preponderenţă în sfera relaţiilor familiale la utilizarea sa astăzi în sfera dreptului comercial şi sfera vieţii economice.

O descriere şi o analiză a instituţiei trustului ar depăşi cu mult cadrul prezentului articol, însă voi prezenta pe scurt mecanismul acestei instituții pentru a evidenţia rolul independent al equity.

Proprietarul unui bun, dintr-un motiv sau altul vrea să îşi transfere bunul către o altă persoană căreia îi cere să îl păstreze şi să îl administreze în folosul unui terţ. În common law persoana care primea proprietatea devenea el însuşi proprietar şi în mod corespunzător putea dispune de bun după cum dorea. Nu există nicio posibilitate deci să fie ţinut responsabil de către un tribunal de common law dacă deturna în profitul său personal veniturile provenite din administrarea bunurilor transferate, venituri care conform proprietarului originar ar fi trebuit să fie puse la dispoziţia unui terţ desemnat.

Aici a intervenit equity: dacă din punctul de vedere al unui tribunal de common law proprietar însemna proprietar, din punctul de vedere al tribunalului de equity o astfel de conduită era împotriva conştiinţei. Deşi proprietarul avea toate drpeturile acordate de către common law, echitatea nu îi permitea să dispună de bun decât în conformitate cu condiţiile în care a fost primit, adică cu condittiile trustului.

Prin această instituţie a trustului se explică rolul independent al equity faţă de common law. În timp ce common law-ul nu recunoştea sub nicio formă interesele beneficiarilor şi nici obligaţiile trustee-ului (persoana care primea proprietatea bunului), equity recunoştea pe deplin dreptul de proprietate al trustee-ului, însă obliga ca acesta să aibă o conduită conformă cu conştiinţa.

Curtea Cancelarului judeca întotdeauna în *personam*, ceea ce a dus la stabilirea unui principiu:" *equity acts în personam"*. Cancelaria funcţiona prin ordine adresate pârâtului. Prin care îl obliga pe acesta sau din contră îi interzicea acestuia să se comporte într-un fel sau altul conform cu exigenţele moralei şi conştiinţei. Pârâtul care nu se conforma ordinului dat era închis într-o închisoare sau îi erau confiscate bunurile. Cu timpul intervenţia cancelarului dominată de ideea de conştiinţă a devenit tot mai sistematică, Curtea Cancelarului dezvoltând unele instituţii ("trustul") sau concepte

("*misrepresentation, undue influence, specific performance"*). întotdeauna însă intervenţia cancelarului a avut un caracter discreţionar: nu intervenea decât dacă conduita reclamantului era una corectă ("*clean hands"*) iar cea a pârâtului era contrară conştiinţei.

Concluzii

Cunoaşterea sistemului de drept anglo-saxon poate avea o mică importanţă practică acesta fiind probabil şi motivul pentru care în litaratura noastră de specialitate există foarte puţine lucrări despre acest sistem de drept sau despre celelalte sisteme de drept existente. Consider însă că studierea sistemelor de drept şi în special studierea sistemului de drept anglo-saxon, unul dintre cele mai răspândite sisteme juridice din lume, poate avea o importanţă deosebită. Descoperirea unei noi perspective asupra dreptului diferită de cea pe care juriştii europeni o învaţă şi o cunosc nu poate duce decât la o mai mare flexibilitate în gândire şi la ieşirea din tipare ceea ce poate însemna în fapt o evoluţie.

Acknowledgments. *This work was cofinanced from the European Social Fund through Sectorial Operational Programme Human Resources Development 2007-2013, project number POSDRU/ CPP107/DMI 1.5/S/77082, "Doctoral Scholarships for eco-economy and bio-economic complex training to ensure the food and feed safety and security of anthropogenic ecosystems*

Biblografie

"Droit Anglais", 2 eme edition, autor J.A. Jalowicz avec le concours du Centre D etudes Juridiques Comparatives de l Universite de Paris I, ISBN: 2-247-01339-2, Editura Precis Dalloz, Paris;

"Les grandes Systemes de Droit Contemporains", 10 eme edition, autori: Rene David, Camile Jauffret-Spinosi, Editura: Precis Dalloz, ISBN: 2-247-01379-1;

"Sistemas Juridicos Comparados - Lecciones y Materiales", autori: Gianmaria Ajani, Miriam Anderson, Ester Arroyo Amayuelas, Barbara Pasa, editura: Publicacions I Edicions Universitat de Barcelona, Barcelona;

Viața privată la locul de muncă

Mircea ***CHEBELEU****

Abstract: *Dezvoltarea tehnicii şi a societăţii, în general, a constituit şi motivul pentru care prevederile legale în materie de viaţa privată se impun a fi interpretate într-o manieră dinamică şi evolutiva, care să corespundă noilor realităţi ale vieţii actuale. Dezvoltarea tehnicii şi a ştiinţei a făcut că, în prezent, posibilităţile angajatorului de monitorizare a salariatului în cadrul orelor de program să fie multiple. Montarea de camere video – audio, monitorizarea traficului de internet, posibilitatea interceptării comunicaţiilor făcute prin e-mail, yahoo-messenger sau alte programe, montarea de dispozitive gps pe autoturisme, instalarea de programe pentru identificarea locaţiei pe telefoanele mobile de serviciu ale salariaţilor sunt doar câteva din posibilităţile tehnice aflate la dispoziţia angajatorilor.*

Cuvinte cheie: *viaţa privată a salariatului, protecţia datelor cu caracter personal, respectarea confidenţialităţii datelor, demnitatea salariatului*

Capitolul I. Problema existenţei vieţii private la locul de muncă

Un subiect de maximă actualitate este cel referitor la respectarea dreptului la viaţa privată al salariatului în cadrul orelor de program. Abordarea acestei probleme implica obţinerea unor răspunsuri la următoarele întrebări. Beneficiază salariatul de drept la viaţa privată în interiorul orelor de program? Care sunt condiţiile în care angajatorul poate limita sau îngrădi dreptul la viaţa privată al salariatului? Poate angajatorul să folosească informaţiile private obţinute în a antrena răspunderea disciplinară, civilă sau penală a salariatului? Care sunt modalităţile efective în care angajatorul poate monitoriza activitatea salariaţilor săi? Dacă, din punctul de vedere al legislaţiei privind respectarea vieţii private, prezintă interes practic dacă monitorizarea cuprinde şi elemente protejate de salariat prin setarea unor parole private? Dacă monitorizarea poate implica şi interceptarea conţinutului unor convorbirilor salariaţilor şi dacă, pentru rezolvarea acestei probleme, prezintă importanţă dacă convorbirile au fost efectuate de pe telefonul privat sau cel de serviciu? Dacă monitorizarea salariaţilor este permisă la locaţia angajatorului dar în afara orelor de program? Dacă montarea unor dispozitive gps pe maşinile societăţii respectiv montarea unor programe de urmărire pe telefoanele de serviciu ale salariaţilor este de natură să limiteze viaţa privată a salariaţilor şi, mai ales, dacă informaţiile astfel obţinute pot constitui temei legal pentru desfacerea contractului de muncă al salariatului? Care este practică Curţii europene a drepturilor omului în domeniu?

Aşa cum am menţionat deja în cadrul capitolelor anterioare intra sub sfera de protecţie a articolului 8 paragraful1 din Convenţia europeană şi dreptul oricărei persoane la respectarea vieţii sale private şi a corespondentei sale.

Acest text îşi are sorgintea în art. 12 din Declaraţia universală a drepturilor omului, care stipulează că nimeni nu va fi obiectul unor imixtiuni arbitrare în viaţa sa particulară

* Asistent, Universitatea din Oradea.

ori în corespondenţa sa, nici al unor atingeri ale onoarei sau reputaţiei sale; orice persoană are dreptul la protecţia legii împotriva unor astfel de imixtiuni sau atingeri.

De asemenea, acest drept este garantat şi protejat şi de Pactul internaţional cu privire la drepturile civile şi politice (art. 17).

Dezvoltarea tehnicii şi a ştiinţei a făcut că, în prezent, posibilităţile angajatorului de monitorizare a salariatului în cadrul orelor de program să fie multiple. Montarea de camere video – audio, monitorizarea traficului de internet, posibilitatea interceptării comunicaţiilor făcute prin e-mail, yahoo-messenger sau alte programe, montarea de dispozitive gps pe autoturisme, instalarea de programe pentru identificarea locaţiei pe telefoanele mobile de serviciu ale salariaţilor sunt doar câteva din posibilităţile tehnice aflate la dispoziţia angajatorilor.

Dezvoltarea tehnicii şi a societăţii, în general, a constituit şi motivul pentru care prevederile legale în materie de viaţă privată se impun a fi interpretate într-o manieră dinamică şi evolutivă, care să corespundă noilor realităţi ale vieţii actuale.

Dacă în primul paragraf al articolului 8 al Convenţiei se reglementează principiul respectării vieţii private, al doilea paragraf aduce o serie de limitări ce pot fi impuse în exerciţiul acestor drepturi, respectiv condiţiile în care o autoritate publică poate să intervină în exercitarea dreptului. În acest sens, se prevede ca limitările sau ingerinţa în viaţa privată să fie prevăzută în lege şi să constituie o măsură necesară într-o societate democratică pentru securitatea naţională, siguranţa publică, bunăstarea economică a ţării, apărarea ordinii şi prevenirea faptelor penale, protejarea sănătăţii sau a moralei, ori protejarea drepturilor şi libertăţilor altora.

În afara acestor condiţii expres prevăzute în textul Convenţiei, în jurisprudenţa sa, Curtea europeană a drepturilor omului mai reţine în plus şi necesitatea existenţei unei proporţionalităţi intre ingerinţa şi scopul urmărit.

Faţă de condiţiile mai sus menţionate, este evident că problematica vieţii private a salariatului la locul de muncă şi în timpul orelor de program trebuie să fie analizată sub următoarele aspecte: legislaţia existenta, necesitatea ingerinţei într-o societate democratică şi proporţionalitatea intre ingerinţa şi scopul urmărit.

De asemenea, analizarea problematicii vieţii private a salariatului la locul de muncă, impune obligativitatea analizării şi conceptelor, respectiv noţiunilor de viaţa privată respectiv corespondenţa.

Din punctul de vedere al legislaţiei existente, Legea 53/2003 republicata - Codul muncii (în varianta consolidată la 15.02.2013) conţine o serie de prevederi cu implicaţii directe asupra dreptului la viaţa privată.

Normele juridice, fie ele de drept material sau procedural, trebuie interpretate în lumina principiilor care guvernează domeniul respectiv. Astfel, dispoziţiile de drept material referitoare la legislaţia muncii, trebuiesc interpretate în lumina principiilor fundamentale prevăzute la Capitolul II din Legea 53/2003.

Astfel, în cadrul articolului 6 alineatele (1) şi (2) Legiuitorul ridică la nivel de principiu regulă potrivit căreia orice salariat care prestează o muncă beneficiază de respectarea demnităţii şi a conştiinţei sale, fără nicio discriminare.

Tot la nivel de principiu este reglementată şi regula potrivit căreia salariaţilor le este recunoscut dreptul la protecţia datelor cu caracter personal.

Cu implicaţii directe asupra dreptului la viaţa privată al salariaţilor, sunt şi dispoziţiile art. 40 alin. (1) lit. d) potrivit cărora angajatorul are dreptul: “să exercite controlul asupra modului de îndeplinire a sarcinilor de serviciu”.

Alineatul 2 lit. (a) a articolului 40 din acelaşi act normativ, impune însă obligativitatea angajatorului de a controlul cu respectarea confidenţialităţii datelor cu caracter personal ale salariaţilor. (Potrivit dispoziţiilor art. 3 lit. a) din Legea 677/2001 pentru protecţia persoanelor cu privire la prelucrarea datelor cu caracter personal şi libera circulaţie a acestor date, prin date cu caracter personal se înţelege: orice informaţii referitoare la o persoană fizică identificată sau identificabilă; o persoană identificabilă este acea persoană care poate fi identificată, direct sau indirect, în mod particular prin referire la un număr de identificare ori la unul sau la mai mulţi factori specifici identităţii sale fizice, fiziologice, psihice, economice, culturale sau sociale ".

Regulile concrete de disciplină a muncii se trec în regulamentul intern al societăţii, cu menţiunea ca acesta trebuie să fie caracterizat de respectarea demnităţii salariatului.

Revenind la problematica limitării vieţii private a salariaţilor, trebuie concluzionat că legea specială referitoare la domeniul raporturilor de muncă conţine prevederi exprese care să permită angajatorului o anumită ingerinţa în viaţa privată a salariatului, cu scopul de a controla modul de îndeplinire a obligaţiilor de serviciu.

Practic, nevoia de viaţa privată a salariatului este limitată de nevoia de supraveghere a angajatorului, nevoie legitimată de dispoziţiile art.40 alin. (1) lit. d) Codul Muncii.

Ingerinţa în viaţa privată a salariatului făcută de angajator cu scopul de a controla modul de îndeplinire a obligaţiilor de serviciu al salariaţilor, este însă subsumată condiţiei prevăzute de art. 40 alineatul (2) litera a) din Codul muncii, text care obliga însă în mod expres angajatorul să informeze salariaţii despre condiţiile de muncă. Fără să se prevadă în mod expres, este cât se poate de clar că şi eventuala monitorizare şi modalităţile în care acesta este efectuată trebuie (în baza textului de lege anterior menţionat) adusă în prealabil la cunoştinţa salariaţilor.

Nerespectarea condiţiei prealabilei informări, face ca ingerinţa angajatorului în viaţa privată a salariatului să nu mai fie prevăzută de lege. O informaţie obţinută de angajator prin accesarea poştei electronice a salariatului trebuie apreciată (cu unele nuanţări) ca îndeplinind latura obiectivă a infracţiunii de violare a secretului corespondenţei. Mai mult, o astfel de informaţie nu va putea fi folosită ca proba în instanţă într-un litigiu civil, indiferent de obiectul sau. Acesta pentru că, potrivit dispoziţiilor art. 341 alin. (2) cod procedura civilă, prevede că sunt mijloace materiale de probă doar mijloacele tehnice care nu au fost obţinute prin încălcarea legii. Mai mult, dispoziţiile articolului 255 cod procedura civilă impun obligativitatea că probele să fie admisibile potrivit legii. Coroborând acest text cu dispoziţiile art. 71 Cod civil referitoare la viaţa privată, este cât se poate de clar că o astfel de practică a angajatorului ar constitui o ingerinţă neadmisă de lege în viaţa privată a salariatului, iar proba astfel obţinută nu ar fi susceptibilă de a fi valorificata împotriva salariatului în cazul unui proces.

Nuanţarea la care am făcut referire la paragraful precedent, este legată de aspectul dacă adresa de mail a salariatului şi accesata de acesta în timpul programului de muncă, este una profesională sau una privată (cu username şi parola stabilite în prealabil de salariat) şi dacă serviciul de internet este unul aparţinând angajatorului său propriu al salariatului.

Cu totul astfel ar fi situaţia în condiţiile în care angajatorul şi-ar fi îndeplinit obligaţia de a încunoştinţa salariatul despre metodele de monitorizare. În condiţiile în care, în chiar conţinutul contractului individual de muncă, a contractului colectiv sau chiar în regulamentul de ordine interioară se înserează dreptul angajatorului de a monitoriza activitatea salariaţilor şi sunt detaliate pe larg mijloacele tehnice de monitorizare, angajatorul poate aprecia ingerinţa ca fiind prevăzută de lege. Sub aspect probatoriu,

semnarea contractului cu acele aspecte de monitorizare prevăzute expres, ar putea echivala cu o convenţie asupra probelor, cu consecinţa că probele astfel obţinute ar putea fi folosite împotriva salariatului.

Alineatul 3 al art. 29 din Codul muncii protejează candidatul la obţinerea unui loc de muncă, de orice ingerinţă a angajatorului în viaţa să privată. Astfel, informaţiile cerute de angajator candidatului nu pot avea alt scop decât acela de a aprecia aptitudinile profesionale şi capacitatea acestuia de a ocupa postul respectiv. Întrebările angajatorului privind, spre exemplu, orientările sexuale ale candidatului, apartenenţa sau nu la un cult religios, intenţia candidatei de a face sau nu copii reprezintă ingerinţe neprevăzute de lege în viaţa privată a viitorului salariat. O asemenea ingerinţa în viaţa privată a salariatului o constituie şi solicitarea angajatorului de relaţii în legătură cu viitorul salariat de la foştii săi angajatori, dacă acesta solicitare se face fără acordul salariatului sau dacă priveşte alte aspecte decât activităţile îndeplinite sau durata angajării (art. 29 alin. 4).

Tot neprevăzută de lege este şi ingerinţa în viaţa privată a salariatului concretizata în obligarea acestuia de a-şi face un alt set de analize decât cel aprobat prin lege specială pentru angajare. În domenii ca alimentaţie publică, învăţământ, testele medicale specifice sunt prevăzute tot de lege, astfel încât nici chiar în aceste domenii angajatorii nu au dreptul de a solicita salariaţilor efectuarea de alte investigaţii suplimentare.

Mai mult, solicitarea, la angajare, a testelor de graviditate este interzisă în mod expres de lege (art. 27 alin. 4 Codul muncii).

În condiţiile în care, ingerinţa în viaţa privată a salariatului este prevăzută de lege, mai trebuie verificat – raportat la fiecare caz în parte, dacă ingerinţa este absolut necesară pentru angajator şi dacă există o proporţionalitate intre ingerinţa şi scopul urmărit de acesta.

Referitor la condiţia existenţei unei necesităţi obiective a angajatorului în a supraveghea viaţa privată a salariaţilor cât timp aceştia se afla la locul de muncă sau în perioada de program, se tinde spre a fi justificată prin nevoia de mobiliza angajatul de a nu-şi rezolva problemele personale în cursul orelor de program. Necesitatea se tinde a fi justificată şi prin prisma nevoii angajatorului de a verifica în ce măsură salariatul îşi îndeplineşte obligaţiile asumate prin clauză de confidenţialitate sau neconcurenta. Respectarea programului de muncă, relaţionarea salariaţilor cu clienţii companiei, verificarea modului de manipulare cu eventualele valori sunt alte exemple care ar putea justifica în mod obiectiv ingerinţa angajatorului în viaţa privată a salariaţilor săi şi sunt motivele pentru care în ultimul timp tot mai mulţi angajatori achiziţionează carduri de acces, camere video, echipamente monitorizare gps.

Cu adevărat problematica este însă stabilirea unei proporţionalităţi intre ingerinţa, pe de o parte, şi scopul urmărit de angajator, pe de altă parte. Dacă iniţial stabilirea proporţionalităţii este atributul exclusiv al angajatorului, în cazul unui eventual proces verificarea proporţionalităţii va fi făcută de judecător.

Apreciez că verificarea proporţionalităţii se poate face doar în funcţie de scopul/scopurile în prealabil definit al angajatorului. Scopul anterior menţionat, trebuie să justifice nu doar ingerinţa în sine, dar şi metoda efectiv aplicată precum şi perioada de timp necesară pentru stocarea informaţiilor obţinute.

Datele astfel obţinute trebuiesc a fi utilizate în exclusivitate pentru scopul în prealabil stabilit. Acesta la rândul său trebuie să fie explicit, neechivoc şi legitim. Înainte de a verifica existenţa proporţionalităţii, instanţă va trebui să verifice legitimitatea scopului, iar după verificarea proporţionalităţii instanţă va verifica dacă datele obţinute au fost sau nu folosite în activităţi în afara scopului menţionat.

O problemă sensibilă este cea referitoare la îndreptăţirea angajatorului de a accesa şi verifică conţinutul convorbirilor sau poştei electronice a salariaţilor. Pentru verificarea modului în care salariaţii îşi petrec orele de muncă, verificarea datelor de trafic şi a facturilor detaliate de telefonie ar părea mai mult decât suficiente. Mai mult, o astfel de operaţiune ar fi şi prevăzută de lege, în condiţiile în care taxele aferente abonamentului de telefonie şi internet sunt achitate de angajator. Astfel, articolul 6 alineatul (2) din Legea 506/2004 privind prelucrarea datelor cu caracter personal şi protecţia vieţii private în sectorul comunicaţiilor electronice prevede îndreptăţirea abonatului de a solicita factura detaliată. Informaţiile minime cuprinse în acesta factura sunt stabilite de Agenţia Naţională de Reglementare în domeniu. În acest context, angajatorul, în condiţiile în care este titularul abonamentului de telefonie fixa sau mobilă, apare ca fiind îndreptăţit să solicite facturi detaliate aferente fiecărui număr de telefon pe care îl deţine, chiar şi pentru telefoanele sau posturile telefonice aflate în uzul salariaţilor. Apreciez însă că pentru respectarea dreptului la viaţa privată a salariaţilor, chiar şi în astfel de condiţii, angajatorul are obligaţia informării prealabile a salariatului despre verificarea facturilor detaliate. O eventuală excepţie ar constitui-o situaţia în care, anterior remiterii telefonului sau al calculatorului, salariatului i se aduce la cunoştinţa faptul că nu are voie să folosească aparatul în interes propriu.

Cu totul alta este situaţia salariaţilor care, pentru ducerea la îndeplinire a obligaţiilor de serviciu, folosesc telefonul/calculatorul propriu. În aceste condiţii, singura posibilitate reală a angajatorului de a verifica convorbirile/datele de trafic ale salariatului este condiţionată de punerea acestora la dispoziţia sa de către salariat. O atare condiţie trebuie îndeplinită chiar şi în condiţiile în care, costurile aferente convorbirilor/datelor de trafic iniţiate de salariat sunt suportate, în diferite forme, de către angajator.

Proporţionalitatea cerută de lege, intre scopul urmărit şi ingerinţa, trebuie verificată şi prin prisma aspectului dacă angajatorul nu avea la dispoziţie ale mijloace, mai puţin intruzive în viaţa privată a salariatului, pentru a face verificările de care are nevoie. În concret, pentru verificarea modului în care salariatul îşi desfăşoară activitatea în timpul programului de servici, trebuie verificat dacă nu cumva analizarea mail-urilor trimise/apelurilor iniţiate de salariat este suficientă doar sub aspectul verificării datelor privind apelantul/destinatarul sau a site-urilor accesate de salariat.

Se poate pune problema existenţei unei proporţionalităţi, eventual în condiţiile în care angajatorul are la dispoziţie alte informaţii potrivit cărora salariatul trimite unor terţi date confidenţiale (preţuri, clienţi, detalii contractuale) de care a luat cunoştinţă în timpul orelor de program şi în exercitarea activităţii sale. Existenţa proporţionalităţii este însă doar necesară nu şi suficientă pentru a îndreptăţi angajatorul să verifice conţinutul datelor comunicate de salariat către terţi. Pentru realizarea efectivă a informării, verificarea este condiţionată şi de îndeplinirea celorlalte condiţii, respectiv a necesităţii şi a existenţei unei prevederi legale.

Referitor la prevederea legală, dincolo de textele de lege din Codul muncii mai sus menţionate, trebuie remarcat că Legea nr. 677/2001 pentru protecţia persoanelor cu privire la prelucrarea datelor cu caracter personal şi libera circulaţie a acestor date, defineşte datele cu caracter personal că fiind orice date care pot identifica direct sau indirect o persoană fizică. În aceste condiţii, este cât se poate de evident că dincolo de necesitatea informării salariatului despre reţinerea şi prelucrarea datelor cu caracter personal ale acestuia, angajatorul are obligaţia de a notifica în prealabil autorităţile competente în domeniu. Notificarea respectivă va trebui să conţină date concrete despre scopul

prelucrării, durata de timp, modul de stocare a informaţiilor şi persoanele desemnate de angajator care vor avea acces la acestea.

Potrivit aceluiaşi act normativ, angajatorul trebuie să notifice salariatul cu privire la reţinerea şi prelucrarea datelor cu caracter personal, precum şi de posibilitatea acestuia de a solicita corectarea datelor prelucrate. Apreciez că notificarea făcută salariatului, în baza Legii nr. 677/2001 pentru protecţia persoanelor cu privire la prelucrarea datelor cu caracter personal şi libera circulaţie a acestor date, trebuie făcută suplimentar faţă de eventualele dispoziţii inserate în contractul individual de muncă, contractul colectiv de muncă sau regulamentul de ordine interioare al unităţii.

O problemă interesantă este cea legată de posibilitatea salariatului de a-şi exercita dreptul de opunere în reţinerea şi prelucrarea datelor sale de interes personal. În condiţiile în care, la data angajării sau ulterior, salariatul a acceptat inserarea unei atare clauze în contractul individual de muncă, refuzul de i se reţine şi de a i se prelucra datele cu caracter personal apare ca fiind abuziv.

Dacă însă în contractul de muncă existent între salariat şi angajator nu există o astfel de clauza expresă şi nici în regulamentul de ordine interioară a instituţiei, refuzul salariatului va trebui verificat mult mai atent, revenindu-i (apreciez eu) angajatorului sarcină dificilă de a demonstra că acesta este abuziv.

Cu certitudine însă, informaţiile obţinute de angajator prin mijloacele tehnice mai sus menţionate (care constituie o veritabilă reţinere şi prelucrare de date cu caracter personal) nu vor putea fi folosite în instanţă ca probe, indiferent de natura litigiului, decât în condiţiile în care acestea au fost obţinute în mod legal, respectiv în cazul în care toate obligaţiile angajatorului au fost respectate (inserarea unor clauze în contract sau regulamentul intern, existenta notificării cerută de Legea nr. 667/2001, lipsa unei opoziţii a salariatului, o necesitate obiectivă şi existenţa raportului de proporţionalitate intre scopul urmărit şi ingerinţă).

Apreciez că lipseşte atât scopul, cât şi proporţionalitatea între acesta şi ingerinţa, în cazul montării unor dispozitive de urmărire GPS pe autoturismele angajatorului aflate în detenţia salariaţilor în condiţiile în care acestora le-a fost permisă utilizarea maşinii şi în interes personal sau în afara orelor de program. Cu totul diferită este însă situaţia în care, salariaţilor care folosesc maşini proprietatea companiei, nu le-a fost recunoscut un astfel de drept sau, mai mult, le-a fost interzis în mod expres. Nici chiar în aceste din urmă ipoteze posibilitatea angajatorului nu trebuie exercitată în mod abuziv sau arbitrar, acesta având obligaţia de a respecta dispoziţiile legale privind încunoştinţarea salariatului şi comunicarea notificării prevăzută de legea specială privind reţinerea şi prelucrarea datelor cu caracter personal.

Apreciez că textele legale în materie impun obligativitatea angajatorului nu doar de a notifica salariatul cu privire la reţinerea şi prelucrarea unor date cu caracter personal ale acestuia dar şi cu privire la scopul în care se face acesta reţinere sau prelucrare. Doar o astfel de interpretare ar da sens şi concreteţe textului de lege care permite salariatului să se opună prelucrării. Doar având cunoştinţă de scopul reţinerii datelor sale cu caracter personal, salariatul şi-ar putea exprima consimţământul sau dimpotrivă refuzul prevăzut de lege. În acest sens şi pornind de la acesta idee, este cât se poate de evident că reţinerea/prelucrarea datelor cu caracter personal ale salariatului făcute în alt scop decât cel pentru care acesta şi-a dat acordul trebuie apreciată ca fiind ilicita iar probele astfel obţinute vor trebui apreciate ca nelegale.

Aceeaşi raţiune obliga angajatorul nu doar în a comunica existenta controlului şi scopul acestuia ci şi modalităţile concrete în care acest control urmează să fie efectuat.

Reţinerea/prelucrarea datelor cu caracter personal ale salariatului făcute în alt mod decât cel pentru care acesta şi-a dat acordul trebuie apreciată ca fiind ilicită iar probele astfel obţinute vor trebui apreciate ca nelegale.

În ceea ce priveşte monitorizarea salariaţilor prin mijloace de supraveghere video, dispoziţiile legale mai sus menţionate trebuiesc completate cu dispoziţiile Deciziei nr. 52/2012 (*M.OF., Partea I, nr.389 din 11.06.2012) a Autorităţii Naţionale de Supraveghere a Prelucrării Datelor cu Caracter Personal, intrată în vigoare la 11.06.2012.

De altfel, în preambulul acestui act normativ se face referire expresă dreptul salariatului la respectarea demnităţii şi la o informare corectă cu privire la condiţiile de muncă.

Potrivit articolului 8 din acest act normativ, "prelucrarea datelor cu caracter personal ale angajaţilor prin mijloace de supraveghere video este permisă pentru îndeplinirea unor obligaţii legale exprese sau în temeiul unui interes legitim, cu respectarea drepturilor persoanelor angajate, în special a informării prealabile a acestora. În situaţia în care nu sunt aplicabile prevederile alin. (1), prelucrarea datelor cu caracter personal ale angajaţilor prin mijloace de supraveghere video nu se poate efectua decât pe baza consimţământului expres şi liber exprimat al acestora, cu respectarea drepturilor persoanelor angajate, în special a informării prealabile a acestora.

Alineatul (3) al acestui articol instituie o altă limitare referitoare la locul montării camerelor de supraveghere. Ca regulă generală, se menţionează expres că nu este permisă prelucrarea datelor cu caracter personal ale angajaţilor prin mijloace de supraveghere video în interiorul birourilor unde aceştia îşi desfăşoară activitatea la locul de muncă. Excepţie, mai precis situaţia în care înregistrarea video este permisă şi în interiorul birourilor, fac doar situaţiile expres de lege şi doar cu avizul Autorităţii Naţionale de Supraveghere a Prelucrării Datelor cu Caracter Personal.

Dacă printre salariaţi există şi minori (art. 13 alineatele (1) şi (2) din Codul muncii prevăzând expres această posibilitate persoanelor mai mari de 16 ani, în unele situaţii chiar 15), prelucrarea datelor cu caracter personal prin mijloace de supraveghere video, inclusiv dezvăluirea acestora, este permisă doar cu acordul expres al reprezentantului legal sau în următoarele situaţii:

- Când prelucrarea este necesară în vederea executării unui contract sau antecontract la care persoana vizată este parte ori în vederea luării unor măsuri, la cererea acesteia, înaintea încheierii unui contract sau antecontract;
- Când prelucrarea este necesară în vederea protejării vieţii, integrităţii fizice sau sănătăţii persoanei vizate ori a unei alte persoane ameninţate;
- Când prelucrarea este necesară în vederea îndeplinirii unei obligaţii legale a operatorului;
- Când prelucrarea este necesară în vederea aducerii la îndeplinire a unor măsuri de interes public sau care vizează exercitarea prerogativelor de autoritate publică cu care este învestit operatorul sau terţul căruia îi sunt dezvăluite datele;
- Când prelucrarea este necesară în vederea realizării unui interes legitim al operatorului sau al terţului căruia îi sunt dezvăluite datele, cu condiţia ca acest interes să nu prejudicieze interesul sau drepturile şi libertăţile fundamentale ale persoanei vizate;
- Când prelucrarea priveşte date obţinute din documente accesibile publicului, conform legii;
- Când prelucrarea este făcută exclusiv în scopuri statistice, de cercetare istorică sau ştiinţifică, iar datele rămân anonime pe toată durata prelucrării.

Indiferent de situaţie, camerele de supraveghere trebuiesc montate în locuri vizibile, fiind strict interzisă montarea acestora în spaţii care se impune asigurarea intimităţii persoanelor.

Pentru a înlătura orice posibilitate de interpretare mult prea permisiva, articolul 1 al Deciziei nr. 52/2012, prevede în mod expres că: "Colectarea, înregistrarea, stocarea, utilizarea, transmiterea, dezvăluirea sau orice alte operaţiuni de prelucrare a imaginilor prin mijloace de supraveghere video, care permit identificarea directă sau indirectă a persoanelor fizice, reprezintă operaţiuni de prelucrare a datelor cu caracter personal ce intră sub incidenţa prevederilor Legii nr. 677/2001 pentru protecţia persoanelor cu privire la prelucrarea datelor cu caracter personal şi libera circulaţie a acestor date, cu modificările şi completările ulterioare ".

Mai mult, alienatul al doilea al aceluiaşi articol prevede că "imaginile referitoare la persoane identificate sau identificabile, prelucrate prin mijloace de supraveghere video indiferent de suportul utilizat pentru prelucrare, de tehnica utilizată sau de tipul de echipament, pot constitui date cu caracter personal: chiar dacă nu sunt asociate cu datele de identitate ale persoanei; sau chiar dacă nu conţin imaginea persoanei filmate, ci alte informaţii de natură să conducă la identificarea acesteia (de exemplu: numărul de înmatriculare al vehiculului ".

Capitolul II. Prezentarea jurisprudenţei relevante a CEDO în această materie

În cauză Niemietz împotriva Germaniei (http://jurisprudentacedo.com), Curtea a considerat că ar fi prea restrictiv limitarea domeniul său de incidenţă la cercul intim în care oricine îşi poate desfăşura viaţa personală după cum doreşte şi a exclude în întregime lumea exterioară a acestui cerc. Respectul vieţii private poate să înglobeze, într-o anumită măsură, dreptul unui individ de a crea şi dezvolta relaţii cu alte persoane. Mai mult, Curtea a considerat că nu există nicio raţiune de principiu pentru a exclude din domeniul de incidenţă al noţiunii de viaţă privată activităţile profesionale sau comerciale, în condiţiile în care la locul de muncă majoritatea oamenilor iau şi păstrează un contact cu lumea exterioară. De multe, este dificil de trasat o linie între viaţa profesională şi cea personală a persoanei sau de distins între un act profesional şi unul privat. De aceea, Curtea a considerat art. 8 oferă protecţia unei persoane nu doar în cercul său intim, ci şi în timpul şi parcursul activităţii sale profesionale.

În cauză Copland împotriva Marii Britanii (http://plc.practicallaw.com) Curtea a apreciat că aşa cum conţinutul convorbirilor efectuate de salariat de la locul de muncă ţin de viaţa privată a acestuia, tot aşa şi poştă electronică, respectiv datele de navigare pe internet ţin de viaţa privată a salariatului. Acest aspect, a reţinut Curtea, nu trebuie însă înţeles în sensul că angajatorul nu-şi poate exercita dreptul de monitorizare a salariaţilor. Monitorizarea trebuie însă verificată prin prisma necesităţii sale, a existenţei unui text de lege intern care să o permită şi a existenţei unei proporţionalităţi intre mijlocele folosite şi scopul urmărit.

A apreciat Curtea că, atâta timp cât salariatul nu a fost informat despre posibilitatea de a forma obiectul unei monitorizări poate în mod rezonabil să presupună că i se respectă viaţa privată, atât în ceea ce priveşte confidenţialitatea convorbirilor telefonice cât şi conţinutul postei electronice sau a datelor de navigare pe internet. Prin urmare, Curtea considera că acţiunile de colectare şi stocare a informaţiilor personale referitoare la convorbirile telefonice ale reclamantei, la fel ca şi cele referitoare la e-mail-uri şi la

utilizarea internetului, fără încunoştinţarea acesteia, reprezintă o ingerinţă în drepturile referitoare la respectarea vieţii private şi la secretul corespondenţei în sensul dispoziţiilor Articolului 8.

A mai reţinut Curtea că, existenţa unei legi interne care să permită o astfel de monitorizare se impune a fi verificată şi sub aspectul "calităţii acesteia ", fiind necesar să fie în acord cu principiile statului de drept şi să fie predictibila, adică suficient de clară pentru a da posibilitatea oamenilor să înţeleagă care sunt situaţiile în care pot fi monitorizaţi.

În cauză Halford împotriva Regatului Unit, (*http://www.hrcr.org) Curtea a apreciat că şi convorbirile purtate de salariaţi în timpul orelor de program intra sub incidenţa dreptului la viaţa privată, prevăzut şi garantat de articolul 8 al Convenţiei.

Capitolul III. Mijloacele juridice de apărare ale salariatului care a făcut obiectul unor reţineri şi prelucrări de date cu caracter personal

Dreptul la viaţa privată, ca drept civil nepatrimonial recunoscut inclusiv în timpul orelor de program, ar fi lipsit de caracter concret dacă nu ar exista o serie de acte normative care să-l garanteze sau o serie de acte normative care să prevadă mijloacele juridice de apărare.

Din fericire, legislaţia românească actuala conferă o gamă largă de posibilităţi salariatului în a-şi apăra viaţa privată, respectiv în a trage la răspundere persoanele care se fac vinovate de astfel de intruziuni.

O primă posibilitate aflată la îndemâna salariatului este acea de formulare a unei plângeri penale împotriva angajatorului, sub aspectul săvârşirii infracţiunii de violare a secretului corespondentei, prevăzută şi sancţionata de articolul 195 Cod penal.

Potrivit textului de lege anterior menţionat, "deschiderea unei corespondenţe adresate altuia ori interceptarea unei convorbiri sau comunicări efectuate prin telefon, telegraf sau prin alte mijloace de transmitere la distanţă, fără drept, se pedepseşte cu închisoare de la 6 luni la 3 ani. Cu aceeaşi pedeapsă se sancţionează sustragerea, distrugerea sau reţinerea unei corespondenţe, precum şi divulgarea conţinutului unei corespondenţe, chiar atunci când a fost trimisă deschisă sau a fost deschisă din greşeală, ori divulgarea conţinutului unei convorbiri sau comunicări interceptate, chiar în cazul în care făptuitorul a luat cunoştinţă de acesta din greşeală sau din întâmplare ".

Prin incriminarea ca infracţiune a deschiderii fără drept a unei corespondente adresată altuia, a sustragerii, distrugerii sau reţinerii unei corespondente, a divulgării conţinutului unei corespondente, legiuitorul a înţeles să apere libertatea persoanei de a-şi exprima nestingherit gândurile, fără temerea că acestea vor fi cunoscute de alte persoane (* Ioana Vasiu, Drept penal, Partea specială, Ed. Argonaut - Cluj Napoca 1999, ed. III revizuită). Sintagma "fără drept" trebuie înţeleasă în sensul în care violarea secretului corespondentei s-a făcut fără să fi fost îndeplinite condiţiile referitoare la încunoştiinţarea prealabilă sau la proporţionalitatea intre scopul urmărit şi mijloacele folosite.

O altă posibilitate aflată la dispoziţia salariatului este intentarea unei acţiuni civile având ca fundament răspunderea civilă delictuala.

Potrivit articolului 1357 Cod civil, persoana care cauzează altuia un prejudiciu printr-o faptă ilicită, săvârşită cu vinovăţie, este obligată să îl repare. Sigur că, răspunderea civilă delictuală a angajatorului care se face vinovat de astfel de fapte, poate fi an-

gajată pe temei delictual nu doar pe calea unei acţiuni îndreptate în faţa instanţei civile, ci şi în cadrul unui proces penal în care salariatul a înţeles să se constituie parte civilă.

Indiferent însă de calea aleasă, pentru antrenarea răspunderii pe temei delictual, trebuie dovedită îndeplinirea cumulativă a următoarelor condiţii sau elemente constitutive: existenţa unui prejudiciu patrimonial sau nepatrimonial, vinovăţia angajatorului, existenta faptei ilicite, raportul de cauzalitate intre fapta ilicită şi prejudiciu. Victima, este ţinută să facă dovada îndeplinirii celor patru condiţii ale răspunderii delictuale.

În materia dreptului la viaţa privată a salariatului, apreciez însă ca regulă sus menţionată comporta anumite modificări. Potrivit articolului 266 Codul muncii,

"Jurisdicţia muncii are ca obiect soluţionarea conflictelor de muncă cu privire la încheierea, *executarea*, modificarea, suspendarea şi încetarea contractelor individuale..".

Apreciez că, condiţiile efective de muncă ale salariatului, inclusiv în ceea ce priveşte monitorizarea sa, ţin de executarea contractului individual de muncă, indiferent dacă acesta conţine sau nu prevederi exprese privind monitorizarea. În aceste condiţii, orice acţiune introdusă de salariat împotriva angajatorului, motivată pe încălcarea dreptului sau la viaţa privată în timpul orelor de program sau în legătură cu acesta, este un litigiu de muncă şi este supusă jurisdicţiei speciale a muncii, cu toate avantajele pentru salariat care decurg din această. Astfel, în baza dispoziţiilor cuprinse în Capitolului III Titlul XII Codul Muncii, sunt instituite o serie de reguli speciale de procedura. Printre cele mai mari avantaje pentru salariaţi, se număra scutirea de la obligativitatea achitării taxelor de timbru şi a timbrului judiciar, urgenta soluţionării, caracterul executoriu al hotărârilor pronunţate de instanţă de fond. Poate însă cel mai mare avantaj pentru salariat, decurgând din aprecierea acţiunii sale ca fiind litigiu de muncă, este dat de dispoziţiile articolului 272 cu privire la sarcina probei. Potrivit textului de lege anterior menţionat, sarcina probei în conflictele de muncă revine angajatorului, acesta fiind obligat să depună dovezile în apărarea sa până la prima zi de înfăţişare.

Odată cu intrarea în vigoare a noului Cod civil, salariatul are la dispoziţie o serie de alte mijloace de apărare a drepturilor sale nepatrimoniale, inclusiv cele referitoare la respectarea demnităţii sale şi a vieţii private. Potrivit articolului 252 Cod civil "Orice persoană fizică are dreptul la ocrotirea valorilor intrinseci fiinţei umane, cum sunt viaţa, sănătatea, integritatea fizică şi psihică, demnitatea, intimitatea vieţii private, libertatea de conştiinţă, creaţia ştiinţifică, artistică, literară sau tehnica ". Se impune însă a se menţiona, că potrivit legii de punere în aplicare a noului Cod civil, dispoziţiile privitoare la apărarea drepturilor nepatrimoniale se aplică doar faptelor săvârşite după intrarea în vigoare a acestuia.

Persoana fizică (deci inclusiv salariatul) ale cărui drepturi nepatrimoniale (inclusiv cel la respectarea vieţii private) au fost încălcate sau ameninţate, poate cere oricând instanţei:

- Interzicerea săvârşirii faptei ilicite, dacă aceasta este iminentă;
- Încetarea încălcării şi interzicerea pentru viitor, dacă aceasta durează încă;
- Constatarea caracterului ilicit al faptei săvârşite, dacă tulburarea pe care a produs-o subzistă.

Totodată, cel care a suferit o încălcare a unor asemenea drepturi poate cere instanţei să îl oblige pe autorul faptei să îndeplinească orice măsuri socotite necesare de către instanţă spre a ajunge la restabilirea dreptului atins.

Ca prima constatare, legiuitorul a gândit şi reglementat aceste mijloace de apărare a drepturilor nepatrimoniale din necesitatea de reperare în natura a prejudiciului, reparare în natura ce ţine însăşi de esenţa răspunderii civile.

Pentru a fi integrală, în sensul de a duce la înlăturarea tuturor consecinţelor unui fapt dăunător şi la restabilirea situaţiei anterioare a celui păgubit sau lezat, repararea este necesar să se facă în natură, prin utilizarea mijloacelor celor mai potrivite realizării acestui scop. (*Noul Cod Civil. Comentarii, doctrină, jurisprudenţa, Vol. I, Ed. Hamangiu, 2012, pg. 315).

Recunoaşterea drepturilor care aparţin personalităţii umane, a dreptului de a fi protejate implica şi oferirea unor mijloace adecvate pentru a fi aparate. (* Noul Cod civil. Note. Corelaţii. Explicaţii, Ed. C.H. Beck, Bucureşti 2011, pg. 81).

Dat fiind că drepturile aparate sunt nepatrimoniale, iar încălcările produc suferinţe de ordin moral, s-a considerat, pe bună dreptate, ca cea mai potrivită reparaţie consta în interzicerea săvârşirii faptei. De remarcat, ca legiuitorul a prevăzut în mod expres şi posibilitatea introducerii acţiunii înainte de comiterea faptei, dacă aceasta este iminentă.

Prezenţa acestor tipuri de acţiuni în noul Cod civil, chiar la finalul cărţii despre persoane, este pe deplin justificată, nu doar prin prisma faptului că noul Cod civil reglementează expres şi în alte cărţi – şi, deci, în alte materii -, o serie de alte acţiuni, ci din perspectiva definiţiei dreptului subiectiv, care presupune că doar unul dintre elementele sale îl constituie posibilitatea de a recurge, în caz de nevoie, la forţa de constrângere a statului (*V.M. Ciobanu, Tratat teoretic şi practic de procedura civilă, Vol. I, Teoria generală, Ed. Naţional, Bucureşti, 1996, pg.247).

Dreptul subiectiv a fost definit ca fiind "posibilitatea recunoscută de lege subiectului activ, în virtutea căreia aceasta poate, în limitele dreptului şi moralei, să aibă o anumită conduita, să pretindă o conduită corespunzătoare – să dea, să facă ori să nu facă ceva – de la subiectul pasiv şi să ceară concursul forţei coercitive a statului, în caz de nevoie "(*Gh. Beleiu, Drept civil roman. Introducere în dreptul civil. Subiectele dreptului civil, Casa de editura "Şansa ", Bucureşti, 1993, pg.74).

În situaţia în care producerea faptei este iminentă, salariatul are la dispoziţie posibilitatea de a promova o acţiune în interzicerea săvârşirii faptei ilicite. Şi pentru că, acesta posibilitate să nu fie doar una teoretică, ci una efectivă, articolul 255 alineatul (4) Cod civil, prevede că instanţa soluţionează cererea potrivit dispoziţiilor privitoare la ordonanţa preşedinţiala, care se aplică în mod corespunzător. Mai mult, se prevede posibilitatea introducerii unei asemenea acţiuni, chiar în lipsa unei acţiuni în fond, aceasta putând fi introdusă şi ulterior, în termenul prevăzut în hotărârea prin care s-a dispus măsura provizorie.

Dacă fapta ilicită este în plină desfăşurare, salariatul are la dispoziţie posibilitatea promovării unei acţiuni privind încetarea încălcării şi încetarea pentru viitor a acesteia, acţiune care se va soluţiona tot potrivit regulilor de la ordonanţa preşedinţiala. Deşi aparent, atât "încetarea încălcării ", cât şi "interzicerea pentru viitor "presupun o obligaţie de a nu face pentru autorul faptei ilicite, în cazul în care instanţă se pronunţa asupra cererii nu trebuie să se rezume la preluarea acestei "porunci" în dispozitivul hotărârii pronunţată, ci o poate transforma, în funcţie de specificul încălcării dreptului, într-o serie de obligaţii de a face pentru autorul faptei. De exemplu, dacă atingerea dreptului la viaţa intimă consta în înregistrarea de imagini filmate fără acordul persoanei vătămate, instanţă poate dispune distrugerea suportul magnetic pe care s-a făcut înregistrarea. (* Noul Cod Civil. Comentarii, doctrină, jurisprudenţa, Vol. I, Ed. Hamangiu, 2012, pg. 315).

Dacă fapta ilicită a luat sfârşit dar tulburarea pe care a produs-o subzista, salariatul are la dispoziţie posibilitatea promovării unei acţiuni în constatarea caracterului ilicit al faptei săvârşite.

Dacă desfăşurarea activităţii ilicite este mai rapidă decât procedura judiciară, textul de lege prevăzut la articolul 253 Cod civil trebuie interpretat ca dând posibilitatea celui prejudiciat (ca reclamant care stabileşte cadrul procesual) să solicite transformarea unei acţiuni în alta.

Nu în ultimul rând, având în vedere că activitatea de monitorizare constituie o adevărată prelucrare de date cu caracter personal, salariatul are posibilitatea că, în baza dispoziţiilor articolului 25 alineatul (1) din Legea 677/2001 şi în vederea apărării drepturilor sale, înainte de a sesiza instanţele judecătoreşti competente, să formuleze o plângere scrisă autorităţii naţionale de supraveghere.

Până la soluţionarea plângerii sus menţionate, salariatul are posibilitatea de a solicita autorităţii de supraveghere să ordone angajatorului suspendarea unora sau tuturor operaţiunilor de prelucrare.

Împotriva oricărei decizii emise de autoritatea de supraveghere salariatul poate formula contestaţie în termen de 15 zile de la comunicare, sub sancţiunea decăderii, la instanţa de contencios administrativ competentă. Cererea se judecă de urgenţă, cu citarea părţilor. Soluţia este definitivă şi irevocabilă.

Neformularea plângerii adresate autorităţii de supraveghere nu poate constitui motiv pentru a limita sesizarea directă a instanţelor judecătoreşti.

Capitolul IV. Soluţii propuse angajatorilor care doresc o astfel de verificare a salariaţilor

Deşi monitorizarea angajaţilor este insuficient reglementata din punct de vedere legal, dreptul privind relaţiile de muncă, dreptul la viaţa privată şi protecţia datelor cu caracter personal pot trasa în linii mari obligaţiile şi responsabilităţile angajatorului faţă de salariat, în ceea ce priveşte acţiunea de monitorizare a acestora din urmă.

În primul rând, pentru a fi legală şi pentru a nu putea constitui motiv de atragere a răspunderii penale sau civile, monitorizarea poate fi făcută numai după ce este adusă la cunoştinţa salariatului. Dincolo de existenţă în Codul muncii a unor texte de lege care permit monitorizarea, începerea efectivă a unei asemenea activităţi este condiţionată de încunoştinţarea prealabilă a salariatului, prin mijloace apte de a face dovada comunicării.

În acest sens, angajatorii au la dispoziţie posibilitatea menţionării unei clauze exprese privind monitorizarea în chiar contractul individual de muncă al salariaţilor, în regulamentele de ordine interioară sau în orice alt document scris comunicat salariatului pe bază de semnătură.

Apreciez însă că aducerea la cunoştinţa salariatului a intenţiei de monitorizare presupune inclusiv obligaţia de a menţiona expres şi limitativ modalităţile concrete de monitorizare (urmărire trafic internet, înregistrarea audio-video, montarea de dispozitive gps, etc) precum şi scopul acesteia.

Pentru că, potrivit articolului 3 din Legea 677/2001 pentru protecţia persoanelor cu privire la prelucrarea datelor cu caracter personal şi libera circulaţie a acestor date, defineşte activitatea de prelucrare a datelor cu caracter personal că fiind "orice informaţii referitoare la o persoană fizică identificată sau identificabilă "este evident că activitatea de monitorizare intra sub incidenţa acestei reglementări.

În acest context, angajatorul are şi obligaţia ca înainte de efectuarea oricărei prelucrări ori a oricărui ansamblu de prelucrări având acelaşi scop sau scopuri corelate, să anunţe în scris autoritatea de supraveghere a prelucrărilor de date cu caracter personal.

În cazul în care datele cu caracter personal sunt obţinute de angajator direct de la persoana vizată, acesta este obligat să furnizeze persoanei vizate şi informaţii referitoare la destinatarii sau categoriile de destinatari ai datelor; dacă furnizarea tuturor datelor cerute este obligatorie şi consecinţele refuzului de a le furniza; existenţa drepturilor persoanei vizată, în special a dreptului de acces, de intervenţie asupra datelor şi de opoziţie, precum şi condiţiile în care pot fi exercitate.

Pentru că, potrivit dispoziţiilor articolului 13 din Legea 677/2001 orice persoană vizată are dreptul de a obţine de la operator, la cerere scrisă şi în mod gratuit pentru o solicitare pe an, confirmarea faptului că datele care o privesc sunt sau nu sunt prelucrate de acesta, este evident că angajatorul are obligaţia de a răspunde în scris acestor solicitări, ori de câte ori sunt investiţi cu astfel de cereri.

Mai mult, angajatorul are obligaţia gândirii unui sistem de prelucrare, care să permită salariaţilor de a avea acces la acestea şi de a solicita modificarea lor, dacă e cazul.

În cazul în care monitorizarea salariaţilor urmează să se facă prin montarea de camere video, angajatorul are obligaţia să adopte măsurile de securitate tehnice şi organizatorice necesare pentru protejarea datelor cu caracter personal şi să se asigure că durata de stocare a datelor obţinute este proporţională cu scopul pentru care se prelucrează datele, dar nu mai mare de 30 de zile, cu excepţia situaţiilor expres reglementate de lege sau a cazurilor temeinic justificate.

Înainte de începerea prelucrării datelor obţinute prin intermediul camerelor video, angajatorul are obligativitatea notificării autorităţii de supraveghere.

După încunoştinţarea salariatului şi notificarea autorităţii competente în domeniul prelucrării datelor cu caracter personal, angajatorul are obligaţia de a identifica metodele de monitorizare cele mai puţin intruzive în viaţa privată a salariatului, pentru a respecta proporţionalitatea mijloacelor folosite cu scopul urmărit.

Bibliografie

1. **Gh. Beleiu**, Drept civil român. Introducere în dreptul civil. Subiectele dreptului civil, Casa de editura "Şansa ", Bucureşti, 1993

2. Noul Cod Civil. Comentarii, doctrină, jurisprudenţa, Vol. I, Ed. Hamangiu, 2012

3. **V.M. Ciobanu**, Tratat teoretic şi practic de procedură civilă, Vol. I, Teoria generală, Ed. Naţional, Bucureşti, 1996

4. Legea 677/2001 pentru protecţia persoanelor cu privire la prelucrarea datelor cu caracter personal şi libera circulaţie a acestor date

5. Codul Muncii

6. Codul Penal

7. **Ioana Vasiu**, Drept penal, Partea specială, Ed. Argonaut - Cluj Napoca 1999, ed. III revizuită

8. http://jurisprudentacedo.com

9. http://plc.practicallaw.com

10. http://www.hrcr.org

Medierea în litigiile de muncă

Marius ***EFTIMIE****

Abstract: *Procedura medierii prezintă unele particularităţi în cadrul litigiilor de muncă, faţă de interdicţia prevăzută în Codul muncii în favoarea salariaţilor de a renunţa la drepturile minimale ce le sunt recunoscute prin lege. Este astfel restrâns semnificativ domeniul cauzelor din jurisdicţia munci care ar putea fi soluţionate prin această procedură alternativă.*

Sfera litigiilor susceptibile de a putea fi soluţionate prin mediere urmează a fi delimitată prin analizarea specificului fiecărui tip de litigiu de muncă, prin verificarea incidenţei dispoziţiilor art. 38 Codul muncii.

Legea impune de asemenea, ca procedură prealabilă obligatorie anterioară introducerii cererii de chemare în judecată, participarea părţilor la o şedinţă de informare cu privire la avantajele medierii. În cadrul acestei proceduri vor fi analizate obligaţii părţilor de a se prezenta la mediator, obligaţia judecătorului de a recomanda acestora participarea la şedinţa de informare, precum şi sancţiunile ce pot fi aplicate în cazul neîndeplinirii obligaţiei de a participa la şedinţa de informare. De asemenea, vor fi evidenţiate principalele etape ale procedurii de mediere, durata estimativă a acestei proceduri, precum şi efectele pe care le poate avea asupra drepturilor invocate prin cererea de chemare în judecată.

În final, vor fi analizate principalele diferenţe între instituţia medierii conflictelor individuale reglementată de Legea nr. 192/2006 şi medierea conflictelor colective, reglementată de Legea nr. 62/2011 a dialogului social.

Cuvinte cheie: *mediere, litigii de muncă, procedură prealabilă, procedură alternativă, informare prealabilă*

1. Sfera litigiilor de muncă în care este incidentă procedura medierii

Prin Legea nr. 192/2006 privind medierea şi organizarea profesiei de mediator, astfel cum aceasta a fost modificată prin O.U.G. nr. 90/2012, s-a instituit o procedură prealabilă sesizării instanţelor judecătoreşti, procedură constând în obligaţia părţilor de a participa la şedinţa de informare privind avantajele medierii, în vederea soluţionării pe această cale a diferendului dintre acestea.

1.1. Limitări prevăzute prin Legea nr. 192/2006

În ce priveşte domeniul litigiilor de muncă, acesta intră parţial sub incidenţa procedurii menţionate anterior, în acest sens fiind prevederile art. 60^1 alin. (1) lit. e) din Legea nr. 192/2006, potrivit cărora „În litigiile ce pot face, potrivit legii, obiect al medierii sau al altei forme alternative de soluţionare a conflictelor, părţile şi/sau partea interesată, după caz, sunt ţinute să facă dovada că au participat la şedinţa de informare

* Doctorand, Universitatea Titu Maiorescu.

cu privire la avantajele medierii, în următoarele materii: … e) în litigiile de muncă izvorâte din încheierea, executarea şi încetarea contractelor individuale de muncă;”.

O primă observaţie ce se impune este aceea că *sunt avute în vedere doar litigiile ce izvorăsc din raporturile individuale de muncă*, fiind excluse cele ce a ca obiect contractele colective de muncă, cum ar fi, spre exemplu, acţiuni privind nulitatea unor clauze ale acestor contracte.

De asemenea, textul nu vizează *nici litigiile derivate din conflictele colective de muncă*, cum este, spre exemplu, acţiunea în nulitatea grevei, care este, de asemenea, de competenţa instanţelor judecătoreşti potrivit art. 198-200 din Legea nr. 62/2011.

O altă categorii de acţiuni din materia dreptului muncii ce sunt exceptate de la această procedură sunt cele legate de *contestarea reprezentativităţii* organizaţiilor sindicale sau patronale, în condiţiile art. 222 din Legea nr. 62/2011. Nu avem în vedere şi acţiunile privind dobândirea reprezentativităţii, dat fiind faptul că acestea se derulează în procedură necontencioasă, fapt ce exclude *ab initio* medierea, specificul procedurii necontencioase fiind absenţa unor părţi cu interese contrare sau a stabilirii de drepturi potrivnice.

1.2. Limitări generate de dispoziţiile art. 38 Codul muncii

O a doua limitare a sferei litigiilor de muncă în care se aplică medierea este generată de prevederile art. 73 alin. (2) din Legea nr. 192/2006, potrivit cărora „dispoziţiile prezentei legi se aplică şi în medierea conflictelor de drepturi ***de care părţile pot dispune*** din cadrul conflictelor de muncă.”

La o primă analiză, se poate trage concluzia că prin acest text se limitează domeniul de aplicare al art. 60^1 alin. (1) lit. e), în sensul că obligativitatea participării la şedinţa de informare privind medierea nu există în cazul litigiilor de muncă izvorâte din încheierea, executarea şi încetarea contractelor individuale de muncă în cazul în care părţile nu pot dispune de respectivele drepturi deduse judecăţii.

Acest text urmează a fi corelat cu dispoziţiile art. 38 Codul muncii republicat, potrivit căruia „salariaţii nu pot renunţa la drepturile ce le sunt recunoscute prin lege; orice tranzacţie prin care se urmăreşte renunţarea la drepturile recunoscute de lege salariaţilor sau limitarea acestor drepturi este lovită de nulitate.”

Art. 38 C. muncii reprezintă un text care a generat numeroase controverse atât în doctrină, cât şi în practica judiciară, în baza acestuia dezvoltându-se aşa-numita teorie a drepturilor câştigate [1]. S-au evidenţiat două orientări:

i. într-o primă opinie s-a arătat că prin drepturi recunoscute salariatului trebuie să se înţeleagă nu numai cele prevăzute prin lege, în sens de act normativ, ci şi cele negociate prin contractele colective de muncă, cu motivarea că un astfel de contract reprezintă „legea părţilor”, astfel că intră sub incidenţa prevederilor art. 38 [2];

ii. într-o a doua opinie s-a arătat că această dispoziţie are în vedere protejarea drepturilor legale ale unui salariat, fiind greu de acceptat ca o astfel de protecţie să

---

[1] A se vedea Magda Volonciu, în Athanasiu Alexandru, Volonciu Magda, Dima Luminiţa, Cazan Oana, *Codul muncii. Comentariu pe articole*, Bucureşti, 2007, Editura C.H. Beck, vol. I, p. 188.

[2] I.T. Ştefănescu, *Consideraţii referitoare la aplicarea art. 38 din Codul muncii*, în Dreptul nr. 9/2004, pp. 79-83; Curtea de Apel Constanţa, Secţia civilă, minori şi familie, litigii de muncă şi asigurări sociale, decizia nr. 831 din 25 noiembrie 2008.

dobândească şi drepturile pe care salariaţii şi le-au dobândit prin negociere, fie în cadrul unui contract colectiv de muncă, fie în cadrul celui individual [1].

Din punctul nostru de vedere, apreciem cea de-a doua opinie ca fiind întemeiată, un important argument suplimentar în acest sens fiind cel de interpretare a textului, aplicând regula instituită în art. 10 din noul Cod civil potrivit căruia se interzice analogia în interpretarea normei civile în ipoteza normelor care derogă de la o dispoziţie generală sau care restrâng exerciţiul unor drepturi civile; or, art. 38 C. munci reprezintă o importantă derogare de la principiul libertăţii de voinţă.

În concluzie, în cazul în care obiectul litigiului constă în drepturi cu caracter minimal garantate de lege, legea nu permite soluţionarea acestuia pe calea medierii, lucru ce este şi firesc, în condiţiile în care orice tranzacţie a părţilor în acest sens ar fi lovită de nulitate; or, rezultatul medierii nu poate fi, în cel mai bun caz, decât o tranzacţie a părţilor.

Spre exemplu, sunt astfel de litigii cele prin care salariatul urmăreşte obligarea angajatorului la asigurarea salariului minim pe economie, la acordarea numărului minim de zile de concediu de odihnă prevăzut în art. 145 Codul muncii etc.

În sensul celor de mai sus sunt şi prevederile art. 61 din Legea nr. 192/2006, potrivit cărora „în cazul în care conflictul a fost dedus judecăţii, soluţionarea acestuia prin mediere poate avea loc din iniţiativa părţilor sau la propunerea oricăreia dintre acestea ori la recomandarea instanţei, cu privire la drepturi asupra cărora părţile pot dispune potrivit legii.”

2. Dovada privind parcurgerea procedurii de informare

Potrivit art. 2 alin. (1^1) din Legea nr. 192/2006, dovada participării la şedinţa de informare privind avantajele medierii se face printr-un certificat de informare eliberat de mediatorul care a realizat informarea.

Dacă una dintre părţi refuză în scris participarea la şedinţa de informare, nu răspunde invitaţiei ori nu se prezintă la data fixată pentru şedinţa de informare, se întocmeşte un proces-verbal, care se depune la dosarul instanţei.

Potrivit art. 193 alin. (1) teza finală Cod procedură civilă, această dovada a îndeplinirii procedurii prealabile se va anexa la cererea de chemare în judecată.

3. Sancţiunea neîndeplinirii procedurii prealabile

Potrivit art. 2 alin. (1^2) din Legea nr. 192/2006, instanţa va respinge cererea de chemare în judecată ca inadmisibilă în caz de neîndeplinire de către reclamant a obligaţiei de a participa la şedinţa de informare privind medierea, anterior introducerii cererii de chemare în judecată, sau după declanşarea procesului până la termenul dat de instanţă în acest scop, dispoziţii ce vor intra în vigoare începând cu data de 1 august 2013, potrivit prevederilor O.U.G. nr. 2/2013.

Până la data de 1 august 2013, sancţiunile ce le poate dispune instanţa pot fi circumstanţiate astfel:

---

[1] Magda Volonciu, în Athanasiu Alexandru, Volonciu Magda, Dima Luminiţa, Cazan Oana, *Codul muncii. Comentariu pe articole*, Bucureşti, 2007, Ed. C.H. Beck, vol. I, p. 189; Curtea de Apel Bucureşti, Secţia a VII-a civilă şi pentru cauze privind conflicte de muncă şi asigurări sociale, decizia civilă nr. 5853/R din 21 octombrie 2009.

i. pentru ipoteza în care *partea a acceptat să se prezinte la şedinţa de informare* privind avantajele medierii, fie la solicitarea părţii adverse, fie la recomandarea instanţei, în cazul unui refuz ulterior de a se prezenta sancţiunea ce poate fi dispusă este amenda, în temeiul prevederilor art. 187 alin. (1) pct. 1 lit. f) Cod procedură civilă;

ii. în schimb, pentru ipoteza în care *partea nu acceptă de la bun început să se prezinte la şedinţa de informare*, singura sancţiune ce ar putea interveni este aceea a suspendării judecării cauzei, în temeiul art. 242 noul Cod de procedură civilă, dacă partea care nu acceptă este reclamantul, pe când, pentru ipoteza în care pârâtul este cel care nu acceptă să se prezinte la şedinţa de informare, considerăm că nu există nicio sancţiune procedurală, judecată urmându-şi cursul firesc. [1]

4. Iniţiativa instanţei în a recomanda participarea la şedinţa de informare cu privire la avantajele medierii

În ce priveşte obligativitatea procedurii de informare cu privire la avantajele medierii, observăm o necorelare între prevederile existente în noul Cod de procedură civilă – în art. 227 – şi cele cuprinse în legea specială – art. 2 din Legea nr. 192/2006 în ce priveşte iniţiativa instanţei privind îndrumarea părţilor spre mediere.

Astfel, art. 227 alin. (2) şi (3) C. proc. civ. prevede două ipoteze, şi anume:

i. judecătorul *poate invita părţile* să participe la o şedinţă de informare cu privire la avantajele folosirii acestei proceduri; din modul de formulare a dispoziţiei art. 227 alin. (2) teza I rezultă că aceasta reprezintă o posibilitate pentru judecător, acesta având facultatea de a invita părţile să participe la şedinţa de informare, în orice litigiu care, potrivit legii, poate face obiectul procedurii de mediere;

ii. judecătorul *va recomanda părţilor* să recurgă la mediere, în vederea soluţionării litigiului pe cale amiabilă, în orice fază a judecăţii, *când consideră necesar*, ţinând seama de circumstanţele cauzei [227 alin. (2) teza a II-a]. În acest caz (în care instanţa recomandă medierea), părţile sunt obligate să se prezinte la mediator, în vederea informării lor cu privire la avantajele medierii [227 alin. (3)].

În niciuna dintre cele două ipoteze soluţionarea litigiului prin mediere nu este obligatorie pentru părţi, acestea, după participarea le şedinţa de informare privind medierea (facultativă în primul caz, obligatorie în al doilea), putând decide dacă doresc să urmeze această procedură sau dacă doresc continuarea judecăţii – art. 227 alin. (3) teza finală.

Pe de altă parte, potrivit art. 6 în Legea nr. 192/2006, „organele judiciare şi arbitrale, precum şi alte autorităţi cu atribuţii jurisdicţionale informează părţile asupra posibilităţii şi a avantajelor folosirii procedurii medierii şi le îndrumă să recurgă la această cale pentru soluţionarea conflictelor dintre ele.”

Din coroborarea celor două texte de lege – art. 227 al Codului de procedură şi art. 6 al Legii nr. 192/2006 – se poate observa o contrarietate între acestea în ceea ce priveşte obligaţia judecătorului de a recomanda părţilor participarea la o şedinţă de informare privind avantajele medierii.

În timp ce art. 227 alin. (2) teza a II-a instituie obligaţia de a recomanda medierea în sarcina judecătorului doar pentru ipoteza în care acesta apreciază ca fiind necesar, ţinând seama de circumstanţele cauzei, art. 6 din Legea nr. 192/2006, din modul de formulare, pare a impune o astfel de obligaţie judecătorului.

---

[1] În acelaşi sens a se vedea Jud. dr. Andreea Chiş, *Medierea în contextul noului Cod de procedură civilă*, http://www.juridice.ro/246446/medierea-in-contextul-noului-cod-de-procedura-civila.html

Credem că această chestiune se rezolvă ţinând cont de dispoziţiile art. 83 lit. k) din Legea nr. 76/2012 privind punerea în aplicare a Codului de procedură civilă, care prevede că la data intrării în vigoare a Codului se abrogă „orice alte dispoziţii contrare, chiar dacă sunt cuprinse în legi speciale".

Prin urmare, în ce priveşte atribuţia judecătorului de a recomanda medierea - caz în care părţile vor fi obligate să participe la şedinţa de informare privind avantajele medierii -, aceasta va fi circumscrisă prevederilor art. 227 C. proc. civ., şi anume va rămâne la aprecierea instanţei, când consideră necesar, ţinând seama de circumstanţele cauzei.

Însă, în ce priveşte obligaţia părţilor de a participa la respectiva şedinţă de informare, indiferent dacă acest lucru a fost sau nu recomandat de către instanţă, redevin incidente dispoziţiile art. 60^1 alin. (1) lit. e) din Legea nr. 192/2006, menţionate în precedent.

5. Invocarea lipsei procedurii prealabile

Dat fiind faptul că Legea nr. 192/2006 nu conţine nicio normă referitoare la cine poate invoca lipsa dovezii participării la procedura de informare privind avantajele medierii, au fost exprimate două opinii:

i. instanţa, constatând lipsa dovezii derulării procedurii, va invoca din oficiu excepţia inadmisibilităţii. O astfel de opinie se întemeiază pe caracterul de ordine publică al normelor care instituie obligativitate parcurgerii procedurii informării, dat fiind modul imperativ de reglementare prevăzut în Legea nr. 195/2006. [1]

ii. într-o a doua opinie, se apreciază că se vor aplica prevederile art. 193 alin. (2) Cod procedură civilă, potrivit cărora „neîndeplinirea procedurii prealabile nu poate fi invocată *decât de către pârât prin întâmpinare*, sub sancţiunea decăderii." Prin urmare, dacă pârâtul nu invocă această neregularitate, prin întâmpinare, atunci ea se consideră acoperită, instanţa neputând-o invoca din oficiu şi nici pârâtul printr-un act ulterior întâmpinării, fiind decăzut din acest drept [2].

Apreciem cea de-a doua opinie ca fiind cea corectă, dat fiind faptul că Legea nr. 192/2006 nu prevede nicio derogare expresă de la textul art. 193 C. proc. civ., astfel că acesta urmează a se aplica cu titlu de drept comun.

Pe de altă parte, în noua viziune a Codului civil, există o serie de alte excepţii de ordine publică care nu ar putea fi invocate din oficiu de către instanţă, ci numai de către pârât, într-un anumit termen, cum ar fi, spre exemplu, prescripţia dreptului material la acţiune – art. 2.512 – 2.513 Cod civil.

6. Derularea procedurii de informare

6.1. Invitaţia la mediere

Potrivit art. 43 din Legea nr. 192/2006, părţile aflate în conflict se pot prezenta împreună la mediator.

---

[1] Jud. dr. Andreea Chiş, *Medierea în contextul noului Cod de procedură civilă*, http://www.juridice.ro/246446/medierea-in-contextul-noului-cod-de-procedura-civila.html.

[2] Gabriel Boroi (coordonator), *Noul Cod de procedură civilă. Comentariu pe articole*, Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2013, vol. I, p. 453.

În cazul în care se prezintă numai una dintre părţi, mediatorul, la cererea acesteia, va adresa celeilalte părţi invitaţia scrisă, în vederea informării şi acceptării medierii, stabilind un termen de cel mult 15 zile.

Invitaţia se transmite prin orice mijloace care asigură confirmarea primirii textului. Partea solicitantă va furniza mediatorului datele necesare contactării celeilalte părţi.

În cazul imposibilităţii de prezentare a vreuneia dintre părţile convocate, mediatorul poate stabili, la cererea acesteia, o nouă dată în vederea informării şi acceptării medierii.

6.2. Durata procedurii de informare

Cu privire la durata procedurii, potrivit art. 60^2 alin. (1) din Legea nr. 192/2006, procedura de informare, incluzând şi formalităţile pentru convocarea părţilor, nu poate depăşi 15 zile calendaristice. În toată această perioadă prescripţia nu începe să curgă, iar, dacă a început să curgă, ea se suspendă, în condiţiile art. 2.532 pct. 7 din Codul civil, republicat, cu modificările ulterioare, care sunt aplicabile în mod corespunzător.

De asemenea, potrivit alin. (2) al aceluiaşi articol, acceptarea participării sau participarea la şedinţa de informare nu constituie o recunoaştere a dreptului ce ar face obiectul litigiului şi nu întrerupe cursul prescripţiei.

6.3. Cheltuieli aferente procedurii de mediere

Un alt aspect ce trebuie subliniat este acela că, potrivit art. 26 alin. (3) din Legea nr. 192/2006, pentru activitatea de informare şi consiliere a părţilor cu privire la procedura medierii şi avantajele acesteia, îndeplinită potrivit legii anterior încheierii contractului de mediere, mediatorul nu poate pretinde onorariu.

Pe de altă parte, potrivit dispoziţiilor art. 26 alin. (1) din acelaşi act normativ, mediatorul are dreptul la restituirea cheltuielilor ocazionate de mediere.

Din coroborarea celor două texte, rezultă că şedinţa de informare nu este pe deplin gratuită, întrucât, deşi nu se plăteşte un onorariu, partea este obligată să ramburseze cheltuielile ocazionate de notificarea celeilalte părţi în temeiul art. 43 din lege. Soluţia este rezonabilă, întrucât nu se poate pretinde mediatorului să avanseze aceste cheltuieli fără a le putea recupera.

7. Medierea conflcitelor individuale versus medierea conflictelor colective

Astfel cum am arătat în Capitolul 1 de mai sus, medierea reglementată de Legea nr. 192/2006 este incidentă doar în cadrul conflictelor de muncă ce pot face obiectul unui litigiu susceptibil de a fi soluţionat de către instanţele judecătoreşti. Acest tip de conflicte este intitulat de către Legea nr. 62/2011 ca fiind „***conflict individual de muncă***” [respectiv *conflictul de muncă ce are ca obiect exercitarea unor drepturi sau îndeplinirea unor obligaţii care decurg din contractele individuale şi colective de muncă ori din acordurile colective de muncă şi raporturile de serviciu ale funcţionarilor publici, precum şi din legi sau din alte acte normative* – art. 1 lit. p) din Legea nr. 62/2011].

Or, în cadrul raporturilor de muncă pot interveni şi alte tipuri de conflicte, şi anume aşa numitele „conflicte colective”, care sunt definite de art. 1 lit. o) din Legea nr. 62/2011 ca fiind *conflictele de muncă ce intervin între angajaţi şi angajatori care are ca obiect începerea, desfăşurarea sau încheierea negocierilor privind contractele ori acordurile colective de muncă*.

Pentru soluţionarea acestor conflicte colective Legea nr. 62/2011 prevede o procedură specială, reglementată în art. 156-207 din respectivul act normativ, procedură ce conţine mai multe etape, printre care şi etapa medierii prevăzută la art. 175-180 din lege.

Deşi denumirea este aceeaşi, medierea conflictelor colective de muncă reprezintă o instituţie diferită de medierea conflictelor individuale de muncă, sub toate aspectele, astfel încât acestea nu trebuie confundate.

Astfel, medierea în cadrul unui conflict colectiv apare ca o fază de soluţionare a respectivului conflict, ulterioară etapei obligatorii a concilierii, pentru ipoteza în care concilierea eşuează.

Spre deosebire de conciliere, medierea nu este o etapă obligatorie, aceasta putând avea loc doar dacă părţile aflate în conflict au hotărât, prin consens, iniţierea procedurii de mediere, în condiţiile Legii nr. 62/2011. Cu toate acestea, medierea conflictului colectiv de muncă este obligatorie dacă părţile, de comun acord, au decis acest lucru înainte de declanşarea grevei sau pe parcursul acesteia.

Medierea se va realiza de către Oficiului de Mediere şi Arbitraj al Conflictelor Colective de Muncă de pe lângă Ministerul Muncii, Familiei şi Protecţiei Sociale, potrivit Regulamentului de mediere şi arbitraj, aprobat prin ordin comun al ministrului muncii, familiei şi protecţiei sociale şi al ministrului justiţiei.

Concluzii

Având în vedere prevederile legale analizate anterior, putem concluziona în sensul că, în cadrul conflictelor de muncă, medierea are un regim juridic substanţial diferit faţă de conflictele din dreptul comun, sub un dublu aspect:

i. în ce priveşte conflictele colective de muncă, acestea sunt supuse unei proceduri de mediere speciale, reglementată prin Legea nr. 62/2011 a dialogului social, dispoziţiile Legii medierii nr. 192/2006 fiind inaplicabile;

ii. sfera conflictelor individuale de muncă ce pot face obiectul medierii este semnificativ diminuată prin faptul că nu intră sub incidenţa acestei proceduri conflictelor de drepturi de care părţile nu pot dispune, în acest sens fiind dispoziţiile art. 73 alin. (2) din Legea nr. 192/2006.

De asemenea, din punct de vedere procedural, apreciem că procedura informării prealabile cu privire la avantajele medierii:

i. este obligatorie pentru părţi, în litigiile de muncă izvorâte din încheierea, executarea şi încetarea contractelor individuale de muncă, fiind excluse litigiile generate de contractele colective de muncă sau alte litigii de muncă care nu se circumscriu raporturilor individuale de muncă;

ii. nu este incidentă în cadrul litigiilor izvorâte din încheierea, executarea şi încetarea contractelor individuale de muncă, dacă obiectul litigiului îl reprezintă un drept asupra căruia părţile nu pot dispune;

În ce priveşte sancţiunea aplicabilă pentru nerespectarea procedura informării prealabile cu privire la avantajele medierii, apreciem că aceasta trebuie circumstanţiată în funcţie de partea care nu îşi respectă obligaţia de ase prezenta la mediator în vederea informării, şi anume: pentru reclamant, sancţiunea poate fi suspendarea judecării cauzei sale, iar după data de 1 august 2013 respingerea cererii ca inadmisibilă; pentru pârât, singura sancţiune ar putea fi amenda judiciară, însă doar în ipoteza în care acesta a acceptat să se prezinte la şedinţa de informare privind avantajele medierii.

Referitor la rolul instanţei în a impune părţilor participarea la şedinţa de informare cu privire la avantajele medierii, apreciem că legea impune o facultate, iar nu o obligaţie în acest sens, judecătorul având dreptul de apreciere dacă se impune sau nu trasarea unei astfel de obligaţii în sarcina părţilor.

De asemenea, considerăm că neîndeplinirea procedurii prealabile de informare privind avantajele medierii va putea fi invocată doar de către pârât prin întâmpinare, sub sancţiunea decăderii, iar nu şi de către instanţă din oficiu.

Referinţe

1. **Athanasiu Alexandru, Volonciu Magda, Dima Luminiţa, Cazan Oana**, *Codul muncii. Comentariu pe articole*, Bucureşti, 2007, Editura C.H. Beck, vol. I, p. 189;

2. **Boroi Gabriel** (coordonator), *Noul Cod de procedură civilă. Comentariu pe articole*, Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2013, vol. I, p. 453

3. **Chiş Andreea,** *Medierea în contextul noului Cod de procedură civilă*, http://www.juridice.ro/246446/medierea-in-contextul-noului-cod-de-procedura-civila.html

Privire istorică şi comparativă privind constituţionalizarea valorilor

Izabela ***BRATILOVEANU***[1]

Abstract: *După evenimentele care au definit cel de-al Doilea Război Mondial şi regimul nazist, a avut loc o mişcare de respingere a acestui regim precum şi a legilor adoptate în acea perioadă. S-a considerat că legile adoptate de nazişti nu aveau caracterul de norme juridice deoarece erau imorale. La nivelul dreptului, consecinţele au fost deosebit de importante. Legea fundamentală germană (Grundgesetz) intrată în vigoare în 1949 a marcat ruptura cu tradiţia pozitivismului juridic. În acest studiu, vom realiza o analiză din perspectivă istorică şi de drept comparat a unei probleme captivante prin complexitatea sa, cea a constituţionalizării valorilor.*

Cuvinte cheie: *Legea fundamentală germană (Grundgesetz); pozitivismul juridic; constituţionalizarea valorilor; Constituţia României; axiologia juridică.*

1. Dreptul natural în perioada post-nazistă

Cel de-al Doilea Război Mondial a avut drept rezultat moartea a cel puţin 60 de milioane de oameni dintre care aproximativ 6 milioane de evrei şi 4 milioane de neevrei (polonezi, rromi, homosexuali, comunişti, dizidenţi, handicapaţi, prizonieri de război ruşi) care au fost exterminaţi în lagărele Holocaustului. O lume în ruine a descoperit ororile regimului nazist, iar acest lucru a lăsat urme adânci asupra conştiinţei umanităţii.

În această conjunctură de puternică presiune emoţională, s-a susţinut faptul că legile care realizau idealurile naziste nu numai că erau imorale, dar mai mult decât atât, ele nu aveau caracterul de norme juridice şi de la căderea regimului nu mai erau obligatorii[2]. Gustav Radbruch, Ministru de Justiţie în perioada 1921-1923 spunea: „Când legile resping în mod conştient voinţa de dreptate, ca de exemplu, atunci când ele acordă sau refuză arbitrar drepturi ale omului, aceste legi îşi pierd valoarea, oamenii nu le datorează nicio supunere, juriştii trebuie să găsească curajul de a le nega caracterul de norme de drept”.[3] În articolul concis, dar foarte influent pentru evoluţia jurisprudenţei valorilor în Germania post-nazistă, intitulat „Fünd Minuten Rechtsphilosohie”[4], autorul

---

[1] Doctorand Bratiloveanu Izabela, Facultatea de Drept şi Ştiinţe Administrative, Universitatea din Craiova. Această lucrare a fost finanţată din contractul POSDRU/CPP107/DMI.1.5/S/78421, proiect strategic ID78421 (2010), cofinanţat din Fondul Social European- Investeşte în oameni, prin programul operaţional Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007-2013.

[2] G. Radbruch, „Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht”, Süd-deutsche Juristen Zeitung, 1 (1946), p. 105.

[3] “Wenn Gesetze den Willen zur Gerechtigkeit bewusst verleugnen, zum Bei-spiel Menschen-rechte Menschen nach Willkür gewähren und versagen, dann fehltdiesen Gesetzen die Geltung, dann schulden das Volk inhnen keinen Gehorsam, dann müsses auch die Juristen den Mut finden, ihnen den Rechtscharakter abzusprechen”. Citat de Norbert Hoerster, Zum begrifflichen Verhältnis von Recht und Moral, p. 79.

[4] Gustav Radbruch, “*Fünd Minuten Rechtsphilosophie*” (“Cinci minute de filosofie juridică”), Oxford Journal of Legal Studies, Vol.26, Nr. 1 (2006), pp 13-15, tradus în engleză de Bonnie Litschewski Paulson şi Stanley L. Paulson.

făcea următoarele remarci: „Totuşi, un lucru trebuie în permanenţă imprimat în conştiinţa oamenilor precum şi în cea a juriştilor: *Pot* fi legi care sunt atât de nedrepte şi atât de vătămătoare social încât validitatea, într-adevăr, caracterul legal însuşi trebuie să le fie negat. Prin urmare, sunt principii de drept care au o greutate mai mare decât orice lege, astfel încât o lege în conflict cu ele, este lipsită de validitate. Aceste principii sunt cunoscute ca dreptul natural sau legea raţiunii. Într-adevăr, detaliile lor rămân deschise întrebărilor, dar munca de secole a stabilit, de fapt un miez al lor solid, şi au ajuns să se bucure de un astfel de consens de anvergură, în aşa-numitele declaraţii ale drepturilor omului şi civile, încât numai sceptic dogmatic ar întreţine îndoiala în continuare cu privire la unele dintre ele."

În timpul primilor ani de după război, jurisprudenţa germană a urmat această poziţie. Cităm cu titlu exemplificativ numai două fragmente din deciziile date în această perioadă: „Validitatea dispoziţiilor naţional-socialiste poate fi pusă la îndoială în cazul în care ele sunt în mod vădit contrare principiilor fundamentale de dreptate, astfel încât judecătorul care ar vrea să le aplice sau să le recunoască efectele juridice ar acţiona ca un organ care nu face dreptate, ci nedreptate (...). Nedreptatea care a îmbrăcat hainele legii, care este în mod vădit contrară principiilor fundamentale ale dreptului, nu dobândeşte forţa dreptului prin simplul fapt că (în trecut) a fost aplicată (de către instanţe) şi a fost respectată (de către subiectele de drept)"[5]. De asemenea: „Dreptul nu se identifică cu ansamblul legilor scrise. În faţa dispoziţiilor pozitive ale puterii statului, poate să existe în funcţie de circumstanţe ceva în plus în esenţa dreptului, care îşi are sursa în ordinea constituţională ca entitate raţională, astfel încât funcţionează de o manieră corectivă în detrimentul legii scrise. Acest „ceva", este sarcina jurisprudenţei să-l găsească şi să-l pună în aplicare în decizii"[6].

Germania după al Doilea Război Mondial a suferit schimbări extrem de importante, producându-se o rotire la 180 de grade ce s-a manifestat în reînoirea sentimentelor religioase, disocierea de atrocităţile trecutului pe care nu voia sa permită să se mai repete, dar mai ales, în afirmarea, la nivel doctrinar şi jurisprudenţial, a principiilor statului de drept şi a drepturilor fundamentale, aşa cum au fost prevăzute de noua Constituţie[7]. S-au introdus anumite principii fundamentale care compun idealul de stat de drept precum şi drepturile individuale şi politice fundamentale. Astfel, s-a acceptat faptul că dreptul pozitiv nu este format exclusiv din regulile dreptului pozitiv în sens strict (Rechtnormen) ci şi, de asemenea, din principii juridice (Rechtsprinzipien) pe care secolele ni le-au lăsat moştenire (pe calea cutumei) ca o dobândire culturală comună a umanităţii[8]. Prin urmare, acceptarea separării principiului de drept pozitiv şi al moralei

---

[5] BVerfGE, 23, 98, "Nationalsozialistischen", kann die Geltung als Recht abgesprochen warden, wenn sie fundamentalen Prinzipien der Gerechtigkeit so evidet widersprechen, dass der Richter, der sie anwerden oder ihre Rechtsfolgen anerkennen wollte, Unrecht statt Recht sprechen würde (…) Einmal gesetztes Unrecht, dass offenbar gegen konstituierende Grundsätze des Rechts verstösst, wird nicht dadurch zu Recht, dass angewendet und befolgt wird".

[6] BVerfAGE 34, 269 (287): „Das Recht ist nicht mit der Gesamtheit der geschriebenen Gesetze identisch. Gebenüber den positiven Satzungen der Staatsgewalt kann unter Umständen ein Mehr an Recht bestehen, das siene Quelle în der verfassungsmässigen Rechtsordnung als einem Sinnganzen besitz und dem geschriebenen Gesetz gegenüber als Korrektiv zu wirken vermag; es zu finden und în Entscheidungen zu verwirklichen, ist der Aufgabe der Rechtsprechung".

[7] Legea fundamentală germană (Grundgesetz) a intrat în vigoare la 24 mai 1949 şi a marcat ruptura de tradiţia pozitivismului juridic.

[8] A se vedea K. E. Bays, *Le probleme du droit et des valeurs morales*, L'Harmattan, 2004, p. 120.

sociale ca fundament al dreptului natural, nu mai putea avea sensul separării dintre dreptul pozitiv şi valorile filosofiei morale care compun suma dreptăţii[1].

2. Constituţionalizarea valorilor

Din ce în ce mai multe constituţii recente au introdus noţiunea de "valori fundamentale". Pentru a înţelege importanţa constitutuţionalizării valorilor, am considerat oportun să precizăm care sunt constituţiile care prevăd expres aceste valori. De o manieră generală, se remarcă tendinţa de a prevedea aceste valori în Preambul sau în primul articol din Constituţie.

Constituţia României prevede în art. 1 alin. (3): „România este stat de drept, democratic şi social, în care demnitatea omului, drepturile şi libertăţile cetăţenilor, libera dezvoltare a personalităţii umane, dreptatea şi pluralismul politic reprezintă valori supreme, în spiritul tradiţiilor democratice ale poporului român şi idealurilor Revoluţiei din decembrie 1989, şi sunt garantate".

Constituţia Africii de Sud din 1996 prevede în art 1. „Dispoziţii fondatoare": „Republica Africa de Sud este un stat suveran şi democratic fondat pe următoarele valori: a) demnitatea umană, realizarea egalităţii şi promovarea drepturilor omului şi libertăţilor." De asemenea, art. 7 alin. (1) prevede: „Carta Drepturilor este piatra de temelie a democraţiei în Africa de Sud. Ea consacră drepturile oamenilor în ţara noastră şi afirmă valorile democratice ale demnităţii umane, egalităţii şi libertăţii"[2].

De asemenea, Legea fundamentală israeliană: Demnitatea umană şi libertatea menţionează: „Scopul legii fundamentale este să protejeze demnitatea umană şi libertatea, în scopul de a consfinţi în Legea fundamentală valorile statului Israel ca stat evreiesc şi democratic"[3].

În dreptul german, Tribunalul constituţional german (Bundesverfassungsgericht) înţelege Constituţia ca fiind „o ordine obiectivă a valorilor". Se discută în dreptul german despre o politică constituţională care este profund angajată faţă de „ ordinea obiectivă a valorilor", deşi, până în prezent nu există un acord deplin cu privire la ce înseamnă aceasta. Legea fundamentală germană (Grundgesetz) creează un sistem de valori în raport cu care toată legislaţia este evaluată. Acest sistem de valori „care se centrează pe demnitatea liberei dezvoltări a personei în societate"[4], este văzut ca fundamental pentru toate zonele dreptului. Ernst-Wolfgang Böckenförde, fost judecător la Curtea Constituţională arăta că: „Logica gândirii despre valori şi justiţie cere ca Constituţia concepută de-a lungul liniilor Rechtsstaat material ar trebui să pretindă la o validitate absolută, extinsă la toate sferele vieţii sociale. Astfel, sancţionează anumite convingeri de bază etico-politice, dându-le o validitate legală generală, şi discriminează împotriva altora care contravin acestora. Nu mai garantează libertatea necondiţionat, ci, în cadrul unui sistem fundamental de valori, cuprins în Constituţie"[5]. Considerând valorile încorporate în Constituţie ca fiind „obiective", Tribunalul constituţional german

---

[1] Ibid., p. 121.

[2] A se vedea Stu Woolman "*The architecture of dignity*", în Michael Bishop şi Stu Wollman, Constitutional conversations, Pretoria University Law Press, South Africa, p. 195.

[3] A se vedea D. Kretzmer, "*Human dignity în Israeli jurisprudence*" în D. Kretzmer, E. Klein, The concept of human dignity în human rights discourse, The Minerva Center for Human Rights, The Hebrew University of Jerusalem, Tel Aviv University, Ed. Kluwer Law International, 2002, p. 166.

[4] Cauza Lüth, 7 BVerfGE 198, 205 (1958).

[5] E-W. Böckenförde, „*State, societa, liberty: studies în political teory and constitutional law*", New-York, Berg Publishers, 1991, p. 47-70.

înţelege să sublinieze că ele au o realitate independentă de Constituţia însăşi, din care el deduce ansamblul sistemului de protecţie al drepturilor fundamentale[1]. Se impune astfel o obligaţie afirmativă în sarcina tuturor autorităţilor statale să vadă că aceste valori sunt realizate în practică.

În schimb, Constituţia franceză din 1958 nu conţine dispoziţii privind valori. "Principiu cu valoare constituţională", expresie utilizată de către Consiliul Constituţional, nu subliniază dimensiunea axiologică a unui principiu constituţional, ci serveşte la a-l distinge de alte principii de drept, insistând pe natura sa constituţională. În dreptul francez, nu întâlnim valori superioare, noţiune care este necunoscută jurisprudenţei franceze, dar acest lucru nu înseamnă faptul că Constituţia din 1958 nu subînţelege un număr de valori care sunt proprii tradiţiei constituţionale şi politice franceze. Jurisprudenţa Consiliului Constituţional, în anumite circumstanţe pune în lumină valorile care sunt în ordinea juridică şi care uneori acced la un loc astfel încât sunt confundate cu valorile ordinii juridice. De exemplu, într-o Decizie din 11 ianuarie 1990, Consiliul Constituţional a considerat că "cerinţa pluralismului de idei şi opinii constituie fundamentul democraţiei". Această valoare a societăţii democratice este subînţeleasă în art. 4 din Constituţia din 1958, dar ea nu a fost prezentată de către Constituant ca o valoare supremă a ordinii juridice.

Constituţia spaniolă din 1978[2] menţionează de asemenea valorile: „Spania se constituie într-un stat de drept social şi democratic care apără ca valori superioare[3] ale ordinii sale juridice libertatea, dreptatea, egalitatea şi pluralismul politic" (art. 1.alin (1)). Tribunalul Constituţional spaniol preciza într-una dintre decizii: „Constituţia încorporează un sistem de valori, a cărui respectare necesită o interpretare finalistă a normei fundamentale"[4]. În afara valorilor superioare menţionate în primul articol din Constituţia spaniolă, Tribunalul constituţional spaniol califică demnitatea persoanei umane ca valoare juridică fundamentală pentru că este o valoare morală şi spirituală inerentă persoanei umane. Demnitatea persoanei umane este calificată „principiu nuclear" semnificând prin această expresie faptul că este nucleul dur al unui sistem de valori, însemnând că toate celelalte valori proclamate de Legea fundamentală trebuie să aibă drept referinţă necesară demnitatea persoanei, pentru că de aici decurge raţiunea lor ultimă de a fi şi implică o serie de consecinţe pe plan juridic[5]. Ordinea juridică spaniolă recunoaşte acestor valori un caracter normativ deoarece ele obligă operatorii juridici să

---

[1] Pentru detalii, a se vedea, É. Zoller, Droit constitutionnel, 2. Ed., Paris, Puf, p. 175.

[2] Textul Constituţiei din Spania este disponibil pe www.lamoncloa.gob.es/NR/rdonlyres/79FF2885-8DFA-4348-8450-04610A9267F0/0/constitution_ES.pdf .

[3] Unul din motivele utilizarii expresiei "valori superioare" s-a datorat încercării de a depăşi antiteza iusnaturalism-pozitivism. Şi aceluiaşi motiv i s-a datorat de asemenea încorporarea verbului "a apara" care a presupus între altele, depăşirea pozitivismului închis valorilor, considerarea ordinii juridice ca ansamblu integrat de drepturi cu obligaţii corelative, depăşirea dreptului văzut numai ca regulator al folosirii forţei şi conceptul de drept ca fenomen cultural în cadrul caruia realizarea valorilor se configurează ca obiectiv maxim de atins.

[4] Hotărâre din 8 iun. 1991, citată în Gregorio Peces Barba-Martinez, "Los valores superiores", Ed. Technos, 1984, p. 125: „La Constitución incorpora un sistema de valores, cuya observancia requiere una interpretación finalista de la norma fundamental".

[5] Francisco Fernandez Segado, "Demnitatea persoanei umane ca valoare supremă a ordinii juridice spaniole şi ca sursă a tuturor drepturilor", disponibil pe site-ul www.umk.ro/fr/buletin-stiintific-cercetare/arhiva-buletinstiintific/160-buletin-stiintific-nr-15-2006/355-la-dignite-de-la-personne-en-tant-que-valeur.html, accesat la 19.04.2013 .

le dezvolte, iar inserarea lor în Constituţie are ca funcţie să orienteze puterile publice şi să servească drept criteriu de interpretare al ordinii juridice[1].

În Constituţia bulgară[2] se afirmă: „Loialitatea (...) faţă de idealurile universale ale omului de libertate, pace, umanism, egalitate, justiţie, şi toleranţă, şi ridicarea la rang de principiu suprem a drepturilor individului, a demnităţii şi securităţii sale". Constituţia Rusiei[3], în cap.1 „Fundamentele sistemului constituţional" din Secţiunea 1, stipulează în art. 2 că „Omul, drepturile şi libertăţile sale sunt valoarea supremă. Recunoaşterea, respectarea şi protejarea drepturilor şi libertăţilor omului şi cetăţeanului sunt obligaţia statului". Constituţia Republicii Cehe[4] menţionează construirea, protecţia şi dezvoltarea statului în spiritul valorilor inalienabile ale demnităţii umane şi libertăţii. În art. 1 alin. (3) din Titlul I „Principii generale", Constituţia Republicii Moldova[5] prevede: „Republica Moldova este un stat de drept, democratic, în care demnitatea omului, drepturile şi libertăţile sale, libera dezvoltare a personalităţii umane, dreptatea şi pluralismul politic reprezintă valorile supreme şi sunt garantate". Potrivit art. 2 alin. (1) din Constituţia Greciei din 1975 „Respectul şi protecţia fiinţei umane constituie obligaţia primară a statului".

Poate nu este lipsit de interes să arătăm că în Preambul, Carta Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene precizează: „Uniunea este întemeiată pe valorile indivizibile şi universale ale demnităţii umane, libertăţii, egalităţii şi solidarităţii; aceasta se întemeiază pe principiile autonomiei şi statului de drept".

3. Rolul valorilor prevăzute de Constituţie

O nouă Constituţie reprezintă întotdeauna o ruptură cu trecutul. Constituţia este rezultatul transformărilor economice, politice, sociale şi juridice dintr-un stat şi marchează, defineşte, conturează o etapă istorică din viaţa unei ţări.[6] Fiecare societate îşi promovează proprile sale valori, pentru că experienţele fiecărui popor şi aspiraţiile sale sunt diferite. Prin urmare, spectrul valorilor alese spre a fi inserate în textul constituţional poate să se modifice în spaţiu şi în timp. Sunt alese acele valori care întrunesc un consens social larg şi sunt considerate importante pentru societatea respectivă la momentul adoptării Constituţiei. Referitor la aceste aspecte, spre exemplu Preambul Constituţiei Portugheze[7] prevede: „Pe 25 aprilie 1974, Mişcarea Forţelor Armate a încoîncoronat lungii ani de rezistenţă şi a reflectat cele mai profunde sentimente ale poporului portughez prin răsturnarea regimului fascist. Eliberarea Portugaliei de dictatură, opresiune şi colonialism a fost o schimbare revoluţionară şi începutul unui punct de cotitură istoric pentru societatea portugheză. Revoluţia a restabilit drepturile şi

[1] Véronique Gimeno-Cabrera, Le traitement jurisprudential du principe de dignité de la personne humaine dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel français et du Tribunal Constitutionnel espanol, LGDJ, 2005, p. 107.

[2] Constituţia Bulgariei a fost adoptată de Ansamblul Naţional General la 12 iulie 1991, fiind publicată în Gazeta Oficială ("Durzhaven Vestnik") nr. 56/1991 la 13 iulie 1991 şi promulgată la 12 iulie 1991.

[3] Constituţia Federaţiei Ruse a fost adoptată la 12 decembrie 1993, a intrat în vigoare la 25 decembrie 1993.

[4] Constituţia Republicii Cehe a fost adoptată la 16 decembrie 1992 şi a intrat în vigoare la 1 ianuarie 1993.

[5] Constituţia Republicii Moldova a fost adoptată la 29 iulie 1994, publicată în Monitorul Oficial la 12.08.1994.

[6] I. Muraru, S. Tănăsescu, Constituţia României,. Comentariu pe articole, Ed. C.H.Beck, 2008, p. 18.

[7] Constituţia Republicii Portugalia a fost adoptată la 2 aprilie 1976 şi a intrat în vigoare la 25 aprilie 1976.

libertăţile fundamentale ale oamenilor din Portugalia. În exercitarea acestor drepturi şi libertăţi, reprezentanţii legitimi ai poporului s-au adunat pentru a elabora o constituţie care se potriveşte cu aspiraţiile ţării. Adunarea constituantă afirmă decizia poporului portughez de a apăra independenţa naţională, de a garanta drepturile fundamentale ale cetăţenilor, de a stabili principiile fundamentale ale democraţiei, de a asigura supremaţia unui stat de drept democratic şi deschide calea spre o societate socialistă, cu respectarea voinţei poporului portughez şi în vederea construirii unei ţări care este mai liberă, mai dreaptă şi mai fraternă". Valorile prevăzute de Constituţia unui stat nu sunt niciodată întâmplătoare; ci sunt scopurile care trebuiesc atinse în statul de drept democratic şi social, pentru aceasta fiind necesar să se pună în funcţiune ordinea juridică în totalitatea sa, pentru ca aceasta să le dezvolte[1]. Or, dacă lista valorilor incluse în textele constituţionale diferă de la o ţară la alta, se poate spune acelaşi lucru cu privire la modul în care ele sunt percepute şi cum este asigurată respectarea lor.

Să luăm spre exemplu demnitatea persoanei umane. Este o valoare care este înţeleasă diferit de fiecare societate şi de fiecare constituţie, datorită conceptelor fundamentale religioase, morale şi etice ale societăţii respective. Ca atare, este o valoare care depinde de context şi supusă schimbării într-o lume în schimbare[2]. Variaţiile regionale persistă, ca mod de înţelegere al demnităţii de către curţile constituţionale interne. Demnitatea este înţeleasă într-un mod care este util şi relevant pentru cultura lor constituţională şi socio-politică particulară, fie că este sau nu identică sau dacă are trăsături comune cu înţelegerea demnităţii adoptată de către o ţară vecină sau o altă ţară din lume[3]. În acelaşi mod, demnitatea este fundamental aceeaşi idee în lume- este un consens identificat cu privire la faptul că demnitatea este o valoare piatră de temelie a drepturilor omului în fiecare regim constituţional. Totuşi, este transformată de fiecare cultură constituţională a ţării, pentru a produce o valoare distinctă care să se potrivească cu nevoile acelei societăţi.

În America Latină, acolo unde lupta pentru democraţie s-a construit de secole, este despre construirea unei baze suficient de puternice pe care democraţia poate să aşeze pentru a rezista asalturilor, interne sau străine. În Germania, acolo unde Constituţia de după război a dat naştere unei jurisprudenţe postrăzboi, demnitatea îl face pe individ suficient de puternic pentru a rezista ameninţărilor puterilor tiranice care îl pot dezumaniza şi dezrădăcina. În Africa de Sud, a fost chiar „lărgirea cercului"[4] promisiunii de autoîmplinire, unde răul fundamental al apartheidului statal nu a constituit nicio limită şi control la posibilitatea de autorealizare. În India, a cărei democraţie este relativ stabilă şi ale cărei ameninţări nu sunt existenţiale, demnitatea este despre lupta cu sărăcia necontrolabilă, persuasivă şi profundă. În Israel, demnitatea este critică pentru păstrarea balanţei între o societate liberă şi democratică pe de o parte, şi nevoile de securitate ale statului care se află sub o constantă ameninţare existenţială, pe de altă parte. În Ungaria, a fost utilizată pentru iniţierea unui proces de transformare a sistemului legal comunist, la stabilirea unui cadru constituţional care să însoţească şi să

---

[1] M. Otero Parga, *Valores constitucionales. Introducción a la filosofia del derecho: axiologia juridica*, Universidad de Santiago de Composatela, 2004, p. 34.

[2] Pentru detalii privind demnitatea persoanei umane, a se vedea E. Daly, *Dignity rights*, University of Pennsylvania Press, 2012.

[3] E. Daly, *op. cit.*, p. 4.

[4] Stu Woolman, "*The Widening Gyre of Human Dignity*", în Stu Woolman şi Michael Bishop, Constitutional conversations, Pretoria University Press, 2008, p. 193.

ghideze variaţii paşi ai tranziţiei[1]. Departe de a însemna totul pentru toţi, demnitatea are o semnificaţie care este particulară pentru istoria şi provocările prezente ale fiecărei culturi. De partea cealaltă a lui „niciodată din nou", arma magică personalizată a fost chemată să combată orice demoni se află în dulapul fiecărei ţări[2]. Fiind o valoare, demnitatea desemnează o idee vagă, un fel de utopie, care nu poate să fie definită obiectiv[3], o dată pentru totdeauna, dar ceea se schimbă este modul în care o percepem, care se modifică o dată cu mentalităţile. Deci, dacă valoarea este imuabilă, modul în care este garantată şi pusă în aplicare este într-o evoluţie continuă.

Supremaţia Constituţiei nu este o simplă afirmaţie, ci o realitate incontestabilă, ce reprezintă o garanţie opozabilă în egală măsură atât autorităţilor statului cât şi tuturor celorlalte subiecte de drept[4]. Stabilirea la nivel constituţional a unei valori face să fie neconstituţională orice normă care urmăreşte scopuri contrare sau care împiedică asigurarea respectări valorii. În acest sens, Constituţia Federaţiei ruse prevede expres în art. 16 alin. (2) că „Nicio altă prevedere din prezenta Constituţie nu poate contrazice principiile fundamentale ale sistemului constituţional al Federaţiei ruse". Interpretarea Constituţiei trebuie să se facă în sensul respectării acestor valori; acest lucru înseamnă că interpretul textului constituţional nu poate nici să nu le cunoască, nici să le înlocuiască cu altele. Curtea noastră constituţională stabilea că prevederile art. 1 alin (3) din Constituţiei nu trebuie să rămână la stadiul declarativ, fiind instituită potrivit art. 1 alin. (5) obligaţia tuturor, inclusiv a autorităţilor publice, de a respecta Constituţia, supremaţia acesteia şi legea[5]. Valorile au rolul de paramentru de apreciere a faptelor şi a conduitelor, toate celelalte norme evaluându-se pe baza lor. Valorile se impun statului în ansamblul său. Ele sunt obiective de atins care se impun legiuitorului căruia îi incumbă o obligaţie pozitivă de a le dezvolta prin legislaţie, cât şi una negativă, de a nu adopta norme contrare acestor valori.Valorile reprezintă idealurile comunităţii şi prin urmare sunt expresia moralităţii majoritar acceptate, precum şi a deciziei specifice a statului de drept, democratic şi social.Valorile răspund unui fundament raţional şi istoric, ceea ce le conferă aprecierea de mare acord social. Aceste valori se transformă în elemente de identificare ale sistemului politic pentru că exprimă ceea ce de referinţă Constituţia vrea sa reglementeze ca propriu şi la ce aspiră ca formă optimă de guvernare. Constituie un ghid pentru interpretarea şi dezvoltarea ordinii juridice precum şi o limită la abuzarea de aceasta. În dezvoltarea acestor valori, realizată de către judecator sau de legiuitor, modelul stabilit în Constituţie, nu se poate înlocui cu altul.

Valorile constituţionale nu au un efect direct, ele nu sunt autonome şi trebuie să găsească un suport normativ pentru a putea să se aplice. Spre exemplu, Curtea Constituţională, în Decizia nr. 432/2005 reţine în ceea ce priveşte invocarea încălcării prevederilor art. 1 (3) că acestea nu pot să constituie un temei pentru admiterea

---

[1] Catherine Dupré, *Importing the law în the post-comunist trasitions. The Hungarian Constitutional Court and the right to human dignity*, Oxford-Portland Oregon, 2003, p. 158.

[2] Stu Woolman, *op. cit.,* p. 197.

[3]Potrivit lui K.E.Beys, toate valorile sunt definite negativ. "În consecinţă, orice valoare morală şi orice virtute presupun, după cum ne învaţă conţinutul lor conceptual, o pasiune negativă, pe care valoarea morală sau virtutea corespondentă constă în a o evita. Vizăm „binele" prin refuzarea răului. „Binele" este înţeles ca faptul de a evita răul."K.E..Beys, *op. cit.*, p. 15.

[4] I. Muraru, E.S. Tănăsescu, *op. cit.,* p. 18.

[5] Curtea Constituţională, Decizia nr. 789/2009 referitoare la respingerea excepţiei de neconstituţionalitate a dispoziţiilor Legii de aprobare a Ordonanţei de urgenţă a Guvernului nr. 34/2009 cu privire la rectificarea bugetară pe anul 2009 şi reglementarea unor măsuri financiar-fiscale, publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 400 din 12.06.2009. Jurisprudenţa este constantă în acest sens.

excepţiei de neconstituţionalitate, deoarece reglementează principii generale ale organizării statului român, nu un drept constituţional de care se poate prevala autorul excepţiei[1]. Un punct de vedere în aceaşi direcţie regăsim în Decizia nr. 34/2010, Curtea reţinând că „datorită gradului lor de maximă generalitate, aceste prevederile invocate nu pot constitui criterii de referinţă decât mediat, eventuala lor încălcare fiind consecinţa încălcării unor norme constituţionale cu domeniu de incidenţă precis determinat”[2]. Nu în ultimul rând, în Decizia nr. 264/2004, instanţa de contencios constituţional făcea cu privire la art. 1 alin. 3 următoarea precizare: „textul respectiv consacră un principiu general care stă la baza statului român, iar nu un drept, astfel că acest principiu nu poate fi considerat a fi încălcat decât, eventual, în măsura încălcării unuia dintre drepturile şi libertăţile fundamentale ale cetăţenilor, garantate de Constituţie, sau a vreunui alt text constituţional relevant sub aspectul conţinutului art. 1 al.3 din Legea fundamentală”[3]. De asemenea, Tribunalul Constituţional spaniol reaminteşte de mai multe ori valoarea superioară a dreptului la viaţă, dar atunci când analizează o problemă referitoare la viaţă se pronunţă doar cu privire la art. 15 din Constituţie, nu pe baza valorii superioare a vieţii, care nu figurează în Constituţie, ci este o creaţie a Tribunalului constituţional[4].

4. Concluzie

Din 1991, Constituţia României prevede în Titlul 1 „Principii generale”, în art. 1 următoarele valori supreme: demnitatea omului, drepturile şi libertăţile cetăţenilor, libera dezvoltare a personalităţii umane, dreptatea şi pluralismul politic. Adoptarea unui model axiologic de constituţie deschide un câmp nou de cercetare. Jurisprudenţa Curţii Constituţionale este limitată în această materie. În multe din deciziile în care autorii excepţiilor de neconstituţionalitate îşi motivează critica de neconstituţionalitate şi cu privire la încălcarea prevederilor art. 1 alin. (3), Curtea precizează că ele nu au incidenţă în cauză[5]. Curtea Constituţională evită să se aventureze pe terenul valorilor şi să-şi justifice deciziile printr-un apel direct la valorile prevăzute în textul constituţional.

Referinţe bibliografice

1. **Bays E. Kostas**, Le probleme du droit et des valeurs morales, L’Harmattan, 2004

2. **Bishop Michael şi Wollman Stu**, Constitutional conversations, Pretoria University Law Press, South Africa, 2008

3. **Böckenförde Ernst-Wolfgang**, „State, societa, liberty: studies în political teory and constitutional law”, New-York, Berg Publishers, 1991

---

[1] Curtea Constituţională, Decizia 432/2005 din 13 septembrie 2005 referitoare la excepţia de neconstituţionalitate a dispoziţiilor art. 246 din Codul de procedură civilă şi ale art. 23 al. (1) şi (2) din Legea nr. 146/1997 privind taxele judiciare de timbru, publicată în Monitorul Oficial nr. 884 din 3.10.2005.

[2] Curtea Constituţională, Decizia nr. 34/2010 referitoare la respingerea excepţiei de neconstituţionalitate a prevederilor art. 102 al. (1) pct. 1 din Ordonanţa de urgenţă a Guvernului nr. 195/2002 privind circulaţia pe drumurile publice, publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 79 din 5.02.2010.

[3] Curtea Constituţională, Decizia nr. 264/2004 referitoare la excepţia de neconstituţionalitate a dispoziţiilor art. 40^1 din Legea nr. 137/2002 privind unele măsuri pentru accelerarea privatizării, cu modificările ulterioare, publicat în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 732 din 13.08.2004.

[4] V. Gimeno-Cabrera, *op. cit.,* p. 108.

[5] A se vedea cu titlu de exemplu, Decizia nr. 586/2005 referitoare la excepţia de neconstituţionalitate a dispoziţiilor art. 78 alin. (4) din Legea nr. 19/2000 privind sistemul public de pensii şi alte drepturi de asigurări sociale, publicată în Monitorul Oficial nr. 1122 din 13.12.2005.

4. **Dupré Catherine**, Importing the law în the post-comunist trasitions. The Hungarian Constitutional Court and the right to human dignity, Oxford-Portland Oregon, 2003

5. **Daly Erin**, Dignity rights, University of Pennsylvania Press, 2012

6. **Gimeno-Cabrera Véronique**, Le traitement jurisprudential du principe de dignité de la personne humaine dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel français et du Tribunal Constitutionnel espanol, LGDJ, 2005

7. **Kretzmer David**, "Human dignity în Israeli jurisprudence" în David Kretzmer, Eckart Klein, The concept of human dignity în human rights discourse, The Minerva Center for Human Rights, The Hebrew University of Jerusalem, Tel Aviv University, Ed. Kluwer Law International, 2002

8. **Muraru Ioan, Tănăsescu Elena Simina**, Constituţia României,. Comentariu pe articole, Ed. C.H.Beck, 2008

9. **Otero Parga Milagros**, Valores constitucionales. Introducción a la filosofia del derecho: axiologia juridica, Universidad de Santiago de Composatela, 2004

10. **Peces Barba-Martinez Gregorio**, "Los valores superiores", Ed. Technos, 1984

11. **Radbruch Gustav**, "Fünd Minuten Rechtsphilosophie" ("Cinci minute de filosofie juridică"), Oxford Journal of Legal Studies, Vol.26, Nr. 1 (2006)

12. **Segado Francisco Fernandez**, "Demnitatea persoanei umane ca valoare supremă a ordinii juridice spaniole şi ca sursă a tuturor drepturilor", site-ul www.umk.ro/fr/buletin-stiintific-cercetare/arhiva-buletinstiintific/160-buletin-stiintific-nr-15-2006/355-la-dignite-de-la-personne-en-tant-que-valeur.html

13. **Zoller Élisabeth**, Droit constitutionnel, 2. Ed., Paris, PUF,1998