2014

UNIVERSITATEA TITU MAIORESCU
FACULTATEA DE DREPT

Asociația Română de Drept şi Afaceri Europene

ROLUL EUROPEI ÎNTR-O SOCIETATE POLARIZATĂ

ROLUL EUROPEI ÎNTR-O SOCIETATE POLARIZATĂ

reduceri de până la **30%**
pentru comenzi on line
www.hamangiu.ro

ISBN 978-606-27-0020-1

Bucureşti, 9-10 mai 2014

Conferință internațională de drept, studii europene şi relații internaționale

Rolul Europei într-o societate polarizată

Copyright © 2014
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
ROLUL EUROPEI ÎNTR-O SOCIETATE POLARIZATĂ (2014; Bucureşti)
Rolul Europei într-o societate polarizată: Conferinţa Internaţională: Bucureşti, 9-10 mai 2014 / org. de Universitatea Titu Maiorescu, Asociaţia Română de Drept şi Afaceri Europene. - Bucureşti: Editura Hamangiu, 2014
ISBN 978-606-27-0020-1

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
0741.244.032

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

Rolul Europei într-o societate polarizată

Conferinţa internaţională de drept,
studii europene şi relaţii internaţionale
Bucureşti, 9-10 mai 2014

Cuprins

Drept comparat.....1
*Giuseppe **MARTINICO,** 'The Evolving Interrelationships between National Constitutions, the ECHR and EU Law' 1*
*Petruța-Elena **ISPAS,** Etichetarea produselor alimentare în lumina reglementărilor dreptului Uniunii Europene..... 20*
*Andra **IFTIMIEI**, Protecția penală a libertății în România și în Franța 31*
*Smărăndița **CIUDIN-COLȚA,** Regimul juridic al servituților din perspectiva dreptului privat comparat 38*

Drept european și internațional 53
*José Manuel **SOBRINO HEREDIA,** The Declining Role of Institutions in the European Integration Process..... 53*
*Gabriela A. **OANȚĂ,** The Arrival of Romanian Cases before the Court of Justice of the European Union..... 61*
*Marta **SOBRIDO,** The European Union and the Arctic..... 77*
*Stefania **NEGRI,** Realising a European Area of Justice through Harmonised Protection of Procedural Rights and Enhanced Integration between the EU and the ECHR Legal Systems 91*
*Nicolae **VOICULESCU,** Dialogul social în Uniunea Europeană: concept și forme de concretizare 106*
*Nicolae **CULIC**, Considerații asupra conceptului: "drepturile omului"..... 111*
*Gabriel Liviu **ISPAS,** Alegerile pentru Parlamentul European în contextul crizei din Ucraina 115*
*Andreea **RÎPEANU,** Perspective europene privind îmbunătățirea educației și a formării profesionale a personalului didactic..... 122*
*Felicia **MAXIM,** Rezervele și declarațiile interpretative la tratate..... 132*
*Aurelia **HERLING,** Cadrul legislativ european în domeniul obligației bugetare..... 146*
*Pavel **PALCU,** Despre garanția dreptului la apărare în condițiile funcționării Parchetului European..... 159*
*Pavel **PALCU,** Monica Adriana **PALCU,** Implementarea în statele membre ale Uniunii Europene a Deciziei cadru 2005/2014/JAI privind sancțiunile pecuniare 170*
*Mihail **NIEMESCH,** NATO - organizație politico-militară, euro-atlantică și rolul său în asigurarea păcii și securității omenirii 184*
*Georgeta **MODIGA,** Tribunalul de primă instanță..... 191*
*Georgeta **MODIGA,** Cooperarea judiciară în materie civilă în Uniunea Europeană... 199*
*Laura Magdalena **TROCAN,** Ina Raluca **TOMESCU,** Politica comercială comună a Uniunii Europene..... 211*
*Maria-Irina **GRIGORE-RĂDULESCU,** Corina-Florența **POPESCU,** Rolul jurisprudenței internaționale în determinarea normelor de drept..... 220*
*Adriana **VOICU,** Securitatea cibernetică, prioritate absolută a prezentului 229*
*Valentin-Stelian **BĂDESCU,** Raportul dintre dreptul Uniunii Europene și dreptul intern în cazul unor revizuiri constituționale naționale..... 239*

*Tudor **CHIUARIU,** Un sfârşit fericit al poveştii celor două curţi? Aderarea Uniunii Europene la Convenţia Europeană a Drepturilor Omului şi crearea sistemului european integrat de protecţie a dreptului omului* *255*
*Beatrice **BERNA,** Re-analizarea drepturilor omului în paradigmă feministă. Exempţiunea culturală. Aserţiuni în domeniul legislativ european şi internaţional* *271*
*Carmen-Nicoleta **BĂRBIERU,** Grupul european de interes economic. Domeniile de aplicare a Regulamentului nr. 2137/1985 şi dreptului naţional* *284*
*Silviu Alexandru **LĂZĂRESCU SIMION**, Dan Cezar **AVARVAREI,** Responsabilitatea juridică a autorităţii de audit din cadrul Curţii de Conturi a României în contextul execuţiei bugetare partajate a finanţării nerambursabile din „fondurile structurale şi de investiţii europene – fondurile ESI”* *292*
*Anemari-Iuliana **OPRIŢOIU,** Convenţia de la Haga asupra legii aplicabile trusturilor şi recunoaşterii lor* *296*

Drept penal 307
*Claudia **GHICA-LEMARCHAND,** Le juge des droits et des libertes* *307*
*Carmen **PARASCHIV,** Proceduri speciale. Acordul de recunoaştere a vinovăţiei. Contestaţia privind durata procesului penal* *325*
*Alexandru **BOROI,** Aplicarea procedurii acordului de recunoaştere a vinovăţiei din perspectiva Legii nr. 135/2010 privind Codul de procedură penală* *332*
*Camelia ŞERBAN **MORĂREANU,** Daniel **CREŢU,** Faza de urmărire penală a procesului penal – în viziunea noului Cod de procedură penală* *340*
*Andrei **IACUBA**, Ramona Lorena **PARASCHIV,** Acordul de recunoaştere a vinovăţiei. Aspecte de drept comparat* *348*
*Elena-Giorgiana **SIMIONESCU,** Condiţiile legitimei apărări* *363*
*Elena-Giorgiana **SIMIONESCU,** Condiţiile stării de necesitate* *372*
*Ionel **NECULA,** Cristina **PETCU,** Consideraţii privind expertiza criminalistică judiciară în contextul prevederilor noului Cod de procedură penală* *377*
*Bogdan **VÎRJAN,** Excesul neimputabil* *387*
*Georgeta Valeria **SABĂU,** O nouă măsură preventivă - arestul la domiciliu* *395*
*Gabriel **GURITA,** Divulgarea informaţiilor secrete de serviciu sau nepublice (art. 304 NCP)* *407*
*Dorel **ANDRAS,** Infracţiunile contra patrimoniului – condiţii preexistente* *413*
*Adrian-Milutin **TRUICHICI,** Noul Cod penal în discuţia specialiştilor* *419*
*Daniela **DANCĂ**, Remus **DANCĂ**, Investigarea criminalistică a infracţiunilor informatice* *423*
*Maria-Georgiana **TEODORESCU,** Principalele modificări aduse de noul Cod de procedură penală* *436*
*Izabela **BRATILOVEANU,** Pedepsele şi demnitatea persoanei umane* *442*
*Andrada **NOUR,** Membrul de familie – subiect al infracţiunii de viol* *453*
*Andrada **NOUR,** Actul sexual cu un minor. Aspecte comparative între reglementarea anterioară şi cea actuală privind protecţia minorului* *462*
*Gina **NEGRUŢ,** Măsura arestării preventive din perspectiva Legii nr. 135/2010 privind Codul de procedură penală* *471*
*Mohammad Ali **RABABAH,** Măsurile asigurătorii din perspectiva Legii nr. 135/2010 privind Codul de procedură penală* *478*

*Olga Andreea **URDA,** Reglementări europene și naționale în materia traficului de persoane* ... 488
*Dumitru Claudiu **CAZAN,** Rezolvarea acțiunii civile în procesul penal în reglementarea noului Cod de procedură penală* ... 501
*Bogdan Marin **GIURCĂ,** Principiul activității legii penale și limitele de incidență a unei legi din punct de vedere temporal* ... 512
*Șerban **DECEBAL,** Instituția recidivei persoanei juridice în Legea nr. 286/2009 privind Codul penal* ... 518
*Alexandru **POROF,** Noul Cod penal un pas înainte către o Românie Europeană* ... 524
*Ionuț Alexandru **TOADER,** Răspunderea penală a notarului public* ... 532
*Daniel **GRĂDINARU,** Renunțarea la aplicarea pedepsei. Alternativă la executarea pedepsei* ... 538
*Costin-Ion **UDREA,** Avocatul în noul Cod de procedură penală* ... 546

Drept privat ... 557
*Smaranda **ANGHENI,** Asocierea în participatie potrivit noului Cod civil* ... 557
*Iosif R. **URS,** Reglementarea limitelor judiciare cu privire la exercitarea dreptului de proprietate privată în cadrul raporturilor de vecinătate* ... 566
*Gabriela **RĂDUCAN,** Autoritatea de lucru judecat în reglementarea Noului Cod de Procedură Civilă* ... 576
*Bujorel **FLOREA**, Considerații privind excepțiile de la principiul solemnității donației, în reglementarea noului Cod civil* ... 585
*Manuela **TĂBĂRAȘ,** Dreptul de preempțiune în legislația română contemporană între restricționare și liberalizare* ... 595
*Manuela **TĂBĂRAȘ,** Privire comparativă asupra contractelor de rentă viageră și întreținere din perspectiva caracterelor juridice a celor două contracte* ... 604
*Carmen **PĂLĂCEAN,** Considerații asupra arbitrajului internațional. Noua reglementare în dreptul român* ... 609
*Carmen **TODICĂ,** Viciul de consimțământ al erorii în reglementarea Codului civil. Soluții de practică judiciară europeană asupra erorii de drept* ... 622
*Remus Daniel **BERLINGHER,** Normele conflictuale privind obligațiile necontractuale potrivit Regulamentului (CE) nr. 864/2007 (Roma II) în dreptul internațional privat român* ... 629
*Mihaela Cristina **PAUL,** Stipulația pentru altul – raporturi juridice existente* ... 640
*Bazil **OGLINDĂ,** Răspunderea juridică pentru întreruperea negocierilor în dreptul român. Tendințe de uniformizare în dreptul european și la nivel internațional* ... 647
*Alexandru Mihnea **ANGHENI,** Comparație între fiducie și administrarea bunurilor altuia* ... 659
*Mădălina **DINU,** Actele procesuale de dispoziție ale părților în procesul civil* ... 668
*Maria Carolina **NIȚĂ,** Recunoașterea și executarea hotărârilor judecătorești străine în baza Regulamentului (CE) nr. 44/2001* ... 675
*Oana Cristina **NIEMESCH,** Evoluția unor instituții juridice de la practica judecătorească la reglementarea în noul Cod civil* ... 684
*Violeta **SLAVU,** Prescripția extinctivă prin prisma noilor reglementări* ... 692
*Daniela Cristina **CREȚ,** Considerații referitoare la procedura adopției internaționale în lumina actualelor reglementări în domeniu* ... 698
*Radu Ștefan **PĂTRU,** Unele aspecte privind contractele individuale și colective de muncă în cazul transferului întreprinderii* ... 711

*Ioan **MORARIU,** Garanţiile autonome între tradiţie şi noutate legislativă 717*
*Cătălina **DINU,** Aspecte practice privind controlul de legalitate exercitat de judecătorul sindic în procedura insolvenței 726*
*Alina Monica **AXENTE,** Transformarea familiei romane şi efectele asupra vocaţiei succesorale 734*
*Mihaela **ION,** Elemente de noutate în domeniul reglementării concurenței din România 741*
*Nicolae-Horia **ȚIȚ,** Considerații privind procedura asigurării probelor în reglementarea noului Cod de procedură civilă 754*
*Magdalena **CATARGIU,** Transformarea asociației de tip PAS în asociație de drept comun 769*
*Anca Roxana **ADAM,** Noțiunea de creanță certă, lichidă și exigibilă în procedura insolvenței 778*
*Mirela Carmen **DOBRILĂ,** Considerații privind garanția pentru buna funcționare a bunului vândut conform noului Cod civil român 789*
*Cristian **DRĂGHICI,** Ce înseamnă falimentul personal și cum funcționează acesta 798*
*Tudor **MARIN,** Legea model UNCITRAL și ghidul de aplicare - conosamentul electronic 806*
*Tudor **MARIN,** Convenția Națiunilor Unite privind contractele pentru transportul internațional de mărfuri în întregime sau parțial pe mare – Regulile de la Rotterdam 819*

Drept public 831
*Bogdan **STAŃKOWSKI,** Meanders of upbringing and worldview neutrality 831*
*Ion **CRAIOVAN,** O controversă din gândirea juridică europeană: doctrină juridică și/sau știință juridică? 846*
*Emilian **CIONGARU,** Justiția socială, scop sau mijloc al realizării dreptului 862*
*Claudiu Ramon D. **BUTCULESCU,** Considerații privind influența idealismului german asupra sistemului dreptului. Evoluții și interacțiuni 870*
*Marieta **SAFTA,** Evoluţii ale regimului juridic al partidelor politice în România 878*
*Marius **ANDREESCU,** Contribuţii ale doctrinei juridice la construcţia principiului proporţionalităţii 891*
*Mariana **OPRICAN,** Moțiunea de cenzură în practica parlamentară 899*
*Andrei **TINU,** Cătălin **BOBOC,** Termenele acordării sau redobândirii cetăţeniei române 909*

'The Evolving Interrelationships between National Constitutions, the ECHR and EU Law'

(forthcoming in M. Claes – M. de Visser, eds., *Constructing European Constitutional Law*, Hart, Oxford)

Giuseppe ***MARTINICO****

I. Introductory Remarks

Studying the evolving relationship between National Constitutions, the European Convention of Human Rights (ECHR) and European Union (EU) law in a few pages is almost impossible without adopting a clear perspective of analysis.

In this chapter I am going to approach this broad subject as follows: I shall investigate how EU law has given national judges arguments to reconsider the force of the ECHR in the domestic legal order.

My investigation originates from the fact that in many jurisdictions- for different reasons- national judges have started disapplying national law conflicting with the ECHR. This phenomenon recalls the *Simmenthal* doctrine[1] and indeed, when looking at some controversial cases - like Italy - it is possible to notice that judges expressly refer to an analogical extension of the *Simmenthal* argument when setting aside a piece of legislation incompatible with the European Convention.

This is not strange at all: EU law has given a great contribution towards changing the mind of national judges[2]: they are now accustomed to the idea of dealing with different legal materials and different courts. They also know the strategic potential of this situation: national judges have different fungible bullets now if they want to question their legislator or if they want to trigger a jurisprudential change in the established case law of their Constitutional or Supreme courts.[3]

---

*García Pelayo Fellow, CEPC, Madrid; Lecturer (on leave), Scuola Superiore Sant'Anna, Pisa.

[1] Case C.106/77, *Simmenthal* [1978] ECR 629.

[2] "*European integration – the evolution of the EU's legal system, in particular – has shaped reception in a number of crucial ways. First, the ECJ's commitment to the doctrines of the supremacy and direct effect of Community law provoked processes that, ultimately, transformed national law and practice. Supremacy required national courts to review the legality of statutes with respect to EC law, and to give primacy to EC norms in any conflict with national norms. For judges in many EU States, the reception of supremacy meant overcoming a host of constitutional orthodoxies, including the prohibition of judicial review of statute, the* lex posterior derogat legi priori*, and separation of powers notions. These same structural issues arose anew under the Convention*", H Keller, A Stone Sweet, 'Assessing the Impact' at 681.

[3] K Alter, 'Explaining National Court Acceptance of European Court Jurisprudence: A Critical Evaluation of Theories of Legal Integration', in A. Slaughter, A. Stone Sweet and J H H Weiler (eds), *The European Court and National Courts—Doctrine and Jurisprudence: Legal Change in its Social Context* (Oxford, Hart Publishing, 1997), 227.

An emblematic example of this is given by dual preliminarity,[1] i.e. by those situations where national judges have a doubt concerning the validity of a national piece of legislation and can decide both to go to their Constitutional Courts (by raising a question of constitutionality) or to the Court of Justice of the EU– CJEU- (by raising a *prima facie* question of interpretation of an EU law act which is actually a doubt concerning the compatibility between the EU act - as interpreted by the CJEU - and the national norm).

This kind of strategic use of the preliminary ruling mechanism is very well-known[2] while as for the ECHR this does not happen due to the absence of a mechanism comparable to the preliminary ruling in the ECHR's system.

However, and the recent *Kamberaj*[3] example is key from this point of view, national judges may rely on the (still) indirect connections existing between the system of the ECHR and EU law in order to devise further strategy to empower themselves.

Thanks to the EU preliminary ruling mechanism, thus, national judges may use the ECHR or the case law of the ECtHR in the same way they use EU law, that is to question, for instance, the established case law of their Constitutional or Supreme Courts, according to the modalities described by Alter.[4]

At the same time, this may have contributed to the extension of some of the principles traditionally reserved to EU law to the ECHR and, again the *Kamberaj* case is emblematic: in *Kamberaj* national judges tried to use Art. 6 TUE[5] (commanding the future accession of the EU to the ECHR) to employ the disapplication to the ECHR.

Starting from the analysis of the *Kamberaj* case I shall study such a phenomenon, trying to contextualise, in a second moment, this decision in a broader and comparative context.

---

[1] G Martinico, 'Multiple loyalties and dual preliminarity: The pains of being a judge in a multilevel legal order', *International Journal Of Constitutional Law* (2012), 871-896. On dual preliminarity see: M. Cartabia, 'Il processo costituzionale: l'iniziativa. Considerazioni sulla posizione del giudice comune di fronte a casi di "doppia pregiudizialità", comunitaria e costituzionale' (1997) 5 *IlForo italiano* 222.

[2] K Alter, 'Explaining National Court Acceptance'.

[3] Case C-571/10, *Kamberaj*, available at www.curia.europa.eu.

[4] K Alter, 'Explaining National Court Acceptance'.

[5] Art. 6 TEU: "*1. The Union recognises the rights, freedoms and principles set out in the Charter of Fundamental Rights of the European Union of 7 December 2000, as adapted at Strasbourg, on 12 December 2007, which shall have the same legal value as the Treaties.*

The provisions of the Charter shall not extend in any way the competences of the Union as defined in the Treaties.

The rights, freedoms and principles in the Charter shall be interpreted in accordance with the general provisions in Title VII of the Charter governing its interpretation and application and with due regard to the explanations referred to in the Charter, that set out the sources of those provisions.

2. The Union shall accede to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Such accession shall not affect the Union's competences as defined in the Treaties.

3. Fundamental rights, as guaranteed by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and as they result from the constitutional traditions common to the Member States, shall constitute general principles of the Union's law".

II. *Kamberaj*: the facts in a nutshell

Kamberaj was a case about an Albanian, with a residence permit of unlimited duration and employed in Bolzano/Bozen since 1994.

Mr. Kamberaj applied for housing benefits from 1998 to 2008 but in 2010 his application was rejected since the funds allocated for non-EU citizens were exhausted.

Mr. Kamberaj went before the Tribunale of Bolzano/Bozen claiming that this denial was based on discrimination between nationals and third-country nationals who are long-term residents..

The claimant based his argument on the basis of Directive 2000/43/EC (Race Directive), Council Directive 2003/109(Long Term Residents Directive) and Art. 34 of the Charter of Fundamental Rights ('social security and social assistance') of the EU, Art. 14 ECHR and Art. 1 of Protocol No. 12 (via Art. 6 TEU).

The Tribunale of Bolzano/Bozen decided to raise some preliminary questions to the CJEU concerning the compatibility of the provincial legislation (the Autonomous Provinces of Bolzano/Bozen and Trento enjoy a special constitutional status and have legislative competences) with EU law.

Leaving aside for a moment the part of the decision concerning the provisions of the ECHR, it is possible to resume the ruling saying that the CJUE rejected the reference to the Race Directive and focused on Art. 11 of the Long Term Residents Directive which reads: '*Long-term residents shall enjoy equal treatment with nationals as regards:.. d) social security, social assistance and social protection as defined by national law;* and, among other things: "*f) access to goods and services and the supply of goods and services made available to the public and to procedures for obtaining housing'. Moreover, Art. 11(4) 'Member States may limit equal treatment in respect of social assistance and social protection to core benefits*'.

The CJEU stated that Art. 11 '*must be interpreted as precluding a national or regional law, such as that at issue in the main proceedings, which provides, with regard to the grant of housing benefit, for different treatment for third country nationals enjoying the status of long-term resident conferred pursuant to the provisions of that directive compared to that accorded to nationals residing in the same province or region when the funds for the benefit are allocated, in so far as such a benefit falls within one of the three categories referred to in that provision and Article 11(4) of that directive does not apply*'.

The decision is important for many reasons. First of all because the CJEU pointed out that there is no univocal definition of what social security, social assistance and social protection are, since the relevant EU law provisions refer to national legislation. This implies that: '*when the European Union legislature has made an express reference to national law, as in Article 11(1)(d) of Directive 2003/109, it is not for the Court to give the terms concerned an autonomous and uniform definition under European Union law (see, to that effect, Case 327/82 Ekro [1984] ECR 107, paragraph 14). Such a reference means that the European Union legislature wished to respect the differences between the Member States concerning the meaning and exact scope of the concepts in question*' (par. 77). However, the absence of a clear definition does not leave an indefinite autonomy to Member States since it does '*not mean that the Member States may undermine the effectiveness of Directive 2003/109 when applying the principle of equal treatment provided for in that provision*' (par. 78).

As a consequence, it is up to the referring judge '*taking into account the integration objective pursued by that directive, to assess whether housing benefit such as that provided for under the provincial law falls within one of the categories referred to in Article 11(1)(d), the Autonomous Province of Bolzano arguing that that is not the case*' (p. 81).

In a second moment the CJEU verified whether Art. 11, 4, may be applied to the case but there has been no expressed will of the Italian Republic to rely on this derogation.

Finally, in order to interpret Art. 11, 4, the CJEU took the CFREU into account, concluding that this provision: '*must be understood as allowing Member States to limit the equal treatment enjoyed by holders of the status conferred by Directive 2003/109, with the exception of social assistance or social protection benefits granted by the public authorities, at national, regional or local level, which enable individuals to meet their basic needs such as food, accommodation and health. In that regard, it should be recalled that, according to Article 34 of the Charter, the Union recognises and respects the right to social and housing assistance so as to ensure a decent existence for all those who lack sufficient resources*' (par. 91-92). The consequence is that '*in so far as the benefit in question in the main proceedings fulfils the purpose set out in that article of the Charter, it cannot be considered, under European Union law, as not being part of core benefits within the meaning of Article 11(4) of Directive 2003/109. It is for the referring court to reach the necessary findings, taking into consideration the objective of that benefit, its amount, the conditions subject to which it is awarded and the place of that benefit in the Italian system of social assistance*' (par. 93).

III. *Kamberaj* and the interpretative triangle

While the decision at stake is interesting for different reasons and perspectives, this chapter will draw attention on the burning issue of the disapplication of domestic law conflicting with the European Convention on Human Rights (ECHR).

When doing so, it will concentrate on the impact that this ruling has on the multilevel legal order. As will be seen, the *Kamberaj* ruling is emblematic of how courts operating at different levels look at the same issue – the protection of fundamental rights – from different perspectives.

In this respect, as I showed elsewhere,[1] the Italian case is an interesting example to verify the well-known inter-court competition described by Karen Alter.[2]

In my view, looking at the preliminary questions raised by the referring judge (the Tribunale of Bolzano/Bozen), it is possible to see a clear attempt at questioning the established case law of the Italian Constitutional Court with regard to the effects to be granted to the ECHR. The preliminary question to the CJEU to strengthen the protection of fundamental rights also entailed dealing with the thorny issues of disapplication and of the relationship between domestic courts and their Constitutional Court.

[1] G Martinico, 'Is The European Convention Going To Be "Supreme"? A Comparative-Constitutional Overview of ECHR And EU Law Before National Courts', *European Journal of International Law*, 2012, 401-424 and G Martinico and O Pollicino, *The Interaction between Europe's Legal Systems: Judicial Dialogue and the Creation of Supranational Laws* (Cheltenham, Elgar, 2012).

[2] K Alter, 'Explaining'.

In order to understand the logic and the dynamics behind this preliminary reference, this paper proceeds as follows: In the first stage it shall provide an account of the main points of the decision, then it will focus on the issue of disapplication.

The last section of this work will be devoted to some comparative thoughts on the possible extension of the *Simmenthal* mandate[1] to the ECHR in contexts other than Italy.

As will be seen, the strategy followed by the Tribunale of Bolzano/Bozen can be contextualised in a broader process of convergence between the national judicial treatment (i.e. interpretation and application) reserved to EU law, and that granted to the ECHR.

As said, this paper focuses on the subject of the direct effect of the ECHR, leaving other heated issues (for instance the problem of the horizontal effects of the Charter of Fundamental Rights of the EU) out of the picture.[2]

IV. The context

In order to understand the rationale existing behind the preliminary references raised by the Tribunale of Bolzano/Bozen, it is necessary to recall the established case law of the Italian Corte Costituzionale – which will be the subject of this section.

Let us have a quick look at the relation between the ECHR and national law before focusing on the interpretation and application given to the Convention before national (especially lower) courts in Italy.

To have an idea of the evolution of the case law of the Italian Constitutional Court, one has to start with the original position of the *Consulta*, which reflected a dualist conception of the relationship between the ECHR and domestic law.

Since the entry of the ECHR into the Italian legal order has been covered by an ordinary law (law 848/1955), the Italian Constitutional Court considered, for a long time and with some exceptions,[3] the ECHR as a source provided with primary force with the consequent application of the *lex posterior derogat priori* rule in case of conflict between the law covering the ECHR and another Italian norm.

This was the case until the 1990s, when the Corte Costituzionale started changing its mind, and began to make a distinction between the content and the form of the laws giving effects to international treaties.[4] In other words, since from a material point of view the content of the ECHR aims at protecting rights codified in the Italian Constitution, it seemed necessary to readjust the previous case law.

Another turning point was the constitutional reform dated 2001, adopting a new version of Art. 117, par. 1. The latter now reads: '*Legislative powers shall be vested in the State and the Regions in compliance with the Constitution and with the constraints deriving from EU legislation and international obligations*'.

[1] Case 106/77, *Simmenthal* [1978] ECR 629.

[2] See the paper by A Guazzarotti, 'Direct effect, Drittwirkung and principles of EU law: a bottom up perspective' presented at the workshop 'Supremacy and direct effect in a multilevel system of protection of fundamental rights: a reconceptualisation', held at the University of Brescia on 18 January 2013.

[3] See, for instance, decision no. 10/1993, whereby the *Consulta* described the ECHR as an 'atypical source of law'.

[4] See decision no. 388/1999.

Indeed, also on the basis of this new provision, as the literature has already stressed,[1] the Italian common (*comuni*, i.e. administrative, civil and criminal courts) judges started disapplying domestic norms conflicting with the ECHR.[2] Thus, they extended a mechanism accepted as a consequence of the *Simmenthal* judgment and aimed at solving the conflicts occurring between EU law provisions provided with direct effect and national norms.

This practice has induced the Italian Constitutional Court to give two key judgments in 2007 (348 and 349/2007[3]). In these decisions, the Court clarified the position of the ECHR in the domestic legal system. It decided to tackle this judicial practice, which represented an extension of an important 'constitutional exception' to the constitutional supremacy and a derogation from the regime of centralised control of constitutionality. Moreover, in order to challenge such a trend by ensuring, at the same time, the super-primary nature of the ECHR, the Italian Constitutional Court agreed, for the first time in its history, to assess the validity of national provisions using the ECHR as the standard. Thus the Court extended the doctrine of the 'interposed norm' ('*norma interposta*')[4]. According to this doctrine, the conflict between them and the ECHR can entail an indirect violation of the Constitution, namely of its Art. 117, par. 1, which reads: 'Legislative power belongs to the state and the regions in accordance with the constitution and within the limits set by European Union law and international obligations'. Since Art. 117 recalls international obligations, a conflict between a national piece of legislation and the ECHR can be solved by considering the ECHR as an external part of the standard employed by the Corte Costituzionale to review the constitutionality of domestic norms.

Without going into detail, the main contents of these two decisions can be summarised as follows:

1. The ECHR has a super-primary value (i.e. its normative ranking is half-way between statutes and constitutional norms);

---

[1] F Biondi Dal Monte and F Fontanelli, 'The Decisions No. 348 and 349/2007 of the Italian Constitutional Court: The Efficacy of the European Convention in the Italian Legal System', 7 *German Law Journal* (2008) 889; O Pollicino, 'The Italian Constitutional Court at the Crossroads between Constitutional Parochialism and Co-operative Constitutionalism. Judgments No. 348 and 349 of 22 and 24 October 2007', *European Constitutional Law Review* (2008) 363.

[2] See: Court of Pistoia on 23 March 2007: Court of Genoa, decision of 23 November 2000; Court of Appeal of Florence decisions No. 570 of 2005 and No. 1403 of 2006, and the State Council (*Consiglio di Stato*), I Section, decision No. 1926 of 2002: 'Some judges had already started applying this method, which comes from the judicial practice of disapplying the internal statutory norm conflicting with Community law. In some recent occasions, even the Supreme Court of Cassation (*Corte di Cassazione*) and the Supreme Administrative Court (*Consiglio di Stato*) had endorsed the use of disapplication in cases of conflict with ECvHR law'; F Biondi Dal Monte and F Fontanelli, 'The Decisions No. 348 and 349/2007', 891.

[3] Corte costituzionale, judgments nos. 348 and 349/2007, available at www.cortecostituzionale.it.

[4] 'Scholars have minted the wording 'interposed provision' to individualize the cases in which a constitutional standard can be invoked only indirectly in a constitutional judicial proceeding, because different primary provisions are inserted between the constitutional standard and the reported provisions (suspected of being unconstitutional)'. F Biondi Dal Monte and F Fontanelli, 'The Decisions No. 348 and 349/2007', at 897. See: C. Lavagna, *Problemi di giustizia costituzionale sotto il profilo della 'manifesta infondatezza'*, (Milan, Giuffrè,1957), at 28; M Siclari, *Le norme interposte nel giudizio di costituzionalità* (CEDAM, Padua,1992).

2. In some cases, the ECHR can stand as 'interposed parameter' for reviewing the constitutionality of primary laws, since the conflict between them and the ECHR can result in an indirect violation of the Constitution (via Art. 117);

3. This (No. 2) does not imply that the ECHR has a constitutional value; on the contrary, the ECHR itself has to respect the Constitution;

4. The ECHR cannot be treated domestically in the same way as EU law, as we will see below;

5. The constitutional favour accorded to the ECHR implies the necessity to interpret national law in light of ECHR provisions.

More recently,[1] the Italian Constitutional Court confirmed the interpretative favour to be acknowledged to the case law of the ECtHR. Indeed, the important role of the Strasbourg Court in this context seems to contribute to the special nature of the ECHR itself, which has been conceived as a supra-legislative instrument for the closeness between the wording of its provisions and the language of the Constitution.

Another symptom of the importance of the case law of the ECtHR in the national legal system is the recent judgment No. 113/2011[2] of the Constitutional Court. There, the *Consulta* declared Art. 630 c. 1 lett. (a) of the Code of Criminal Procedure unconstitutional in the part in which it did not allow the re-opening or review of a case amounting to *res iudicata*, which it subsequently found to be in breach of the Convention.

However, a huge distinction still exists between EU law and the ECHR according to the Italian Constitutional Court, and this difference represented the basis of its reasoning:

'This is because, according to the constitutional judges, the ECHR legal system has distinct structural and functional legal features as compared to the European legal order. According to the Italian Constitutional Court, the ECHR is a multilateral international public law Treaty which does not entail and cannot entail any limitation on sovereignty in the terms provided by Article 11 of the Constitution'.[3]

This explains the different treatment reserved to the ECHR both in terms of disapplication and the necessity to be consistent with the whole Constitution rather than with counter-limits alone (i.e. with some fundamental principles which represent a sort of untouchable constitutional core), as will be seen in the next section.

Quite surprisingly, after the Italian Constitutional Court's intervention,[4] some domestic common judges continued to disapply national provisions conflicting with the ECHR. One can identify different reasons for that:

[1] Among others, 311/2009, 317/2009 80/2011, available at www.cortecostituzionale.it.

[2] Corte costituzionale, sentenza 113/2011, available at www.cortecostituzionale.it.

[3] O Pollicino, 'The Italian Constitutional Court'.

[4] I Carlotto, 'I giudici comuni e gli obblighi internazionali dopo le sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 della Corte costituzionale: un'analisi sul seguito giurisprudenziale', in www.associazionedei costituzionalisti.it. E Lamarque, 'Il vincolo alle leggi statali e regionali derivante dagli obblighi internazionali nella giurisprudenza comune', (2010) www.associazionedeicostituzionalisti.it.

1. Sometimes judges demonstrated that they had not understood the Italian Constitutional Court's position or did not know the difference between the ECHR and EU law[1];

2. In other cases, judges showed that they knew the Italian Constitutional Court's position, but misunderstood the meaning of the new Art. 6 of the TEU that, after the coming into force of the Lisbon Treaty, paves the way for the EU's accession to the ECHR. In other words, this second group of national judges thinks that, after the coming into force of the Lisbon Treaty, the ECHR has to be considered *ipso iure* as (already) part of EU law and, because of that, provided with direct effect and primacy. This is perhaps the case of the judgment given in March 2010 by the *Consiglio di Stato* (State Council)[2];

3. Finally, there are cases of open civil disobedience of common judges who demonstrate that they know the Italian Constitutional Court's conclusions, but do not share them.[3]

Without going into detail and referring to recent well-documented works on the subject,[4] one can conceive the Italian case as a case study demonstrating how a problem of the application of 'external' law in the multilevel legal order results in a domestic conflict among national judges (Constitutional Court versus national common judges).

The 'confrontation' between the Italian Constitutional Court and the other Italian judges (lower courts but, to a certain extent, also supreme courts, see the mentioned case of the State Council) is still live and open. In 2011 (decision 80/2011) the Corte Costituzionale gave another ruling which represents the *summa* of its view on the matter.[5] This decision is, again, based on the distinction between EU law (for which it is possible to accept those limitations to the Italian sovereignty recalled by Art. 11 of the Italian Constitution) and the ECHR (for which the application of Art. 11 seems to be misplaced according to the Constitutional Court[6]).

As other Constitutional Courts have already done,[7] even the Italian *Consulta* conceived of some ultimate barriers to be opposed to the invasive case law of the Strasbourg Court, in analogy - to a certain extent - with what happens with EU law.

---

[1] Tribunale di Livorno, Sez. Lav., ordinanza 28 October 2008. See I Carlotto, 'I giudici comuni'.

[2] Consiglio di Stato, sentenza 2 March 2010, n. 1220. On this decision see: G Colavitti and C Pagotto, 'Il Consiglio di Stato applica direttamente le norme CEDU grazie al Trattato di Lisbona: l'inizio di un nuovo percorso?', (2010) http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/rivista/2010/00/Colavitti-Pagotto01.pdf.

[3] Tribunale di Ravenna, 16 January 2008. On this see I Carlotto, 'I giudici comuni'.

[4] I Carlotto, 'I giudici comuni'; E. Lamarque, 'Il vincolo'.

[5] A Ruggeri, 'La Corte fa il punto sul rilievo interno della CEDU e della Carta di Nizza-Strasburgo (a prima lettura di Corte cost. n. 80 del 2011)', http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/giurisprudenza/2011/0002_nota_80_2011_ruggeri.pdf.

[6] Art. 11 It. Const: 'Italy rejects war as an instrument of aggression against the freedom of other peoples and as a means for the settlement of international disputes. Italy agrees, on conditions of equality with other States, to the limitations of sovereignty that may be necessary to a world order ensuring peace and justice among the Nations. Italy promotes and encourages international organizations furthering such ends'.

[7] The mentioned German and Austrian cases for instance.

The Italian Constitutional Court came to a similar conclusion in the decisions of 2007 (Nos. 348 and 349), where it clarified that the favour accorded to the ECHR does not provide it with a sort of 'constitutional immunity'. Quite to the contrary, the ECHR has to respect the Italian Constitution.

In those decisions, the Italian Constitutional Court specified how the ECHR is considered a particular form of public international law. From this, the Court inferred that the 'constitutional tolerance' shown by the Italian legal order towards the ECHR is inferior to that shown towards EU law. While 'counter-limits' represent, in the Italian Constitutional Court's case law, a selected version of the domestic constitutional materials (this implies the possibility to decide constitutional conflicts in favour of EU law provisions in some cases), in the case of the ECHR the Italian Court seems to be less generous. It apparently asks the ECHR to respect the entire Constitution as such: 'the need for a constitutionality test on the Convention norm excludes the possibility of having a limited set of fundamental rights that could serve as a counter-limit; indeed, every norm of the Constitution shall be respected by the international norm challenged'.[1]

In a very recent judgment, No. 230 of 2012, the Italian Constitutional Court emphasised the specific features of the domestic legal order *vis-à-vis* those characterising the system of the Convention,[2] thus remarking the possibility of episodic divergences.

As we saw, with its decisions Nos. 348 and 349/2007, the *Consulta* declared that all conflicts between Italian law and the ECHR which could not be solved by the means of consistent interpretation were to be settled by the Constitutional Court itself. The Tribunale of Bolzano/Bozen wished to bring to an end such a centralised control, and explicitly asked the Court of Justice whether the disapplication could be performed directly, '*without having first to raise the issue of constitutionality before the* Corte Costituzionale *(Constitutional Court)*' (para. 59).

The CJEU argued that Art. 6(3) TEU does not aim at regulating the relationship between the Convention and the legal order of each country.

As a consequence, the CJEU could conclude that the fact that Art. 6(3) TEU mentions the ECHR does not imply that national judges are obliged to disapply a provision of domestic law contradicting the Convention and apply the latter directly (para. 63).

The Court of Justice therefore seemed to discard the theory of the 'European-Unionisation' of the ECHR by the means of Art. 6(3) TEU.

Consequently, the ECHR and EU law are not on an equal footing.

The issue of the relationship between the ECHR and the Italian legal system was thus left by the Luxembourg Court to the *Corte Costituzionale*, since the CJEU did not challenge the Italian Constitutional Court's view on this matter.

On the other hand, the formula employed by the CJEU in the decision offers interesting clues since the CJEU said that Art. 6(3) '*does not require […] to apply the provisions of that convention directly*' (para. 63).

In my view this formula used by the CJEU ('*does not require*') also means that this provision does not *per se* prohibit such disapplication. Therefore, should the Italian

[1] F Biondi Dal Monte and F Fontanelli, 'The Decisions No. 348 and 349/2007' supra, at 915.

[2] A Ruggeri, 'La Corte fa il punto sul rilievo interno della CEDU e della Carta di Nizza-Strasburgo (a prima lettura di Corte cost. n. 80 del 2011)', (2011) http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/giurisprudenza/2011/0002_nota_80_2011_ruggeri.pdf.

Constitutional Court modify its view in the future EU law would not prohibit such a *revirement*.

The CJEU also emphasised its role as the ultimate arbiter of the potential direct effect to be given to the ECHR under EU law. It pointed out that Art. 6(3) TEU reproduced the approach already taken in its case law, which considers fundamental rights as part of the general principles of law whose respect the CJEU guarantees (para. 61).

This way the CJEU reserved the last say on this issue to itself.

V. Beyond *Kamberaj*. Disapplication of national law conflicting with the ECHR

The aim of this section is to compare the issue of the domestic effect of the ECHR in other legal orders, trying to stress the presence of a broader process of convergence in the national judicial treatment (i.e. interpretation and application) of the ECHR and EU law.

Indeed, if we enlarge our perspective to other national legal orders, we can realise that the disapplication of national law in favour of an ECHR provision is admitted elsewhere.[1]

In some cases, the extension of the disapplication practice can be explained on constitutional bases (France, the Netherlands).

The domestic super-legislative ranking of international treaties is inferable from Art. 55,[2] which provides that ratified treaties are superior to domestic legislation. The review of conformity of national law with international treaties (control of '*conventionnalité*') is entrusted to national common judges.

Unlike France, many Eastern European countries have entrusted this control to Constitutional Courts, causing a certain degree of convergence between the control of constitutionality and that of '*conventionnalité*'.[3]

A similar mechanism – with the important difference of the absence of the judicial review of legislation – is the Dutch model, based on Arts. 91 and 93 of the *Grondwet* (the Basic Law).[4]

The clearest signal of the Dutch order's incredible openness to international law is Art. 90: '*the Government shall promote the development of the international rule of*

[1] G Martinico, 'Is The European Convention Going To Be "Supreme"'.

[2] Art. 55 Constitution '*Treaties or agreements duly ratified or approved shall, upon publication, prevail over Acts of Parliament, subject, with respect to each agreement or treaty, to its application by the other party*'.

[3] About the jurisdiction of the national constitutional courts in this field, see: Bulgaria Art. 149.4; Poland Article 188; Czech Republic Art. 87; Slovenia Art. 160. See L Montanari, *I diritti dell'uomo nell'area europea fra fonti internazionali e fonti interne* (Turin, Giappichelli 2002), at 99.

[4] Art. 91 Basic Law: '*The Kingdom shall not be bound by treaties, nor shall such treaties be denounced without the prior approval of the Parliament. The cases in which approval is not required shall be specified by Act of Parliament. The manner in which approval shall be granted shall be laid down by Act of Parliament, which may provide for the possibility of tacit approval. Any provisions of a treaty that conflict with the Constitution or which lead to conflicts with it may be approved by the Chambers of the Parliament only if at least two-thirds of the votes cast are in favour*'.

Art. 93: '*Provisions of treaties and of resolutions by international institutions, which may be binding on all persons by virtue of their contents shall become binding after they have been published*'.

law'. Grewe[1] argued that the Dutch system, recognising the prevalence of the international regime over the national one, is the only truly monist system in Europe. Another confirmation comes from *Grondwet*'s Art. 94: '*Statutory regulations in force within the Kingdom shall not be applicable if such application is in conflict with provisions of treaties that are binding on all persons or of resolutions by international institutions*'. According to some authors, this article also refers to constitutional provisions.[2] In any case, Art. 94 entitles national judges to review the conventionality of national law, even though they are not allowed to review their constitutionality, under Art. 120 of the *Grondwet*.[3]

In essence, in both France and the Netherlands the convergence between EU and ECHR laws is due to a set of constitutional instructions which seem not to distinguish between public international law and EU law.[4]

There are other interesting (yet less clear-cut) cases: in Bulgaria, for instance, national judges are considered the first defenders of the ECHR's precedence on national law, under Art. 5.4 of the Constitution. Both common judges and the Constitutional Court are seemingly entitled to carry out the *contrôle deconventionnalité,*[5] but scholars have noticed[6] a certain reluctance on the part of common judges:

'The national courts prefer to decide that the case pending before them doesn't fall into a field of these two international instruments. Nevertheless, two comments should be made. First, this position does reveal a certain difficulty to solve potential conflicts between the domestic law and European instruments. Second, the national courts do still prefer to apply the relevant domestic law instead of the relevant international clauses. One of the reasons is that the judges' knowledge of these instruments is still insufficient'.[7]

The Bulgarian Constitutional Court has recognised the priority of the Constitution over EU and ECHR laws, but also admitted that the Constitution shall be interpreted as far as possible in light of ECHR law. This solution has been described as the paradoxical consequence[8] of the wording of Art. 149 of the Constitution (namely, of the combination between paras 2 and 4), which governs both the control of constitutionality (para. 2) and of *conventionnalité* (para. 4). These kinds of review, indeed, were deemed to differ in terms of purpose and scope.[9]

---

[1] C Grewe, 'La question de l'effet direct de la Convention et les résistences nationales', in P Tavernier (ed.), *Quelle Europe pour les droits de l'homme?* (Bruxelles, Bruylant, 1996) 157.

[2] P Van Dijk, 'Dutch Experience with European Convention in Domestic Law', in LRehof and C. Gulmann, *Human Rights in Domestic Law and Development Assistance Policies of the Nordic Countries* (the Hague, Martinus Nijhoff, 1989),137; L Montantari, *I diritti* 65.

[3] Art. 120: 'The constitutionality of Acts of Parliament and treaties shall not be reviewed by the courts'.

[4] G Betlem and A Nollkaemper, 'Giving Effect to Public International Law and European Community Law before Domestic Courts. A Comparative Analysis of the Practice of Consistent Interpretation', *European Journal of International Law* (2003) 569 ff: 'there is no fundamental divide between the application of public international law and EC law'.

[5] See Art. 149, para. 2 and 4 of the Constitution (Bulgaria).

[6] M Fartunova, 'Report on Bulgaria', at 109.

[7] M Fartunova, 'Report on Bulgaria', at 108-109.

[8] M. Fartunova, 'Report on Bulgaria'.

[9] M Fartunova, 'Report on Bulgaria'.

In Portugal, theoretically, it can be argued that Arts. 204[1] and 8[2] of the Constitution, combined, entitle national judges to disapply national law conflicting with constitutional and international law, but scholars describe this possibility as a sort of 'sleeping giant' that has never woken up.[3]

On the domestic effects of the ECHR, another interesting provision is Article 96[4] of the Spanish Constitution, the meaning of which is a matter for debate: Does it empower judges to disapply national legislation in conflict with ECHR provisions?

Although, according to the Constitutional Tribunal, Spanish judges may disapply national laws conflicting with international treaties,[5] the possible disapplication of national law for a conflict with human rights treaties like the ECHR appears to be more problematic, and the Constitutional Tribunal has never pronounced on this issue. Since the Constitutional Tribunal has demonstrated its willingness to take the ECHR into account – via Art. 10.2 of the Constitution – scholars suggested that common judges should refer a question to the Constitutional Tribunal when conflicts arise, rather than disapplying national law.[6] This view also hinges upon the distinction between normal international treaties (Art. 96) and human rights Treaties (Art. 10).

Finally, there are States where disapplication is forbidden. In the UK, for instance, in case of contrast between primary legislation and the Convention, judges can only adopt a 'declaration of incompatibility',[7] which does not influence the validity and the efficacy of the domestic norm. After such a declaration '*if a Minister of the Crown considers that there are compelling reasons for proceeding … he may by order make*

---

[1] Art. 204 Constitution: '*In matters that are brought to trial, the courts shall not apply rules that contravene the provisions of this Constitution or the principles enshrined therein'.*

[2] Art. 8 Constitution: '1. *The rules and principles of general or common international law shall form an integral part of Portuguese law.*

2. The rules set out in duly ratified or passed international agreements shall come into force in Portuguese internal law once they have been officially published, and shall remain so for as long as they are internationally binding on the Portuguese state.

3. Rules issued by the competent bodies of international organisations to which Portugal belongs shall come directly into force in Portuguese internal law, on condition that this is laid down in the respective constituent treaties.

4. The provisions of the treaties that govern the European Union and the rules issued by its institutions in the exercise of their respective responsibilities shall apply in Portuguese internal law in accordance with Union law and with respect for the fundamental principles of a democratic state based on the rule of law'.

[3] 'Although authorized by the Portuguese Constitution, I could not find cases where Portuguese judges had directly invoked the ECHR to put aside conflicting national law', F Coutinho, 'Report on Portugal', 364. See Report of the Portuguese Constitutional Court to the XII Congress of the European Constitutional Courts, 14–16 May 2002, at 53, cited by F Coutinho, 'Report on Portugal'.

[4] Art. 96 Constitution: '*1. Validly concluded international treaties, once officially published in Spain, shall be part of the internal legal system. Their provisions may only be repealed, amended or suspended in the manner provided for in the treaties themselves or in accordance with the general rules of international law.*

2. The procedure provided for in section 94 for entering into international treaties and agreements shall be used for denouncing them'.

[5] Tribunal Constitucional, 49/1988, FJ 14; Tribunal Constitucional 180/1993.

[6] V Ferreres Comella, 'El juez nacional ante los derechos fundamentales europeos. Algunas reflexiones en torno a la idea de diálogo', in A Saiz Arnaiz and M Zelaia Garagarza (eds.), *Integración Europea y Poder Judicial* (Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 2006), 231.

[7] On this declaration see K Ewing and J Tham 'The Continuing Futility of the Human Rights Act', *Public Law* (2008) 668.

such amendments to the legislation as he considers necessary to remove the incompatibility' (Section 10).[1]

Regardless of whether disapplication is allowed or practised to ensure the implementation of ECHR norms, in all jurisdictions the Convention is apparently provided, at least, with a sort of 'direct effect' (i.e. the other structural principle of EU law, together with primacy).

In this respect, the Austrian case is significant, as Keller and Stone Sweet pointed out: '*In 1964, the political parties revised the Constitution, to confer upon the Convention constitutional status and direct effect. Today, conflicts between the Austrian Constitution and the ECHR are governed by the* lex posterior derogat legi priori *rule, an apparently unique situation*'.[2]

Interestingly, even before the 1964 amendment[3] a *de facto* constitutional character had been acknowledged by the ECHR, which confirms the necessity to go beyond the wording of the constitutional texts in the present investigation.

It appears that the situation has not changed much since the '80s, when Neville Brown and McBride argued that the attribution of the direct effect to the provisions of the ECHR is a matter for the national constitutions to decide on.[4]

At the same time, as we saw, there are cases in which, notwithstanding the ambiguity of the national constitutions, a direct effect is recognised to the ECHR provisions: the Belgian case is emblematic, as shown in *Franco SuisseLe Ski*.[5] That is why, today, despite the literal wording of the Constitution, some scholars consider both the European laws (i.e. the ECHR and EU law) as 'supranational'.[6]

Even in Luxembourg, over the years, courts have confirmed the 'directly self-executing[7] character of many of the Convention's provisions.[8] Hence, the ECHR and its Protocols are considered to be directly applicable in the Luxembourg legal order'.[1]

---

[1] Section 10. See also: A Bradley and K Ewing, *Constitutional and Administrative Law* (London, Longman, 2007), at 436.

[2] H Keller and A Stone Sweet, 'Assessing', at 684.

[3] P Cede, 'Report on Austria and Germany', at 63. Confirmation of the constitutional status of the ECHR is derived from the complementary nature of this document (with regard to the constitutional text). This is the real criterion to evaluate its ranking in the legal sources of the national system despite the procedure followed to incorporate them, and that explains why the ECHR had, de facto, a constitutional rank even before 1964.

[4] 'An individual could not however rely upon any provisions of the ECHR in a national court unless it was "capable of conferring rights on citizens of the Community which they can invoke before the courts". This requirement raises the question whether the ECHR's provisions are of direct effect. The only guide to this is to be found in the decisions of the courts of countries whose constitutions accord the ECHR legal effect'. L Neville Brown and J McBride, 'Observations on the Proposed Accession by the European Community to the European Convention on Human Rights', *American Journal of Comparative Law*, (1981) 691, at 695. See, also, A Drzemczewski, 'The Domestic Status of the European Convention on Human Rights: New Dimensions', 1 *Legal Issues of European Integration* (1977)1.

[5] Cass. 27 May 1971, *Pas.* 1971, I, 886.

[6] For instance, see P Popelier, 'Report on Belgium', in G.Martinico and O Pollicino, *The National Judicial Treatment*, at 84.

[7] Direct effect and self-executing character refer to two different notions in principle. However, the self-executing nature of a norm may be relevant in order to detect a precise, clear and unconditional obligation which does not need any further additional measure.

[8] For instance: Cour supérieure de justice (chambre des mises en accusation), 2 April 1980, and Cour de cassation, 17 January 1985, No. 2/85.

VI. Final Remarks

The aim of this piece was to offer a concrete perspective on the triangular relationship between the ECHR, National Constitutions and EU law provisions.

I looked at the burning issue of the direct effect of the ECHR, trying to show the arguments offered in its favour by the new Art. 6 TEU.

I first took the Italian case as emblematic from this point of view and then commented on the recent *Kamberaj* decision.

Finally, I tried to enlarge the perspective, looking at the other national legal experiences.

In these pages I shall give some final remarks on related issues.

The first conclusion one can reach regards the insufficiency of the formalistic approach in a research like this.

In the 1980s Neville Brown and McBride argued that the attribution of direct effect to the provisions of the ECHR was a matter for the national constitutions to decide on.[2]

I think something has changed: Today one cannot understand the conclusions reached in their book by Keller-Stone[3] about the generally accepted super-primary value of the ECHR without going beyond the wording of the constitutional provisions.[4]

As showed elsewhere, when looking at the constitutional provisions used to explain the domestic authority of the ECHR, it is possible to find an incredible variety.[5]

According to another classification,[6] the status of the ECHR in the domestic legal order may be summarised as follows:

1. Some constitutions are characterised by the acknowledgement of a constitutional rank given to the ECHR in the domestic legal order, for example, Austria and the Netherlands (essentially monist states).

---

[1] E Mak, 'Report on the Netherlands and Luxembourg', in G Martinico and O Pollicino, *The National Judicial Treatment*, 314.

[2] '*An individual could not however rely upon any provisions of the ECHR in a national court unless it was "capable of conferring rights on citizens of the Community which they can invoke before the courts"*. This requirement raises the question whether the ECHR's provisions are of direct effect. The only guide to this is to be found in the decisions of the courts of countries whose constitutions accord the ECHR legal effect'. LNeville Brown and J McBride, 'Observations, On the Proposed Accession by the European Community to the European Convention on Human Rights', *American Journal of Comparative Law*, (1981) 691, at 695. See, also, A Drzemczewski, 'The Domestic Status of the European Convention on Human Rights: New Dimensions', 1 *Legal Issues of European Integration* (1977) 1.

[3] H Keller and A Stone Sweet (eds), *A Europe of Right*s.

[4] 'An individual could not however rely upon any provisions of the ECHR in a national court unless it was "capable of conferring rights on citizens of the Community which they can invoke before the courts". This requirement raises the question whether the ECHR's provisions are of direct effect. The only guide to this is to be found in the decisions of the courts of countries whose constitutions accord the ECHR legal effect'. Neville Brown and McBride, 'Observations, On the Proposed Accession by the European Community to the European Convention on Human Rights', 4 *American Journal of Comparative Law*, (1981) 691, at 695. See, also, A Drzemczewski, 'The Domestic Status of the European Convention on Human Rights: New Dimensions', 1 *Legal Issues of European Integration* (1977) 1.

[5] G Martinico, 'Is The European Convention Going' and G Martinico and O Pollicino, *The Interaction between Europe's Legal System.*

[6] For example, L Montanari, *I diritti*.

2. Some states are characterised by the acknowledgment of a super-legislative ranking in the domestic legal order, for example, France, Belgium, Spain and Portugal.

3. Other states are characterised by the acknowledgement of a legislative ranking in the domestic legal order; for example, the Scandinavian countries and the United Kingdom. When limited to reading the constitutional text, one could include countries like Italy and Germany in the third group but, as we will see, their constitutional courts have made a fundamental contribution in clarifying the domestic binding force of the ECHR.

Despite these differences, it has been noted[1] that European jurisdictions are progressively nearing the 'position' of the ECHR in the hierarchy of sources.[2] This convergence is the final outcome of different national pathways; sometimes national legislators must be credited, in other circumstances it is rather constitutional or Supreme Courts, or even common judges. This is irrespective of the formal position set out in the Constitution, or of the dualism or monism classification.[3]

The ECHR is generally acknowledged to be a supra-legislative force, but its relationship with constitutional supremacy is more controversial.

The clearest example is BvG's order no. 1481/04,[4] where the Karlsruhe judges ruled that, in the case of unresolvable conflicts between the ECHR and domestic law, the latter should prevail. For the first time in its history, the BvG specified which matters are off-limits for the primacy of the ECHR: family law, immigration law, and the law on protection of personality.[5] The BvG stressed the particularities of the proceeding before the ECtHR, which might lead to a different outcome in the balancing between values.

The most interesting element of this decision is that the BvG made use of the selective approach also used in the *Lissabon Urteil*[6] with regard to EU law.[7]

Even in legal orders lacking a fully-fledged constitutional text, like the UK,[8] judges limited the openness granted to the ECHR. Emblematically, in *Horncastle*, the Supreme Court[1] said that:

---

[1] H Keller and A Stone Sweet 'Assessing the Impact of the ECHR on National Legal Systems' in H. Keller and A. Stone Sweet (eds), *A Europe*, 677-711, at 683 ff.

[2] See the contributions in H Keller and A Stone Sweet (eds), *A Europe of Rights: The Impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford University Press, 2008.

[3] This conclusion is also supported by H Keller and A Stone Sweet, 'Assessing' at 685-686.

[4] 2 BvR 1481/04.

[5] On this see: F. Hoffmeister, 'Germany: Status of European Convention on Human Rights in Domestic Law', *International Journal of Constitutional Law* (2006) 722-731.

[6] *BVerfG*, cases 2 BvE 2/08 and others, 30 June 2009, available at: http://www.BVerfG.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208.html

[7] *BVerfG*, cases 2 BvE 2/08, at par. 249. In this decision the BvG made a list of sensitive areas representing the 'essential areas of democratic formative action (citizenship, the civil and the military monopoly on the use of force, revenue and expenditure including external financing and all elements of encroachment that are decisive for the realisation of fundamental rights, above all as regards intensive encroachments on fundamental rights such as the deprivation of liberty in the administration of criminal law or the placement in an institution… cultural issues such as the disposition of language, the shaping of circumstances concerning the family and education, the ordering of the freedom of opinion, of the press and of association and the dealing with the profession of faith or ideology)'.

[8] See: C. Murphy, 'Human Rights Law and the Challenges of Explicit Judicial Dialogue', Jean Monnet Working Paper, (2011), available at http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/12/1210.html. N. Bratza, 'The relationship between the UK courts and Strasbourg', *European Human Rights Law Review* (2011) 505 ff.

'There will, however, be rare occasions where this court has concerns as to whether a decision of the Strasbourg Court sufficiently appreciates or accommodates particular aspects of our domestic process. In such circumstances it is open to this court to decline to follow the Strasbourg decision, giving reasons for adopting this course'.[2]

Even more clearly – and using a rhetoric that recalls that of continental Constitutional Courts – the same court said, elsewhere:

'This Court is not bound to follow every decision of the [ECtHR]. Not only would it be impractical to do so: it would sometimes be inappropriate, as it would destroy the ability of the Court to engage in the constructive dialogue […] which is of value to the development of Convention law. Of course, we should usually follow a clear and constant line of decisions [...] But we are not actually bound to do so or (in theory, at least) to follow a decision of the Grand Chamber […] Where, however, there is a clear and constant line of decisions whose effect is not inconsistent with **some fundamental substantive or procedural aspect of our law**, and whose reasoning does not appear to overlook or misunderstand some argument or point of principle, we consider that it would be wrong for this Court not to follow that line'.[3]

Even in Austria, where the ECHR enjoys constitutional status, this Convention-friendliness cannot justify a violation of the Constitution.[4] In this sense, some authors[5] have compared the *Görgülü* judgment to the *Miltner* case,[6] where the Austrian Constitutional Court has stressed the possibility of departing from the ECtHR's case law, if adherence thereto would entail a violation of the Constitution.

The Italian Constitutional Court came to a similar conclusion in 2007 (decisions 348 and 349), where it clarified that the ECHR has a privileged position, but enjoys no 'constitutional immunity'; on the contrary, it must abide by all constitutional norms.

The Italian judges equated the ECHR to any source of international law and found, accordingly, that the 'constitutional tolerance' of the Italian system towards the ECHR is lower than towards EU law. This difference in degree is clearly visible: whereas the 'counter-limits' against the penetration of EU law are a subset of constitutional rights (which means that EU law prevails over non-core constitutional values), the Italian Court is stricter with the Convention, requiring its conformity with every constitutional norm:

'the need for a constitutionality test on the Convention norm excludes the possibility of having a limited set of fundamental rights that could serve as a counter-limit; indeed,

---

[1] On the impact of the ECHR on the activity of some national Supreme Courts see: E. Bjorge, 'National supreme courts and the development of ECHR rights', *International Journal of Constitutional Law* (2011) 5-31.

[2] *R v. Horncastle and Others* [2009] UKSC 14, para. 11.

[3] *Manchester City Council v.* Pinnock [2010] UKSC 45, para. 48 (emphasis added).

[4] 'In this case, even though the Convention has constitutional rank, the contrary rule of constitutional law would have to prevail by virtue of its lex specialis character', P. Cede, 'Report on Austria and Germany', at 70.

[5] As N. Krisch says in 'The Open Architecture of European Human Rights Law', *Modern Law Review* (2003) 183.

[6] Austrian Constitutional Court, Miltner, VfSlg 11500/1987, available at http://www.ris.bka.gv.at/vfgh/

every norm of the Constitution shall be respected by the international norm challenged'.[1]

This confirms the importance of case-law in this field.

Another reason to go beyond the formal provisions of the constitutions is given by the key role of domestic judges in the interpretation and application of these European laws. They are the 'natural judges' of these European laws in the multilevel system, because of the *Simmenthal* mandate and the principle of judicial subsidiarity.

The Italian case is a prime illustration of the need for a case-law based approach when dealing with the issue of the effects of the ECHR in domestic legal orders. As we saw, despite its formal (primary) value, the ECHR has acquired over the years a super-primary authority in the Italian legal context.

A second reflection that can be done is concerning the extension of techniques - other than the disapplication - frequently employed in EU law to the ECHR.

Indeed, another analogy in what I elsewhere called the national judicial treatment (i.e. interpretation and application)[2] may be found in the interpretive favour accorded to both the ECHR and EU law by the national judges independently from what the national constitutions provide about their *status* in the hierarchy of domestic legal sources (among others, see 2 BvR 1481/04; *Corte Costituzionale*, Nos. 348 and 349/2007). For instance, in France, the Netherlands, Nordic Countries and in many other European legal experiences the practice of consistent interpretation is widely used for both these laws.

In these constitutional experiences, consistent interpretation has been chosen as the way to solve the antinomies existing between national and both the ECHR and EU law.

Consistent interpretation shows that constitutional provisions still matter, that they still have an important role to play.

Indeed, in some countries this interpretative favour may be explained looking at the constitutional provisions: Spain (Art. 10.2), Portugal (Art. 16) and Romania (Art. 20) are significant examples of this. However, similar trends can be found even in contexts without constitutional clauses like these.

As a matter of fact, constitutional provisions can either favour or be an obstacle to some of those symptoms of convergence detected elsewhere[3] (for instance they can induce judges to privilege the consistent interpretation or not, they can empower national judges to give a priority in the application to international treaties) however, a merely formalistic approach would not make sense in a study like this.

A third analogy in the judicial treatment of these two European laws can be found in the above mentioned emergence of a counter-limits doctrine as applicable to the ECHR as well.

If the use of disapplication seems to imply the acknowledgment of a certain degree of *precedence* and *direct applicability* of the ECHR norms,[4] the counter-limits doctrine seems to imply the recognition of some barriers against this primacy.

Such a primacy is not unlimited as the recent case-law of the *Bundesver-fassungericht* indicates: looking at German case law, we could appreciate the emergence of a particular counter-limits doctrine also with regard to the ECHR and, in

[1] F. Biondi Dal Monte and F. Fontanelli, 'The Decisions No. 348 and 349/2007', at 915.
[2] G Martinico and O Pollicino, *The Interaction between Europe's Legal System.*
[3] G Martinico and O Pollicino, *The Interaction between Europe's Legal System*.
[4] For example, *TAR Trentino-Alto Adige,* Trento, judgment of 17 July 2008, n. 171.

this practice, we can observe the third similitude in the national judges' treatment of EU and ECHR laws.

Relying on these similarities, as I elsewhere argued,[1] my idea is that that we are already (without taking into account the possible accession of the EU to the ECHR) experiencing at least a partial convergence in the application of EU law and the ECHR's provisions.

By convergence I mean a rapprochement in terms of techniques used in the interpretation and application of EU law and the ECHR.

This kind of convergence does not exclude *per se* conflicts between the ECHR and EU law in terms of different levels of protection. In this sense the convergence I have in mind is merely procedural (i.e. it is a convergence in terms of techniques adopted when applying and interpreting these two European laws).

A different issue is given by the substance/contents of these two different sets of norms. In other words, the procedural convergence does not automatically lead to a convergence in terms of standards of protection required by the ECHR and EU law.

I am fully aware of the importance of this second kind of convergence (the substantive one) but I have decided not to deal with this given the limited space in this chapter.

This kind of convergence should be understood as a process still in motion, as something that sometimes does not present univocal trends.

At the same time, this convergence does not hide the differences that still exist between the two European systems at a more general level: the absence of the preliminary ruling mechanism makes the judicial cooperation at EU level much stronger and of course the absence of secondary law in the ECHR which makes the EU much more intrusive within the national boundaries.

One could argue that the EU's accession to the ECHR will render this question moot, by fostering the absolute convergence in the judicial treatment of EU and ECHR laws.

I am not sure about, one should distinguish two different issues here, that of the automatic incorporation of the international treaties concluded by the EU and that of the recognition of the direct effect to them.

On the one hand, it is true that according to the *Haegeman* doctrine the agreements concluded by the European Communities' institutions (and now by the EU) benefit from a kind of 'automatic treaty incorporation'[2] into EU law, since the provisions of these agreements '*form an integral part of Community law*'.[3] On the other hand, the issue of the acknowledgement of the direct effect to the international Treaties should not be considered as automatically descendent from the incorporation.

It is maybe useful to recall in this sense, the distinction coined by Bourgeois between 'EC law proper' and 'Community Agreements'[4] as reconceptualised by Mendez,

---

[1] G Martinico, 'Is The European Convention Going To Be "Supreme"'.

[2] On this see M Mendez, 'The Legal Effect of Community Agreements: Maximalist Treaty Enforcement and Judicial Avoidance Techniques' (2010) *European Journal of International Law* 83.

[3] Case C-181/73, Haegeman [1974] ECR 449.

[4] J Bourgeois, 'The Effects of International Agreements in European Community Law: Are the Dice Cast?', 82 *Michigan Law Review*, (1984) 1250.

'the Member States were implicitly striking at the very heart of a critical distinction between Community law proper and Community Agreements. The ECJ is the authoritative interpreter of the former, but at most it can only be the authoritative interpreter of the latter in the Community legal order; however, the latter, unlike the former, being international treaties, are binding on other Contracting Parties, and the ECJ is accordingly precluded from assuming the mantle of authoritative interpreter to this extent. Direct effect and supremacy were eventually accepted within a Community of states in which the central enforcement role was delegated to the national judiciary with the ECJ as the overseer keeping the construct together'.[1]

This kind of national resistance led the CJUE to reshape its original approach to public international law and the 'WTO exception' (WTO law's lack of direct effect) has been more recently extended to other international law treaties.[2]

There is another element that should be taken into account: the ECHR is a flexible instrument - this at the heart of the margin of appreciation doctrine for instance: the automatic extension of the direct effect to the ECHR under EU law might transform this flexible instrument into a rigid one. This is maybe something not desired by the ECtHR itself.

Moreover, even in the recent CJEU it is possible to find a confirmation of this impression I have. Indeed**,** in the recent *Fransson*[3] decision the CJEU confirmed that the domestic effects of the ECHR and the relation between the ECHR and national law are not governed by the EU Treaties.

The CJEU clarified this point as follows:

'it is to be remembered that whilst, as Article 6(3) TEU confirms, fundamental rights recognised by the ECHR constitute general principles of the European Union's law and whilst Article 52(3) of the Charter requires rights contained in the Charter which correspond to rights guaranteed by the ECHR to be given the same meaning and scope as those laid down by the ECHR, the latter does not constitute, as long as the European Union has not acceded to it, a legal instrument which has been formally incorporated into European Union law. Consequently, European Union law does not govern the relations between the ECHR and the legal systems of the Member States, nor does it determine the conclusions to be drawn by a national court in the event of conflict between the rights guaranteed by that convention and a rule of national law'.

My impression is that very much will depend on the CJEU and on its position in the future system and in this respect even the final draft of the Accession Treaty presents many ambiguities and many of them seem to be connected to questions of judicial politics, which is indeed a constant *fil conducteur* of the case law in this field, as the *Mox Plant,*[4] clearly reveals.

---

[1] M Mendez, 'The Legal Effect of Community Agreements' cit.

[2] See M Bronckers, 'From "Direct effect" to "Muted dialogue": Recent Developments in the European Courts' Case Law on the WTO and Beyond', *Journal of International Economic Law* (2004) 885.

[3] Case C-617/10, *Fransson*, available at www.curia.europa.eu.

[4] Case C-459/03, *European Commission v. Ireland* [2006] ECR i-4635.

Etichetarea produselor alimentare în lumina reglementărilor dreptului Uniunii Europene

Petruța-Elena ***ISPAS****

Abtract*: Problema etichetării produselor alimentare a generat, la nivelul Uniunii Europene, ample dezbateri în literatura juridică de specialitate şi numeroase cauze înregistrate pe rolul instanțelor europene. Adoptarea Regulamentului nr. 1169/2011 al Parlamentului European şi al Consiliului reprezintă o noutate legislativă la nivelul UE cu privire la informarea consumatorilor în ceea ce privește produsele alimentare. Adoptarea acestui act normativ a fost necesară ca urmare a faptului că normele Uniunii privind etichetarea produselor alimentare aplicabile tuturor produselor alimentare erau prevăzute de Directiva 2000/13/CE a Parlamentului European şi a Consiliului din 20 martie 2000 privind apropierea legislațiilor statelor membre referitoare la etichetarea şi prezentarea produselor alimentare, precum şi la publicarea acestora. Majoritatea dispozițiilor prevăzute în respectiva directivă datează din 1978 şi prin urmare s-a impus actualizarea lor. În prezentul studiu, vom încerca o analiză comparativă a Regulamentului 1169/2011 și a Directivei nr. 2000/13/CE, surprinzând totodată şi acele aspecte practice pe care le considerăm relevante în această materie.*

Cuvinte cheie*: produse alimentare, etichetare, mențiuni obligatorii suplimentare*

1.1. Considerații generale cu privire la cadrul legislativ referitor la etichetarea produselor alimentare

Regulamentul 1169/2011 al Parlamentului European şi al Consiliului[1] reprezintă o noutate legislativă la nivelul UE cu privire la informarea consumatorilor în ceea ce privește produsele alimentare. Dispoziţiile Regulamentului se vor aplica începând cu data de 13 decembrie 2014, cu excepţia art. 9 alin. (1) lit. l) care se va aplica de la 13 decembrie 2016 şi a Anexei VI partea B, care se aplică de la 1 ianuarie 2014[2]. Motivul pentru care am ales să analizăm dispozițiile Regulamentului chiar dacă la momentul redactării acestea nu se aplică sunt de ordin practic.

Cu toate acestea, nu vor fi neglijate nici prevederile Directivei 2000/13/CE a Parlamentului European şi a Consiliului[3], prevederi care se aplică în prezent. Vom aborda tema etichetării produselor alimentare din dublă perspectivă a reglementării

* Asist. Univ. Drd. Universitatea Titu Maiorescu, Facultatea de Drept.

[1] Din data de 25 octombrie 2011 privind informarea consumatorilor cu privire la produsele alimentare, de modificare a Regulamentelor (CE) 1924/2006 şi (CE) 1925/2006 ale Parlamentului European şi ale Consiliului şi de abrogare a Directivei 87/250/CEE a Comisiei, a Directivei 90/496/CEE a Consiliului, a Directivei 1999/10/CE a Comisiei, a Directivei 2000/13/CE a Parlamentului European şi a Consiliului, a Directivelor 2002/67/CE şi 2008/5/CE ale Comisiei şi a Regulamentului (CE) nr. 608/2004 al Comisiei, publicat Jurnalul Oficial al Uniunii Europene nr. L 304/18 din data de 22.11.2011.

[2] În conformitate cu prevederile art. 55 din Regulament.

[3] Din 20 martie 2000 privind apropierea legislațiilor statelor member referitoare la etichetarea şi prezentarea produselor alimentare, precum şi la publicitatea acestora, publicată în Jurnalul Oficial nr. L 109 din data de 06.05.2000, p. 29.

europene, respectiv reglementarea care se aplică în prezent şi reglementarea care se va aplica începând cu anul 2014.

Cu toate că nu vom analiza pe larg în prezenta cercetare dispoziţiile regulamentului 1924/2006 al Parlamentului European şi al Consiliului[1], privind menţiunile nutriţionale şi de sănătate înscrise pe produsele alimentare, totuşi merită amintite dispoziţiile acestui act normativ care sunt importante în egală măsură cu cele reglementate de Regulamentul 1169/2011[2]

Regulamentul 1169/2011 a fost adoptat ca urmare a faptului că „*normele Uniunii privind etichetarea produselor alimentare aplicabile tuturor produselor alimentare sunt prevăzute de Directiva 2000/13/CE a Parlamentului European şi a Consiliului din 20 martie 2000 privind apropierea legislaţiilor statelor membre referitoare la etichetarea şi prezentarea produselor alimentare, precum şi la publicarea acestora. Majoritatea dispoziţiilor prevăzute în respectiva directivă datează din 1978 şi prin urmare ar trebui să fie actualizate*"[3]. Aşadar, la nivel european, s-a făcut simţită necesitatea de a actualiza dispoziţiile în materie de etichetare a alimentelor, în sensul adoptării unui act normativ care să răspundă necesităţilor existente în prezent. Mai mult decât atât, Directiva 2000/13/CE a suferit numeroase modificări[4], ceea ce presupunem că a însemnat un semnal de alarmă pentru instituţiile implicate în activitatea legislativă a Uniunii, fapt ce a determinat adoptarea Regulamentului 1169/2011.

Ambele acte normative au fost adoptate ca urmare a politicii existente la nivelul Uniunii în ceea ce priveşte protecţia consumatorului şi mai ales ca un mijloc prin care să se asigure realizarea obiectivelor referitoare la politica de protecţie a consumatorului în ceea ce priveşte creşterea încrederii consumatorului în produsele consumate.

Dacă privim tema etichetării produselor alimentare din perspectivă istorică, timp de 20 de ani, din anul 1979 până în anul 1999, Directiva Consiliului nr. 79/112/EEC a servit ca principal act normativ referitor la etichetarea produselor alimentare la nivelul Uniunii. Prin intermediul Directivei 2000/13/CE s-a procedat la consolidarea primei Directive, fără a fi aduse modificări foarte mari. Principiile cheie ale Directivei 2000/13/CE au fost următoarele la momentul adoptării sale: să contribuie la funcţionarea pieţei interne prin eliminarea impedimentelor existente la libera circulaţie

[1] Regulamentul 1924/2006 al Parlamentului European şi al Consiliului privind menţiunile nutriţionale şi de sănătate înscrise pe produsele alimentare, publicat în Jurnalul Oficial L 404/30 decembrie 2006, p. 9.

[2] Pentru detalii, a se vedea L. Gonzalez Vaque, "Resultan comprensibles para los consumidores las declaraciones relativas a la salud que, en virtud del reglamento (UE) n^{o} 1924/2006, pueden figurar en las etiquetas de los alimentos?" în Revista CESCO de Drecho de Consumo n^{o} 8/2013, pp. 363-374.

[3] Preambulul Regulamentului 1169/2011, paragraful (6).

[4] Directiva 2001/101/CE a Comisiei din data de 26 noiembrie 2001, publicată în Jurnalul Oficial nr. L310 din data de 28.11.2001, p. 19, Directiva 2003/89/CE a Parlamentului European şi a Consiliului din 10 noiembrie 2003, publicată în Jurnalul Oficial nr. L308 din data de 25.11.2003, p. 15, Directiva 2006/107/CE a Consiliului din 20 noiembrie 2006, publicată în Jurnalul Oficial nr. L 363 din data de 20.12.2006, p. 411, Directiva 2006/142/CE a Comisiei din 22 decembrie 2006, publicată în Jurnalul Oficial nr. L 368 din data de 23.12.2006, p. 110, Directiva 2007/68/CE a Comisiei din 27 noiembrie 2007, publicată în Jurnalul Oficial nr. L 310 din data de 28.11.2007, p. 11, Regulamentul (CE) nr. 1332/2008 al Parlamentului European şi al Consiliului din 16 decembrie 2008, publicat în Jurnalul Oficial nr. L 354 din data de 31.12.2008, p. 7, Regulamentul (CE) nr. 1334/2008 al Parlamentului European şi al Consiliului din 16 decembrie 2008, publicat în Jurnalul Oficial nr. L354 din data de 31.12.2008, p. 34, Regulamentul (CE) nr. 596/2009 al Parlamentului European şi al Consiliului din 18 iunie 2009, publicat în Jurnalul Oficial nr. L 188 din data de 18.07.2009, p. 14.

a produselor, să informeze şi să protejeze consumatorul şi să interzică folosirea de informaţii care ar putea să inducă în eroare cumpărătorul[1].

Potrivit art. 1 din Directiva 2000/13/CE, „*prezenta directivă priveşte etichetarea produselor alimentare destinate a fi livrate ca atare consumatorului final, precum şi anumite aspecte referitoare la prezentarea lor şi la publicitatea făcută în jurul lor. Prezenta directivă se aplică, de asemenea, produselor alimentare destinate a fi livrate restaurantelor, spitalelor, cantinelor şi altor colectivităţi similare, denumite în continuare colectivităţi"*. Reglementarea este, în opinia noastră, o reglementare incompletă având în vedere faptul că prevederile directivei se limitează la a prevedea în termeni generali domeniul de aplicare, fără însă a stabili noţiunile care pot ridica probleme în aplicarea directivei. Formularea generală a dispoziţiilor Directivei reiese şi din utilizarea sintagmei „*anumite aspecte*", fără ca aceste aspecte să fie indicate. Spre deosebire de reglementarea adoptată la nivelul anului 2000, Regulamentul 1169 reglementează mult mai clar şi mai detaliat aspectele pe care le tratează, conţinând norme de trimitere la prevederile Regulamentului 178/2002, precum şi la prevederile altor acte normative care reglementează diferite aspecte ce fac şi obiectul regulamentului arătat.

Este adevărat că la momentul adoptării Directivei, Regulamentul 178/2002 nu era în vigoare, însă trebuie să avem în vedere că, aşa cum arătat, directiva a fost modificată de foarte multe ori după intrarea în vigoare a regulamentului, astfel încât se impunea reglementarea unor norme de trimitere la prevederile acestuia.

Aşa cum precizam mai sus, prevederile Regulamentului 1169/2011 sunt foarte clare în ceea ce priveşte obiectul şi domeniul de aplicare. Astfel, *„(1) Prezentul regulament stabileşte bazele pentru asigurarea unui înalt nivel de protecţie a consumatorului în domeniul informaţiilor referitoare la produsele alimentare, luând în considerare diferenţele de percepţie ale consumatorilor şi nevoia acestora de informaţii şi asigurând în acelaşi timp buna funcţionare a pieţei interne. (2) Prezentul regulament defineşte principiile, cerinţele şi responsabilităţile generale care reglementează informaţiile referitoare la produsele alimentare, în special etichetarea produselor alimentare. Acesta prevede mijloacele pentru garantarea dreptului consumatorilor la informare şi procedurile pentru furnizarea informaţiilor referitoare la produsele alimentare, ţinând seama de necesitatea de a prevedea suficientă flexibilitate pentru a putea răspunde evoluţiilor viitoare şi noilor cerinţe privind informaţiile. (3) Prezentul regulament se aplică operatorilor din sectorul alimentar în toate etapele lanţului alimentar, în cazul în care activităţile acestora privesc informarea consumatorilor cu privire la produsele alimentare. Acesta se aplică tuturor produselor alimentare destinate consumatorului final, inclusiv produselor alimentare livrate de unităţile de restauraţie colectivă şi produselor alimentare destinate a fi furnizate acestora..."*[2].

În opinia noastră, reglementarea mai sus citată este deosebit de amplă, având în vedere că stabileşte obiectivul regulamentului - acela de a asigura un nivel de protecţie a consumatorului ridicat în ceea ce priveşte siguranţa pentru produsele alimentare, mai precis principiile, cerinţele şi responsabilităţile generale care reglementează informaţiile privitoare la siguranţa pentru produsele alimentare.

De asemenea, sunt reglementate mijloacele prin intermediul cărora se aspiră la atingerea unui alt obiectiv principal al politicii dezvoltate de Uniune în ceea ce îi priveşte pe consumatori, respectiv garantarea dreptului consumatorilor la informare şi procedurile relative la furnizarea informaţiilor privitoare la produsele alimentare.

---

[1] K. Goodburn (editor), *EU food law,* ed. Woodhead Publishing Limited, Cambridge, 2001, *op. cit.* p. 120.

[2] Regulamentul 1169/2011, *doc. cit.,* art. 1, alin. (1)-(3).

Regulamentul cuprinde şi norme de trimitere la dispoziţiile diferitelor acte normative ale UE care reglementează anumite definiţii utilizate şi în cuprinsul regulamentului privind informarea consumatorilor.

1.2. Condiţii privitoare la etichetarea produselor alimentare

În ceea ce priveşte etichetarea produselor alimentare, cele două acte normative cuprind şi de această dată reglementări distincte, după cum urmează: Directiva este formulată în termeni negativi, stabilind care sunt cerinţele pe care etichetarea nu trebuie să se bazeze, respectiv: „*să nu fie de natură a induce cumpărătorul în eroare... să nu atribuie unui produs alimentar proprietăţi de prevenire, tratament şi de vindecare a unei boli umane sau să evoce astfel de proprietăţi... Interdicţiile sau restricţiile prevăzute la alin. (1) şi (2) se aplică, de asemenea: (1) prezentării produselor alimentare, în special formei sau aspectului dat acestora sau ambalajului lor, materialului de ambalaj utilizat, modului în care ele sunt prezentate, precum şi mediului în care ele sunt expuse; (2) publicităţii.*"[1].

Potrivit prevederilor directivei, etichetarea produselor alimentare trebuie să conţină următoarele menţiuni obligatorii: „*1. denumirea vânzării; 2. lista ingredientelor; 3. cantitatea de anumite ingrediente sau categorii de ingrediente în conformitate cu dispoziţiile articolului 7; 4. pentru produsele alimentare preambalate, cantitatea netă; 5. data valabilităţii minime sau, în cazul produselor alimentare foarte perisabile din punct de vedere microbiologic, data limită a consumării; 6. condiţiile speciale de conservare şi de utilizare; 7. denumirea sau firma şi adresa fabricantului sau a celui care ambalează produsul sau a unui vânzător stabilit în interiorul Comunităţii. Cu toate acestea, statele membre sunt autorizate, în ceea ce priveşte untul produs pe teritoriul lor, să nu ceară decât indicarea fabricantului, a celui care ambalează produsul sau a vânzătorului. Fără a aduce atingere informaţiei prevăzute la articolul 24, statele membre comunică Comisiei şi celorlalte state membre orice măsură luată în temeiul celui de-al doilea paragraf. 8. locul de origine sau de proveniență în cazurile în care omiterea acestei menţiuni ar putea induce consumatorul în eroare cu privire la originea sau proveniența reală a produsului alimentar; 9. modul de folosire, în cazul în care omiterea sa nu ar permite o folosire potrivită a produsului alimentar; 10. pentru băuturile care conţin mai mult de 1,2 % de alcool în volum, menţiunea titlului alcoolmetric pe unitatea de volum. (2) Prin derogare de la alineatul (1), statele membre pot să menţină dispoziţiile de drept intern care impun indicarea unităţii de fabricaţie sau de ambalare în ceea ce priveşte producţia lor naţională. (3) Dispoziţiile prezentului articol nu aduc atingere dispoziţiilor mai precise sau mai extinse în materie de metrologie*"[2].

Astfel, prevederile directivei stabilesc pe de o parte care sunt aspectele pe care etichetarea şi normele în conformitate cu care aceasta se realizează nu trebuie să le îndeplinească, iar pe de altă parte stabileşte menţiunile obligatorii care trebuie să se regăsească pe eticheta unui produs alimentar.

În opinia noastră, reglementarea din alin. (1) este una corectă şi coerentă, stabilind în mod clar şi fără posibilitatea niciunei interpretări care sunt menţiunile obligatorii ce trebuie să se regăsească pe eticheta produselor alimentare. Alin. (2) al articolului mai sus citat prevede, aşa cum reiese din reglementarea sa, o excepţie care priveşte producţia naţională a fiecărui stat membru. Statele membre au posibilitatea menţinerii

[1] *Ibidem,* art. 2 alin. (1) şi (2).
[2] Directiva 2000/13/CE, *doc. cit.,* art. 3.

dispoziţiilor dreptului intern potrivit cărora trebuie indicată unitatea de fabricaţie sau de ambalare în ceea ce priveşte producţia lor naţională. Aşadar, în ceea ce priveşte producţia naţională, statele membre sunt libere să aplice în continuare dispoziţiile proprii din dreptul intern.

Ambiguitatea constă, în opinia noastră, în interpretarea coroborată a alin. (1) cu alin. (2). Astfel, pe de o parte, se poate interpreta, la modul în care este formulat textul, că în ceea ce priveşte producţia naţională, statele sunt libere să nu ţină cont de prevederile alin. (1) referitoare la menţiunile obligatorii care trebuie să se regăsească pe eticheta unui produs alimentar şi să facă aplicarea dispoziţiilor referitoare la indicarea exclusivă a unităţii de fabricaţie sau de ambalare.

O a doua interpretare pe care o poate primi art. 3 alin. (2) este aceea că pe lângă menţiunile obligatorii prevăzute la alin. (1), în ceea ce priveşte produsele naţionale, statele pot aplica şi dispoziţiile din dreptul intern relative la indicarea unităţii de fabricaţie sau a unităţii de ambalare. Această a doua interpretare o apreciem ca fiind o interpretare corectă, deoarece nu am vedea sensul unei derogări de la prevederile art. 3 alin. (1) din directivă, în sensul înlăturării acestora şi aplicării numai a dispoziţiilor naţionale care impun indicarea unităţii de fabricaţie sau a unităţii de ambalare.

Apreciem că în egală măsură ca şi celelalte produse alimentare, şi produsele naţionale trebuie să se supună rigorilor actelor normative în vigoare. În opinia noastră, textul despre care facem vorbire ar fi trebuit formulat în următorii termeni: „*în plus, faţă de menţiunile obligatorii stabilite în alin. (1), statele membre pot să menţină dispoziţiile de drept intern care impun indicarea unităţii de fabricaţie sau de ambalare în ceea ce priveşte producţia lor naţională”*.

Spre deosebire de directivă, Regulamentul 1169/2011 conţine reglementări clare, enumerând lista menţiunilor obligatorii care trebuie să apară pe eticheta unui produs alimentar. Astfel, potrivit dispoziţiilor regulamentului, *„(1) În conformitate cu articolele 10-35 și sub rezerva excepțiilor prevăzute în prezentul capitol, este obligatorie menționarea următoarelor informații: (a) denumirea produsului alimentar; (b) lista ingredientelor; (c) orice ingredient sau adjuvant tehnologic menționat în anexa II sau provenit dintr-o substanță sau dintr-un produs menționat în anexa II care provoacă alergii sau intoleranță, utilizat în fabricarea sau prepararea unui produs alimentar și încă prezent în produsul finit, chiar și într-o formă modificată; (d) cantitatea de anumite ingrediente sau categorii de ingrediente; (e) cantitatea netă de produs alimentar; (f) data durabilității minimale sau data limită de consum; (g) condițiile speciale de păstrare și/sau condițiile de utilizare; (h) numele sau denumirea comercială și adresa operatorului din sectorul alimentar menționat la articolul 8 alineatul (1); (i) țara de origine sau locul de proveniență, în cazurile menționate la articolul 26; (j) instrucțiuni de utilizare, în cazul în care omiterea lor ar îngreuna utilizarea corectă a produsului alimentar; (k) pentru băuturile care conțin mai mult de 1,2 % de alcool în volum, concentrația alcoolică dobândită; (l) o declarație nutrițională*”[1].

După cum reiese din textul legal mai sus citat, reglementarea este mult mai clară şi, mai mult decât atât, nu reia dispoziţia asupra căreia am comentat anterior, precizând şi faptul că sub rezerva anumitor excepţii, menţiunile arătate sunt obligatorii pentru etichetarea produselor alimentare.

În regulament s-a prevăzut şi cazul produselor alimentare care necesită menţiuni suplimentare, arătându-se că „*în plus faţă de menţiunile prevăzute la art. 9 alin. (1), în*

[1] Regulamentul 1169/2011, *doc. cit.,* art. 9 alin. (1).

anexa III sunt prevăzute menţiuni obligatorii suplimentare pentru anumite tipuri sau categorii de produse alimentare[1]." Această menţiune o apreciem ca fiind deosebit de importantă, având în vedere că în prezenţa unei atare reglementări nu se mai ridică probleme de interpretare a dispoziţiilor în cauză, aşa cum se întâmplă cu prevederile mai sus arătate ale directivei care, la momentul redactării prezentului studiu încă se aplică.

Încă o dată, apreciem ca absolut necesară punerea în aplicare a dispoziţiilor Regulamentului 1169/2011, având în vedere realităţile sociale, creşterea progresivă a interesului consumatorului pentru calitatea şi conformitatea produselor consumate şi mai ales în vederea îndeplinirii scopului Uniunii în politica de protecţie a consumatorilor, acela de a asigura un nivel sporit de siguranţă în ceea ce priveşte consumul de produse alimentare.

Suplimentar faţă de directivă, regulamentul stabileşte faptul că „*informaţiile referitoare la produsele alimentare nu trebuie să inducă cumpărătorul în eroare*"[2] în ceea ce priveşte următoarele aspecte: în primul rând în ceea ce priveşte caracteristicile produsului alimentar, respectiv natura, identitatea, proprietăţile, compoziţia, cantitatea, durata durabilităţii minimale, ţara de origine, locul de provenienţă, metoda de fabricaţie sau producţie (lit. a); atribuirea produsului alimentar efecte sau proprietăţi pe care nu le are (lit. b); prin menţionarea faptului că produsul alimentar are caracteristici speciale, în special prin evidenţierea prezenţei sau absenţei unor ingrediente sau/şi nutrienţi (lit. c); prin sugestia existenţei unui anumit ingredient cât timp o componentă prezentă în mod natural sau un ingredient utilizat în mod natural în produsul alimentar în cauză a fost înlocuit cu o altă componentă sau cu un alt ingredient, după caz (lit. d).

Apreciem că această reglementare a fost instituită ca urmare a apariţiei campaniilor de dezinformare în ceea ce priveşte produsele alimentare, anumitor categorii de produse fiindu-le atribuite proprietăţi „miraculoase".

1.3. Probleme practice rezultate din etichetarea necorespunzătoare a produselor alimentare

Un caz deosebit de grav relativ la etichetarea produselor alimentare a intervenit la nivelul UE în cursul anului 2013, când s-a semnalat faptul că se comercializa carne de cal etichetată ca fiind carne de vită. Acest aspect a iscat mari dezbateri la nivelul Uniunii, Comisia Europeană solicitând tuturor statelor membre UE să efectueze teste ADN pe produse care ar trebui să aibă carne de vită, în contextul scandalului cărnii de cal[3].

Ca urmare a intervenirii acestei probleme, consumatorii şi-au schimbat obiceiurile de consum, potrivit unui sondaj realizat în Marea Britanie, încrederea consumatorilor în industria alimentară fiind serios afectată[4]. Sondajul realizat pe un eşantion de 2.064 de britanici în perioada 22-24 februarie 2013, a arătat că încrederea consumatorilor a scăzut cu 24%, 30% dintre consumatori cumpărând mai puţină carne procesată şi 24% dintre consumatori cumpărând mai puţine alimente semipreparate pe bază de carne sau cumpără produse vegetariene. 68% dintre persoanele intervievate consideră că Guvernul nu a acordat suficientă atenţie impunerii legilor legate de etichetare. 83%

[1] *Ibidem,* art. 10 alin. (1).
[2] *Ibidem,* art. 7 alin. (1).
[3] http://stirileprotv.ro/stiri/international/ce-cere-statelor-ue-sa-efectueze-teste-adn-pe-produsele-din-carne-de-vita.html.
[4] The Guardian, ediţia electronică, preluat de Mediafax.

dintre consumatori au apreciat că ţara de origine a cărnii ar trebui specificată pe eticheta produselor pe bază de carne.

Într-un comunicat de presă emis de către EFSA, s-a arătat că „*în sistemul de siguranţă alimentară al UE, rolul EFSA este de a oferi consultanţă în domeniul siguranţei produselor alimentare şi a hranei pentru animale. Contaminarea produselor de carne de vită cu carne de cal ridică probleme de falsă etichetare, calitatea şi trasabilitatea alimentelor în lanţul alimentar al UE. Deşi nu există nicio dovadă că produsele respective ridică o problemă de siguranţă alimentară, EFSA este pregătită să ofere asistenţă ştiinţifică în această problemă atât Comisiei Europene, cât şi statelor membre*”[1].

Dacă analizăm problema cărnii de cal „deghizată” în carne de vită, pe baza prevederilor legale europene în vigoare, putem stabili care dintre articolele Directivei 2000/13/CE nu au fost respectate. În primul rând, prevederile art. 3 alin. (1) pct. 2, care prevede că etichetarea produselor alimentare trebuie să conţină ca menţiune obligatorie *lista ingredientelor*. În concepţia directivei, „*ingredientul înseamnă orice substanţă, inclusiv aditivi şi enzime, folosită în cadrul procesului de fabricare sau de preparare a unui produs alimentar şi care rămâne prezentă în produsul final, fie şi într-o formă modificată*”[2]. Faţă de definiţia dată ingredientelor, carnea folosită în alimentele semipreparate reprezintă un ingredient principal, astfel încât prevederile articolului mai sus arătat au fost încălcate, având în vedere faptul că produsul alimentar a fost etichetat greşit, fiind indicat un cu totul alt ingredient decât cel prezent.

Dacă presupunem că etichetarea s-ar fi făcut în conformitate cu prevederile art. 6 alin. (2) lit. c) din directivă, adică nu ar fi fost necesară indicarea ingredientelor unui produs care conţine un singur ingredient, cu condiţia ca denumirea de comercializare să fie identică cu numele ingredientului sau cu condiţia ca denumirea de vânzare să permită stabilirea naturii ingredientului fără riscul de a fi confundat.

În aceeaşi ordine de idei, aceea a încălcării prevederilor legale europene privind etichetarea produselor alimentare, apreciem că şi prevederile art. 7, potrivit cărora „(1) *cantitatea unui ingredient sau a unei categorii de ingrediente care a fost utilizată în fabricarea sau prepararea unui produs alimentar este menţionată în conformitate cu prevederile prezentului articol. (2) Menţiunea prevăzută de prezentul articol este obligatorie: a) atunci când ingredientul sau categoria de ingrediente despre care este vorba figurează în denumirea de comercializare sau sunt în general asociate cu denumirea de comercializare de către consumator*”.

Apreciem că apariţia unor probleme asemănătoare scandalului cu carnea de cal, ar spori şi mai mult neîncrederea consumatorilor europeni în produsele alimentare care se comercializează în Uniune. Pentru prevenirea apariţiei unor asemenea probleme, autorităţile responsabile ar trebui să supravegheze îndeaproape activitatea de etichetare şi să organizeze controale care să certifice că un produs alimentar conţine ingredientele existente pe etichetă.

În plus, pentru evitarea unor crize alimentare sau mai grav, punerea pe piaţă a unor produsele alimentare nesigure, ar trebui să fie reglementate în directivă sancţiuni drastice pentru nerespectarea cerinţelor referitoare la etichetare şi mai ales pentru falsa etichetare.

Siguranţa pentru produsele alimentare nu presupune numai adoptarea unui pachet de norme, ci mai degrabă presupune aplicarea efectivă a acestora şi mai ales tragerea la

[1] www.efsa.europa.eu.

[2] Directiva 2000/13/CE, *doc. cit.,* art. 6 alin. (4).

răspundere a celor care se fac vinovaţi de încălcarea dispoziţiilor referitoare la toate fazele de producere, ambalare, etichetare, păstrare şi punere pe piaţă a produselor destinate consumului uman.

Faţă de prevederile Directivei 2000/13/CE, Regulamentul 1169/2011 cuprinde, tot ca o prevedere cu caracter de noutate responsabilităţile[1], stabilindu-se că *„operatorul din sectorul alimentar căruia îi revine răspunderea pentru informarea consumatorilor cu privire la produsele alimentare este operatorul sub a cărui denumire sau denumire comercială se comercializează produsul alimentar sau, dacă operatorul respectiv nu are sediul în Uniune, importatorul pe piaţa Uniunii Europene”*. Acest articol stabileşte în mod clar cine va fi răspunzător în cazul în care nu sunt respectate prevederile referitoare la etichetarea produselor alimentare.

Reglementarea actuală oferită de directivă nu presupune că în lipsa stabilirii unor responsabilităţi, cei culpabili de nerespectarea legislaţiei nu vor răspunde. La momentul redactării studiului, în caz de încălcare e prevederilor directivei, în conformitate cu prevederile Regulamentului (CE) 854/2004 al Parlamentului European şi al Consiliului[2], se vor efectua controale oficiale privind produsele de origine animală destinate consumului uman. Regulamentul 854/2004 se aplică, aşa cum se prevede în preambulul său *în completarea Regulamentului 882/2004 al Parlamentului European şi al Consiliului din 29 aprilie 2004 privind controalele oficiale efectuate pentru a verifica conformitatea cu legislaţia privind hrana pentru animale şi produsele alimentare şi cu normele referitoare la sănătatea animală şi la bunăstarea animalelor[3]”*.

Controalele oficiale efectuate în conformitate cu prevederile regulamentului mai sus citat *„nu aduc atingere răspunderii juridice primare a operatorilor din sectorul alimentar, care constă în asigurarea siguranţei alimentelor în conformitate cu Regulamentul (CE) nr. 178/2002 al Parlamentului European şi al Consiliului din 28 ianuarie 2002 de stabilire a principiilor generale şi a cerinţelor generale ale legislaţiei comunitare, de instituire a Autorităţii Europene pentru Siguranţa Alimentelor şi de stabilire a procedurilor privind siguranţa alimentelor, şi răspunderii civile sau penale care decurge din nerespectarea obligaţiilor acestora”*[4].

Astfel, faţă de reglementarea actuală prin care nu sunt determinate în mod expres persoanele chemate să răspundă în caz de încălcare a prevederilor directive analizate, se

---

[1] Regulamentul 1169/2011, *doc. cit.,* art. 8.

[2] De stabilire a normelor specifice de organizare a controalelor oficiale privind produsele de origine animală destinate consumului uman, publicat în Jurnalul Oficial nr. L 226 din data de 25.06.2004, p. 83, astfel cum a fost modificat prin Regulamentul (CE) 882/2004 al Parlamentului European şi al Consiliului din data de 29 aprilie 2004, publicat în Jurnalul Oficial nr. L 191 din data de 285.2004, p. 1, Regulamentul (CE) nr. 2074/2005 al Comisiei din 5 decembrie 2005, publicat în Jurnalul Oficial nr. L 338 din data de 22.12.2005, p. 27, Regulamentul (CE) nr. 2076/2005 al Comisiei din 5 decembrie 2005, publicat în Jurnalul Oficial nr. 338 din data de 22.12.2005, p. 83, Regulamentul (CE) nr. 1663/2006 al Comisiei din 6 noiembrie 2006, publicat în Jurnalul Oficial nr. L 320 din data de 18.11.2006, p. 11, Regulamentul (CE) nr. 1791/2006 al Consiliului din 20 noiembrie 2006, publicat în Jurnalul Oficial nr. L 363 din data de 20.12.2006, p. 1, Regulamentul (CE) nr. 1021/2008 al Comisiei din 17 octombrie 2008, publicat în Jurnalul Oficial nr. L 277 din data de 18.10.2008, p. 15, Regulamentul (CE) nr. 219/2009 al Parlamentului European şi al Consiliului din 11 martie 2009, publicat în Jurnalul Oficial nr. L 87 din data de 31.03.2009, p. 109, Regulamentul (UE) nr. 505/2010 al Comisiei din 14 iunie 2010, publicat în Jurnalul Oficial nr. L 149 din data de 15.06.2010, p. 1.

[3] Regulamentul 854/2004, *doc. cit.,* art. 1 alin. (1a).

[4] *Ibidem,* art. 1 alin. (3).

vor aplica dispoziţiile generale existente la nivel european, făcându-se aplicarea prevederilor dispoziţiilor Regulamentului 854/2004, ale Regulamentului 882/2004. Aşa cum se prevede chiar în cuprinsul Regulamentului 854, aplicarea prevederilor acestuia nu exclude răspunderea civilă sau penală intervenită pentru nerespectarea obligaţiilor care rezultă din legislaţia aplicabilă la nivelul Uniunii Europene.

În ceea ce priveşte aplicarea dispoziţiilor Directivei 2000/13/CE, pe rolul instanţelor europene au fost înregistrate mai multe cauze având ca obiect cereri de pronunţare a unor hotărâri preliminare, ocazie cu care instanţele s-au pronunţat asupra prevederilor legale în vigoare.

În hotărârea dată de către Curtea de Justiţie, Camera a patra la data de 10 septembrie 2009 în cauza C-446/07[1], au fost ridicate mai multe probleme privitoare la etichetarea produselor alimentare destinate a fi livrate ca atare consumatorului final, etichetare care ar induce consumatorul în eroare cu privire la originea sau provenienţa produsului alimentar.

Aşadar, s-a solicitat de către instanţa naţională italiană pronunţarea unei hotărâri preliminare privind interpretarea art. 2 din Directiva 2000/13/CE, precum şi a altor dispoziţii europene pe care nu le vom analiza având în vedere obiectul cercetării. În rezumat, speţa este următoarea: reclamantul din acţiunea aflată pe rolul Tribunalului civil din Modena a primit la data de 12 decembrie 2002 o învinuire privind încălcarea art. 2 din Decretul legislativ 109/92[2], decret care transpune prevederile Directivei 2000/13/CE. Reclamantul din acţiunea principală a fost acuzat prin procesul-verbal de constatare a încălcării că, pe de o parte, eticheta unui produs alimentar pe care îl producea şi comercializa cuprinde termenul „*tipo*”-*tip* scris cu caractere grafice mult prea mici pentru a fi vizibile și, pe de altă parte, că celelalte indicații menționate pe etichetă se referă numai la ingrediente, la denumirea și la sediul întreprinderii producătoare, fiind exclusă orice informație cu privire la locul de fabricație sau la faptul că acesta coincide cu sediul întreprinderii producătoare[3].

S-a reţinut prin procesul-verbal de constatare faptul că aceste aspecte sunt de natură a induce consumatorul în eroare asupra originii şi provenienţei produsului alimentar comercializat, întrucât pe baza menţiunilor de pe etichetă nu se poate stabili clar şi corect locul de provenienţă a produsului. Denumirea produsului face referire atât la o metodă de producţie tradiţională italiană, dar şi la un loc de producţie. S-a mai reţinut faptul că locul de producţie la care trimite menţiunea de pe etichetă nu coincide cu locul real al producţiei produsului respectiv.

Reclamantul din acţiunea aflată pe rolul Tribunalului din Modena a primit o sancţiune administrativă în cuantum de 3.108,33 euro. Regione Emilia Romana a confirmat interpretarea dată de poliţia locală care a aplicat sancţiunea, motivând că acele caracteristici specifice produsului alimentar la care face trimitere denumirea produsului alimentar pentru care s-a aplicat sancţiunea nu pot fi recunoscute tuturor produselor alimentare obţinute după o reţetă asemănătoare, concluzionând că etichetarea ar putea induce în eroare consumatorul cu privire la locul de unde provine produsul. Sancţiunea aplicată în termenii de mai sus a fost atacată de reclamant, cererea

[1] Hotărârea Curţii din data de 10 septembrie 2009 pronunţată în cauza C-446/07, având va obiect o cerere de pronunţare a unei hotărâri preliminare formulată în temeiul art. 234 CE de Tribunale civile di Modena (Italia), prin decizia din 26 septembrie 2007, primită de Curte la 1 octombrie 2007, este disponibilă la adresa www.curia.europa.eu.

[2] Act normativ din Italia, privind etichetarea, prezentarea şi publicitatea produselor alimentare.

[3] Hotărârea Curţii – Acţiunea principală şi întrebările preliminare, paragraful 2.

fiind introdusă pe rolul Tribunalului civil din Modena. Reclamantul a criticat sancţiunea primită şi interpretarea dată de către autorităţi, susţinând că articolul care se pretinde că l-a încălcat trebuie coroborat cu alte dispoziţii comunitare. Regione Emilia Romana a susţinut că articolul 2 din directivă dispune de autonomie, astfel încât prevederile directivei au fost încălcate[1].

Asupra întrebărilor preliminare, Curtea a apreciat următoarele: „*trebuie să se răspundă la prima întrebare că articolul 3 alineatul (1) şi articolul 13 alineatul (3) din Regulamentul nr. 2081/92*[2] *modificat trebuie interpretate în sensul că denumirea unui produs alimentar care include referinţe geografice şi care a făcut obiectul unei cereri de înregistrare ca DOP*[3] *sau IGP*[4] *nu poate fi considerată generică până la eventuala transmitere a cererii de înregistrare la Comisie de către autorităţile naţionale. Caracterul generic al unei denumiri în sensul Regulamentului nr. 2081/92 modificat nu se poate prezuma atât timp cât Comisia nu s-a pronunţat cu privire la cererea de înregistrare a denumirii, dacă este cazul, respingând-o pentru motivul specific că denumirea respectivă a devenit generică*"[5].

În concluzie, s-a stabilit că art. 2 din Directiva 2000/13/CE coroborat cu prevederile regulamentului privind indicaţiile geografice „*trebuie interpretate în sensul că denumirea unui produs alimentar care include referinţe geografice, neînregistrată ca denumire de origine protejată sau ca indicaţie geografică protejată, poate fi utilizată în mod legal, cu condiţia ca etichetarea produsului denumit astfel să nu inducă în eroare consumatorul mediu, normal informat, suficient de atent şi de avizat. Pentru aprecierea acestei condiţii, instanţele naţionale pot ţine seama de durata utilizării denumirii. În schimb, eventuala bună-credinţă a producătorului sau a distribuitorului cu amănuntul nu este relevantă pentru aplicarea acestor dispoziţii*".

În opinia Curţii, după cum rezultă din interpretarea citată mai sus, la aprecierea legalităţii şi temeiniciei reglementărilor şi interpretărilor date, nu trebuie avute în vedere numai reglementările propriu-zise, ci trebuie să fie avut în vedere şi tipul consumatorului căruia probabil i se adresează produsele alimentare. În ceea ce priveşte acest raţionament, avem oarecare reţineri având în vedere faptul că un toţi consumatorii se pot încadra în caracteristicile enumerate de către Curte.

Dacă am accepta argumentarea Curţii, ar trebui să admitem faptul că aceleaşi dispoziţii legale se aplică în mod diferit în funcţie de destinatarul lor. Dacă referitor la aceeaşi situaţie de fapt există doi consumatori „de rang diferit", în ce modalitate va decide o instanţa naţională? Că faţă de unul prevederile legale au fost respectate iar faţă de celălalt nu? În opinia noastră, raţionamentul exprimat de către Curte până la momentul introducerii acestei prevederi este un corect şi demn de luat în seama.

În schimb, în opinia noastră, nu se pot introduce asemenea caracteristici care sunt de natură să producă confuzie în rândul consumatorilor. Mai mult decât atât, după ce criterii se stabileşte dacă un consumator este sau nu „*mediu, normal informat, suficient de atent şi de avizat"?*

---

[1] Hotărârea Curţii, Acţiunea principală şi întrebările preliminare, paragrafele 5-7.

[2] Regulamentul Consiliului din 14 iulie 1992 privind protecţia indicaţiilor geografice şi a denumirilor de origine ale produselor agricole şi alimentare, astfel cum a fost modificat de Regulamentul nr. 2796/2000 al Comisiei din data de 20 decembrie 2000.

[3] Denumire de origine protejată.

[4] Indicaţie geografică protejată.

[5] Hotărârea Curţii, Prima întrebare preliminară, paragraful 4.

În ceea ce priveşte celelalte prevederi ale Directivei 2000/13/CE, respectiv ale Regulamentului 1169/2011, apreciem că acestea nu sunt de natură a ridica mari probleme practice, astfel încât în cele ce urmează ne vom limita la a prezenta strict noutăţile aduse prin regulament.

Capitolul VI din regulament este dedicat exclusiv dispoziţiilor de drept intern. Potrivit reglementării legale, privitor la dispoziţiile armonizate prin regulament, statele membre nu au posibilitatea adoptării sau menţinerii unor dispoziţii de drept intern, exceptând cazurile permise de dreptul UE. Dispoziţiile de drept intern nu pot naşte obstacole în ceea ce priveşte libera circulaţie a mărfurilor sau cazuri de discriminare în ceea ce priveşte produsele alimentare din alte state membre[1].

Fără a aduce atingere reglementării privind dispoziţiile de drept intern privind măsurile obligatorii suplimentare, în măsura în care statele nu au reuşit armonizarea chestiunilor reglementare de regulament, pot adopta dispoziţii de drept intern în ceea ce priveşte aspectele nearmonizate, dacă aceste măsuri nu creează obstacole în ce priveşte libera circulaţie a mărfurilor sau discriminări legate de produsele alimentare care provin din alte state membre[2].

Astfel, după intrarea în vigoarea a regulamentului, statele au posibilitatea adoptării de măsuri în aspectele care nu au fost armonizate în conformitate cu prevederile acestuia, în măsura în care măsurile adoptate nu sunt discriminatorii şi nu reprezintă obstacole în cale liberei circulaţii a mărfurilor.

Articolul 38 din regulament face trimitere la dispoziţiile articolului 39, în sensul că măsurile arătate la art. 38 pot fi adoptate fără a aduce atingere dispoziţiilor de drept intern privind menţiunile obligatorii suplimentare.

Întreg capitolul VI este dedicat măsurilor interne care pot fi adoptate de către statele membre în condiţiile arătate mai sus.

Statele au posibilitatea adoptării de dispoziţii privind menţiunile obligatorii suplimentare faţă de cele pe care în mod obligatoriu trebuie să le cuprindă orice etichetă a unui produs alimentar. Măsurile suplimentare vor putea fi adoptate dacă cel puţin unul dintre următoarele motive este incident în cauză: protecţia sănătăţii publice, protecţia consumatorilor, prevenirea fraudelor şi protecţia drepturilor de proprietate industrială şi comercială, a indicaţiilor de proveniență, a denumirilor de origini înregistrate şi prevenirea concurenţei neloiale. Dispoziţii privind menţionarea obligatorie a ţării de origine sau a locului de proveniență a produselor alimentare pot fi introduse de către statele membre doar când există dovada unei legături între anumite calităţi ale produsului şi locul de proveniență al acestuia[3].

Faţă de reglementarea arătată mai sus, apreciem că aceasta este oportună şi mai ales realistă, având în vedere faptul că dispoziţiile regulamentului nu vor fi armonizate peste noapte, aşa încât statelor li se oferă posibilitatea să îşi exercite autoritatea în legătură cu anumite aspecte clar delimitate de prevederile legale. Bineînţeles că măsurile adoptate până la armonizarea regulamentului trebuie să reprezinte practici loiale de concurenţă şi să nu fie discriminatorii, aceste două cerinţe fiind impuse de prevederile art. 38 din Regulament.

---

[1] Regulamentul 1169/2011, *doc. cit.,* art. 38 alin. (1).

[2] Facem încă o dată precizarea că Regulamentul 1169/2011 nu se aplică în prezent, prevederile acestuia urmând a se aplica după cum urmează: începând cu data de 13 decembrie 2014, exceptând art. 9 alin. (1) lit. l) care se va aplica de la 13 decembrie 2016 şi anexa VI partea B care se aplică de la 1 ianuarie 2014.

[3] Regulamentul 1169/2011, *doc. cit.,* art. 39.

Protecția penală a libertății în România și în Franța

Andra **IFTIMIEI***

Rezumat. *Principiu cu valoare fundamentală, libertatea individuală prezintă interesul practic al unei duble analize, atât din punct de vedere constituțional, cât și din punct de vedere penal (privit în ansamblu, atât pe componenta materială, cât și pe cea procesuală), ca expresie a raporturilor strânse dintre cele două ramuri de drept, acestea din urmă încadrându-se în sfera premiselor constituționalizării dreptului penal, român și francez.*

Analiza aplicațiilor din jurisprudența constituțională contribuie la crearea unui cadru complex de înțelegere a noțiunii de libertate, iar identificarea corespondențelor dintre valoarea constituțională și mijlocul de protecție penală, din perspectiva dreptului comparat, are rolul de a sublinia similitudinea celor două legislații penale.

Cuvinte-cheie: *libertate, coordonate constituționale, protecție penală, drept comparat.*

a. Coordonate constituționale ale dreptului la libertate

România

Legiuitorul fundamental român a șlefuit intens conceptul de libertate până la acest moment, urmare a mișcărilor şi dorințelor sociale, astfel încât coordonatele constituționale ale conceptului se identifică într-o multitudine de fațete și accepțiuni, precum: libertatea individuală, libertatea corporală, libertatea conștiinței, libertatea credințelor religioase, libertatea cultelor, libertatea de exprimare, libertatea economică, libertatea gândirii și a opiniilor, libertatea întrunirilor[1].

Dimensiunea constituțională a libertăţii individuale în forma libertăţii fizice conţine trei forme ale privării de libertate (reţinerea, arestarea preventivă şi detenţia). În contextul art. 23 din Constituţie, libertatea individuală priveşte libertatea fizică a persoanei, dreptul său de a se putea comporta şi mişca liber, de a nu fi ţinută în sclavie sau în orice altă servitute, de a nu fi reţinută, arestată sau deţinută decât în cazurile şi după formele expres prevăzute în lege.

Art. 23 din Constituţie are un conţinut normativ complex şi relativ minuţios reglementat faţă de nivelul de generalitate obişnuit în cazul legilor fundamentale. Multe dintre prevederile acestui articol au fost introduse urmare a revizuirii Constituţiei din 2003 (alineatele 4, 5 şi 6). Textul cuprinde două noţiuni distincte şi anume, pe de o parte ”libertatea individuală” care se referă la libertatea fizică a persoanei, respectiv la dreptul acesteia de a se deplasa liber, de a nu fi reţinută sau arestată, decât în cazurile

* Asist. univ. drd., Universitatea „Alexandru Ioan Cuza”, Facultatea de Drept.

[1] B. Selejan-Guțan, *Drept constituțional și instituții politice,* ed. a 2-a, revăzută și adăugită, Ed. Hamangiu, București, 2008, p. 135-160.

prevăzute de lege[1], iar, pe de altă parte ”siguranţa persoanei”, care desemnează garantarea respectării legii de către autorităţile publice, atunci când acestea iau anumite măsuri care privesc libertatea individuală[2]. Revizuirea Constituţiei, şi implicit a acestui articol, a determinat o nouă modificare a Codului de procedură penală, după adoptarea Legii nr. 281/2003: excluderea oricărei competenţe a procurorului în privinţa luării măsurii arestării preventive; limitarea posibilităţii luării măsurii arestării preventive doar la un proces penal început; restrângerea procedurii de prelungire a arestării preventive doar la faza de urmărire penală; introducerea unei limite maxime speciale a duratei arestării preventive în cursul urmăririi penale, condiţionată de necesitatea asigurării unei durate rezonabile a arestării; instituirea pentru faza de judecată a procesului penal a unei proceduri speciale de verificare periodică a legalităţii şi temeiniciei arestării, în toate stadiile şi gradele de jurisdicţie şi indiferent de obţinerea unei hotărâri de condamnare, până la definitivarea acesteia; admisibilitatea căilor de atac în toate cazurile în materia arestării preventive.

Viziunea judecătorului constituțional român asupra sferei de acoperire a noțiunii de libertate individuală este reliefată prin decizia CCR nr. 48 din 26 octombrie 2004[3], potrivit căreia libertatea individuală privește libertatea fizică a persoanei, dreptul său de a se putea comporta și mișca liber, de a nu fi ținută în sclavie, arestată sau deținută decât în cazurile și după formele expres prevăzute de Constituție și de legi.

Libertatea individuală, ca principiu constituțional a făcut obiectul unei interpretări constante a judecătorului constituțional, prin aceasta contribuind la conceptualizarea normativă, dar și la juridicizarea dispozițiilor legislative. Făcând distincție între interpretarea constituțională și interpretarea juridică simplă, apreciem că Judecătorul constituțional și judecătorul penal nu trebuie să se întâlnească datorită faptului că îndeplinesc funcții diferite[4]: judecătorul constituțional apreciază *in abstracto* conformitatea legii cu principiile fundamentale, în timp ce judecătorul penal face aplicarea legii într-un caz determinat.

În esența ei, interpretarea constituțională se realizează prin utilizarea aceloraşi metode identificate în interpretarea juridică simplă, elementele de diferențiere reieșind din natura normelor supuse interpretării și din autoritatea de interpretare.

Aplicațiile interpretării constituționale cu privire la principiul fundamental al libertății individuale sunt numeroase, importanța practică a prezentării lor în cadrul acestui studiu reieșind din necesitatea unei corecte aplicări a legii penale prin asigurarea respectării interpretării constituționale. Spre exemplu, măsura arestării provizorii dispusă în vederea predării către un stat membru al Uniunii Europene constituie o măsură privativă de libertate temporară, în acord cu art. 23 alin. (2) din Constituția României, care satisface pe deplin exigențele constituționale prevăzute de art. 21 și art.

---

[1] Potrivit art. 136 din Codul de procedură penală, situațiile în care poate fi limitată libertatea persoanei sunt: reținerea, obligarea de a nu părăsi localitatea, obligarea de a nu părăsi țara, arestarea preventivă.

[2] Ioan Muraru, *Drept constituţional şi instituţii politice,* Ed. Proarcadia, Bucureşti, 1993, p. 248.

[3] T. Toader, *Constituția României reflectată în jurisprudența constituțională,* Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2011, p. 75.

[4] D. Mayer, „Le Conseil Constitutionnel et le juge pénal. Histoire d'une tentative de séduction vouée à l'échec” în *Les droits et le droit. Mélanges dédiés à Bernard Bouloc,* Ed. Dalloz, Paris, 2007, p. 821.

24, partea având la îndemână toate garanțiile procesuale specifice unui proces echitabil[1].

Art. 23 din Constituția României reprezintă o reală garanție constituțională a libertății individuale, întrucât reglementarea duratei maxime a reținerii ori a arestării preventive constituie mijloace de realizare a politicii penale a statului[2], pe care puterea constituantă le-a ridicat la rangul de principii cu valoare constituțională. Instituirea unor limite diferite în raport cu fazele procesului penal, la care arestarea preventivă încetează de drept, nu reprezintă o încălcare a principiului libertății individuale, ci dimpotrivă, acestea sunt stabilite pentru îndeplinirea scopului măsurilor preventive, și anume asigurarea unei bune desfășurări a procesului penal[3]

Franța

Ideal al Revoluției franceze, libertatea și implicit garanțiile constituționale ale acesteia reprezintă unul dintre mijloacele de plasare a guvernatului în centrul protecției statale.

Declarația drepturilor omului și cetățeanului (26 august 1789) constituie instrumentul capital de recunoaștere a drepturilor și libertăților fundamentale, operând distincția dintre om și cetățean. Pentru om privit în individualitatea lui, garantarea libertății se concretizează în recunoașterea fundamentală a dreptului natural la libertate. Obiectiv de valoare constituțională, libertatea a fost reluată ca principiu fundamental prin intermediul Preambulului Constituției din 27 octombrie 1946, care în art. 1 prevede că sunt reafirmate „în mod solemn drepturile și libertățile omului și cetățeanului consacrate de Declarația drepturilor din 1789”[4].

Libertatea individuală este consacrată la nivel constituțional în art. 66 din legea fundamentală franceză, care prevede că „nimeni nu poate fi deținut în mod arbitrar. Autoritatea judiciară, gardian al libertății individuale, asigură respectarea acestui principiu în condițiile prevăzute de lege”[5]. Evoluția jurisprudențială franceză a contribuit la redimensionarea libertății individuale prin apariția treptată a noțiunii de libertate personală, care se opune ca orice persoană fizică, dar și juridică, să devină obiectul unor măsuri coercitive a căror necesitate nu este dovedită.

Libertatea individuală a devenit un drept fundamental garantat de Constituția Franței prin Decizia CCF nr. 76-75 DC din 12 ianuarie 1977[6]. În cuprinsul deciziei se menționează că abilitarea generală a forțelor de poliție de a cerceta vehiculele în oricând și în orice loc, contravine art. 66 din Constituție, respectiv libertății individuale. Interpretarea conferită de instanța constituțională vizează imposibilitatea coabitării dintre libertate individuală și puteri generale, ori imprecise.

De dată recentă, Consiliul constituțional francez dispune că nu constituie o încălcare a principiului libertății individuale, posibilitatea legiuitorului de a stabili modalități diferite de intervenție a autorităților judiciare, în funcție de natura și scopul măsurilor pe

[1] Cf. Deciziei CCR nr. 733 din 1 iunie 2010, publicată în M. Of. Nr. 481 din 14 iulie 2010.

[2] Decizia CCR nr. 799 din 17 iunie 2011 asupra proiectului de lege privind Constituția României în T. Toader, *Constituția…,* p. 75-76.

[3] Decizia CCR nr. 531 din 13 octombrie 2005 în T. Toader, *Constituția…*, p. 76.

[4] Th. Renoux, M. de Villiers, *Code constitutionnel,* Ed. LexisNexis, Paris, 2010, p. 247.

[5] Th. Renoux, M. de Villiers, *Code constitutionnel,* Ed. LexisNexis, Paris, 2010, p. 723.

[6] P. Gaïa, R. Ghevontian, F. Mélin-Soucramanien, É. Oliva, A. Roux, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel,* 17e édition, Ed. Dalloz, Paris, 2013, p. 356-365.

care intenționează să le edicteze[1]. Din acest punct de vedere, prevederile art. 78-2, alineatul 6 din Codul de procedură penală nu aduc atingere libertății individuale[2]. Articolul în discuție prevede un caz suplimentar în care pot fi angajate proceduri de verificare și de control al identității, în baza cererii scrise a procurorului în scopul cercetării și urmăririi infracțiunii.

În considerarea aceleiași interpretări, s-a stabilit[3] că măsura conducerii unei persoane aflată în stare de ebrietate, în public, la sediul cel mai apropiat al poliției sau al jandarmeriei sau într-o cameră de siguranță până la recuperarea acestuia (cf. art. L. 3341–1 din Codul sănătății publice) nu încalcă principiul constituțional al libertății individuale. De asemenea, dacă reținerea persoanei continuă chiar și după ce aceasta și-a revenit din starea de beție, atunci măsura nu mai este justificată și implicit conduce la încălcarea libertății individuale.

b. Protecția penală a dreptului la libertate

România

În România, legiuitorul penal protejează libertatea persoanei atât prin intermediul dreptului penal material, cât și prin mijloacele dreptului procesual penal. Perspectiva materială a dreptului penal întruchipează mai multe aspecte ale libertății, precum: libertatea persoanei, privită din ipostaza îngrădirii ilegale a libertății de mișcare; libertatea de a-și alege un domiciliu și de a locui nestingherit acolo, prin violarea domiciliului; libertatea de a comunica, prin incriminarea violării secretului corespondenței. Sigur că noțiunea de libertate este una deosebit de complexă, putând include aici libertatea vieții sexuale, libertatea conștiinței, libertatea persoanei de a-și alege singur munca pe care dorește să o presteze.

Parte integrantă a acestui drept complex principal este libertatea persoanei. În noul Cod penal aceasta nu suferă modificări majore, dar ca reflectare a unei protecții compacte prevederi din legi speciale sunt codificate în noul text penal. Legiuitorul penal a consacrat întregul capitol VI - *infracțiunilor contra libertății persoanei*, delimitând astfel înțelesul noțiunii de libertate a persoanei. Prin capitolul în cauză sunt protejate valori sociale diferite, dar complementare, precum: libertatea de mișcare și de acțiune ori libertatea morală sau psihică.

În contextul noii reglementări, lipsirea de libertate în mod ilegal nu mai cunoaşte agravanta privitoare la lipsirea de libertate a unei persoane săvârşită în scopul de a o obliga la practicarea prostituţiei care intra în concurs cu prevederile art. 12 alin 1 din Legea 678/2001 potrivit cărora „constituie infracţiunea de trafic de persoane recrutarea,

[1] Decizia CCF nr. 2013-367 QPC din 14 februarie 2014, consultată pe site-ul http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2014/2013-367-qpc/decision-n-2013-367-qpc-du-14-fevrier-2014.140158.html, la data de 25 martie 2014.

[2] Decizia CCF nr. 93-323 DC din 5 august 1993 (Legea privind controlul și verificarea identității), consultată pe site-ul http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1993/93-323-dc/decision-n-93-323-dc-du-05-aout-1993.10491.html, la data de 25 martie 2014.

[3] Decizia CCF nr. 2012-253 QPC din 8 iunie 2012 (stare de beție în public), consultată pe site-ul http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2012/2012-253-qpc/decision-n-2012-253-qpc-du-08-juin-2012.114620.html, la data de 25 martie 2014.

transportarea, transferarea, cazarea sau primirea unei persoane, prin ameninţare, violenţă sau prin alte forme de constrângere, prin răpire, fraudă ori 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, şi se pedepseşte cu închisoare de la 3 la 12 ani şi interzicerea unor drepturi”[1].

Libertatea persoanei, pe componenta libertății morale, este protejată de legiuitorul penal român prin incriminarea altor trei fapte: amenințarea (art. 206 C. pen.), șantajul (art. 207 C. pen.) și hărțuirea (art. 208 C. pen.). În toate cele trei cazuri pentru subiectul pasiv se creează o stare de temere, care implicit conduce la existența unei presiuni asupra psihicului persoanei. În ipoteza în care amenințarea este absorbită în conținutul altor infracțiuni (precum șantajul, tâlhăria, pirateria, ultrajul, cercetarea abuzivă etc.) și în cazul acestora urmarea imediată va consta în încălcarea libertății morale a persoanei vătămate.

Protecția libertății sexuale este reliefată prin incriminarea faptelor contra libertății și integrității sexuale. Prin protecția libertății sexuale legiuitorul a avut în vedere lăsarea la libera alegere a oricărei persoane a momentului și modalității de exercitare a unui astfel de act ce ține de sfera intimă. În consecință, sunt pedepsite fapte precum violul (art. 218 C. pen.), agresiunea sexuală (art. 219 C. pen.) ori hărțuirea sexuală (art. 223 C. pen.), o deosebită atenție acordându-se libertății sexuale a minorului, prin incriminarea faptelor de act sexual cu un minor (art. 220 C. pen.), corupere sexuală a minorilor (art. 221 C. pen.) sau racolarea minorilor în scopuri sexuale (art. 222 C. pen.).

Forme particulare ale libertății sunt protejate de legiuitorul penal român, asigurând astfel corespondența cu principiile constituționale; spre exemplu, în art. 212 – supunerea la muncă forțată sau obligatorie este protejat dreptul persoanei de a-și alege în mod liber munca pe care o va presta. Un alt principiu constituțional român a cărui protecție este asigurată prin mijloacele dreptului penal este cel al libertății religioase și a conștiinței, corelative acestuia fiind infracțiunile de Împiedicarea exercitării libertății religioase (art. 381 C. pen.), profanare de cadavre sau morminte (art. 383 C. pen.), respectiv de profanare a locașurilor sau a obiectelor de cult (art. 382 C. pen.).

Corelația realizată de legiuitorul penal român între dreptul material și dreptul procesual subliniază existența unor noi măsuri de protecție penală a libertății individuale. Spre exemplu, art. 283 C. pen sancționează, în alin. (2), privarea de libertate realizată cu rea-credință și care devine ilegală („reținerea sau arestarea ori condamnarea unei persoane, știind că este nevinovată”). Garanțiile corelative acestei prevederi sunt evidențiate în Codul de procedură penală, care în art. 9 dispune că „în cursul procesului penal este garantat dreptul oricărei persoane la libertate și siguranță”. Ori de câte ori va fi nesocotită această garanție se va institui răspunderea penală, iar pe lângă aceasta persoana privată nelegal de libertate în cursul procesului penal are dreptul la repararea pagubei[2].

[1] Toader T., *op. cit.,* p. 98.

[2] Cf. art. 539 din Codul de procedură penală român – „Dreptul la repararea pagubei în cazul privării nelegale de libertate”.

Franța

Libertatea persoanei este tratată de legiuitorul francez ca un atribut al persoanei cu mai multe faţete ale persoanei individuale, atât prin prisma Constituției („Libertatea constă în a putea face tot ceea ce nu dăunează altuia: astfel, exercitarea drepturilor naturale ale fiecărui om nu are alte limite decât acelea care asigură celorlalţi membri ai societății beneficierea de aceleaşi drepturi. Aceste limite nu pot fi determinate decât prin lege”[1]), cât şi din cea a legii penale.

În Franța, protecția penală a libertății persoanei este realizată în mod diferit, în funcție de subiectul activ al infracțiunii; aşadar, pot fi aduse atingeri libertății prin fapte comise de particulari (art. 224-1 şi urm. C. pen. fr.), după cum atentatele contra libertății pot fi săvârşite de către agenți publici (art. 432-4 şi urm. C. pen. fr.).

O primă latură surprinsă de Codul penal francez este incriminată în art. 224-1 şi constă în fapta, fără ordin din partea autorităţilor constituite sau în afara cazurilor prevăzute de lege, de a aresta, ridica, deține sau sechestra o persoană, se pedepseşte cu 20 de ani de închisoare. Operează în cazul lipsirii de libertate în mod ilegal şi o cauză de reducere a pedepsei, în situaţia în care dacă persoana deținută sau sechestrată este eliberată voluntar înainte de împlinirea celei de-a 7-a zi din momentul instituirii măsurii, pedeapsa este de 5 ani de închisoare, la care se adaugă o amendă de 75000 euro, cu excepţia situaţiei înscrise în art. 224-2.

În continuare, legiuitorul incriminează o formă agravată a lipsirii de libertate în mod ilegal: infracţiunea prevăzută în art. 224-1 se pedepseşte cu 30 de ani de închisoare dacă victima a suferit o mutilare sau o infirmitate permanentă produsă voluntar sau care au rezultat fie din condiţiile de deţinere, fie din privarea de îngrijiri medicale sau de alimentaţie. Se pedepseşte fapta cu detenţie pe viaţă dacă este precedată sau însoţită de acte de tortură sau de barbarie, ori dacă a avut ca urmare moartea victimei. O altă agravantă este prevăzută în art. 224-3 şi constă în comiterea faptei de către un grup organizat sau de mai multe persoane împreună. Şi în cazul acestei forme agravate operează o cauză de reducere a pedepsei: dacă persoana deținută sau sechestrată este eliberată voluntar în termenul prevăzut de art. 224-1, pedeapsa este de 10 ani de închisoare, dacă victima sau una dintre victime a suferit o atingere adusă integrităţii fizice din cele prevăzute la art. 224-2.

Potrivit următorului articol, 224-4, dacă persoana arestată, reținută, deținută sau sechestrată a fost folosită ca ostatic fie pentru a pregăti sau a facilita comiterea unei crime sau a unui delict, fie pentru a-şi asigura scăparea sau nepedepsirea autorului sau a unui complice la o crimă sau un delict, fie pentru a obține executarea unui ordin sau a unei condiții, cu precădere pentru plata unei răscumpărări, pedeapsa este de 30 de ani de detenţie. Operează şi aici o cauză de nepedepsire, dacă persoana luată ostatic este eliberată voluntar înainte de împlinirea celei de-a 7-a zi de la momentul instituirii măsurii, doar dacă ordinul sau condiţia nu au fost aduse la îndeplinire.

Conform art. 432-4 C. pen. fr. se pedepseşte fapta unui persoane, reprezentant al autorității publice sau însărcinată cu o misiune a serviciului public, care acționează în exercițiul sau cu ocazia exercitării funcției sau misiunii sale, de a dispune sau de a aduce la îndeplinire, în mod arbitrar, un act ce aduce atingere libertății individuale. S-a apreciat[2] că dacă un funcționar realizează acte de arestare sau de sechestrare ilegale, dar

[1] Art. IV din Declarația drepturilor omului și ale cetățeanului din 26 august 1789.

[2] J. Pradel, M. Danti-Juan, *Droit pénal spécial,* 5e édition, Ed. Cujas, Paris, 2010, p. 246.

într-un interes privat sau pentru satisfacerea intereselor personale, atunci răspunderea penală se va institui doar în baza art. 224-1 C. pen. fr.

Art. 432-5 C. pen. fr. sancționează fapte diferite ale agentului autorității publice, comise prin inacțiune, după cum este cazul abținerii voluntare de a pune capăt unei privări de libertate ilegale, deși are cunoștință de aceasta și intră în atribuțiile lui o astfel de manifestare, sau după cum nu aduce la cunoștința autorităților competente să intervină, în sensul stopării unei privări ilegale de libertate. Practic este sancționat refuzul agentului de a pune capăt unei situații de detențiune arbitrară. Același articol, dar în alineatul secund, sancționează fapta agentului autorității publice, care are o bănuială asupra ilegalității măsurii privative de libertate, de a nu proceda la verificările necesare sau de a nu transmite o reclamație unei autorități competente.

Concluzii

Atât în România, cât și în Franța, libertatea individuală este ridicată la rangul de principiu cu valoare fundamentală, fie că este reglementat în rândurile textului constituțional propriu-zis, fie că, astfel după cum se întâmplă în Franța, garantarea constituțională este realizată prin intermediul blocului de constituționalitate.

Libertatea individuală cunoaște o multitudine de accepțiuni, plecând de la cea de mișcare, până la libertatea morală, libertatea religioasă, libertatea de alegere a muncii dorite, libertate sexuală, astfel încât și legiuitorul penal a corelat aceste aspecte cu incriminarea faptelor care aduc atingere acestui set de valori.

Protecția penală a valorii fundamentale se realizează atât în România, cât și în Franța prin mijloace de drept material, dar și prin mijloace procesuale, acestea din urmă având rolul unei veritabile garanții.

Din punctul de vedere al dreptului penal material, mijloacele de concretizare a protecției sunt reprezentate de incriminarea faptelor care aduc atingere libertății individuale. În funcție de obiectul juridic al acestor infracțiuni se poate clasifica în principal, în momentul în care este apărată libertatea individuală în principal (exemplul elocvent fiind infracțiunile contra libertății), și în obiect juridic secundar, în ipoteza infracțiunilor care în principal apără o valoare distinctă, și în secundar este protejată libertatea individuală (spre exemplu, infracțiunea de viol).

În ambele state mijloacele de protecție penală a libertății sunt variate și acoperă accepțiuni vaste ale conceptului, idealul revoluționar francez ajungând astăzi la rangul unui pilon fundamental în construirea dreptului penal român și a celui francez, prin instituirea de garanții și prin reconsiderarea poziției individului în raport cu interesele vizate de legiuitor prin direcționarea politicii penale în acest sens.

Regimul juridic al servituţilor din perspectiva dreptului privat comparat

Smărăndiţa ***CIUDIN-COLŢA****

Abstract: *Prezenta lucrare îşi doreşte să trateze modalitatea în care se realizează întrepătrunderea normelor privind regimul proprietăţii publice cu cele ale proprietăţii private, din perspectiva artei de a trăi într-un mod cât mai armonios în oraşele din spaţiul cultural european. Vom analiza particularităţile regimului juridic al servituţilor, atât din perspectiva aplicabilităţii lor din punctul de vedere al dreptului privat, cât şi a aplicabilităţii servituţilor ca „limite", sarcini ce se impun a fi respectate când vizează obligaţii ale particularilor faţă de domeniul public.*

Dreptul de proprietate, inclusiv sub forma dreptului de proprietate asupra pământului, îşi găseşte expresia juridică în codurile civile moderne, multe inspirate din Codul civil napolenian. Este şi cazul Codului civil român din 1865, care prevedea prin dispoziţiile art. 480 că „Proprietatea este dreptul ce are cineva de a se bucura şi a dispune de un lucru în mod exclusiv şi absolut, însă în limitele determinate de lege".

Ne vom opri asupra noţiunii de „servitute", aşa cum este ea definită în Codul civil francez, insistând asupra semnificaţiei principiului „destination du père de famille" şi asupra clasificării servituţilor, urmând a puncta câteva aspecte legate de servituţile tigni immittendi şi oneris ferendi,servituţile de utilitate publică şi servituţile de urbanism.

În cuprinsul celui de- al doilea capitol, vom face referire la prevederile Codului civil elveţian privitoare la servituţile funciare, reglementate începând cu dispoziţiile art. 730, drepturi reale ce permit proprietarului fondului dominant să exploateze fondul aservit. Ne vom concentra asupra trăsăturilor şi clasificării servituţilor, potrivit Codului civil elveţian, insistând asupra câtorva elemente privind regimul juridic al servituţilor în cazul proprietăţii comune pe etaje („propriété par étages" PPE).

Nu în ultimul rând vom analiza reglementarea românească a servituţilor, amintind totodată de principiul neindemnizării efectelor servituţilor de urbanism..

Cuvinte cheie: *Tigni immittendi – servitutea de sprijinire a grinzii casei vecine; Oneris ferendi - servitutea de sprijinire a zidului despărţitor; Destination du père de famille; P.P.E. - propriété par étages; P.O.S. - plan de ocupare a solului*

Concepţia asupra proprietăţii, oglindită şi în prevederile Noului Cod civil[1], care pune accentul pe absenţa cvasitotală a limitelor de a se bucura de un bun, se regăseşte, de altfel, în reglementările de drept privat din majoritatea ţărilor europene[2]. Dincolo de particularităţile impuse de evoluţiile istorice, noţiunea de proprietate cunoaşte în prezent

* Drd., Facultatea de Drept, Universitatea Al.I. Cuza din Iaşi.

[1] Potrivit art. 555 alin. (1) din Noul Cod civil (Legea nr 287/2009), „Proprietatea privată este dreptul titularului de a poseda, folosi şi dispune de un bun în mod exclusiv, absolut şi perpetuu, în limitele stabilite de lege".

[2] Mircea Duţu, *Dreptul urbanismului*, ed. a V-a, Universul Juridic, Bucureşti, 2010, p. 156.

o serie de dezvoltări comune. Astfel, semnificaţiile sale sunt diferite, în raport de cele două mari domenii în care se aplică: dreptul privat, ce guvernează esenţialmente raporturile dintre particulari, şi dreptul constituţional, care defineşte garanţiile privind dreptul de proprietate şi vizează relaţiile dintre proprietari şi stat.[1]

Cele mai multe ordini juridice naţionale moderne fixează limite suplimentare garanţiilor constituţionale privitoare la dreptul de proprietate.[2] De exemplu, statul poate trece dincolo de dreptul de proprietate pentru „cauze de utilitate publică", respectiv atunci când exerciţiul nelimitat al acestui drept prejudiciază interesul general. În faţa ameninţării[3] care poartă asupra bunurilor publice din partea posibilităţilor tehnice de exploatare a solurilor apărute la sfârşitul secolului XX, se tinde din ce în ce mai mult să se considere că spaţiul, solul şi alte asemenea resurse naturale vitale fac parte din domeniul public şi, în consecinţă, trebuie să fie protejate şi conservate în interesul tuturor.

Capitolul I. Servituţi de drept civil şi servituţi de drept al urbanismului în franţa

Secţiunea 1. Noţiunea de „servitute". Semnificaţia principiului „destination du père de famille"

În legislaţia franceză, sursa principală de drept pentru servituți o constituie Codul civil, respectiv Titlul „Despre servituţi sau servicii funciare" (art. 637- art. 710). Totodată, există şi dispoziţii speciale, precum Codul urbanismului, Codul forestier, Codul rural, Codul sănătăţii publice, care consacră existenţa altor categorii de servituţi.

Codul civil francez consacră trei categorii de servituţi[4]: servituţi derivate din situaţia materială a locurilor (privind scurgerea apelor, irigaţii grănițuire ş.a.), servituţi impuse de lege fie din raţiuni de utilitate publică (servituţile „administrative", cele urbanistice sau privind utilizarea litoralului), fie din raţiuni de utilitate privată (servitutea de trecere în cazul enclavelor sau cele privind distanţa dintre plantaţii, derivate din raporturile de vecinătate), respectiv servituţile instituite prin fapta omului.

Potrivit prevederilor art. 637 din Codul civil francez, servitutea reprezintă sarcina impusă unui fond, pentru uzul şi utilitatea altui fond, aparţinând unui alt proprietar.

În Grecia, potrivit prevederilor art. 1118 din Codul civil, servitutea predială reprezintă acel drept real, constituit în favoarea titularului unui imobil şi pus în sarcina altui imobil, cu scopul de a conferi primului un anumit avantaj[5]. Articolul 1119 din acelaşi Cod, referindu-se la scopul şi conţinutul servituţii, specifică faptul că titularul imobilului dominat este obligat să suporte dreptul de uz exercitat de titularul altui imobil sau să se abţină de la exercitarea anumitor prerogative ale dreptului său de proprietate[6].

---

[1] *Ibidem*, p. 157.

[2] *Idem*.

[3] *Ibidem*, p. 158.

[4] Al.-S. Ciobanu, *Aspecte specifice privind regimul domeniului public în România şi în Franţa,* Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2012, p. 76.

[5] A.N. Yiannopoulos, *Predial Servitudes; General Principles: Louisiana and Comparative Law*, 29 Louisiana Law Review (1968), p. 4, document disponibil la adresa http://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol29/iss1/4, accesat la data de 23.01.2014.

[6] *Idem*.

Dreptul de servitute reprezintă un drept real imobiliar, accesoriu dreptului de proprietate. Soarta sa este strâns legată de cea a imobilului, astfel că nu poate fi constituit sau modificat convenţional, decât prin acte autentice, adică acte notariale.

În Franţa, dacă cele două fonduri (necesare pentru constituirea servituţii) aparţin aceleiaşi persoane, şi nu unor persoane diferite, aşa-numita „exploatare" pe care o face proprietarul, în avantajul unui fond şi în sarcina celui de-al doilea, nu poartă denumirea de „servitute", ci reprezintă un aspect al dreptului de dispoziţie al proprietarului, aşa-numitul „destination du père de famille"[1]. Astfel, demersul său implică exercitarea prerogativelor propriului drept de proprietate, ceea ce reprezintă incontestabil mai mult decât exercitarea unui drept de servitute asupra propriilor bunuri. Această situaţie rezidă din expresia, incorporată în Digestele lui Justinian, *Maxim nemini res sua servit* („Nimeni nu are drept de servitute asupra propriilor bunuri"), principiu care se regăsesşte atât în legislaţia franceză, cât şi în Codul civil grec, la art. 1118. Pe de altă parte, Codul civil german a abrogat dispoziţiile potrivit cărora nimeni nu poate să aibă un drept de servitute asupra propriilor bunuri[2].

Întrebarea care se ridică în continuare se referă la situaţia în care se găseşte proprietarul unui fond, ce are totodată şi calitatea de coproprietar al celui de-al doilea fond, şi la natura drepturilor exercitate de titular într-o astfel de situaţie.

În acest caz, se recunoaşte faptul că cel care are calitatea de coproprietar al unui fond trebuie să exercite un drept de servitute asupra fondului al cărui proprietar este, la fel cum, pentru situaţia în oglindă, titularul dreptului de proprietate asupra unui fond are un drept de servitute asupra fondului al cărui coproprietar este, alături de alte persoane[3]. Prin urmare, este absolut esenţial ca servitutea să fie stabilită pentru uzul şi utilitatea fondului în favoarea căruia a fost stabilită.

Posibilitatea stabilirii unei servituţi discontinue şi aparente cu destinaţia „père de famille" a fost deseori ignorată în condiţiile în care prevederile art. 692 Cod civil consacră principiul potrivit căruia astfel de servituţi nu pot fi decât cele continue şi aparente.

Decizia Curţii de Casaţie din 24 noiembrie 2004 a fost cea care a casat soluţia ce reţinea faptul că doar servituţile continue şi aparente puteau fi stabilite „par destination père de famille". S-a reţinut astfel că pot fi incluse în această categorie şi servituţile discontinue, atunci când există o divizare a fondurilor şi semne aparente ale servituţii; totodată, este necesar ca prin actul de divizare a fondurilor să nu se fi stipulat în sens contrar menţinerii acestor semne[4].

Soluţia aceleiaşi Curţi de Casaţie franceze din 19 februarie 2003 precizează că amenajarea fondului constituant cu destinaţia „père de famille" trebuie realizată de către

---

[1] A se vedea art. 692-694 din Codul civil francez. Potrivit art. 692, „La destination du père de famille vaut titre à l'égard des servitudes continues et apparentes", la art. 693 prevăzându-se că „Il n'y a destination du père de famille que lorsqu'il est prouvé que les deux fonds actuellement divisés ont appartenu au même propriétaire, et que c'est par lui que les choses ont été mises dans l'état duquel résulte la servitude".

[2] A.N. Yiannopoulos, *op. cit.*, p. 24.

[3] *Idem*.

[4] M. Laurent Jacques, conseiller référendaire à la Cour de cassation, *Les servitudes dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation,* studiu disponibil la adresa oficială a Curţii de Casaţie franceze, respectiv http://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2004_173/deuxieme_partie_tudes_documents_176/tudes_diverses_179/recente_cour_6400.html, accesată la data de 20.01.2014.

proprietar înainte de separarea fondurilor, altfel nereieşind intenţia constituantului de a subordona o parcelă alteia.

Această decizie a casat-o pe cea anterioară ce admisese protecţia posesorie a unei servituţi de trecere cu destinaţia „père de famille" raportat la „rămăşiţele unei porţi", fără a se cerceta dacă această poartă exista la momentul divizării fondurilor[1].

Această soluţie este extrem de interesantă şi din prisma faptului că insistă asupra rolului pe care îl au judecătorii fondului de a proceda, din oficiu, la efectuarea acestei cercetări, chiar în absenţa contestaţiei făcute de parte. Astfel, decizia lor trebuie să reflecte că amenajarea invocată de cel care revendică beneficiul servituţii, exista la momentul separării fondurilor.

Secţiunea a doua. Clasificarea servituţilor

La fel ca în dreptul român, şi legislaţia franceză clasifică servituţile în continue (care se păstrează fără nicio intervenţie din partea omului, precum servitutea de vedere, de scurgere a apelor) şi discontinue (cele care, pentru a fi exercitate, au nevoie de intervenţia activă şi actuală a omului, precum servitutea de trecere), în aparente (care se cunosc prin semne exterioare) şi neaparente (care nu au un semn exterior de existenţă), în urbane (stabilite în folosul unei clădiri) şi rurale (în folosul unui teren).

Clasificarea servituţilor în urbane şi rurale, clasificare atât de importantă în dreptul roman datorită efectelor sale, constituie şi în prezent o distincţie esenţială. Servituţile prediale rustice (rurale) au fost create spre profitul terenurilor sau fondurilor funciare needificate (*inaedificatio)*, al terenurilor de cultură agricolă sau fără construcţii, acestea constituind fundamentalul şi cel mai valoros mijloc de producţie în cadrul economiei agrare sedentare de tip scalvagist[2]. Servituţile prediale urbane au fost destinate punerii în valoare, folosinţei raţionale şi integrale a fondurilor funciare edificate (*aedificatio*) sau cu construcţii (indiferent care era locul sau diviziunea administrativă a situării lor- la oraş, în cetate sau la sat)[3]. Majoritatea servituţilor urbane necesită astfel existenţa a cel puţin unui edificiu care, uneori, poate să fie imobilul dominant, precum servituţile *protegendi, stillicidii recipiendi,* sau chiar imobilul aservit, în cazul servituţilor *fenestrarum, altius non tollendi, stillicidii non recipiendi*. Alteori, este necesară existenţa a două edificii, cum este cazul servituţilor *oneris ferendi, tigni immittendi*. Spre deosebire de servituţile urbane care sunt susceptibile de o posesie continuă, cele rurale nu necesită o astfel de posesie, aşa fiind cazul servituţilor *iter, actus, via* sau a servituţii de apeduct.

Se remarcă delimitarea servituţilor urbane în trei categorii distincte[4],astfel: prima clasă reuneşte servituţile ce au ca obiect edificarea de construcţii pe o proprietate construită sau neconstruită aparţinând vecinului, precum: *tigni immittendi (*servitutea de sprijinire a grinzii casei vecine[5]*),oneris ferendi (*servitutea de sprijinire a zidului despărţitor*), projiciendi (*servitutea de proiectare a imobilelor cu extensiuni peste un fond învecinat, fără a presupune sprijinirea lor cu grinzi, precum balcoane, streşini etc.*),*etc. A doua categorie vizează obţinerea pentru proprietar a unui folos, de care nu s-

[1] *Idem*.

[2] V.M. Ciucă, *Lecţii de drept roman, Vol. II*, Ed. Polirom, 1999, Iaşi, p. 348.

[3] *Idem*.

[4] J.P. Molitor, *La possession, la revendication, la publicienne et les servitudes en droit romain avec l'indication des rapports entre la legislation romain et le droit français,* 2ème edition, Paris, Ed. Ernest Thorin, 1874, p. 343.

[5] V.M. Ciucă, *op. cit.*, p. 350.

ar putea bucura dacă vecinul nu s-ar abţine de la o anumită acţiune, precum servituţile „de zi". A treia categorie reuneşte servituţile ce au ca obiect debarasarea proprietarului de anumite inconveninte ataşate proprietăţii, precum: *stilicidii immitendi, fuminis immittendi, cloacae*, etc.

Secţiunea a treia. Servitutea tigni immittendi şi servitutea oneris ferendi

Referitor la servitutea *tigni immittendi*, romanii o delimitau faţă de *oneris ferendi*, nu atât prin obiectul său, cât prin efectele pe care le comportă fiecare, considerând că, spre deosebire de prima, în cazul servituţii *oneris ferendi*, donatorul şi succesorii săi cu titlu particular şi cu titlu universal (într-un cuvânt orice posesor ce are *animo domini*) sunt obligaţi să repare şi să reconstruiască, pe cheltuiala lor, zidul de susţinere[1].

Dreptul de a sprijini construcţia pe zidul vecinului poate exista independent de obligaţia de *facere* a acestui vecin, acesta nefiind ţinut să repare zidul. Din punctul acestuia de vedere, s-ar manifesta mai degrabă o servitute *tigni immittendi*[2].

Se considera astfel că nu obligaţia de *facere* este esenţială pentru delimitarea celor două tipuri de servituţi, ci natura celor două imobile, modul în care sunt alăturate, obligaţia de *facere* nefiind decât un accesoriu, şi nereprezentând în realitate o veritabilă obligaţie, în condiţiile în care proprietarul zidului de susţinere care este ţinut să-l repare şi să-l reconstruiască se poate elibera de această obligaţie prin abandonarea proprietăţii sale[3]. Practic, ceea ce este diferit în cazul servituţii *oneris ferendi* vizează efectele sale, în condiţiile în care, în general, ţine de proprietarul fondului dominant să ia toate măsurile necesare, în virtutea exercitării dreptului său. Pe de altă parte, se recunoştea dreptul părţilor de a deroga, prin convenţie, de la această regulă.

Părerile exprimate în literatura de specialitate au fost împărţite, cu privire la titularul obligaţiei de a efectua reparaţia zidului, aderându-se în cele din urmă la opinia exprimată de Mühlenbruch[4]. Potrivit acestuia, obligaţia de reparaţie aparţine proprietarului fondului grevat, astfel că posesorul unei construcţii ameninţând cu ruina este obligat să ia măsurile necesare împotriva avariilor eventuale, potrivit principiului *cautio damni infecti*.

Se considera astfel că una dintre diferenţele între servitutea *oneris ferendi* şi *tigni immittendi* consta în stabilirea titularului obligaţiei de a efectua reparaţiile necesare, care în cazul celei dintâi era titularul fondului aservit, spre deosebire de *tigni immittendi* unde obligaţia era dublă: atât a fondului dominant, cât şi a celui *serviens*.

Conform dispoziţiilor art. 697 din Codul civil francez, persoana căreia i se datorează o servitute, are dreptul să realizeze toate lucrările necesare pentru menţinerea şi utilizarea sa. Aceste lucrări se fac pe cheltuiala sa, şi nu pe a proprietarului fondului aservit, doar dacă prin contract nu se prevede altfel (art. 698). Dacă se stipulează totuşi că obligaţia de efectuare a lucrărilor pentru menţinerea servituţii se face pe cheltuiala proprietarului fondului aservit, acesta poate renunţa la obligaţia sa, prin abandonarea fondului său în favoarea titularului fondului dominant (art. 699 Cod civil)[5].

---

[1] J.P. Molitor, *op. cit.*, p. 343.

[2] *Idem*.

[3] J.P. Molitor, *op. cit.*, p. 343.

[4] *Ibidem*, p. 344.

[5] Codul civil francez, disponibil la adresa: http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=18534D8C10892AC09A0367CC32196288.tpdjo12v_1?idSectionTA=LEGISCTA000006150126&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20131111, accesat la data de 02.02.2014.

Secţiunea a patra. Servituţi de utilitate publică şi servituţi de urbanism

Unii autori[1] învederează faptul că în mod eronat sunt catalogate drept „servituţi administrative", fără nicio diferenţiere, toate sarcinile instituite prin legi speciale din raţiuni de interes public şi care apasă asupra proprietarilor învecinaţi cu dependinţele domeniului public.

Această observaţie se raportează la calificarea ca atare a unor sarcini sau obligaţii impuse particularilor pentru protejarea interesului general, în special prin legislaţia urbanistică naţională sau locală, cum ar fi posibilitatea de construire, reglementarea regimului înălţimii sau greutăţii construcţiilor, diverse obligaţii rezultate din învecinare cu servicii publice[2].

Se susţine că sarcinile în discuţie, denumite de multe ori „servituţi urbanistice", nu reprezintă, în realitate, veritabile servituţi, în sensul Codului civil[3], acestea nefiind instituite în favoarea unui imobil determinat, ci în vederea ocrotirii unor obiective de „interes general", şi neprivind relaţia dintre un fond aservit şi un fond dominant. În această categorie intră servituţile de trecere pe proprietăţile private, edictate în vederea gestionării sau instalării a diverse elemente aparţinând serviciilor publice: linii telegrafice şi telefonice, reţele de canalizare şi apă potabilă, canale de evacuare a apelor uzate sau a apei pluviale. Proprietarul care va „resimţi"[4] efectele acestor lucrări nu se poate opune la efectuarea lor, însă are posibilitatea să negocieze cu administraţia modul de amplasare a instalaţiilor aferente, oferind totodată proprietarului particular dreptul de a solicita despăgubiri.

Pe de altă parte, sunt apreciate ca veritabile „servituţi administrative", cele care întrunesc elementele definitorii impuse de Codul civil francez, acestea stabilind sarcini între un fond dominant (dependinţa domenială) şi un fond aservit (proprietatea particularilor). Dintre acestea, cele mai importante sunt servituţile rutiere, servituţile de trecere având ca obiect cărarea sau poteca de lângă cursurile de apă navigabile sau flotabile, servituţile privind utilizarea malurilor râurilor pentru trecerea şi staţionarea pescarilor, servituţile aeronautice, servituţile de trecere de-a lungul ţărmurilor marine[5].

Mergând pe aceeaşi intenţie, de a face distincţie între servituţile de utilitate publică şi servituţile de urbanism, în literatura de specialitate[6] se arată că în timp ce servituţile de urbanism rezultă din documentaţiile de urbanism şi P.O.S.-uri, neconferind dreptul de a obţine despăgubiri decât în cazurile prevăzute restrictiv, servituţile de utilitate publică lasă deseori loc acordării despăgubirilor către persoanele ce şi-au văzut restrânse drepturile în favoarea interesului public. În aceste condiţii, principiul „neindemnizării" efectelor servituţilor de urbanism este deseori perceput ca fiind o limitare abuzivă a dreptului de proprietate, chiar dacă raţiunea instituirii sale are la bază interesul general şi protejarea modului în care este cheltuit banul public[7].

---

[1] Al.-S. Ciobanu, *op. cit.*, p. 79.
[2] *Idem*.
[3] *Idem*.
[4] *Ibidem*, p. 80.
[5] Al.-S. Ciobanu, *op. cit.*, p. 80.
[6] Jacqueline Morand-Deviller, *Droit de l'urbanisme*, Editions ESTEM, Paris, 1996, p. 32.
[7] *Idem*.

Capitolul II. Servituţile urbane şi civile în elveţia

Secţiunea 1. Trăsăturile şi clasificarea servituţilor

Servituţile funciare, reglementate începând cu prevederile art. 730 din Codul civil elveţian[1], sunt drepturi reale ce permit proprietarului fondului dominant să exploateze fondul aservit, putând fi astfel titularul unui drept de trecere.

Potrivit articolului menţionat, servitutea este o sarcină impusă unui imobil în favoarea altui imobil, care obligă pe proprietarul fondului aservit să permită anumite acte de utilizare, din partea proprietarului fondului dominant, sau să se abţină de la exercitarea anumitor drepturi inerente propriei proprietăţi[2].

Avantajele conferite de servituţi pot fi de natură economică (precum dreptul de trecere) sau de natură estetică, dar trebuie să evidenţieze totodată un interes juridic, demn de protecţie. Spre exemplu, nu se va admite acea servitute prin care vecinul este obligat să-şi vopsească în alb casa sa[3]. Pe de altă parte însă, proprietarul fondului grevat se poate angaja să conserve caracterul de „vilă" al imobilului. Când se va construi un cartier de vile, graţie dispoziţiilor privind „poliţia" construcţiilor, se va atribui servituţii un caracter reciproc[4].

Dreptul de servitute, ca drept real, este îndreptat un numai contra proprietarului fondului aservit, ci şi contra oricui. Astfel, titularul servituţii poate să se opună actelor care ameninţă să încalce servitutea şi care sunt exercitate de către un locatar, un fermier sau un terţ oarecare[5].

Ca tipuri de servituţi, acestea se împart în cele al căror obiect îl constituie obligaţia de a tolera anumite acte exercitate de către proprietarul fondului dominant (*servitutes quae in patiendo consistunt*) sau al căror obiect îl constituie obligaţia de a se abţine de la numite acte (*servitutes quae in non faciendo consistunt*). Din prima categorie, cea a servituţilor afirmative, fac parte servitutea de trecere, drepturile asupra cursurilor de apă, dreptul de a ridica o construcţie, de a sprijini grinzi de zidul vecinului, de a căra materiale pe fondul vecin (pietre, lemne etc.). Servituţi negative sunt: servitutea de a nu exploata o activitate zgomotoasă, de a nu împiedica vederea vecinului prin edificarea de construcţii.

Într-o altă clasificare, având drept criteriu titularul servituţii, acestea se clasifică în servituţi funciare (art 730- art. 744 din Codul civil elveţian) şi servituţi personale (art 745- art. 781 din Codul civil elveţian). Dacă în cazul servituţii funciare, aceasta este instituită în favoarea fondului dominant, respectiv a tuturor proprietarilor succesivi ai acelui imobil, pe perioada de valabilitate a servituţii, servitutea personală este constituită în favoarea unei persoane private determinate denumită „beneficiar", şi nu a unui fond (dreptul de uzufruct, dreptul de abitaţie, de superficie)[6].

---

[1] Codul civil elveţian a fost adoptat în 1907 şi a intrat în vigoare în 1912, rămânând aplicabil şi astăzi, cu anumite modificări.

[2] Codul civil elveţian, disponibil la adresa http://www.admin.ch/ch/e/rs/2/210.en.pdf, accesat la data de 08.03.2014.

[3] Wieland Carl, Henry Bovary, *Les droits reels dans le code civil suisse. Traduit et mis au courant par Henry Bovary,* Paris, M. Giard& E. Briere, 1914, p. 478.

[4] *Idem*.

[5] *Idem*.

[6] Claude Convers, Directeur- conservateur du Registr foncier du Geneve, *Les servitudes et les charges fonciers,* texte revu et adapté en novembre 2005 par A. –E Fahrni, complété por intégrer les mod du CC au 1.1.2012 par C. Zellweger, conservateur du Registre foncier Jura- Nord vaudois, p. 3,

Din punct de vedere al modului prin care sunt instituite, se disting servituţi convenţionale (create de părţi, prin contract) şi servituţi legale, numite restricţii legale indirecte ale proprietăţii funciare, care se disting de celelalte servituţi prin faptul că legea permite ca, în anumite condiţii, acestea să fie impuse proprietarului.

Servituţile legale iau naştere prin înscriere în registrul funciar şi nu în mod direct, prin efectul legii; astfel de servituţi sunt „le passage necessaire" (art 694 Cod civil), „le fontaine necessaire" (art 710 Cod civil).

Se consideră totodată că obligaţia de a face, de a întreţine un anumit lucru, nu poate să facă obiectul unei servituţi (cum este cazul întreţinerii zidului comun)[1], astfel că servituţile *in faciendo* nu sunt echivalente cu „sarcinile (limitele) funciare".

Cu toate acestea, o obligaţie de a face poate să fie ataşată, ca accesoriu, unei servituţi, ca în situaţia când proprietarul fondului grevat se obligă la o prestaţie pozitivă, să stabilească sau să întreţină, de exemplu, conducta hidraulică a titularului servituţii[2]. Anumite drepturi personale pot fi confundate cu sarcinile funciare, fără a constitui prin ele însele astfel de sarcini. Ele nu constituie obiectul unei servituţi, dar apar ca obligaţii pur personale, ce incumbă proprietarului fondului grevat. *Vice versa*, constituirea unei servituţi este inadmisibilă când obligaţia de a îndeplini o prestaţie pozitivă este obligaţia principală, iar cea de a tolera sau de a se abţine de la anumite acte apare ca accesorie, precum situaţia de a construi o conductă de racord pe fondul învecinat, pentru a utiliza curent electric. În acest caz, livrarea energiei electrice este principală, iar obligaţia de a tolera conducta este accesorie[3].

Un imobil poate fi grevat în favoarea mai multor fonduri, fiind permisă constituirea de servituţi reciproce[4]. De exemplu, cu ocazia construirii unui cartier, toate imobilele sunt grevate reciproc cu o servitute ce obligă pe proprietarii acestora să conserve caracterul de „vilă", fiindu-le totodată interzis să desfăşoare activităţi comerciale în cadrul acestor imobile („exploiter des industries"). La fel este şi situaţia mai multor proprietari care îşi conferă reciproc dreptul de a utiliza un drum de exploatare. În toate aceste cazuri, servituţile sunt independente unele de altele, stingerea uneia neafectând existenţa celorlalte.

Proprietarul a două fonduri[5] poate constitui o servitute care să greveze unul dintre fonduri, în favoarea celuilalt care, de asemenea, îi aparţine[6]. Dreptul de servitute al proprietarului asupra propriilor fonduri era necunoscut în perioada anterioară Codului civil din 1907. Constituirea unei servituţi cu privire la propriile fonduri prezintă avantajul[7] că proprietarul îşi poate rezerva un rang preferenţial faţă de drepturile reale constituite ulterior. Spre exemplu, proprietarul unui fond unde se găseşte o sursă de apă cedează dreptul asupra sursei unei întreprinderi de alimentaţie, dar doreşte să-şi rezerve,

---

document disponibil la adresa: http://www.vd.ch/fileadmin/user_upload/organisation/dfin/sg-dfin/rf/Servitudes_et _charges_ fonci%C3%A8res_2012.pdf, accesat la data de 21.01.2014.

[1] Wieland Carl, Henry Bovary, *op. cit.*, p. 480.

[2] *Ibidem*, p. 481.

[3] *Idem*.

[4] *Ibidem*, p. 485.

[5] Aşa cum am precizat în capitolul referitor la definiţia servituţii în dreptul francez, exercitarea atributelor dreptului de proprietate asupra a două fonduri aparţinând aceluiaşi titular poartă de numirea de „destination du père de famille",considerându-se că într-un astfel de caz nu poate fi vorba de constituirea unei veritabile servituţi.

[6] Potrivit prevederilor art.. 733 Cod civil, „The owner of a property may create an easement on a property in favour of another property which he or she also owns".

[7] Wieland Carl, Henry Bovary, *op. cit.*, p. 493.

cu preferinţă, livrarea unui anumit număr de litri pe minut. Astfel, el va înscrie dreptul în favoarea fondului unde aceasta are fluxul, drept care va prima celui aparţinând întreprinderii.

Secţiunea a doua. Regimul juridic al servituţilor în cazul proprietăţii comune pe etaje („propriété par étages" PPE)

Potrivit prevederilor Codului civil elveţian, există trei tipuri de proprietate colectivă: coproprietatea ordinată, (co)proprietatea pe etaje şi proprietatea comună. În doctrina de specialitate, proprietatea pe etaje este considerată ca fiind un caz particular de coproprietate ordinară, aceasta din urmă diferenţiindu-se în mod clar de proprietatea comună[1].

Potrivit prevederilor art. 646 al.1 din Codul civil, coproprietatea ordinară (*das Miteigentum*) este forma de proprietate colectivă ce nu presupune existenţa unei comunităţi anterioare între proprietarii colectivi, fiecare fiind titularul unei părţi ideale a lucrului. Este astfel vorba de un drept de proprietate unic, ai cărui titulari sunt mai multe persoane[2].

Proprietatea pe etaje (PPE; *das Stockwerkeigentum*) reprezintă o formă particulară de coproprietate imobiliară, ce se caracterizează prin aceea că partea fiecărui coproprietar conferă acestuia un drept exclusiv de a utiliza şi amenaja părţile determinate ale unei clădiri (art 712a al.1). Prin urmare, coproprietarul pe etaje are, pe de o parte, un drept de coproprietate ce poartă asupra întregului imobil şi, pe de altă parte, un drept exclusiv de a se bucura şi administra părţi determinate din imobil. Părţile ce nu fac obiectul unui drept exclusiv sunt cele comune.

Proprietatea comună (*das Gesamteigentum*) este forma de proprietate colectivă ce presupune existenţa unei legături personale anterioare între coproprietari, în baza căreia aceştia nu pot să-şi exercite drepturile decât în sânul şi prin intermediul acestei comunităţi, nefiind delimitate părţi ideale din bun.

Revenind la proprietatea pe etaje (PPE), constituirea unei servituţi este posibilă şi trebuie să aibă ca obiect părţile comune ale imobilului, pentru că, altfel, servitutea ce vizează doar o parte a unei clădiri, parte supusă dreptului exclusiv al proprietarului, nu poate greva decât acea parte. De asemenea, este necesară cu atât mai mult grevarea imobilului de bază cu o servitute, cu cât aceasta limitează drepturile mai multor coproprietari, nefiind posibilă grevarea unei singure părţi[3]. Un drept real limitat, precum servitutea, poate fi constituit în favoarea imobilului de bază şi nu neapărat în sarcina sa. Spre exemplu, proprietarii etajelor pot să obţină o servitute în favoarea imobilului lor pe un teren sau un imobil vecin.

O servitute nu poate fi constituită asupra unui imobil aflat în PPE decât cu consimţământul tuturor proprietarilor etajelor; cu toate acestea, un coproprietar poate consimţi singur la constituirea unui drept real în profitul imobilului al cărui coproprietar este, atunci când dreptul este constituit cu titlu gratuit şi nu antrenează nicio obligaţie pentru ceilalţi coproprietari. De exemplu, în cazul unei coproprietăţi pe etaje ce poartă asupra unui imobil în care grădina este o parte comună, vecinul imobilului în PPE poate

[1] Bord Mélanie, *Analyse juridique des formes de propriété et de propriétaires collectifs en Suisse,* Institut de hautes études en administration publique, 2006, Chavannes-près-Renens, 2006, p. 11.

[2] *Idem*.

[3] *Ibidem*, p. 25.

să obţină un drept de trecere prin această grădină. Este vorba de o servitute grevând PPE şi instituită cu acordul tuturor proprietarilor etajelor[1].

Capitolul III. Reglementarea românească în materie de drept al servituţilor

Secţiunea 1. Servituţile naturale şi legale versus limitele juridice ale dreptului de proprietate

Juriştii au criticat în mod constant clasificarea propusă de Codul civil din 1864 arătând, în mod întemeiat, că atât servituţile naturale, cât şi cele legale nu reprezintă dezmembrăminte ale dreptului de proprietate ce poartă asupra fondului aservit, ci constituie simple îngrădiri (limitări) ale dreptului de proprietate[2]. De asemenea, între servituţile naturale şi cele legale nu există nicio deosebire, în ambele situaţii efectele lor producându-se ca urmare a voinţei legiuitorului, veritabilele servituţi fiind numai cele stabilite prin „faptul omului”[3]. Rezultă astfel că noţiunea de servitute ar fi utilizată într-un sens mult prea larg de legiuitor, veritabilele servituţi fiind numai cele stabilite prin „fapta omului”.

Noua reglementare a servituţilor este mult mai nuanţată faţă de cea a Codului civil din 1864[4]. Dincolo de faptul că fostele servituţi naturale şi legale au fost incluse în sfera simplelor limitări ale dreptului de proprietate privată, servitutea propriu-zisă (ca dezmembrământ) a fost definită ca „sarcina care grevează un imobil, pentru uzul sau utilitatea imobilului unui alt proprietar”[5]. Modul de constituire a servituţii este fie prin intermediul unui act juridic, fie prin uzucapiune.

Ca regulă, preluând parţial viziunea vechiului Cod civil, Legea nr. 287/2009 reţine că legea poate limita exercitarea dreptului de proprietate fie din considerente care ţin de interesul privat, fie din considerente care ţin de interesul public[6]. În categoria limitelor aduse dreptului de proprietate, legiuitorul a inclus (dincolo de limitele convenţionale şi judiciare) ceea ce Codul civil din 1864 considera servituţi naturale şi legale, instituind reguli privind protecţia mediului şi buna-vecinătate[7].

Din sfera acestora fac parte noile dispoziţii privind folosirea apelor (curgerea firească[8] sau curgerea provocată[9], cheltuielile pentru irigaţii, obligaţia proprietarului căruia îi prisoseşte apa pentru necesităţile curente de a oferi surplusul proprietarului care nu şi-ar putea procura această resursă decât cu o cheltuială excesivă), picătura streşinii, distanţa şi regimul lucrărilor intermediare cerute pentru anumite construcţii, lucrări şi plantaţii (distanţa minimă în construcţii), dreptul de vedere asupra proprietăţii

---

[1] Bord Mélanie, *op. cit.*, p. 26.
[2] Al.-S. Ciobanu, *op. cit.*, p. 107.
[3] *Idem*.
[4] *Ibidem*, p. 111.
[5] Art. 755 Noul Cod civil.
[6] A se vedea art. 602 alin. (1) din Noul Cod civil, republicat.
[7] Potrivit prevederilor art. 603 din Noul Cod civil, intitulat *Regulile privind protecţia mediului şi buna vecinătate, „*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”.
[8] Art. 604 din Noul Cod civil.
[9] Art. 605 din Noul Cod civil.

vecinului (regimul ferestrei sau al deschiderii în zidul comun[1], distanţa minimă pentru fereastra de vedere, regimul ferestrei de lumină[2]), dreptul de trecere (fosta servitute de trecere pentru proprietarul fondului care nu are acces la calea publică).

Dreptul de trecere are caracter accesoriu al fondului, de care nu poate fi despărţit spre a forma un drept de sine stătător. Ca atare, este lipsită de relevanţă juridică schimbarea titularului dreptului de proprietate saupra terenului ce reprezintă fondul aservit, dreptul de trecere durând cât timp se menţine situaţia din care s-a născut[3]. Art. 617 alin 1 C.civ. vizează imposibilitatea absolută de ieşire la drumul public a celui care reclamă constituirea unui drept de trecere pe terenul proprietatea altei persoane, textul găsindu-şi aplicare în situaţia în care pentru proprietarul fondului dominant nu există nicio ieşire la calea publică.

Prin **Decizia civilă nr 698 din 8 mai 2002 a Curţii de Apel Iaşi**[4], s-a decis că existenţa unei pante înclinate de 60 grade nu constituie un impediment de natură să confere terenului reclamantei calitatea de „loc înfundat" în sensul fostului art. 616 C. civ. din 1864 (corespondentul art. 617 C. civ.), cât timp expertul a stabilit că se poate realiza o cale de acces la drumul public, iar împrejurarea că reclamanta nu are mijloace materiale pentru amenajarea căii de acces la drumul public nu are relevanţă juridică, deoarece caracterul de loc înfundat al terenului nu este dat de lipsa posibilităţilor materiale ale proprietarului pentru a-şi asigura accesul la drumul public.

În plus, tot cu titlul de limite legale este avut în vedere şi dreptul de trecere pentru realizarea şi întreţinerea reţelelor edilitare ce deservesc fonduri învecinate sau din aceeaşi zonă (conducte de apă, gaz, canale, cabluri electrice, subterane sau aeriene, precum şi alte instalaţii sau materiale similare), în acest sens fiind prevederle art. 621 Noul Cod civil. Se apreciază în doctrină însă că includerea dispoziţiilor menţionate în Noul Cod civil este inutilă, din moment ce există legi speciale care reglementează aceste domenii[5].

Ca element de noutate, regăsim posibilitatea de răscumpărare a servituţii de trecere de către proprietarul fondului aservit, în situaţia în care există o disproporţie vădită între utilitatea pe care o procură fondului dominant şi inconvenientele sau deprecierea provocată fondului aservit[6].

Noul Cod civil permite (sub rezerva compatibilităţii) afectarea exercitării dreptului de proprietate publică de orice limite recunoscute pentru dreptul de proprietate privată, în categoria acestora intrând, aşa cum am menţionat anterior, fostele pseudo-servituţi naturale şi legale reglementate de Codul civil din 1864.

Este important de remarcat extinderea principiului analizat şi asupra bunurilor private din domeniul public, de genul bunurilor de patrimoniu cultural[7]. S-a arătat că interdicţia grevării cu servituţi operează şi pentru astfel de bunuri, în scopul de a se

---

[1] Potrivit art. 614 Noul Cod civil, „Nu este permis să se facă fereastră sau deschidere în zidul comun decât cu acordul proprietarilor".

[2] Potrivit art. 616 Noul Cod civil,"Dispoziţiile art. 615 nu exclud dreptul proprietarului de a-şi deschide, fără limită de distanţă, ferestre de lumină dacă sunt astfel construite încât să împiedice vederea spre fondul învecinat".

[3] G. Boroi, L. Stănciulescu*, Instituţii de drept civil în reglementarea Noului cod civil,* Ed. Hamangiu, 2012, p. 26.

[4] Decizie citată în G. Boroi, L. Stănciulescu, *op. cit.*, p. 26.

[5] Al.-S. Ciobanu, *op. cit.*, p. 111.

[6] *Idem*.

[7] *Ibidem*, p. 156.

realiza o protecţie şi conservare adecvate, cu precizarea că sunt admisibile servituţile compatibile cu aceste obiective şi care au fost în mod valabil constituite[1].

După cum rezultă şi din lege, chiar dacă servituţile (în terminologia generică a Legii nr. 213/1998) sau limitele juridice (la care se referă Noul Cod civil) s-au născut înainte de intrarea bunului în sfera domeniului public, în lipsa menţionatei compatibilităţi, ele se vor stinge automat, fără a mai fi nevoie teoretic de vreo decizie în acest sens. În practică însă, se impune emiterea unei decizii administrative care să constate situaţia de fapt, pentru a nu se menţine o stare de incertitudine. Acest act administrativ va putea fi contestat la instanţa judecătorească, de către persoana interesată şi vătămată (beneficiarul servituţii). În baza sa, administraţia va putea trece şi la înlăturarea din oficiu a oricăror instalaţii, semne etc. care au stat la baza exercitării dreptului de servitute[2].

Cât timp destinaţia care trebuie să fie în acord cu uzul sau interesul public nu este periclitată de unele drepturi atribuite terţilor, nu există o problemă în a admite instituirea de servituţi. Dar nu poate fi vorba despre servituţi clasice, astfel cum au fost definite de Codul civil din 1864 şi, recent, în Legea nr. 287/2009, pentru că, într-adevăr, dreptul de proprietate publică nu se poate dezmembra. Ca atare, nu poate fi vorba de un veritabil dezmembrământ, ci, eventual, un drept real special[3], derivat din cel de proprietate publică, sau o simplă limitare a exercitării acestui drept.

Secţiunea a doua. Principiul neindemnizării efectelor servituţilor de urbanism

Actualmente, şi în România, se acordă o atenţie deosebită, la nivel doctrinar şi legislativ, conduitei în materie de urbanism.

Regulile de urbanism vin să limiteze dreptul de proprietate privată şi prerogativele titularilor cu privire la modul de gestionare a bunurilor proprii, sarcinile impuse pe acestă cale fiind calificate ca „servituţi urbanistice". Se apreciază că acestea sunt restricţii de natură administrativă aduse dreptului de proprietate, în scopul satisfacerii unui obiectiv de interes public- o amenajare urbană raţională[4].

Acestea au ca scop asigurarea unei repartizări armonioase a implantaţiilor imobiliare în spaţiul urban ori, mai mult sua mai puţin, de a încadra construcţiilor şi alte forme de utilizare a solului urban astfel încât să se evite disfuncţionalităţile cele mai grave: vărsămintele, distrugerea spaţiilor naturale, amplificarea necontrolată a nevoilor de echipament. Acolo unde regula de urbanism se preocupă de poziţia oconstrucţiilor în spaţiu, de volumul lor, aspectul exterior, regulamentul general de construcţie pe care constructorii trebuie să-l respecte, se asemenea, dar care este exterior reglementăriide urbanism, se preocupă de volumul interior, izolarea fonică, protecţia împotriva infiltraţiilor de apă, rezistenţa materială, pe scurt se preocupă nu de amenajarea spaţiului, ci de însuşi edificiul de construit[5].

Servituţile de urbanism sunt guvernate de principiul neindemnizării efectelor acestora. Servituţile pot afecta direct dreptul de a construi (servituţile *non aedificandi,* cel vizând densitatea şi înălţimea construcţiilor), maniera de a construi (precum cele ce

[1] *Idem*.
[2] *Idem*.
[3] Al.-S. Ciobanu, *op. cit.*, p. 159.
[4] *Ibidem*, p. 160.
[5] M. Duţu, *op. cit.*, p. 166.

derivă din prescripţiile arhitecturale ale planurilor de urbanism) ori, într-o perspectivă mai generală, posibilitatea de a utiliza terenul.

Dreptul continental, în frunte cu cel francez, a consacrat încă din prima jumătate a secolului al XIX-lea principiul neindemnizaţiei efectelor servituţilor de urbanism, acceptat şi în dreptul român. Ca argumente ale consacrării sale se invocă pe de o parte, faptul că urbanismul, ca activitate de interes general, impune suportarea de către cetăţeni a unor atari dezagremente, iar pe de alta, că indemnizarea acestui tip de servituţi ar genera o sarcină financiară şi o creştere a preţurilor rapidă, excesivă şi insuportabilă pentru finanţele publice, astfel încât ar obstacula politicile de urbanism şi ar crea, în acest mod, grave probleme[1].

Se apreciază astfel că particularii nu pot pretinde o reparare a prejudiciului care ar rezulta din stabilirea ori impunerea unei servituţi de urbanism, decât în cazul în care se demonstrează existenţa unui comportament ilegal al Administraţiei.

În jurisprudenţa Curţii Constituţionale a României s-a statuat că „… pentru lipsa de folosinţă a terenurilor proprietate privată amenajate ca spaţii verzi şi/sau prevăzute ca atare în documentaţiile de urbanism, proprietarii sunt îndreptăţiţi să beneficieze de despăgubiri", astfel că „nimic nu împiedică persoana care a suferit un prejudiciu cauzat de interdicţia instituită prin lege să solicite autorităţilor publice locale repararea pagubelor produce, potrivit dreptului comun", ceea ce însemană plasarea problemei pe tărâmul răspunderii civile delictuale, cu consecinţele aferente[2].

Un principiu admis în unele ţări occidentale, precum în Franţa, dar nu şi în România, este acela al independenţei legislaţiilor, în sensul că, în raport cu celelalte reglementări care afectează utilizarea solurilor, regula de urbanism rămâne paralelă. Aceasta înseamnă şi că, dacă un text de lege nu dispune latfel, autorizaţia acordată în baza uneia numite reglementări nu valorează autorizare şi în alt domeniu, chiar şi atunci când între ele există similitudini[3].

În privinţa dreptului urbanismului, principiul îşi găseşte aplicarea în ceea ce priveşte regulile de construcţie, regulile de drept civil şi inclusiv, regulile de drept public. Totuşi, această independenţă este relativă din mai multe raţiuni.

Astfel, chiar dacă, în principiu, regulile de urbanism şi celelalte reglementări privind folosirea terenurilor nu se preocupă de aceleaşi situaţii şi nu au aceleaşi obiective, există unele interferenţe. Exemplul tipic[4] îl constituie cel al servituţilor administratitve care, chiar dacă exterioare regulii de urbanism, se intersectează sub unele aspecte cu cerinţele sale.

Concluzii

În privinţa regimului juridic al domeniului public din România, Legea nr. 213/1998 şi-a dovedit până la un punct utilitatea, ţinând cont de faptul că până în 1998 nu exista o reglementare- cadru în materie, dar, spre deosebire de alte legi „administrative" care au fost modificate de zeci de ori de la data adoptării, unele chiar abrogate şi înlocuite cu acte normative noi, Legea nr. 213/1998 nu a suferit, de la momentul adoptării sale, decât unele completări nesemnificative, fără relevanţă în ceea ce priveşte conturarea clară a regimului juridic aplicabil domeniului public.

---

[1] *Idem*.
[2] *Ibidem*, p. 167.
[3] M. Duţu, *op. cit.*, p. 167.
[4] *Ibidem*, p. 168.

Este adevărat că legiuitorul francez este în permanentă căutare a unor soluţii care să reflecte cât mai bine regimul „domeniului public", dar, spre deosebire de legiuitorul român, în Franţa s-a ajuns la adoptarea unui Cod General al Proprietăţii Persoanelor Publice, succesor al Codului Domeniului Statului, rezultate ale unor reflecţii îndelungate, a practicii judiciare şi, nu în ultimul rând, a doctrinei extrem de active.

Din acest punct de vedere, apreciem că se impune şi în România sistematizarea, în cadrul unui act normativ cu statut superior- un Cod al Urbanismului, a principalelor elemente care formează regimul juridic al domeniului public şi al domeniului privat.

Dacă în reglementarea franceză, regimul domeniului public este de resortul legii (aici intrând şi ordonanţele Guvernului), inalienabilitatea bunurilor publice a fost consacrată expres în Constituţia României. Din acest motiv, în dreptul român inalienabilitatea bunurilor proprietate publică are un caracter de neînlăturat, inclusiv în ceea ce priveşte posibilitatea constituirii unor drepturi reale care să le greveze, astfel încât nici măcar legea organică nu poate deroga.

În materie de servituţi, problematica grevării domeniului public nu este pe deplin clarificată, în ciuda dispoziţiilor din Noul Cod civil. Nici legiuitorul, dar nici doctrina română nu promovează o linie unitară de idei sub acest aspect, deşi Legea nr 213/1998 a încercat să vină cu o soluţie de compromis: nici nu interzicea total, dar nici nu admitea cu mare generozitate astfel de beneficii în favoarea riveranilor proprietăţilor publice.

Pe de altă parte, Legea nr. 287/2009, republicată, permite expres „îngrădirea" exercitării dreptului de proprietate publică prin aşa-numitele „limite legale" (succesoare ale fostelor servituţi naturale şi legale din vechiul Cod civil), dar menţine condiţia compatibilităţii acestora cu afectarea bunului la uzul sau interesul public. Criteriul „compatibilităţii" servituţilor sau limitelor juridice (instituite anterior sau ulterior captării bunurilor în sfera domeniului public) cu destinaţia specială a bunurilor vizate este unul rezonabil, dar nu este suficient pentru a creiona un regim juridic compact şi complet al acestora.

În acest context social şi instituţional, adoptarea în România a unui Cod al Urbanismului ar juca un rol esenţial în clarificarea acelor situaţii care, la momentul actual, sunt ambigue şi ar realiza echilibrul potrivit între opţiunea proprietăţii publice şi interesele private.

Bibliografie:

I. Tratate, cursuri, manuale, monografii

1. Bord Mélanie, *Analyse juridique des formes de propriété et de propriétaires collectifs en Suisse,* Institut de hautes études en administration publique, 2006, Chavannes-près-Renens, 2006;

2. Boroi Gabriel, Stănciulescu Liviu*, Instituţii de drept civil în reglementarea Noului cod civil,* Ed. Hamangiu, 2012;

3. Ciobanu, Alexandru- Sorin, *Aspecte specifice privind regimul domeniului public în România şi în Franţa,* Editura Universul Juridic, Bucureşti, 2012;

4. Ciucă, Valerius M., *Lecţii de drept roman, Vol II*, Editura Polirom, Iaşi, 1999;

5. Duţu, Mircea, *Dreptul urbanismului*, ediţia a V-a, Universul Juridic, Bucureşti, 2010;

6. Molitor, J.P., *La possession, la revendication, la publicienne et les servitudes en droit romain avec l'indication des rapports entre la legislation romain et le droit français,* 2ème edition, Paris, Ed. Ernest Thorin, 1874;

7. Morand- Deviller, Jacqueline, *Droit de l'urbanisme*, Editions ESTEM, Paris, 1996;

8. Wieland Carl, Henry Bovary, *Les droits reels dans le code civil suisse. Traduit et mis au courant par Henry Bovary,* Paris, M. Giard& E. Briere, 1914.

II. Studii, articole, note, comentarii

1. Convers Claude, Directeur- conservateur du Registr foncier du Geneve, *Les servitudes et les charges fonciers,* texte revu et adapté en novembre 2005 par A. –E Fahrni, complété por intégrer les mod du CC au 1.1.2012 par C. Zellweger, conservateur du Registre foncier Jura- Nord vaudois, p.3, document disponibil la adresa: http://www.vd.ch/fileadmin/user_upload/organisation/dfin/sg-dfin/rf/Servitudes_et_charges_ fonci%C3%A8res_ 2012.pdf;

2. Jacques M. Laurent, conseiller référendaire à la Cour de cassation, *Les servitudes dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation,* studiu disponibil la adresa oficială a Curţii de Casaţie franceze, respectiv

http://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2004_173/deuxieme_partie_tudes_documents_176/tudes_diverses_179/recente_cour_6400.html;

3. Yiannopoulos A. N., *Predial Servitudes; General Principles: Louisiana and Comparative Law*, 29 Louisiana Law Review (1968), p. 4, document disponibil la adresa http://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol29/iss1/4.

III. Legislaţie

1. Code de l'Urbanisme, Première Édition, Jurisprudence Générale Dalloz, Rue Soufflot- 75240 Paris Cedex 05, 1977;

2.Codul civil francez, disponibil la adresa:

http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=18534D8C10892AC09A0367CC32196288.tpdjo12v_1?idSectionTA=LEGISCTA000006150126&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20131111;

3. Codul civil elveţian, disponibil la adresa http://www.admin.ch/ch/e/rs/2/210.en.pdf.

Drept european și internațional

The Declining Role of Institutions in the European Integration Process

José Manuel ***SOBRINO HEREDIA****

Abstract: *The European Union has already crossed the border of its sixty-year history, but it does so mired both in uncertainty about its future and the condition of a certain disaffection or indifference on the part of its citizens. The causes of this situation are discussed in this paper, paying special attention to the phenomenon of the loss of institutional density in the process of European integration. In this author's view this situation is a result of an erroneous policy of expanding the EU without deepening its integration. This policy and the weakening of the European institutions are also carrying the withdrawal of the European Latin countries from the heart of Europe.*

Keywords: *International Organizations, European Union, integration, supranational, enlargement, Institutions.*

Summary: Introduction. - A) An idea of Europe: unity within diversity: a) Europe is not a Continent but an idea; b) The new Europe needs a stronger original institutionalization.- B) The disintegration of an idea of Europe: diversity overcomes unity: a) The causes of this inflection; b) The consequences of this inflection.- Final considerations.

Introduction

The European Union has already crossed the border of its sixty-year history but it does so plunged into both uncertainty about its future and the condition of a certain disaffection or indifference on the part of its citizens.

Since the serious 2004-2005 crisis, as a result of the failure of the project of a Treaty which established a Constitution for Europe, the process of integration wanders aimlessly. Neither the fix-up that the Treaty of Lisbon meant (which took two years to be ratified), nor the most recent Treaty of stability, coordination and governance in the 2011 Economic and Monetary Union have been able to channel it.

Certainly, this is not the first crisis, I don't even think the most serious one, but it is the crisis we are now living through. Thanks to diplomacy, the harmony among leaders, the pragmatism of governments and, maybe thanks to the existence of a generation of politicians that understood what it meant the construction of a European integration in

* Professor of Public International Law, Instituto Universitario de Estudios Europeos "Salvador de Madariaga", University of La Coruna, Spain.

such a punished for civil wars and fratricidal confrontations continent, we got over the previous crisis, such as the failure of the European Community of defense in the fifties, the represented by the empty chair of France in the Council of the sixties, or the *non nato* Treaty of the European Union, projected by the European Parliament in the eighties.

Sixty years of peace and economic prosperity-even in periods of economic recession (the UE is not only the first economy in the world but also the first commercial power in the planet)-, may have softened the wills, fossilized the conducts and weakened a society such as the European one that, although is not anymore the centre of the world for a long time, continues to occupy, however, a prominent position in the world, placing itself at the vanguard of culture and knowledge as well as of the social and human progress in the international society.

Yet the truth is that the self-image Europe shows nowadays is not that of the old Europe, in the sense of the wisdom and experience the years provide, but in the sense of decadence and a certain disappointment that seems to have damaged it.

What's the reason for that? Is it due to the economic and financial problems that are affecting it? Or is it due to the loss of institutionalization of the process European construction? In my opinion, it's a combination of both, but, no doubt the second phenomenon is the most serious one as it affects the own essence of the idea of Europe that has been shaped since the last century fifties.

In order to develop this opinion, I will focus on the idea of Europe (A), in the first part of my exposition, to examine, in the second one, the causes and the consequences of the disintegration of a certain idea of Europe (B).

A. An Idea of Europe: Unity within Diversity

a) Europe is not a continent but an idea

Contrary to the rest of the continents, which have an evident physical base, Europe lacks a foundation since it is just a peninsula of the Asian continent. However, centuries ago, the root of an idea, a culture and a civilization sprang in this peninsula. Europe is, as Salvador de Madariaga said, a civilization in motion. Its limits are not geographical, but respectful to the human rights and the rule of law, encouraged by a common history, a shared thought (mainly sustained in the Greek philosophy, by the Roman law, the Enlightenment and Christianity) and some values which have progressively led to the emergence of a series of movements in favor of the integration of the European peoples, nations and citizens.

There have been manifestations of this idea in all the historical moments of the European civilization: in the Ancient Greek world, in the Latinity, in the Romanesque, in the Gothic, in the Baroque, in the Enlightenment, in the Modernism. Certainly, there have always been men and women who, as Jean Monnet claimed in 1952, looked for a Europe that went beyond an alliance among states and pursued a union of people.

The loss of attention of Europe in the international society as a consequence of the two World Wars –civil wars for Europe-, that so dramatically affected it, made this idea gain ground, consolidating projects, conferences and movements directed to demand new, strong institutions, common to a new Europe.

b) The new Europe needs a stronger original institutionalization

Therefore, there is a demand for a new and greater institutionalization in the origin of the European construction. That coincides historically with a new phenomenon in the international society: the emergence of a recent model of institutionalized cooperation among states. I'm making reference to the International Organizations.

That was precisely the model chosen by Thinkers of the new Europe to implement it: to create a new International Organization, based on the already existing models going beyond a simple cooperation though. For this purpose, they introduced two new concepts in the legal language, which have been commonly used since then: integration and supranationality.

The content of these expressions was an still is, legally and politically revolutionary: to manage that all states (anchored in the idea of absolute sovereignty) wanted to become members of this Organization, accepted to attribute the exercise of sovereign competences to the Institutions with whom the Organizations were provided, which were also described with a new expression: Communities.

The shape of this idea was not immediate but progressive, anchored in the functionalist doctrine of the concrete attainments and little steps, stated by the tandem Schuman-Monnet in Paris, and accepted by Adenauer in Bonn. It gave rise to a tacit Franco-German alliance which was -no longer- the dorsal spine of this new political-institutional being for years, being that grew in Europe.

Thus, as regards Spain, this new legal-political reality notably marked a lot of Spanish people from that generation, who saw the promise land of democracy and human rights in this process of integration. Two distinguished internationalists, Truyol Serra and Diez de Velasco, quickly started to spread the goodness of this process in my country, creating the first European centre of studies in Spain.

The idea of Europe that was transmitted at that time was not merely economic and commercial; it was mainly a political idea. It was not a common market what was being built in Europe. The objective was the unity of Europe. The common market – as it is happening now with the internal market- was a simple instrument, the same as the defense of the free competition or the European policies.

A new legal legislation, neither internal nor international, was being built to use those instruments, in order to approach that idea. This legislation has been evolving and growing rich and it changed that Economic Community into a real Community of Law, based on a highly advanced normative and institutional structure, both strengthened and deepened thanks to more than twenty thousand legal resolutions by European tribunals.

The idea of a legal framework provided with a strong institutionalization didn't stop prevailing in the European construction for years, with some ups and downs though. Some European responsible were not unaware of it, I think now, among others the great pro-European leader Jacques Delors or the Member of the European Parliament Altiero Spinnelli; the former a facilitator of the transition from the common market to the internal market, the latter alma mater of a way ahead project of the Treaty of the European Union.

It was to such a politically, institutionally, economically and legally dynamic Europe, that the Iberian countries adhere in 1985. And it is since 1986, that we share this experience with an increasingly higher number of states, that will become twenty eighty, for now.

When we Spanish people joined the European Communities, we joined some International Organizations in the process of integration, provided with a strong

institutionalization, held by some well organized and hierarchical powerful Napoleonic-continental administrations, with some transparent and democratic personal selective processes and some well designed administrative careers. A generation of Spanish people was settling in to occupy various posts of responsibility in the European administration.

Throughout all those years -I insist, with several ups and downs-the idea of Europe, the idea of the construction of Europe, was so strong that it was able to integrate the evident diversity of countries, cultures and citizens which form the European mosaic, making the appearance of the proximity community policies, the creation of the European citizenship, the policies of economic and social solidarity and cohesion, and the developing of both students and teachers mobility and interchanges in the European area, such as the Erasmus and Leonardo da Vinci programs or the Jean Monnet actions possible. It looked as if an opinion reached an agreement in the European society: the need for more Europe. And that situation was considered a referent in Latin America, southern Asia and Africa, which hastened to copy, with varying success, this model.

This progress was achieved by means of pacific, democratic and respectful to the diversity in Europe procedures. This process has not been definitely linear but the result of multiple diplomatic negotiations not lacking political pressures, economic lobby actions or nationalist rejections. Nevertheless, it has been progressing, until once again, old hidden ambitions and tensions in an economically globalized and politically worldwide context, seem to have both paralyzed and questioned it: diversity overcomes unity.

B. The Desintegration of an Idea of Europe: Diversity Overcomes Unity

In my opinion, the moment of inflection in the process of European integration, takes place in the last century mid eighties, just when Spain accesses it.

Narrating this process would make my exposition too wordy, so I will just remark its causes and consequences, to open, thus a framework for discussion and debate.

a) The causes of this inflection

The first cause from my point of view - and is not exclusively European-, is due to the quick transformation of the international society, which went from being a bipolar society affected by the east-west tension- on which the European Communities were built- to a multipolar society, corrected by the presence of new and old hegemonies and a slipping towards the old-fashioned government of the Great Powers and the system of Alliances.

This is materialized in Europe with the fall of the iron curtain and the reconstruction of Germany.

The German reconstruction, facilitated by the entente Kohl-Mitterrand-Gorbachov, has marked a milestone in the European integration. The interlocutor is no longer Bonn but Berlin, no longer the kind Renish city but the vertex of the German empires. From that moment, I believe that the Franco-German axis has started to lose essence; the essence it has gained the search of Germany for what it was its imperial area, deprived of either Franco-Prussian or world wars, deprived of weapons, but provided with the economy and the currency (the euro). There has been, without a doubt, in the reconstruction of this zone, notable victims, being the first and most dramatic one for

me the destruction of Yugoslavia, or the least dramatic but significant of Czechoslovakia. Now, Slovenia, Croatia or the Czech Republic, orbit in this space.

The fall of the iron curtain showed the European people, the other European people that curtain hid, in the middle of the process transforming the European Community into the European Union. This process has been more painful than successful, as since the failure of the Project of the Treaty of the European Union by the European Parliament, passing the Single European Act, reaching the Treaty of the European Union, and its difficult processes of ratification which have been taking it from Maastricht to Niza, passing through Amsterdam to reach Lisbon, the idea of Europe has been disintegrating, losing density and complicating its understanding.

There is an evident cause at the bottom of this question: to the dilemma to deepen or to expand, the answer has been emphatically to expand. And here it is, I think, the second reason for the inflection of the process. The United Kingdom (without excluding Germany) has special prominence (and responsibility) in this reason. We must not forget history: when the European Communities were created, the United Kingdom was invited to this adventure but it declined to participate and it bet for another model of international cooperation: the European Free Trade Association (the EFTA), to which a good deal of those countries that now - as current members of the EU-ask for less Europe and more "effectiveness", such as Denmark, Sweden, Finland, Austria…were incorporated. The United Kingdom at that time, and I would say always, has bet for a quite minor institutionalization, an association of States anchored in the economic and commercial, that is in a space of free trade or internal market. The European politics (with capital letters) disturbs it.

Obviously, this approach penalizes the proximity community policies, undermines the space of freedom, security and justice, and makes the Common Foreign and Security Policy insignificant. The effect is radical as it moves away the citizen from the European construction.

Expansion without depth is introducing mines that will sooner or later explode in the European policies and in the European institutionalization itself. How is it possible to manage both community and intergovernmental institutions, thought for six states, that must now answer to the presence and demanding of twenty eight states? Those states, after having undergone a long and traumatic non democratic experience, are moving with difficulty towards a democracy *in status nascendi,* eroded by unfortunate situations of xenophobia, nationalism and corruption.

This British stance is also reflected on its battle against the European institutionalization, both on its own and together with its allies, not only introducing in the European institutions, low political profile personalities, or, what's even worse, qualified euro skeptics increasingly abundant in the ranks of their political parties or that have given birth to new clearly anti-European political parties (UKIP), which will encourage the next European Parliament, and will throw fire to the Referendum announced for 2017; but also acting more subtly, criticizing and harassing, on its own or together with their allies, the European administration, belittling it as a colossal, ineffective and not very agile one.

For this purpose, it has counted on important supports, particularly for me, that one coming from the unfortunate presidency of Romano Prodi, as well as the weak and pale presidency of Jose Manuel Durao Barroso, which have radically and without transition changed from the model of Napoleonic and continental administration, to the Anglo-Saxon model, deteriorating or paralyzing thus, the selection system of the body of civil

servant by means of public examinations, facilitating the entry to the system of both hired and temporary agents. The tactic for such a procedure seems to be the efficiency, the agility and the fight against the eurocracy. However, in my view, the result is the confusion, the loss of essence and especially of independence. Clearly, it is easier to persuade an agent that depends on a contract than a career civil servant who enjoys a considerable scope of independence.

b) The consequences of this inflection

The first one is the loss of the Franco-German axis. This fact is translated into a shift from a European Germany to a German Europe.

The second one has to do with the bet for the expansion instead of the depth, which has been an endless bustle of treaties subject to complex ratifications, with ad hoc negotiations, and an evident loss of the process direction and a serious deinstitutionalization of it.

The just mentioned deinstitutionalization would be the third consequence, leading up to make use of direct negotiations among Heads of State or Government parallel mechanisms, neither community or European, negotiations marked not by their belonging to the Union, but for more current economic and political affinities. This fact provokes the resulting loss of attention of those who should be the real European protagonists: the European President, the Commission President and the Parliament President.

The deinstitutionalization, benefited by the British and their associates, may lead up to an eligible Europe "from a menu", which would be the fourth consequence. This on eligible Europe would take us back to a politics of alliances accompanied by the strengthening of hegemonic regional powers. Therefore, if we hold up a mirror and compare, if the confrontation Pacific Alliance against UNASUR is raising the expectations of the regional hegemony in Latin America: Brazil; in Europe, maybe the confrontation dynamism between regional spaces: EFTA (resurrected or similar to a EEE) against the UE, would give hope to the expansion of our regional hegemony: Germany (detrimental to the European institutions).

The next outcome of the deinstitutionalization, and fifth consequence of the disintegration of the idea of Europe, is the disappearance of the international forums and fronts of the real European interlocutors: High Representative, the Commission and the Council Presidents, responsible Commissionaires …And the result of it all: Europe is not there! (Kosovo, Georgia, Libya, Syria, Mali, Crimea… part of an endless list)

Another negative effect of the loss of institutionalization this new vision of Europe involves, and the sixth consequence that I will next outline, is the destruction of the European administration. There is no longer an administrative career (and this is an identifying element of the modern International Organizations). The European civil servants have become some uncomfortable characters; agents and hired staff are now preferable. English has become the working language and almost the exclusive language- except in some institutions where it offers heroic resistance, as in the European Court of Justice. English, the language of trade and business, has noticeably put French away, diplomatic and legal language, favouring a kind of organizational model (a model of thought as well).

The seventh and last quite serious consequence has its origin in the deterioration of those community policies which have more visualizations and repercussions on the European citizens, not only excluding them from the process but also making them lose interest about it.

This leads to the stereotyped image in which Europe does not belong to the citizens depicting it as a faraway reality favorable for the business of bankers and traders, insensitive to the problems that shake the European society. In relation to this, there are plenty of European media which do not stop transmitting and repeating that the only way out for the European standstill is not more Europe but more economy, when the fact is that Europe is much more a currency and a financial system needing not only economy, but more and better politics.

Final Considerations

The European Union we are now in, does not have a lot in common with that Europe some Europeans tried to build on the solid institutions provided with supranational competences, in order to overcome the post war social and economic crisis and to supply the confronted old European nations with a common objective: to walk towards a narrower union among the European peoples.

The expansion without depth has led to the dilution and this dilution to the disillusion. Both consequences are desired, due to different reasons, for two big European members. On the one hand, it seems that the United Kingdom and its Baltic and Nordic allies want to resurrect the almost late EFTA or a light European economic space. On the other hand, Germany does not need to be Europe in order to be Germany anymore, and it searches for (succeeding) rebuilding its imperial area, also helped by its more or less convinced allies: Austria, Slovenia, Croatia, the Czech Republic, Slovakia, the European Central Bank and the Euro.

And it is in this scenario, where we Latin people and assimilated remain. Because we do remain since we continue being an important part of Europe, the one that represents more than two hundred million Europeans who, daily communicate in Latin languages. Shared languages, values and cultures that are losing ground in the current Europe, where the old stereotypes come out again: the indolent and corrupt south abuses the upright and industrious north.

All this, provokes an evident unease in the southern citizens, and why not saying it, a discouraging complex too. How much is left of that emblem “unity in diversity”, which was the source of so much talk during the European Convention about the future in Europe?

I would like to bring this complex, to conclude, to my domain, the university, as I think havoc is being played particularly with it. Our academic responsible people, no matter their sign or colour, have overnight woken up in a new and luminous world where disregarding our, it seems, Latin, Napoleonic and Enlightened aged universities. And from this despise, we teachers and students are being directed towards the sacrosanct Anglo Saxon model, as if there were just a unique and valid model for Universities all over the world (a unique thought only accessible through a unique model).

Underestimating, that way, the University as a formative nucleus, and praising it as a centre of employment instead, leaves the values of education aside to be substituted by those of business. Therefore, the so-called European Higher Education Area, which is illogically named after one of the most renowned European universities, the Bolonia University, is in fact and after all an area of the Anglo Saxon Higher Education model for Europe. This leads, in my opinion, to a serious deterioration of the European cultural diversity, distinct and undeniable sign of our European civilization.

At this point, to end up, my conclusion would be: if the German recover their imperial area, if the British resurrect the EFTA (or something similar), why not we Latin people revitalize our suspended and for me nostalgic Latin Union? And from our Latinity and from the reinforcement of our values and of our culture, to be able to act and contribute to a more plural and united Europe. Because in moments such as the current ones, the only way out left is Europe and more Europe, supported by a solid and independent institutional structure, more present in our daily life.

Bibliography

ALDECOA LUZARRAGA, F., SOBRINO HEREDIA, J.M. e.a. (Coords.): *Los Tratados de Roma en su cincuenta aniversario*. Perspectivas desde la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2008.

BOGDANDY, A. von y SHILL, S.: "Overcoming absolute primacy: respect for national identity under the Lisbon Treaty", *CMLR*, (48), 2011. Pp. 1417-1457.

CHALTIEL, FL: "Les coopérations renforcées annoncées: enfin ou fin ? », *RMCUE*, nº554, 2012, pp. 5 ss.

DASWOOD, A.: « The relationship beween the Member States and the European Community/European Union », *A Review of forty years of Community Law*, Ed. Kluwer, 2005, The Hague, pp. 37 ss.

DIEZ DE VELASCO, M. (SOBRINO HEREDIA, J.M. Coord.): *Las organizaciones internacionales*, 16 ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2010.

EDITORIAL COMMENTS: "Enhanced cooperation: A Union à taille réduite or à porte tournante?, *CMLR*, 2011-2, pp. 317-327.

JACQUÉ, J-P.: « Le débat sur une Europe à deux vitesses relancé », *RTDE*, 2011-4, pp. 685-687.

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (Coord.): *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*, Ed. IUSTEL, Madrid, 2008.

NEFRAMI, E.: "Le principe de coopération loyale comme fondement identitaire de l'Union européenne », *RMCUE*, nº 556, 2012, pp. 197-203.

RIDEAU, J.: *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, Ed. LGDJ, Paris, 2010.

SCHUÜTZE, R.: "On federal Ground: The European Union as an (Inter)national Phenomeno", *CMLR*, 2009-4, pp. 1069-1105

SOBRINO HEREDIA, J.M. (Dir.), GARCÍA SEGURA, C., MARTINEZ CAPDEVILA, C. y PALAO MORENO, G. (Coords.): *El desarrollo del Tratado de Lisboa. Balance de la Presidencia española*, Colección Escuela Diplomática, Madrid, 2011.

SOBRINO HEREDIA, J.M.: "El Tratado de Lisboa o la capacidad de la Unión Europea de reinventarse constantemente", *Revista General de Derecho Comunitario*, Ed. Iustel, Madrid, 2009.

SOBRINO HEREDIA, J.M.: "La actualidad de las aportaciones de Salvador de Madariaga a la idea de Europa", *AFDUDC*, vol. 7, 2003, pp. 759-775.

SNELL, J.: "European constitutional settlement", an ever-closer unión, and the Treaty of Lisbon: Democracy o relevance? *ELR*, 33 (5), 2008, pp. 619 ss.

TRUYOL SERRA, A.: *La integración europea. Análisis histórico-institucional*. Ed. Tecnos, Madrdi, 1999.

The Arrival of Romanian Cases before the Court of Justice of the European Union

Gabriela A. ***OANȚĂ****

Abstract: *The European Union's juditial system is formed by the Court of Justice, the General Court and the specialized courts. As a European Union's Member State, Romania is one of the beneficiaries of this judicial system. The judicial practice of the Court of Luxembourg shows how, during the seven years of Romania's membership to the European Union, this State has participated in various cases as both claimant and defendant – either individually or jointly with other European Union's Member States - ; or Romanian private individual (natural or legal persons) have come to the Court of Justice of the European Union; or the Romanian national courts have raised preliminary ruling to the Court of Justice of the European Union concerning the interpretation of the European Union law or on the validity of acts adopted by the European Union's institutions. In order to examine the relationship between Romania and the Court of Justice of the European Union since this State has adhered to this international organization, the present paper will be divided into two main parts: in the First Part, we will briefly address an approach to the types of competences of the Court of Luxembourg from which Romania could benefit as a Member State of this organization. And we will devote the Second Part of this paper to a study of the jurisprudence that already exists starting 2007 regarding Romania.*

Key words: *Romania; European Union; Judicial system; Court of Justice of the European Union; Actions.*

I. Introduction

The Court of Justice of the European Union (CJEU) represents one of the seven institutions of the European Union (EU) that, according to Article 13(1) TEU, form the current institutional framework of the Union.[1] It is composed of the Court of Justice (CJ), the General Court (GC) and the specialized courts.[2]

Since its creation in 1952, the CJEU has had the aim to guarantee *"the respect of law in the interpretation and application"* of the Treaties that form the EU primary law. For this purpose, it has closely collaborated with the courts of the Member States, making the uniform application of the Union law possible for all the Member States of the EU. According to the provisions of Article 19 TEU, within the framework of this mission, the CJEU controls the legality of the acts of the EU institutions, looks out of

* Associate professor of public international law and international relations. University of A Coruña (Spain).

[1] Throughout this paper we will use the terminology established in the Treaty of Lisbon to make reference to the activity of the Court of Luxembourg made since 1952 when it was created as a court of the European Coal and Steel Community (ECSC), and not only to the activity of this Court since the entry into force of this Treaty on 1 December 2009.

[2] See Article 19(1) TEU. The Civil Service Tribunal is the only specialized court created by the EU till now.

the fact that the Member States respect the obligations established in the Treaties and it also interprets the EU law at the request of the national judges. These functions of the Court of Luxembourg manifest themselves in: guaranteeing the respect of the distribution of competences not only between the EU and its Member States, but also among the institutions; ensuring the uniformity and coherence of the UE law; safeguarding the identity and integrity of the legal system of the Union; identifying the lawsuits in which may be part the Member States, the numbered institutions in the Article 13(1) TEU, private individuals and companies; its obligatory and exclusive jurisdiction in the scope of its competences; the imposition of its decisions not only to the Member States, but also to the Union institutions and the private individuals.

This guarantor task of the law in the framework of the EU is supported by more than 28,000 judicial decisions made by the CJEU in its more than sixty years of existence.[1] Every year, both the CJ and the GC deal with half a thousand new cases, and, in general, it takes them an average of a year and a half to publish their judicial decision. This period is less than two months for accelerated and urgent procedures (procedimientos acelerados y de urgencia) that can be applied to both the direct and cassation actions or to preliminary rulings.[2]

The judicial practice of the Court of Luxembourg shows how, during the nearly seven years and a half of the membership of Romania to the EU (membresía de Rumanía a la Unión Europea), this State has taken part in different cases not only as applicant but also as defendant – either on its own or together with other Member States of the Union – or private individuals (natural or legal persons) with Romanian nationality have resorted to the CJEU or the Romanian courts (instancias judiciales rumanas) have proposed preliminary rulings on the interpretation of the EU law or of the validity of the acts adopted by the institutions of the Union to this Court. In order to examine the relationship of Romania with the CJEU since the moment it adhered to this International Organization, we will divide our work into two main parts. Thus, in the *First Part*, we will briefly make an approach to the kinds of competences of the CJEU that Romania would benefit from as an EU Member State. This way, in the *Second Part* we could go deep into the study of the already existing jurisprudence of this Court as regards Romania.

II. An approach to the jurisdictional system of the European Union

It is worth noting, to start with, that the CJEU constitutes an only court, with competences in three instances, namely: the CJ (high instance), the GC (intermediate instance) – created in 1989, sharing some jurisdictional competences with the CJ – and the specialised courts (low instance) – the Civil Service Tribunal (CST) has been created in 2005 -.

It is the national judges of the Member States who carry out most of the jurisdictional control on the interpretation and applications of the EU rules. The CJEU only deals with those competences that have been specifically assigned to it by the treaties. Four different procedures may be developed facing the CJEU: the contentious procedure, the preliminary procedure, the cassation procedure and the advisory procedure. All the disputes that may be started in the framework of these procedures

[1] Data available in "CURIA Court of Justice of the European Union. Annual report 2012", Luxembourg, 2013, pp. 113-114. See http://www.curia.europa.eu.

[2] *Ibidem*, p. 108.

interact and complement each other in order to form the jurisdictional control system of the EU, which ensures the effective judicial protection of individuals.[1]

Therefore, first of all, as far as the contentious procedure is concerned, it is worth noting that, according to Articles 258 and 259 of the TFEU, the CJEU is entrusted with the infringments proceedings that may be brought by either the European Commission or by a Member State of the control of the Union law infringements by the Member States. Besides, the CJEU is responsible for the control of legality of the activity or inactivity of the Union institutions and bodies, on the basis of the actions for annulment (Articles 263 and 275 of the TFEU); the complaints for failure to act (Article 265 TFEU); the exception of illegality (Article 277 TFEU) – in this case in the framework of a procedure facing the CJ or the GC, usually being an action for annulment -, and the control of the acts adopted by virtue of Article 7 TEU (Article 269 TFEU).[2] Additionally, it will be the CJEU the one that will confirm either the existence or the lack of non contractual responsibility of the Union by means of an action for damages (Article 268 TFEU), and it will also take responsibility for the actions by the EU staff (Article 270 TFEU).

Secondly, regarding the preliminary ruling, the CJEU has competences, according to the provisions of Article 267 TFEU, not only to rule on the preliminary remissions set out by the national judge in relation to the preliminary interpretation of the Union law, but also to do a preliminary examination of the Union Institutions acts validity. Related to this fact, it is worth emphasising that whenever a question about the interpretation and validity of the EU law is brought up before the courts of the Member States, the aforesaid body could or will have to ask the CJ to rule on it. In relation to these provisions, it has to be mentioned that any court of a State has discretional nature when subjecting that question to the Court of Luxembourg, but it will have to do it when it is a judge or tribunal against whose decision there is not possible appeal before a national higher court. The interpretation offered by the CJ will be binding not only on the national court that made use of that procedure, which will have to apply it to the main dispute, but also on the rest of national jurisdictional bodies that go through a similar problem. This way, the EU tries to ensure an effective and homogeneous application of its legislation, avoiding any divergent interpretation of it, and controlling the validity of an act of the Union law as well.

Thirdly, it is worth mentioning that the CJEU has jurisdiction to deal with the procedures for cassation initiated against the resolutions of the GC (Article 256 TFEU; Article 56 of the Statute of the CJEU), and also with the review of decisions of the GC (Article 62 of the Statute of the CJEU). It will only be able to rule on the questions of law, *"in the conditions and within the limits set by the Statute"* of the GC.

Finally, we must make reference to the advisory procedure of the CJEU. This procedure deals with the control of the legality of the international treaties and is reflected in advisoty opinions (Article 218(11) TFEU). It is a preventive control, which

[1] See Mangas Martín, A.; Liñán Nogueras, D. J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Ed. Tecnos, Madrid, 6th ed., 2010, p. 440.

[2] On this assumption, it would be a serious violation by the Member State of the pointed values in Article 2 TEU, that is of those fundamental values upon which the Union relies and which are common to all its States, namely: the respect for human dignity, freedom, democracy, equality, the rule of law, and respect for human rights, including the rights of persons belonging to minorities in each of the Member States.

tries to avoid difficulties not only in the field of the Union itself, but also in that of the international relations that may cause damage to all the applicant parts[1].

In general, the system of appeals grants a privilege to the active legitimization of the Member States and the EU institutions, and the right to direct access of the persons (natural and legal) to the CJEU is quite restricted.[2] Moreover, the CJEU does not foresee a specific resource for the protection of the human rights and fundamental freedoms in case of eventual infringements imputable to the EU institutions. The protection of fundamental rights must be done by means of an action for annulment or a preliminary ruling of validity, but in the second case, the action depends to a large extent on the national court.[3] The Lisbon Treaty has introduced some specific improvements regarding the conditions of access for nature and legal persons to the EU courts, but it did not manage to create a new kind of action specifically for the legal protection of the fundamental rights before the CJEU.[4]

In addition, a citizen cannot bring an action against another person (nature or legal) or against a Member State before the EU courts. However, he is entitled to appeal to the GC either a decision adopted by an EU institution – as long as he can prove that he is the addressee of the decision (that is, the person towards whom that decision is directed) or be directly and individually affected by that action – or against the regulations that may affect him directly not including enforcement measures –not needing to prove, now, the existence of individual affectation, and if there was not direct affectation, the actionable should have to try the preliminary ruling before the national court in order to contest those particular acts.[5]

III. A panorama for the Romanian cases brought before the Court of Justice of the European Union

The condition of Romania as an EU Member State involves, among other questions, an attribution of the exercise of jurisdictional competences in favour of the CJEU. Following the Artcle 19 (1) TEU, *"Member States shall provide remedies sufficient to ensure effective legal protection in the fields covered by Union law"*.

---

[1] In this sense, see Opinion 1/75 of 11 November 1975. If the opinion was negative, the draft agreement could be abandoned (Opinion 2/94), the celebration of the international agreement must comply with the provisions of the Treaty in the sense interpreted by the Court (Opinion 1/94), the content of the agreement in question could be renegotiated to eliminate the incompatibilities found by the Court (in relation to the Agreement on the European Economic Area; Opinions 1/91 and 1/92) or the constitutive Treaty will be revised by means of the proceeding established by Article 48 TEU in order to eliminate the causes of incompatibility. On the doctrinal contributions about the advisory procedure before the CJEU, see Sobrino Heredia, J. M., "La actividad consultiva del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas" in Badía Martí, A. M.; Pigrau I Solé, A.; Olesti Rayo, A. (coords.), *Derecho internacional y comunitario ante los retos de nuestro tiempo. Homenaje a la profesora Victoria Abellán Honrubia*, vol. 2, 2009, pp. 1259-1274.

[2] Abellán Honrubia, V.; Vilà Costa, B. (dirs.); Olesti Rayo, A. (coord.), *Lecciones de Derecho Comunitario Europeo*, 6th ed., Ed. Ariel, Barcelona, 2011, p. 180.

[3] *Ibidem.*

[4] *Ibidem*, pp. 180-181. For a detailed overview on the novelties of the Lisbon Treaty regarding the CJEU, see Alonso García, R., "Lisboa y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea", Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional / Working Papers on European Law and Regional Integration, WP IDEIR nº 1, 2010, pp. 1-30.

[5] Article 263(4) TFEU. See Abellán Honrubia, V.; Vilà Costa, B. (dirs.); Olesti Rayo, A. (coord.), *op. cit.*, pp. 190-191.

The accession of Romania to the EU[1] has also caused, that from the 1 January 2007, a large number of cases coming from this State will be brought before the CJEU. During this period, on the one hand, Romania has participated in different cases either as applicant or defendant, both individually and together with other EU Member States. And, on the other hand, the persons (natural or legal) with Romanian nationality have equally resorted to the CJEU, or even the Romanian judicial authorities have started preliminary petitions to the Court of Luxembourg about the interpretation of the EU law or about the validity of the acts adopted by the institutions and bodies of the Union. That is why we have considered convenient to divide this part of our paper into two different sections: *firstly*, we will make reference to those cases of the CJEU in which Romania, as an EU Member State, appears as either applicant or defendant, as the main party of a case or as intervener party; and, *secondly*, we will give an overview of those CJEU cases in which Romanian persons (natural or legal) have participated or are participating.

1. The presence of Romania in the cases of the Court of Justice of the European Union in its condition of a Member State of the European Union

During the period between the 1 January 2007 and the 1 April 2014, Romania has participated or is participating as applicant or as defendant in twenty four already finished or still awaiting before the CJEU cases. In two of these cases, it has acted or is acting as applicant party, in the remaining twenty two as defendant, five of which brought to the CJ and nineteen to the GC. The expedited procedure under the provisions of Article 76 *bis* of the Rules of Procedure of the GC[2] has been used twice by the GC.[3] As regards the system of actions, Romania has made or is making use of its active and passive legitimization, recognized by the EU primary law, it is worth pointing out that we are talking about three Treaty infringement proceedings brought before the CJ, ten actions for annulment, seven applications for benefiting of legal aid, two cassation actions and two actions for damages.

First of all, concerning the *Treaty infringements proceedings*, we would like to mention that, so far, the European Commission has instituted an action against Romania in the CJ in three occasions according to the provisions of Article 258 TFEU. The European Commission has considered that this State failed to fulfil some of the EU law provisions. In the first one – initiated on 15 December 2009 – Romania was accused of not having fulfilled the involving obligations under some of the articles of the Council Directive 79/409/EEC,[4] dealing with the conservation of wild birds. It was considered that had not described sufficiently not only the number but also the surface of the

[1] For a general presentation of the accession of Romania to this international organization, see, amongst others: Oanta. G. A., "Rumanía y Bulgaria en la Unión Europea: de la adhesión a la integración", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 29, 2008, pp. 91-132; Papadimitriou, D.; Phinnemore, D., "Romania – Uneven Europeanization" in Bulmer, S.; Lequesne, C. (eds.), *The Member States of the European Union*, 2nd ed., Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 236-258.

[2] The Rules of Procedure of the Court of First Instance of the European Communities was adopted on 2 May 1991 (OJ L 136 of 30.05.1991, p. 1, and OJ L 317 of 19.11.1991, p. 34 (corrigenda)) and modified in many occasions since then. The recentes amendments of the Rules of Procedure of the, at present, General Court were made on 19 June 2013 (OJ L 173 of 26.06.2013, p. 66).

[3] It is about the following cases: *Suriscom/Romania and others*, T-286/12, and *Pranacat Managment/Romania and others*, T- 289/12.

[4] OJ L 103, p. 1; EE 5/02, p. 125.

special protection areas in order to guarantee a suitable protection for all the enumerated species of birds in the Annex I of this Directive and also of those migratory birds that do not figure in the foresaid Annex.[1] The CJ ruled on its judgement of 14 April 2011 that this action was inadmissible and the applicant was ordered to pay the costs. This Court considered, on the one hand, that the letter of formal notice presented by the European Commission on 23 October 2007 had not fully identified the breach that eventually reproached to Romania in the reasoned opinion referring to the breach of the dispositions of the Directive 79/409/EEC. On the other hand, this Court found that the prior administrative procedure started by the Commission had not carried out "its aim of guaranteeing the right of the applicant Member State to present its observations against the imputations formulated by the Commission".[2] This procedure is considered an essential guarantee provided by the CJEU, as the CJ stated in repeated occasions.[3]

In the other infringement proceedings brought before the CJ by the European Commission against Romania on 17 July 2013,[4] it has been requested to be ruled, firstly, that this Member State failed to fulfil some of the provisions of the Directives 2009/72/EC and 2009/73/EC, of the European Parliament and Council, dealing with the common rules for the internal market of electricity and natural gas, respectively, as it did not transposed some of the provisions of these two Directives into the national law, before the 3 March 2011. And secondly, this institution asked Romania to be condemned, according to the provisions of Article 260(3) TFEU, to pay 30,228.48 euro fine for each day of delay since the date in which the judgement was passed in these actions as a consequence of the non information of all the transposition measures of the mentioned Directives. Nowadays, the opinion of the CJ in relation to these questions set out in these two infringement proceedings is waiting to be known.

In relation to the Treaty infringement proceedings, it is interesting to mention that Romania is one of the EU Member States which has been object of such a direct action in fewer occasions during the period 2008-2012. For instance, either Lithuania or Latvia are in the same position like Romania.[5] Concurrently, fewer Treaty infringement proceedings were brought against Romania that in the case of Bulgaria – only in 2012, the European Commission brought three actions of this type against Bulgaria before the CJ. Nevertheless, we consider that this situation does not mean that during this period Romania has not violated the EU law. According to the 30th annual report about the monitoring and the application of the EU law in the Member States presented by the Commission, at the end of the year 2012 Romania had 44 open files for breaches of the EU law by the Commission – putting itself in the position nº 16 of the 27 Member States at that time -, 30 of which had been initiated in 2012.[6] Of all the 44 files, we have seen that, so far, two Treaty infringement proceedings brought by the European

[1] *European Commission/Romania*, C-522/09.

[2] Judgment of the Court of 14 April 2011, *European Commission/Romania*, C-522/09, *Rec.* 2011, p. i-2963. See above all points 15, 16 and 20.

[3] See, amongst others: judgment of the Court of 15 December 1982, *European Commission/Denmark*, 211/81, *Rec.* 1982, p. 4547, point 9; judgment of the Court of 7 July 2005, *European Commission/Austria*, C-147/03, *Rec.* 2005, p. i-5969, point 22.

[4] *Commission/Romania*, C-405/13; *Commission/Romania*, C-406/13.

[5] See "CURIA Court of Justice of …", *op. cit.*, p. 96-97.

[6] SWD (2013) 432 final: *Commission Staff Working Document accompanying the document "Report from the Commission: 30th Annual Report on Monitoring the Application of EU Law (2012)", Part I*, Brussels, 22.10.2013, p. 56. According to the data used by the European Commission, in 2012 Romania breached the EU law in less occasions than in 2011 (47) and in more occasions than in 2010 (36).

Commission have been formalised on the basis of Article 258 TFEU and this number may be increased in the near future.

Besides, the breaches of the EU law by Romania that later did not been object of an action for infringement have also been subsequently object of attention by the Court of Luxembourg. Thus, on 20 June 2011 the company TME SpA- Termomeccanica Ecologia brought, on the one hand, an action for annulment against the decision of the Commission of 20 April 2011, through which the necessity of starting against Romania an infringement procedure for breaches of principles and infringements of the European directives in the field of awarding of public contracts in the framework of a project for the restructuring of the waste water treatment plant from Bucharest had been excluded; and, on the other hand, an application for damages suffered due to the management of this project.[1] In its Order of 4 July 2012, the GC decided to dismiss the appeal as being manifiestly inadmissible.[2] This Order has been subsequently appealed before the CJ according to Article 56 of the Statute of the CJEU. This claim was also dismissed, through the Order of the CJ of 7 May 2013.[3]

Secondly, we must mention that Romania has been defendant in seven cases and applicant in other two, in which the annulment of specific decisions and in some cases also the concession of damages were requested to the GC. It really attracts our attention that all the eight *actions for annulment* in which Romania has been a defendant had been brought by individuals of Romanian nationality. It was requested, for example, the annulment of either specific Romanian national provisions or Romanian judicial decisions relating to, among other things, the calculation of pensions in the Romanian public or military system, the conviction of a person, etc. In all these cases, the GC has given its opinion by means of an order, by virtue of Article 111 of the Rules of Procedure of the GC, in the sense to dismiss the actions for annulment as being clear that it has no jurisdiction to take cognisance of such an action.[4]

In relation to that it is worth mentioning that, according to the provisions of Article 256 TFEU, the GC shall have jurisdiction to judge only those actions brought as stated by Article 263 TFEU in order to control the legality of the acts of the institutions, bodies, offices or agencies of the EU intended to produce legal effects vis-à-vis third parties. So, in all these actions for annulment the author of the action answered before the GC would not be included in any of the legal categories indicated in Article 263 TFEU. Besides, in the case *Petrisor Mandu/Romania*, the applicant also asked for damages as consequence of the application of the national Romanian dispositions that answered this case, that is to say the prohibition of adding up the retirement pension to the income achieved from a professional activity developed in a Romanian public institution.[5] In another case –*Vladucu/Romania* -, the applicant also requested damages

[1] *TME/European Commission*, T-329/11.

[2] Order of the GC of 4 July 2012, *TME/European Commission*, T-329/11.

[3] Order of the CJ of 7 May 2013, *European Commission*, C-418/12 P.

[4] Order of the GC of 13 March 2008, *Agafitei Neculai/Romania*, T-504/07, not yet published; Order of the GC of 22 July 2009, *Harsulescu/Romania*, T-234/09, not yet published; Order of the GC of 11 March 2011, *Asociatia Nationala a Cadrelor Militare in Rezerva si in Retragere "Alexandru Ioan Cuza/Romania*, T-73/11, not yet published; Order of the GC of 21 March 2011, *Petrisor Mandu/Romania*, T-47/11, not yet published; Order of the GC of 12 April 2011, *Bana and others/Romania*, T-155/11, not yet published; Order of the GC of 5 May 2011, *Adamut and others/Romania*, T-157/11, not yet published; Order of the GC of 21 May 2012, *Alexandru Vladucu/Romania*, T-154/12, not yet published.

[5] *Petrisor Mandu/Romania*, T-47/11.

as a result of the criminal conviction established by the Romanian courts.[1] In both cases, the GC estimated that, by virtue of Articles 268 and 340 (2) and (3) of the TFEU, this *action for damages* must be dismissed as being manifiestly lacking any foundation in law; the primary EU law only recognises to this court the competence to rule only on those claims of a compensation for those damages caused by the institutions, bodies, offices, agencies or agents of the EU.[2]

We consider that a special attention must be paid to the different cases brought before the CJEU by Mr. Constantin Harsulescu, of Romanian nationality, against Romania. At first, Mr. Harsulescu claimed the GC to annul two Romanian legal decisions as well damages. By means of the Order of the 22 July 2009, this Court dismissed the appeal, considering that it did not have any jurisdiction to rule on it because because the Romanian judicial courts that had ruled on the judgements affecting Mr. Harsulescu were not institutions, bodies or organisms of the EU, as it is demanded by Article 263 TFEU.[3] Subsequently, on 23 September 2009, Mr. Harsulescu initiated a cassation action against the Order of the GC published two months before, considering that the GC had not taken into account the set of documents presented in the previous case, which would have supposedly shown the harmful position of the Romanian Government against his person.[4] This action was dismissed by the CJ in its Order of 4 March 2010.[5] Two years and a half later, Mr. Harsulescu initiated a new case before the GC, requesting the Court to rule on the legality of the decisions issued by two Romanian judicial courts – Curtea de Apel Craiova; Tribunalul Gorj – in the framework of a legal procedure developed in Romania in which he was a party.[6] This appeal was also dismissed by the GC on 13 November 2012. It was estimated as manifestly inadmissible since the applicant had not provided, within the time limit set by the GC, the necessary documentation showing that he was represented by somebody that could act as a lawyer. As the provisions of Article 19(4) of the Statute of the CJEU foresees, *"only a lawyer authorised to practise before a court of a Member State or of another State which is a party to the Agreement on the European Economic Area may represent or assist a party before the Court"*.[7] Against this Order of the GC, on 15 January 2013 Mr. Harsulescu started a cassation action; in this occasion, Mr. Harsulescu also claimed the benefit of legal aid. This action was equally dismissed by the Order of 3 October 2013, and the petition for legal aid was rejected. Finally, concerning these matters, it is worth mentioning that the only *cassation actions* in which Romania has been directly involved are exactly those started by Mr. Harsulescu in relation to the orders of the GC.

Moreover, we must point out that Romania started two *actions for annulment* against the European Commission, requesting the annulment of two Decisions adopted by this institution on 26 October 2007 in relation to the certificates of the greenhouse

[1] *Adamut and others/Romania*, T-157/11.

[2] The CJ had already ruled on these matters. In this sense, see the judgment of the CJEU of 23 March 2004, *Defensor del Pueblo Europeo/Lamberts*, C-234/02 P, *Rec.* 2004, p. i-2803, points 49 and 59.

[3] Order of GC of 22 July 2009, *Harsulescu/Romania*, T-234/09.

[4] *Harsulescu/ Romania* ¸ C-374/09 P.

[5] Order of the CJ of 4 March 2010, *Harsulescu/ Romania* ¸ C-374/09 P, *Rec.* 2010, p. i-30.

[6] *Harsulescu/ Romania*, T-400/12.

[7] Order of the GC of 13 November 2012, *Harsulescu/ Romania*, T-400/12.

gas emissions for the year 2007 and for the period 2008-2012 respectively.[1] Both claims were filed by order of the President of the GC as a result of the agreement reached by the parties of these actions, each of them mbearing their own costs.[2]

Thirdly, we must make reference to the seven claims presented by Romanians against Romania, according to the provisions of Article 95 of the Rules of Procedure of the GC, to achieve the grant of *legal aid* by the Court of Luxembourg. In relation to this, it is worth mentioning that Article 94(2) of the Rules of Procedure of the GC recognises the right to get legal aid for *"[a]ny natural person who, because of his economic situation, is wholly or partly unable to meet"* the costs of legal aid and representation before this Court. The seven applications for legal aid were dismissed by order of the President of the GC as they were considered manifestly inadmissible since, on the one hand, the GC does not have jurisdiction to take cognizance of an action started against a Member State by an individual, and, on the other hand, it does not have jurisdiction either to control the decisions of the national judicial courts of a Member State or to rule on the legality of the decisions, provisions or acts coming from the national public authorities of an EU Member State.[3]

And, fourtly, there must be a special mention for the demands submitted by the companies Suriscom Srl and Pranacat Management, both with central office in Vaslui, against Romania. In each of these demands the GC was asked to suspend specific measures adopted by the Directia de Investigare a Infractiunilor de Criminalitate Organizata si Terorism (DIICOT), to order Romania to pay 1,000,000 euro by way of damages and that the Court ruled according to the expedited procedure stated by Article 76a(2) of the Rules of Procedure of the GC as well.[4] In principle, we consider that these requests might be included in the category of actions for damages, according the provisions of Article 268 TFEU. By virtue of Article 340(2) TFEU – which must be read together with the provisions of Article 268 TFEU – the EU *"shall, in accordance with the general principles common to the laws of the Member States, make good any damage caused by its institutions or by its servants in the performance of their duties"*. But apart from the compensation for the measures adopted by the DIICOT both claims also included requests for annulment and suspension of the measures adopted by a public institution from Romania and not from the EU, which were accompanied by requests of application of the expedited procedure by the GC. In fact these are three independent requests, which should have been formulated in three different claims, as

[1] *Romania/Commission*, T-483/07; *Romania/Commission*, T-484/07. In relation to this second action for annulment, it has to be mentioned that Romania was supported by Lithuania and the European Commission was supported by the United Kingdom.

[2] Order of the President of the GC of 11 July 2012, *Romania/Commission*, T-483/07; Order of the President of the GC of 11 July 2012, *Romania/Commission*, T-484/07.

[3] We are reffering to the following orders: Order of the President of the GC of 2 September 2008, *Dragutan/Romania and Autoritatea Nationala pentru Restituirea Proprietatilor*, T-261/08/AJ; Order of the President of the GC of 6 March 2009, *Salajan/Romania*, T-75/09 AJ; Order of the President of the GC of 11 September 2009, *Roman/Romania*, T-334/09 AJ; Order of the President of the GC of 22 February 2010, *Ganea/Romania and others*, T-19/10 AJ; Order of the President of the GC of 28 March 2012, *CMM/Romania*, T-108/12 AJ; Order of the President of the GC of 20 April 2012, *CP/Romania and others*, T-124/12 AJ; Order of the President of the GC of 26 September 2012, *DV/Romania*, T-362/12 AJ.

[4] We are reffering to: *Suriscom/Romania and others*, T-286/12; and *Pranacat Managment/ Romania and others,* T- 289/12.

stated by the provisions of Articles 76 *bis*(1) and 104(3) of the Rules of Procedure of the GC. Finally, both actions were dismissed by order of the GC of 16 October 2012.

Lastly, we would like to mention that, since its accession to the EU, Romania has also been a part in other cases as intervener, supporting other States that had been sued by the European Commission. Thus, the cases *Commission/France* and *Commission/ Poland* have been in such a situation just to put some examples. The first one was an action for infringement appealed by virtue of Article 258 TFEU in which France was accused of having failed to fulfil the obligations in relation to the right of establishment when it imposed the requisite of nationality in order to take on the notary profession.[1] Romania defended the position of France together with Bulgaria, Hungary, Latvia, Lithuania and the Czech Republic. The case *Commission/Poland* was a cassation action in which the Commission requested the CJ to annul the judgment of the GC of 23 December 2009 in the case Poland/Commission. In that case, the GC had annulled a decision of the Commission related to the Polish national plan of assignation of rights of the greenhouse gas emissions for the period 2008-2012.[2] Romania supported the Poland's position together with Hungary, Lithuania, Slovenia, the United Kingdom and the Czech Republic.

2. The presence of private individuals (natural and legal persons) of Romanian nationality in the system of actions of the Court of Justice of the European Unio

As we have previously mentioned, Romania has been applicant or defendant in a relatively small number of cases brought before the CJEU so far. However, this situation notably changes when private individuals (natural or legal persons) of Romanian nationality are the ones who benefit from the judicial system of the EU. The private individuals's access to the CJEU can be made either *directly* – impugning a decision adopted by an institution of the Union before the GC, in the conditions established in that regard by the treaties – or *indirectly* – through national courts, which can bring a preliminary ruling before the Court of Luxembourg -.

In line with the study of the CJEU jurisprudence, we can state that private individuals' access to the CJEU is basically made by means of the preliminary ruling, as set out in Article 267 TFEU, by virtue of which the national judges can, and sometimes must, direct to the CJEU in order to request a precision in a question of interpretation of the EU law for being able, for example, to check the conformity of the national law with the European one. As we pointed out in the Part I of our paper, a preliminary ruling may be raised to the attention of the CJEU by any court of a Member State, whereas the judge or court against whose decision there is not high instance must bring that question to the Court of Luxembourg. We will now see an approach to the preliminary rulings referred to private individuals of Romanian nationality.

We consider that, in general terms, the Romanian courts have been quite active when making use of the preliminary ruling. To date, these bodies have brought 69 preliminary rulings before the CJEU. Half of them are pending before the Court of Luxembourg – nowadays, 21 before the CJ and 18 before the GC. The relatively big number of preliminary rulings pending may be explained by the fact that half of them

[1] Judgment of the CJ of 24 May 2011, *Commission/France*, C-50/08, *Rec.* 2011, p. i-4195.
[2] Judgement of the CJ of 29 March 2012, *Commission /Poland*, C-504/09 P, not yet published.

have been mainly raised in the last two years and a half[1]. Before 31 December 2013, 6 preliminary rulings had been formulated by Inalta Curte de Casatie si Justitie, 31 by different Curtea de Apel and 21 by other national courts.[2] In relation to this data, we would like to mention that the intensity of the activity of the Romanian courts in this field during this period has been very similar to that developed by the courts of states such as Bulgaria (65 preliminary rulings) and Poland (60 preliminary rulings), but well below of Germany (2,050 preliminary rulings), Italy (1,277 preliminary rulings), France (886 preliminary rulings), the Netherlands (879 preliminary rulings), Belgium (739 preliminary rulings) or the United Kingdom (561 preliminary rulings).[3]

The first request for a preliminary ruling coming from Romania was formulated on 24 January 2007 – that is a few days after the accession of this state to the EU- in relation to the *right of the European citizens and of their family members to move and reside freely within the territory of the EU Member States. This request was brought by the Court of Dambovita in the framework of a dispute relating to an application formulated by the General Directorate for Passports of Bucharest, in order to prohibit a Romanian citizen – Mr. Jipa – to travel to Belgium for a period of up to three years as this person had been repatriated to Romania by Belgium by virtue of a readmission agreement due to his "illegal situation" in that State. Concretely, in this preliminary ruling the CJ was asked about the interpretation of Article 21 TFEU (ex Article 18 EC) and Article 27 of the Directive 2004/38/EC relating to the right of the EU citizens and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States.*[4] *The CJ considered that these provisions did not oppose to the fact that a national law of a Member State allowed to restrict the right of one of its nationals to travel to the territory of another Member State, especially in circumstances as those of Mr. Jipa, as long as the personal conduct of the national represented "a real, current and serious enough threat which affects a fundamental interest of society", and the restrictive measure was suitable to achieve the proposed objective.*[5]

In relation to these questions, it is worth mentioning that the scope of the free movement of persons in general, and the adaptation of specific directives adopted in this field due to the accession of Bulgaria and Romania to the EU – we are reffering to

[1] For instance, in 2007 and 2009 1 preliminary ruling was brought every year, in 2008 no preliminary ruling was brought, in 2010 and 2013 17 preliminary rulings were brought every year, in 2011 only 14 new preliminary ruling were formulated, and in 2012 13 new preliminary rulings. In the first three months of 2014, 6 new preliminary rulings were brought. To date, more than 8,300 preliminary rulings of the EU Member States were brought before the CJEU. See www.curia.europa.eu.

[2] Data available at "CURIA Court of Justice of the European Union. Annual report 2013", Luxembourg, 2014, pp. 98-99; see http://www.curia.europa.eu. The CURIA web site has to be seen in order to update the data available at the Annual report of 2013. For a general panorama of Romania's judicial courts, see *Les jurisdictions des États Membres de l'Union européenne. Structure et organisation*, Cour de Justice des Communautés Européennes, Luxembourg, 2009, pp. 583-602.

[3] Data available in "CURIA Court of Justice of the European Union. Annual report 2013", *cit.*, pp. 96-99.

[4] *Jipa*, C-33/07.

[5] Judgment of the CJ of 10 July 2008, *Jipa*, C-33/07, *Rec.* 2008, p. i-5157, point 30. Regarding some bibliograpfy on this case, see, amongst others: SANDRU, D. M.; BANU, C-M.; CALIN, D., "The Preliminary Reference in the Jipa Case and the Case Law of Romanian Courts on the Restriction on the Free Movement of Persons", *European Public Law*, vol. 18, nº 4, 2012, pp. 623-641.

the *Council Directive 2006/11/EC* -,[1] in particular, have raised an important number of actions for infringement brought by the European Commission against different Member States that have directly affected the European citizens of Romanian nationality, namely: Luxembourg,[2] France,[3] Ireland,[4] Belgium,[5] Portugal,[6] Austria,[7] the United Kingdom,[8] Cyprus[9] and Greece.[10] In all these nine infringement proceedings the CJ considered that the defendant Member States had not fulfilled the obligations concerning them in this field as they had not adopted the necessary provisions to meet the questioned Directive within the set time limit.[11]

Most of the preliminary rulings submitted from Romania make reference to very diverse matters, from different issues that affect the fundamental freedoms of the internal market[12] to the problem of the social security,[13] agriculture and fishery[14] or norms referred to the taxation and the common system of the value added tax.[15] A big part of these preliminary rulings have been resolved by means of orders. From all this matters, we consider that taxation has been the one which has caused more preliminary rulings by the national courts, by virtue of Article 267 TFEU. It is in fact, the field that usually raises more actions before the CJ – only in 2012 57 new preliminary rulings have been brought by the Member States regarding this matter.[16] On the one hand, the Romanian judicial courts have claimed the CJ to rule on the compatibility of the Romanian national law on taxation with the provisions of Article 110 TFEU, and, on the other hand, they have asked the CJ to interpret some of the provisions of the Council Directive 2006/112/EC relating to the common system of the value added tax.

---

[1] *Council Directive 2006/100/CE of* 20 November 2006 adapting certain Directives in the field of freedom of movement of persons, by reason of the accession of Bulgaria and Romania, OJ L 363 of 20.12.2006, p. 141.

[2] *European Commission/Luxembourg*, C-223/08.

[3] *European Commission/France*, C-224/08.

[4] *European Commission/Irland*, C-234/08.

[5] *European Commission/Belgium*, C-239/08.

[6] *European Commission/Portugal*, C-245/08.

[7] *European Commission/Austria*, C-291/08.

[8] *European Commission /United Kingdom*, C-312/08.

[9] *European Commission /Chiprus*, C-426/08.

[10] *European Commission /Greek*, C-427/08.

[11] Judgment of the CJ of 4 December 2008, *European Commission/Luxembourg*, C-223/08. *Rec.* 2008, p. i-178; Judgment of the CJ of 11 December 2008, *European Commission/Belgium*, C-239/08, *Rec.* 2008, p. i-190; Order of the President of the CJ of 30 January 2009, *European Commission/Austria*, C-291/08; Judgment of the CJ of 10 February 2009, *European Commission/France*, C-224/08. *Rec.* 2008, p. i-17; Order of the President of the CJ of 12 March 2009, *European Commission/Irland*, C-234/08; Judgment of the CJ of 19 March 2009, *European Commission/Portugal*, C-245/08, *Rec.* 2008, p. i-42; Order of the CJ of 2 April 2009, *European Commission/United Kingdom*, C-312/08; Order of the President of the CJ of 2 April 2009, *European Commission/Chiprus*, C-426/08; Judgment of the CJ of 4 June 2009, *European Commission/Greek*, C-427/08, *Rec.* 2008, p. i-98.

[12] Amongst other judgments, see *Jipa*, C-33/07, *cit.*; *ALKA*, C-635/13; *Adarco Invest*, C-629/13.

[13] Amongst other judgments, see *Petru*, C-268/13; *Balazs*, C-401/13; *Balazs*, C-432/13; *Paraskevopoulou*, C-668/13.

[14] *Timis*, C-304/13.

[15] See, amongst others, *Nisipeanu*, C-263/10; *E.ON Global Commodities*, C-323/12; *BCR Leasing*, C-438/13.

[16] See "CURIA Court of Justice of the European Union. Annual report 2012", *cit.*, p. 95.

First of all, concerning *the compatibility of the Romaniann tax legislation with the provisions of Article 110 TFEU*, it is worth mentioning that this Article provides the prohibition for each of the EU Member States to impose, directly or indirectly, on the products of other Member States any internal taxation *"of any kind"* in excess of that imposed directly or indirectly on similar domestic products or to impose on the products of other Member States any internal taxation of such nature as to afford indirect protection to other products. The national courts have brought more than 20 preliminary rulings in this field, all of them in relation to the payment of an environmental tax which imposed the first registration of the automobiles in a Member State. Unless a few exceptions, the CJ ruled through an order, in some occasions considering that the preliminary rulings were manifiestly inadmissible due to the lack of description of the facts by the Romanian judicial courts.[1] In more than half of them this Court estimated that the provisions of Article 110 TFUE should be interpreted as the opposition of a Member State to adopt such a tax if this *"is structured in a way that discourages the entry into service, in that state, of second hand vehicles purchased in other Member State, without discouraging, however, buying used cars of the same antiquity and with the same wear on the domestic market"*.[2]

And secondly, as regards the interpretation of specific provisions of the framework Directive referred to the value added tax, we must mention that the preliminary rulings submiited by the Romanian courts have already caused a jurisprudence of the CJ with an evident practical relevance in this field, which is affecting some of the decisions of the Agentia Nationala de Administrare Fiscala on everything related to the arrangements for reimbursement of the value added tax to European private individuals, but of different nationalities.[3]

Although it is true that the private individuals (natural and legal persons) of Romanian nationality are acting, above all, indirectly before the CJEU, we consider that the direct action brought before the GC by Romanian citizens and companies with central office in Romania should not be ignored. In line with this we place the *complaints for failure to act* submitted by Cristina Pigui against the European Commission on the basis of the provisions of Article 265 TFEU.[4] In this claim, the applicant requested to be declared illegal the position of this institution taking part on her petition to initiate investigation about a master on-line organised by the European Online Academy of the International Centre for European Training, in relation to the conditions applicable in the framework of the EU Jean Monet Programme. The GC dismissed this action considering it manifiestly inadmissible. Those actions for annulment brought before the GC by Romanian companies against the decisions of the Office for Harmonisation in the Internal Market (OHIM)[5] and those actions for

[1] We are reffering, amongst others, to the following Orders of the CJ published on 7 December 2010: *DRA SPEED*, C-439/10, *Rec.* 2010, p. i-162; *Anghel*, C-441/10, *Rec.* 2010, p. i-164; etc.

[2] It is about, amongst others: judgment of the CJ of 7 July 2011, *Nisipeanu*, C-263/10, *Rec.* 2011, p. i-97; Order of the CJ of 13 July 2011, *Drutu*, C-438/10, *Rec.* 2011, p. i-100; etc.

[3] In this regard, see judgment of the CJ of 29 November 2012, *Gran Via Moinesti*, C-257/11; judgment of the CJ of 24 October 2013, *Rafinaria Steaua Romana*, C-431/12; judgment of the CJ of 6 February 2014, *E.ON Global Commodities*, C-323/12.

[4] Order of the GC of 9 July 2012, *Pigui/Comisión*, T-382/11.

[5] See, amongst others: judgment of the GC of 26 October 2011, *Intermark Srl/OAMI*, T-72/10, *Rec.* 2011, p. II-375; *European Drinks/OAMI-Alexandrion Grup Romania (DRACULA BITE)*, T-497/12; *Intermark/OAMI-Coca-Cola (RIENERGY Cola)*, T-384/13; *Real Express/OAMI-MIP Metro (real)*, T-580/13.

annulment[1] and cassation actions[2] respectively brought before the GC by Romanian contractual agents of the EU against the decisions of non renewal of labour contracts could be included in this category as well.

Finally, we would like to mention briefly that some disputes have been brought by Romanian nationals before the CST in accordance to the provisions of Article 270 TFEU. These are three actions for annulment of some of the decisions of the European Personnel Selection Office (EPSO) adopted in relation to the development of the general competitions organised by this European office. In one of them, the CST dismissed the brought action[3] and the other two were additionally considered manifestly inadmissible.[4]

IV. Conclusions

Throughout this paper we have shown how the subjects of the EU law are taking advantage of a real legal protection, which allows them to enforce the recognition and the claiming of their legal rights. Not only the Member States but also the European institutions and the private individuals, in the conditions stipulated by the TFEU for each of the four procedures in which they take part, can benefit from the judicial system created by the EU.

In the First Part of our study we have introduced the twenty four actions in which Romania figures as either applicant or defendant as an EU Member State. Before the 1 April 2014 the CJEU had not found any reason to sentence or to not to admit that this State was right in all the cases in which it participated. Besides, by the virtue of the jurisprudence presented in this paper we can affirm that it would be worth reflecting on the provisions of the TFEU related to the different kinds of actions before bringing a dispute to the Court of Luxembourg. Thus, we believe that significant financial resources would be saved and private individuals would not have false expectations.

And in the Second Part we have made an approach to the abundant judicial practice caused by private individuals (natural and legal persons) of Romanian nationality before the CJEU. This jurisprudence leads us to think, on the one hand, that the Romanian citizens have taken advantage to the recognised competences of the CJEU and, on the other hand, that the Romanian national judge is fully conscious of his important role in guaranteeing the application and respect of the EU law. The sixty nine preliminary rulings brought before the CJ in the period between the 1 January 2007 and 1 April 2014 are evidence of this fact. In addition, these preliminary rulings also show the necessity for the Romanian national courts to improve the way they formulate questions in the framework of the preliminary procedure. Known to all, if the preliminary rulings related to the EU law enjoy a presumption of relevance, this Court cannot rule when it

[1] We are reffering to the case *Bitiqi and others/Commission and others*, T-410/13.

[2] It is about the case *BT/Commission*, T-59/13 P. Later the judgment of the CST of 5 December 2012 (*BT/ Commission*, F-29/11) was appealed.

[3] Judgement of the CST of 5 December 2012, *BA/ Commission*, F-29/11, not yet published.

[4] Order of the CST of 3 December 2012, *BT/ Commission*, F-45/12, not yet published; Order of the CST of 16 November 2012, *Ciora/ Commission*, F-50/12, not yet published. The first one of these Orders was appealed, as we said, before the GC (T-59/13 P), and the final judgment of the GC is pending at present.

is evident that the requested interpretation of the EU law does not have any relation with the reality or the object of the main dispute.[1]

Against this scenario drawn by the CJEU, with its advantages but also with its limitations as regards the procedural rights of a European individual, it should be asked which legal possibilities could have an individual who has been victim of an incorrect or an arbitrary application or non application of the UE law by the national judges. His situation is, without doubt, delicate, and, besides, he does not have many alternatives. On the one hand, he could make a complaint before the European Commission for infringement of the EU law by Romania, which will have to express its opinion in the annual report on the implementation of the EU law. And, on the other hand, the individual could bring an action before the European Court of Human Rights for violation of the provisions of Article 6 of the European Convention on Human Rights relating to the right to a fair trial.[2] In more than one occasion the Court of Strasbourg has estimated that the fact of refusing the preliminary proceeding may infringe the justice of the procedure, if it appears as arbitrarily decided.[3]

Bibliography

1. AA.VV., *Les juridictions des États Membres de l'Union européenne. Structure et organisation*, Cour de Justice des Communautés Européennes, Luxembourg, 2009.

2. ABELLÁN HONRUBIA, V.; VILÀ COSTA, B. (dirs.); OLESTI RAYO, A. (coord.), *Lecciones de Derecho Comunitario Europeo*, 6th ed., Ed. Ariel, Barcelona, 2011.

3. ALCAIDE FERNÁNDEZ, J.; CASADO RAIGÓN, R., *Curso de Derecho de la Unión Europea*, Ed. Tecnos, Madrid, 2011.

4. ALONSO GARCÍA, R., "Lisboa y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea", Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional / Working Papers on European Law and Regional Integration, WP IDEIR nº 1, 2010, pp. 1-30.

5. BORCHARDT, K-D., *The ABC of European Union Law*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2010.

6. DASHWOOD, A.; JOHNSTON, A. (eds.), *The Future of the Judicial System of the European Union*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2001.

7. DE BURCA, G.; WEILER, J.H.H., *The European Court of Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2001.

[1] In this refard, see the judgment of the CJ of 5 December 2006, *Cipolla and others*, C-94/04 and C-202/04, *Rec.* 2006, p. i-11421, point 25; judgement of the CJ of 1 June 2010, *Blanco Pérez and Chao Gómez*, C-570/07 and C-571/07, *Rec.* 2010, p. i-4629, point 36.

[2] Article 6 of the European Convention on Human Rights provides that: *"1. In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. Judgment shall be pronounced publicly but the press and public may be excluded from all or part of the trial in the interests of morals, public order or national security in a democratic society, where the interests of juveniles or the protection of the private life of the parties so require, or to the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice"*.

[3] European Commission of Human Rights, Decisions of 12 May 1993, case 2063/92, DR 74 and of 20 May 1997, case 34325/96. See MANGAS MARTÍN, A.; LIÑÁN NOGUERAS, D. J., *op. cit.*, pp. 482-485.

8. LICHÈRE, F.; POTVIN-SOLIS, L.; RAYNOUARD, A. (dirs.), *Le dialogue entre les juges européennes et nationaux: incantation ou réalité ?*, Ed. Bruylant, Bruxelles, 2004.

9. MANGAS MARTÍN, A.; LIÑÁN NOGUERAS, D. J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Ed. Tecnos, Madrid, 6th ed., 2010.

10. OANTA. G. A., "Rumanía y Bulgaria en la Unión Europea: de la adhesión a la integración", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 29, 2008, pp. 91-132.

11. PAPADIMITRIOU, D.; PHINNEMORE, D., "Romania – Uneven Europeanization" in BULMER, S.; LEQUESNE, C. (eds.), *The Member States of the European Union*, 2nd ed., Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 236-258.

12. PARDO IRANZO, V. (dir.), *El Sistema jurisdiccional de la Unión Europea*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013.

13. SANDRU, D. M.; BANU, C-M.; CALIN, D., "The Preliminary Reference in the Jipa Case and the Case Law of Romanian Courts on the Restriction on the Free Movement of Persons", *European Public Law*, vol. 18, nº 4, 2012, pp. 623-641.

14. SOBRINO HEREDIA, J. M., "La actividad consultiva del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas" in BADÍA MARTÍ, A. M.; PIGRAU I SOLÉ, A.; OLESTI RAYO, A. (coords.), *Derecho internacional y comunitario ante los retos de nuestro tiempo. Homenaje a la profesora Victoria Abellán Honrubia*, vol. 2, 2009, pp. 1259-1274.

The European Union and the Arctic

Marta ***SOBRIDO****

The importance of the Arctic is growing in a double sense: concern (climate change; effects of a growing exploitation) and opportunities (resources, navigation, tourism, research).

The European Union (EU) law applies in Arctic territory. First of all because the EU has territories in the Arctic region: Arctic territories of Finland and Sweden. But it also applies in the Arctic territories of Iceland and Norway via the European Economic Area (EEA) Agreement.

Since 2008 the EU has an Arctic policy, and in recent years has strived to strengthen its presence as a major player in the Arctic region. But the EU encounters two barriers to be recognized as a partner in the governance of Arctic issues. On one hand, its status as an international organisation prevents it from being a member of the Arctic Council, the main Arctic forum. Several EU states are members of the Arctic Council, but the EU itself can only aspire to be admitted as Observer. On the other hand, the EU does not have Arctic waters and much of the value of the Arctic lies in the sea (natural resources, navigation). Within eight Arctic states, the core is composed of the self-proclaimed five Arctic coastal states: Sweden and Finland are –along with Iceland- the three being excluded.

The EU can use different strategies to strengthen its position in Arctic governance: as a regional actor, and as a global actor. The possibilities are different depending on the field (environment, fishing, navigation, indigenous people, etc.).

Key words: *Arctic, Climate Change, Governance, European Union, Arctic Council*

1. The Growing Importance of the Arctic

Europe was the protagonist in the discovery and conquest of America, Africa, Asia and Oceania. They were lands with native population, so it was not a discovery for mankind but a discovery for Europeans. At the time, Europe was the centre of the international society. With the discovery of the new territories, their subsequent independence, and their progressive affirmation in international society, Europe is no longer that centre[1].

In the late nineteenth and early twentieth centuries, Europe was interested in the only two remaining large areas to explore: the Arctic and Antarctic polar spaces. These unexplored territories, given their climatic conditions, were uninhabited. In this new adventure, Europe was the principal actor although it was not the only one.

* Associate Professor in Public International Law, University of A Coruña (Spain).

[1] About the evolution of international society, among others; Díez De Velasco, M.: *Instituciones de Derecho Internacional público*, ed. Tecnos, 2013; see pp. 62-72.

Scientific interest and adventurous spirits characterized these polar expeditions. Soon an interest in the acquisition of these territories arose as well. In this regard, along with the original[1] titles of territorial acquisition supported by general international law (occupation, a**ccretion**), new forms of a**cquisition of territorial sovereignty** were proposed (the theory of sectors, consideration of frozen marine spaces adjacent to the coast as mainland). Some of these new formulas played a role in the acquisition of certain Arctic regions[2], and continue to be the basis of Arctic territorial claims[3]. However, they cannot be understood to be accepted by general international law. What has been accepted is the consideration of the difficulty of Arctic habitability and accessibility as justification for a looser requirement regarding compliance of effective occupation in relation to the title of occupation[4].

Polar spaces have in common extreme weather conditions that have conditioned their discovery and habitability, but the Arctic and Antarctica are quite different from each other. Antarctica is a continent surrounded by sea for which several States maintain territorial claims, but the conflict has been frozen for more than fifty years[5] and, since then, the system is governed by the Antarctic Treaty[6]. By contrast, the Arctic is an ocean surrounded by a belt of land, and these surrounding land spaces belong to states whose centres of political gravity are outside the Arctic[7].

---

[1] Modes of "original" acquisition of territory (acquisition of territory that was *terra nullius* until then) *versus* "derivative" modes (acquisition of territory which until then was under the sovereignty of another state).

[2] We refer to Canada and Russia, who used the theory of the sectors to claim and occupy Arctic islands eventually being understood as having acquired title by occupation. On this issue: CINELLI, C.: *El Ártico ante el derecho del mar contemporáneo*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012; see pp. 95-104.

[3] There are territorial claims in Antarctica by European (Norway, United Kingdom, France), American (Chili, Argentina) and Oceanian (Australia) states. The Antarctic Treaty freezes these claims; See footnote 6.

[4] In the case of the Legal Status of Eastern Greenland, the Permanent Court of International Justice (PCIJ) had to rule on the legal status of an area of Eastern Greenland claimed by Denmark and Norway. The PCIJ took into account the character of the Arctic territory, recognizing Danish sovereignty beyond the colonized area: *"... a claim to sovereignty based ... merely upon continued display of authority, involves two elements each of which must be shown to exist: the intention and will to act as sovereign, and some actual exercise or display of such authority*" (pp. 45-46); "*The conclusion to which the Court is led is that, bearing in mind the absence of any claim to sovereignty by another Power, and the Arctic and inaccessible character of the uncolonized parts of the country, the King of Denmark and Norway displayed ... his authority to an extent sufficient to give his country a valid claim to sovereignty, and that his rights over Greenland were not limited to the colonized área*" (pp. 50-51); Judgment of 5 April 1933; available at: <www.icj-cij.org/pcij/>.

[5] The Antarctic Treaty (1959, in force in 1961) froze territorial claims in Antarctica; art. 4: "…*No acts or activities taking place while the present Treaty is in force shall constitute a basis for asserting, supporting or denying a claim to territorial sovereignty in Antarctica or create any rights of sovereignty in Antarctica. No new claim, or enlargement of an existing claim to territorial sovereignty in Antarctica shall be asserted while the present Treaty is in force*"; available at: <www.ats.aq>

[6] Among others, the following works. Molenaar, E.J.; Oude Elferink, A.G.; Rothwell, D.R.: *The Law of the Sea and the Polar Regions*, ed. Martinus Nijhoff publishers, 2013. Rey Aneiros, A.: «Legal Framework of Protection of the Antarctic Environment", *International Studies Jurnal*, 2011, pp. 7-28.

[7] Arctic States: United States, Canada, Denmark (for Greenland, and sometimes also for Faroe Islands), Norway, Sweden, Finland, Russia. Moreover, as we shall see, depending on the definition that is given to the Arctic, Iceland may also be included. See footnotes 24, 25, 48.

From the perspective of the sovereignty of the Arctic land areas currently there are no special singularities and certain unresolved situations (Hans Island[1], the Svalbard Archipelago[2]) do not differ from those that may exist in other regions of the planet. Arctic singularities that represent legal challenges are related mainly to the maritime areas (legal status of frozen marine areas adjacent to the coast[3], special powers of coastal states in ice-covered waters[4], the legal regime of islands ice[5]). From the legal point of view, the main uniqueness of the Arctic is the existence of frozen sea water. The progressive melting of the ice masses due to climate change mitigate this singularity but, interestingly, pose challenges mainly related to navigation and to the conservation and exploitation of resources.

After a first phase of expeditions in the late nineteenth and early twentieth centuries in which the Arctic ceased to be an impassable territory (maritime expeditions, transarctic flights), the atmosphere of the Cold War shaped the Arctic, situated amidst States States and the then-Soviet Union, as an area of geostrategic importance. The end of the Cold War eased these tensions but climate change has put the focus back on the Arctic in two ways: On the one hand, from the perspective of the new opportunities that climate change brings to navigation (Northwest and the North-East Passages), exploitation of living (fisheries) and non-living resources (oil, gas, minerals), and even tourism. On the other hand, from the perspective of environmental threats facing the Arctic due to climate change but also as a result of these new activities related to navigation, resource exploitation and tourism in the Arctic waters.

2. Arctic Governance

In the Arctic, two conflicting trends coincide due to global warming: concerns and opportunities.

On the one hand, there is a major environmental concern. Because of its particular vulnerability (higher absorption of carbon dioxide accelerates the acidification of waters[6], decreasing reflectivity[1]), the consequences of climate change are much more

[1] Territorial Dispute between Canada and Denmark on Hans Island. On this issue, among others, BYERS, M.: *International Law and the Arctic*, Ed. Cambridge University Press, 2013, pp. 10-16.

[2] Controversy over the geographic scope of the Treaty of Paris (1920, entered into force in 1925) where the Norwegian sovereignty over Svalbard is recognized, but its sovereignty must be understood as necessarily limited by a number of conditions in the Treaty. On this issue can be found, among others, Churchill, R.; Ulfstein, G.: «The Disputed Maritime Zones around Svalbard» (October 3, 2011), *Changes in the Artic environment and the Law of the sea*, Panel IX, Martinus Nijhoff Publishers, 2010.

[3] ROTHWELL, D.: *The Polar Regions and the Development of International Law,* Ed Cambridge University Press, 1996; see p. 264.

[4] On this issue, United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS), Article 234: "Ice-covered areas."

[5] Some of these islands of ice - sometimes identified more technically as pack ice - are used as research stations (drifting ice stations). On this issue, among others, the following works. Pharand, D.: "The Legal Status of Ice Shelves and Ice Islands in the Arctic," *Les Cahiers de droit*, vol. 10, No. 3, 1969, pp. 461-475. SYMMONS, C.R.: *The Maritime Zones of Islands in International Law*, Ed M. Nijhoff, 1979; see pp. 22-24.

[6] Ocean acidification - a long-term decline in seawater pH - is a result of large quantities of oceans absorbing carbon dioxide (CO2) emitted to the air by human activities. The Arctic Ocean, due to low temperatures but also to the large amount of fresh water entering the sea by melting ice, is especially vulnerable. The Arctic Ocean is rapidly accumulating CO2 leading to increased ocean acidification.

severe in the Arctic; in this sense, the Arctic is identified as "the canary in the coal mine" for climate change. The consequences of this process are felt locally (Arctic ecosystem) but also on a global scale (greater contribution to global warming as a result of this particular vulnerability of the Arctic, sea level rise due to melting of the Arctic ice, and changes in ocean currents)[2].

On the other hand, heating the Arctic opens up new possibilities for shipping and the exploitation of living (fisheries) and non-living resources (mainly oil and gas, but also other minerals). Moreover, the appeal of the Arctic as an adventure destination has grown significantly in recent years.

From the perspective of maritime navigation, the melting ice opens up the possibility of sailing - during the summer months - the routes linking the Atlantic Ocean with the Pacific Ocean through the waters of the North American continent (Northwest Passage) or Eurasian continent (Northern Sea Route). These routes are alternatives to the Panama Canal and the Suez Canal, respectively, and provide the advantage of a shorter distances and, in the case of the second, also a safer sea route compared to the dangerous waters where the Somali pirates operate[3].

With regards to fisheries, new situations arise as a result of the melting of frozen water and also the warming of the water[4]. The new ice-free waters allow fishing for species already in the Arctic, but which was not possible to capture before due to the existence of ice sheets; this is the case, for example, for Arctic cod. And the warming of the water has a double effect: sub-arctic waters become too warm for certain species, and arctic waters are no longer too cold for certain species[5]; for instance, Atlantic cod is moving northeast of their historic distribution. On the other hand, the other effects of climate change like the acidification of water seems to negatively affect fishing. Actually, all these effects-positive and negative-on fishing are still being studied, but what does seem clear is that it opens a new stage with respect to the fisheries in the Arctic.

See the report of the AMAP (Arctic Monitoring and Assessment Programme): *Arctic Ocean Acidification 2013: An Overview*, Ed. AMAP, Oslo, 2014; available at: <www.amap.no>

[1] NASA's website on Global climate change: <http://climate.nasa.gov/>, Section News 1 April 2014: "«*...the ice pack and ocean waters are absorbing more and more sunlight due both to an earlier opening of the waters and a darkening of the sea ice. The sea ice cover is becoming less reflective because it now mostly consists of thinner, younger ice, which is less reflective than the older ice that previously dominated the ice pack. Also, the young ice is flatter, allowing the dark melt ponds that form at the early stages of the melt season are able to spread more widely, further lowering its albedo*».

[2] Further information, Arctic Climat Impact Assessment (ACIA); see ACIA overview report *Impacts of a warming arctic*, ed. Cambridge University Press, 2004; available at <www.amap.no/arctic-climate-impact-assessment-acia>

[3] See, among others, FRANKX, E.: "Global Warming and Its Impact on Arctic Navigation: The Northern Sea Route Shipping Season 2012", in WEINTRIT, A. (ed.): *Marine Navigation and Safety of Sea Transportation: Navigational Problems*, ed. CRC Press, 2013, pp. 173-179.

[4] See Figure 2: "Changes in catch potential in 2055 with a doubling of greenhouse gases in the atmosphere by 2100" (p. 2) in the circular *Climate change adaptation in fisheries and aquaculture. Compilation of initial examples*, FAO Fisheries and Aquaculture Circular No. 1088, 2014. Document prepared by Claire Shelton commissioned by the FAO. Available at <www.fao.org/docrep/019/i3569e/i3569e.pdf>.

[5] The warming of Arctic waters generates more phytoplankton, which feeds more zooplankton, providing more nourishment for fishes like herring or capelin. These – in their turn - serve as a food supply for larger fish like cod. Source <www.sciencedaily.com/releases/2010/05/100505092525.htm>.

With regards to the exploitation of non-living resources, the Arctic is thought to hold a significant proportion of the world's remaining undiscovered hydrocarbon reserves (oil, gas)[1]; and is also rich in minerals.

These new possibilities for exploitation are very well received by those who think they can benefit from them, but they also cause concern. Both trends are the heads and tails of the same phenomenon, and the second (economic exploitation) negatively affects the first (environmental vulnerability). Environmentalists have raised the alarm; an example is the "Save the Arctic" campaign launched by the NGO Greenpeace, calling for a ban on oil drilling in Arctic waters, and a ban on unsustainable industrial fishing in Arctic waters[2]. As regards tourism, although it inevitably involves increased activity in the area (at least transport and accommodation) and therefore constitutes an environmental threat, it is also seen by some as an opportunity to the extent that it is maintained as responsible tourism[3].

Who should decide? To whom does the so-called Arctic governance correspond? Depends on what Arctic territory is concerned. There are several different delimitations of the Arctic[4] but in any case - and unlike what happens in Antarctica – in the Arctic there are areas subject to national jurisdiction and spaces beyond national jurisdiction.

In Arctic areas subject to national jurisdiction (land, air and sea space), national states decide. The Arctic states are the United States (Alaska), Canada, Denmark (on behalf of Greenland)[5], Iceland[6], Norway, Sweden, and Finland. They are therefore the states who regulate - subject to applicable general or special international law- the environmental protection of their territories, fishing in their waters, exploitation of hydrocarbons on their continental shelves, and mining and tourism activities in their territories. For example, with regards to fisheries, in 2009 the U.S. established a

---

[1] «The Arctic accounts for about 13 percent of the undiscovered oil, 30 percent of the undiscovered natural gas, and 20 percent of the undiscovered natural gas liquids in the world. About 84 percent of the estimated resources are expected to occur offshore»; source USGS Newsroom, 7/23/2008 www.usgs.gov/newsroom/article.asp?ID=1980&from=rss_home#.U1pj3ChW_Eg.

[2] Web campaign www.savethearctic.org.

[3] Thus for example the World Wildlife Fund (WWF). The "WWF Global Arctic Programme" sees tourism as one way to support the protection of the Arctic environment. See: <wwf.panda.org/what_we_do/where_we_work/arctic/what_we_do/tourism>

[4] From general perspective, there are two main criteria: latitude (the Article Circle: 66 º 33 'N) and temperature (the average maximum temperature in July is not over 10 degrees). Maps provided by the Arctic Council website can be found at: <www.arctic-council.org>

[5] Both Greenland and the Faroe Islands are part of Denmark. According to the temperature criterion, the Faroe Islands also could be considered part of the Arctic, but given the remoteness of the Arctic Circle, it seems more appropriate to understand this as a circumpolar territory. In any case, Denmark includes them in its "Arctic Strategy" and the Arctic Council also considers them to be Arctic. See: *Denmark, Greenland and the Faroe Islands: Kingdom of Denmark. Strategy for the Arctic 2011-2020*; available at: <http://um.dk/en/~/media/UM/English-site/Documents/Politics-and-diplomacy/Arktis_Rapport_UK_210x270_Final_Web.ashx>. Meanwhile, the Government of the Faroe Islands, has defined the Faroe Islands as "*a nation in the West Nordic region of the Arctic*" which "*are facing very similarly political, economic and social challenges and opportunities as our neighbors in the High North*"; letter from the Prime Minister addressed to the Faroe Islands 2013 Arctic Council Ministerial Meeting; available at: <www.mfa.fo/Default.aspx?ID=13626&Action=1&NewsId=5166&PID=23631>.

[6] If we take as a criterion the latitude, Iceland only has a territory -Grimsey Island- in the Arctic, the rest of Iceland lies south of the Arctic Circle; but also there is the situation of its waters (see footnote 31). If we take as a criterion the temperature, the whole of Iceland should be considered to be Arctic.

moratorium on commercial fishing in its Arctic waters[1]. And in terms of exploitation of hydrocarbons, in 2010 Norway and Russia finally reached, after years of uncertainty, a marine delimitation agreement in the Barents Sea with a view to the exploitation of hydrocarbons in the area[2].

With regards to the spaces beyond national jurisdiction, it is the seabed beyond national jurisdiction, waters of high seas and overlying airspace. Generally, the applicable regime is, so far, the same as in any other area of the high seas.

However, the growing concern for the Arctic ecosystem has led to various proposals for its regulation: with the Antarctic Treaty as a reference it has been proposed, for example, the adoption of an Arctic Treaty. The Arctic states, meanwhile, claim authority in the area. Do not forget that one of the big differences between the Arctic and Antarctica is the existence of Arctic territories that are subject to national jurisdiction.

For over twenty years the eight Arctic states has cooperated on common Arctic issues. The first step took place in 1991 with the Arctic Environmental Protection Strategy (AEPS), a non-binding agreement on environmental protection signed in June 1991 among the eight Arctic nations. Five years later, on September 1996, the eight Arctic states formed the Arctic Council, a more ambitious project, based on the AEPS[3], which was geared towards the cooperation, coordination and interaction on common Arctic issues, in particular, issues of sustainable development and environmental protection in the Arctic[4]. Launched as a forum for high-level intergovernmental cooperation, the Arctic Council is not an international organization[5] but it is the most important Arctic forum. However, the self-proclaimed five Arctic coastal states (the U.S., Canada, Denmark, Norway and Russia) also choose to conduct meetings outside of the umbrella of the Arctic Council to push their positions on Arctic waters; including those held in May 2008 (Ilulissat, Greenland) and February 2014 (Nuuk, Canada).

---

[1] Fishery Management Plan (FMP) for the fish resources of the Arctic Management Area, August 2009; available at: <www.npfmc.org/wp-content/PDFdocuments/fmp/Arctic/ArcticFMP.pdf>. For further information: <https://alaskafisheries.noaa.gov/sustainablefisheries/arctic/>

[2] Among others, the following works. Henriksen, T.; Ulfstein, G., "Maritime Delimitation in the Arctic: The Barents Sea Treaty", *Ocean Development & International Law*, 2011, 42: 1, pp. 1-21. Øystein, J.: "Current Legal Developments, The Barents Sea: Treaty Between Norway and the Russian Federation Concerning Maritime Delimitation and Cooperation in the Barents Sea and the Arctic Ocean", *International Journal of Marine and Coastal Law*, Vol 26, No. 1, 2011, pp. 151-168.

[3] The Arctic Council subsumed the five AEPS programs: The Arctic Monitoring and Assessment Program (AMAP); The Conservation of Arctic Flora and Fauna program (CAFF); Protection of the Arctic Marine Environment working group (PAME); Emergency Prevention, Preparedness and Response working group (EPPR); Sustainable Development and Utilization (SDU).

[4] Declaration on the Establishment of the Arctic Council (Ottawa, Canada, 1996). Among the most recent studies can be found the following works. Axworthy, T.S.; Koivurova, T.; Hasanat, W. (ed.): *The Arctic Council: Its place in the future of Arctic governance*, Ed Munk-Gordon Arctic Security Program, 2012, available at <http://gordonfoundation.ca/publication/530>. Pedersen, T.: "Debates over the Role of the Arctic Council," *Ocean Development & International Law*, 2012, 43: 2, pp. 146-156. Sanchez Ramos, B., "Strengthening the Capacity of the Arctic Council: Is the First Step to Permanent Secretariat?" *Arctic Yearbook* 2013, pp 14.

[5] We follow the definition of JM Sobrino Heredia; see Sobrino Heredia, J.M.: "Las organizaciones internacionales: generalidades", in Diez De Velasco, M.: *Las Organizaciones Internacionales*, ed. Tecnos, pp. 37-55. Sanchez Ramos ('Strengthening the Capacity... ", *cit.*) –who also follows this definition- notes the limitations that implies for the Arctic Council this setting (p. 2) and is in favor of conversion to International Organization (p. 9).

Iceland - which also claims the status of an Arctic coastal state[1] - opposes this type of asymmetry (Arctic states / Arctic coastal states) and support processes within the framework of the Arctic Council[2].

Recall that the Arctic is a land mass (mainland and islands) but - above all - it is seawater. The five Arctic coastal states have been clear about the superfluousness of a treaty for the Arctic Ocean (Declaration of Ilulissat, 2008)[3] and has promoted this position[4]. In this regard, an important element is their leadership in promoting a moratorium on commercial fishing in Arctic offshore waters until more research is completed. Once they achieved consensus among themselves in February 2014[5], they started working towards involving other states.

---

[1] Parliamentary Resolution on Iceland's Arctic Policy (2011): "*2 (….) securing Iceland's position as a coastal state within the Arctic region (…) on the basis of legal, economic, ecological and geographical arguments. This will among other things be based on the fact that since the northern part of the Icelandic Exclusive Economic Zones falls within the Arctic and extends to the Greenland Sea adjoining the Arctic Ocean, Iceland has both territory and rights to sea areas north of the Arctic Circle…*", approved by Althingi at the 139th legislative session March 28 2011. Available at <www.arctic-council.org>, Documents, Arctic Strategies.

[2] Parliamentary Resolution on Iceland's Arctic Policy (2011), Commentary to this Parliamentary Resolution: "*1(…) Importantly, individual Member States must be prevented from joining forces to exclude other Member States from important decisions, which would undermine the Arctic Council and other Arctic States, including Iceland. Most important in this respect are two meetings between five Arctic States, the United States, Canada, Russia, Norway and Denmark on behalf of Greenland, in Ilulissat, Greenland in 2008 and in Chelsea, Canada in 2010. Other members of the Arctic Council, i.e. Iceland, Finland, Sweden and representatives of Arctic indigenous peoples, were excluded from the meetings. The Icelandic Government has publicly, as well as in talks with the five States in question, protested their attempts to assume decision-making power in the region. Despite denying that the forum is a step towards a consultation forum on Arctic issues, clearly some of the States in question are willing to develop cooperation in this direction. Further efforts that may undermine the Arctic Council and Iceland's interests in the region must be prevented*", approved by Althingi at the 139th legislative session March 28 2011. Available at <www.arctic-council.org>, Documents, Arctic Strategies.

[3] *"(…) an extensive international legal framework applies to the Arctic Ocean (…) Notably, the law of the sea provides for important rights and obligations concerning the delineation of the outer limits of the continental shelf, the protection of the marine environment, including ice-covered areas, freedom of navigation, marine scientific research, and other uses of the sea. We remain committed to this legal framework and to the orderly settlement of any possible overlapping claims. This framework provides a solid foundation for responsible management (…) We therefore see no need to develop a new comprehensive international legal regime to govern the Arctic Ocean*"; Declaration of Ilulissat (2008), available at <www.arcticgovernance.org/the-ilulissat-declaration.4872424.html>.

[4] "*(…) The Arctic Ocean stands at the threshold of significant changes. Climate change and the melting of ice have a potential impact on vulnerable ecosystems, the livelihoods of local inhabitants and indigenous communities, and the potential exploitation of natural resources. By virtue of their sovereignty, sovereign rights and jurisdiction in large areas of the Arctic Ocean the five coastal states are in a unique position to address these possibilities and challenges (…)*"; Declaration of Ilulissat (2008), available at <www.arcticgovernance.org/the-ilulissat-declaration.4872424.html>.

[5] United States, which since 2009 maintains a ban on fishing in their Arctic waters, promoted a ban on fishing in the Arctic waters beyond national jurisdiction. The first to show their support were Canada and Denmark, but Norway and Russia finally have also done so in the framework of a meeting of the five Arctic states in February 2014 Nuuk, Greenland. Further information <http://news.gc.ca/web/article-en.do?nid=819859>.

3. The European Union and the Arctic

The EU is Arctic. Like most of the Arctic states[1], the EU is not completely Arctic and it does not have its center of political gravity in the Arctic - it has it in Europe - but it has territories in the Arctic region. The EU's link to the Arctic dates back to the seventies, with the addition of Greenland as part of the territory of the then European Communities, and although twelve years later it was not Community territory any more[2], passing to the category of overseas countries and territories (OCTs)[3], its inhabitants are citizens of the EU[4] although they are not entitled to vote in elections to the European Parliament[5]. This is the current situation, but there is the possibility of an independent Greenland in the future. The Arctic attraction of Greenland (mainly minerals and oil) can be a double-edged sword that, while it may give benefits, makes it more vulnerable to external powers. In this scenario, some consider that the EU could bring stability to Greenland, but we must not forget the possible interest of the United States and emerging Asian powers to play that role[6].

The next step of the EU towards the north came with the accession of Finland and Sweden on January 1, 1995 under the fourth enlargement of the EU; EU so happened to have, again, Arctic territory. In this process of enlargement, the accession of Norway was also foreseen, but as happened twenty years earlier, it finally did not entered due to popular opposition[7]. There is also a story of frustrated adhesion on Iceland. That country applied for EU membership in July 2009 and accession negotiations started in July 2010 but were put on hold by the Icelandic government in May 2013[8]. In February

[1] Only Iceland can be understood as entirely Arctic. Still, as we have already noted, virtually all its land-with the exception the island of Grimsey, is south of the Arctic Circle. See footnote 25.

[2] Greenland belongs to Denmark and Denmark's accession to the then European Communities (EECC) took place on January 1, 1973. In 1979, Home Rule was introduced for Greenland, and in 1982 they held a consultative referendum in Greenland on membership of the EECC, which after Greenland chose to leave the EECC with effect from 1 February 1985.

[3] Greenland is part of the so-called OCT (Overseas Countries and Territories) for which special arrangements are expected with regards to association, expected in the fourth part of the TFEU (Articles 198-204).

[4] "*Accordingly to Article 17 of the EC Treaty, every person holding the nationality of a Member State shall be a citizen of the Union. As a matter of fact, all nationals of Greenland, and the French and the Dutch OCTs also have the nationality of the related Member States automatically and are therefore EU citizens….*"; Communication from the European Commission: "Elements for a new partnership between the EU and the overseas countries and territories (OCTs)", Brussels, 6.11.2009, COM (2009) 623 final, footnote nº8.

[5] No elections to the European Parliament are to be held in the Faroe Islands or in Greenland, and permanent residents of the Faroe Islands or Greenland are not entitled to vote in elections to the European Parliament; Source: *Members of the European Parliament Elections Act*, consolidated Act No. 126 of 11 February 2013 (translation), available at: <http://valg.oim.dk/media/502462/EP-electionsUK-2013.pdf>.

[6] Among others, the following works. DEGEORGES, D.: *Denmark, Greenland and the Arctic. Challenges and Opportunities of becoming the meeting place of the global powers,* ed. Royal Danish Defence College, 2013. ERDAL, LL: *Independence on the Horizon. A Study of the Interplay Between Sovereignty and Natural Resources in Greenland*, ed. Fridtjof Nansen Institute, 2013; Inventory. FNI Report 6/2013.

[7] Norway applied for membership in the EU on three occasions (1962, 1967, 1992) and in the last two, a negotiated accession agreement was reached, but the Norwegian people's refusal ultimately prevented the entry of Norway into the EU (referendums of 1972 and 1994).

[8] Further information <http://ec.europa.eu/enlargement/index_en.htm>.

2014, the Icelandic government announced the retreat[1]. In this new stage Iceland seems to be taking advantage of its Arctic attractiveness relative to Asian countries[2]. As noted above, Iceland is a member of the Arctic Council but not in the group of self-proclaimed Arctic coastal states; it disputes this exclusion, and together with its voluntary abandonment of negotiations for accession to the EU, may help us better understand its recent openness towards non-Arctic states and its desire to become a reference for non-Arctic states[3]. We should note that the interest of Asia in the Arctic, shown by the admission of China, Japan, Korea, Singapore and India as observers in May 2013, is growing[4].

Summarizing what has been said, we find that of the eight Arctic states, three are now EU members, two with a regular situation within the EU (Sweden, Finland), and one with a special situation as regards its Arctic territories of Greenland and the Faroe Islands[5] (Denmark). Norway and Iceland are not members states, although part of the European Economic Area (EEA)[6].

The EU is not a state but an international organization and, as such, has only the powers that its member states have given it. But in those areas where it is competent- we are not now going to enter into the kind of competencies - it may adopt measures which apply in the territory of the member states and therefore also in the Arctic

---

[1] Contrary to what was promised during the election campaign, the Icelandic government has not called a referendum regarding the decision to abandon the negotiations for accession to the EU. This has led to protests from the Icelandic population. Information published in different media, among others, Euronews: 25 February 2014; </www.euronews.com/2014/02/25/tempers-flare-in-iceland-over-withdrawn-eu-membership-bid/>.

[2] A Free Trade Agreement (FTA) between Iceland and China was signed on 15 April 2013. Further information, web of Ministry for Foreign Affairs <www.mfa.is/news-and-publications/nr/7655>.

[3] «*Iceland's president has called for an expanded role for China and other Asian countries in the future of the Arctic, arguing that the rapid melting of the summer sea ice was having effects far beyond the region*», theguardian.com, 16 April 2013, <www.theguardian.com/environment/2013/apr/16/china-future-arctic-iceland>.

[4] The research program AsiArctic, which is funded by the Norwegian Research Council, has recently launched a new website (<www.asiarctic.no>) with information about Asia's growing interest in Arctic affairs. Another site of interest is the Centre for International Governance Innovation (CIGI), which devotes a section to "Arctic East Asia Relations: Boundary, Security and International Politics"; <www.cigionline.org/activity/east-asia-arctic-relations-boundary-security-and-international-politics>.

[5] Faroe Islands are outside the Arctic according to the criteria of latitude and climate, but instead it is taken into consideration by the Arctic Council (see footnote 24). Faroe Home Rule was established in 1948 and when Denmark joined the EECC (1973), the Faroe Islands chose to remain outside; so Faroe Islands are excluded from the scope of the Treaties; Art 355.5.a) TFEU. In any case it's odd how the EU seems to exclude the Faroe Islands in the Arctic region, as the European Commission did in the paper of 03/07/2012 entitled "EU Arctic Policy: Questions and Answers": "1. *What is the Arctic region? While various definitions are in use for the Arctic, here, the notion "Arctic region" covers the area around the North Pole, north of the Arctic Circle (latitude 66 degrees, 32 minutes North). It includes the Arctic Ocean and territories of the eight Arctic states: Canada, Denmark (including Greenland), Finland, Iceland, Norway, the Russia n Federation, Sweden and the USA*"; reference: MEMO/12/517, available at <http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-12-517_en.htm?locale=en>.

[6] The agreement on the EEA was signed in 1992 between, on the one hand the EU and its then 12 member states, and on the other hand the then 6 member states of European Free Trade Agreement (EFTA): Austria, Finland, Iceland, Liechtenstein, Norway, Sweden and Switzerland. However, Switzerland rejection of the agreement delayed its coming into force until 1994. In 1995, Austria, Finland and Sweden joined the EU. Currently, EU and its Member States (28 States), and Norway, Iceland and Liechtenstein, are parties to the EEA.

territories of member states, except –as we have seen- for Greenland and the Faroe Islands. Drawing on a study commissioned by the European Parliament[1], we could identify eleven areas in which the EU has powers that allow influencing the development of the Arctic through measures that apply in the Arctic territory of EU, but also in the Arctic territory of Iceland and Norway via the EEA Agreement[2].

But despite all this EU involvement in the Arctic, the fact is that the existence of a specific policy for the Arctic is very recent[3]; it began in 2008 with a communication from the European Commission of 20 November 2008 entitled "The EU and the Arctic Region"[4], which has been followed –plus the resolutions of other institutions- by a joint communication of the Commission and of the High Representative of the Union for Foreign Affairs and Security Policy of 26 June 2012 entitled 'Developing a European Union policy towards the Arctic region: progress since 2008 and next steps'[5] accompanied by the documents 'Inventory of activities in the framework of develop developing to European Union Arctic Policy '[6] and 'Space and the Arctic'[7].

Being an object of increasing attention[8], the EU intend to pursue a comprehensive policy for the region. A more detailed study of the issue is beyond the scope of this work but we do want to emphasize that, beyond what may be the Arctic governance in the context of their own powers exercised in the Arctic territory of the EU (domestic policies), the EU has a significant presence in certain areas such as research, an area in which it has a leading position[9]. But the EU encounters two obstacles with regards to being recognized as a partner in the governance of Arctic issues.

---

[1] The areas identified are: 1. Transport policy. 2. Environnent policy. 3 Common fisheries policy. 4 Energy: Common energy market and External energy policy. 5 Investigation. 6 Animal welfare. 7. Climate change. 8. Indigenous peoples. 9. Forest policy. 10 Tourism. 11. Regional policy. All these areas except for regional policy, with an internal and external dimension. Koivurova, T.; Kokko K.; Duyck, S.; Sellheim, N.; Stepien, A.: *The EU and the Arctic: EU Competences affecting, the Arctic*. ed. European Parliament / Tepsa.., 2010, available at: <www.europarl.europa.eu/committees/fi/studiesdownload.html?languageDocument=FI&file=33381>.

[2] EEA aims to strengthen economic and trade relations and to this end, partially extending the four freedoms of movement of the single market of the EEA States and establishes a trading system designed to ensure compliance with the competition rules. In addition, it has aimed to strengthening certain areas of cooperation, particularly research and development, the environment, education and social policy. However, certain areas are excluded.

[3] Website EU Arctic Policy <http://eeas.europa.eu/arctic_region/index_en.htm>.

[4] COM/2008/0763 final.

[5] JOIN (2012) 19 final.

[6] SWD(2012)0182.

[7] SWD(2012)0183.

[8] Among others, the following works. Airoldi, A.: "The European Union and the Arctic. Policies and actions", ed. Nordic Council of Ministers, 2008. Campins Eritja, M.: «The European Union and the North: Towards the Development of an EU Arctic Policy*?», Ocean Yearbook 27*, 2013, pp. 459-485. Cinelli, C.: "La Cuestión ártica y la UE", *Revista electrónica de Relaciones Internacionales*, No 1, 2009, pp. 138-163. WEGGE, N.: «The EU and the Arctic: European foreign policy in the making", *Arctic Review on Law and Politics*, vol. 3, 1/2012 p. 6–29. And the following works edited by the Reserch German Insttitute for International and Security Affairs in 2010: Maurer, A.: « The Arctic region—Perspectives from Member States and Institutions of the EU », Working paper FG 02, 2010/04; Neumann, A.: « The EU – A relevant actor in the field of climate change in respect to the Arctic », Working paper, FG 02, 2010/03; Rudloff, B.: "The EU as fishing actor in the Arctic", Working paper, FG 2, 2010/02.

[9] Over the last decade, the EU has become the largest sponsor of Arctic research, with contributions of 20 million euro per year. Source: «Speech: European Union strategy for the Arctic",

On the one hand, its status as an international organization prevents it from being a member of the Arctic Council, which is the main Arctic forum. The EU, not being a state, cannot be a member. The EU may have permanent observership and has actually requested it, but at the meeting in Kiruna (Sweden), in May 2013, the request of the EU was not completely accepted due to the opposition of Canada because of the EU's ban on imported seal products; EU has endeavored to present it in a positive manner[1] and it seems they are working to close the gap between positions.

On the other hand, the EU does not have Arctic waters. The most valuable about the Arctic is the sea: the Arctic Ocean (natural resources, navigation). But the Arctic EU Member States (Sweden and Finland) are not Arctic coastal states. This situation means that the EU can not be presented in relation to the Arctic waters as a proper regional actor, but does not preclude it as a global actor, for example, in relation to the adoption of an international treaty on a moratorium on commercial fishing in the Arctic offshore waters[2].

4. Conclusions

The EU has an interest in the Arctic from different perspectives. First, by its own Arctic condition, to the extent that part of the EU territory is located in the Arctic and that part of EU law also applies in the Arctic region of Norway and Iceland via the EEA Agreement. Second, because the European Arctic is the next neighbourhood area (Northern Dimension)[3]. Thirdly, the growing environmental, economic and geostrategic interests in the Arctic region as a whole; european interests are linked to this situation.

From an external perspective, that is, beyond the unilateral EU action in its own Arctic territory, the EU strives to assert its presence in the Arctic.

The EU is related to regional level (European Arctic) and bilateral (Norway and Iceland are members of the European Economic Area; Canada, Russia and the United States are strategic partners of the EU). But from an overall perspective the EU is not really recognized as an Arctic Actor, mainly for two reasons.

On one hand, its status as an international organization prevents it from being a member of the Arctic Council, the main arctic forum. Several EU states are members of the Arctic Council, but the EU itself can only aspire to be admitted as Observer. This situation could only be improved with a change -quite unlikely - of the "Arctic Council

---

European Commission - SPEECH/13/329, 17/04/2013. Available at <http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-13-329_en.htm>.

[1] Joint Statement by EU High Representative of the Union for Foreign Affairs and Security Policy and EU Commissioner for maritime affairs and fisheries on EU's observer status: "*The EU welcomes the Arctic Council's decision on the EU's application for permanent observership. The EU considers the Arctic Council a primary international forum for Arctic cooperation and looks forward to stepping up its engagement with the Arctic partners in tackling the challenges faced by this region of increasing importance. Further to previous exchanges with the Canadian authorities the EU will now work expeditiously with them to address the outstanding issue of their concern*"; 15 May 2013, available at: <www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_Data/docs/pressdata/EN/foraff/137127.pdf>.

[2] See footnote 35.

[3] Through the so-called «European Neighbourhood Policy» (ENP), the EU works with its southern and eastern neighbours. The Arctic neighborhood is part of the so-called «Northern Dimension» (ND). The ND is a joint policy initiated in 1999 between EU, Russia, Norway and Iceland. The policy covers a broad geographic area, from the European Arctic and Sub-Arctic to the southern shores of the Baltic Sea and countries in the vicinity, from north-west Russia in the east, to Iceland and Greenland in the west. Further information: <http://eeas.europa.eu/north_dim/index_en.htm>.

rules of procedure[1] which allow for membership or - at least – for being recognized as Permanent Participant, currently reserved for indigenous organizations. In the absence of such change, and imagining that the EU can be admitted as observer in the near future, they should strive to take advantage of that condition. But also the UE must not forget its "margin for action" pertaining to three of the eight members of the Arctic Council[2].

On the other hand, the EU does not have Arctic waters, and this is important because much of the value of the Arctic lies in the sea (natural resources[3], navigation). Within eight Arctic states, the hard core is composed of the self-proclaimed five Arctic coastal states: Arctic states of the EU[4] are –along with Iceland- the three being excluded. However, although the Arctic waters are composed of marine areas under the jurisdiction of the states, and it is in these waters where the most lucrative activities (shipping, mineral and oil exploitation on the continental shelf, tourism) are projected, Arctic waters also include marine areas beyond national jurisdiction (high seas, seabed). In these areas, beyond the national jurisdiction, the EU should not be excluded. A particularly important area is fishing; the self-proclaimed Arctic coastal states have *agreed* a *fishing moratorium in the Central Arctic Ocean in February 2014, but they need to* garner global support for this initiative[5].

Bibliographic References

1. AIROLDI, A.: "The European Union and the Arctic. Policies and actions", ed. Nordic Council of Ministers, 2008; available at: <www.norden.org/en/publications/publikationer/2008-729>.

2. AXWORTHY, T.S.; KOIVUROVA, T.; HASANAT, W. (ed.): *The Arctic Council: Its place in the future of Arctic governance*, Ed Munk-Gordon Arctic Security Program, 2012, available at <http://gordonfoundation.ca/publication/530>.

3. BYERS, M.: *International Law and the Arctic*, Ed. Cambridge University Press, 2013.

4. CAMPINS ERITJA, M.: «The European Union and the North: Towards the Development of an EU Arctic Policy*?», Ocean Yearbook 27*, 2013, pp. 459-485.

[1] "Arctic Council Rules of Procedure" as adopted by the Arctic Council at the First Arctic Council Ministerial Meeting (1998) and revised at the eighth Arctic Council Ministerial Meeting (2013); available at: <http://www.arctic-council.org>.

[2] Denmark (with the aforementioned limitations with respect to Greenland and the Faroe Islands), Finland and Sweden are members of the EU and, as such, have given certain powers -exclusive or shared- to the EU.

[3] See footnote 20.

[4] We refer to Sweden and Finland, not to Denmark, for the reasons explained above.

[5] Canadian Statement, February 27, 2014: "*We are very pleased that Canada and the four other Ocean Coastal States were able to support a temporary prohibition of commercial fishing in the high seas of the central Arctic Ocean. More scientific investigation is required to determine whether fishing in this area can be commercially viable. The discussions that were held among Canada, the Kingdom of Denmark, the Kingdom of Norway, the Russian Federation and the United States of America on this issue in Greenland this week were encouraging. We appreciate the level of attention the Arctic Ocean Coastal States are devoting to this issue. It is imperative that we take a leadership role to prevent unsustainable fishing in the Arctic Ocean high seas (...) We are confident that further progress can be made to garner global support for this initiative*"; available at: <http://news.gc.ca/web/article-en.do?nid=819859>. See footnote 35.

5. CHURCHILL, R.; ULFSTEIN, G.: «The Disputed Maritime Zones around Svalbard» (October 3, 2011), *Changes in the Artic environment and the Law of the sea*, Panel IX, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1937583>

6. CINELLI, C.: "La Cuestión ártica y la UE", *Revista electrónica de Relaciones Internacionales*, No 1, 2009, pp. 138-163.

7. CINELLI, C.: *El Ártico ante el derecho del mar contemporáneo*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012; available at: <www.peacepalacelibrary.nl/ebooks/files/343075628.pdf>

8. DEGEORGES, D.: *Denmark, Greenland and the Arctic. Challenges and Opportunities of becoming the meeting place of the global powers,* ed. Royal Danish Defence College, 2013, available at <http://forsvaret.dk/FAK/Publikationer/Briefs/Documents/Denmark-Greenland-and-the-Arctic.pdf>.

9. DÍEZ DE VELASCO, M.: *Instituciones de Derecho Internacional público*, ed. Tecnos, 2013.

10. ERDAL, LL: *Independence on the Horizon. A Study of the Interplay Between Sovereignty and Natural Resources in Greenland*, ed. Fridtjof Nansen Institute, 2013; Inventory. FNI Report 6/2013, available at: <www.asiarctic.no/images/artikler/publications/publ/FNI_R0613.pdf>.

11. FRANKX, E.: "Global Warming and Its Impact on Arctic Navigation: The Northern Sea Route Shipping Season 2012", in WEINTRIT, A. (ed.): *Marine Navigation and Safety of Sea Transportation: Navigational Problems*, ed. CRC Press, 2013.

12. HENRIKSEN, T.; ULFSTEIN, G., "Maritime Delimitation in the Arctic: The Barents Sea Treaty", *Ocean Development & International Law*, 2011, 42: 1, pp. 1-21.

13. MAURER, A.: « The Arctic region—Perspectives from Member States and Institutions of the EU », Working paper FG 02, 2010/04,SWP Berlin, ed. Reserch German Instittute for International and Security Affairs, 2010; available at <www.swp-berlin.org/fileadmin/contents/products/arbeitspapiere/Mrr_WP_Geonor_ks.pdf>.

14. MOLENAAR, E.J.; OUDE ELFERINK, A.G.; ROTHWELL, D.R.: *The Law of the Sea and the Polar Regions*, ed. Martinus Nijhoff publishers, 2013.

15. NEUMANN, A.: « The EU – A relevant actor in the field of climate change in respect to the Arctic », Working paper, FG 02, 2010/03, July 2010, SWP Berlin. available at: <www.swp-berlin.org/fileadmin/contents/products/arbeitspapiere/Nma_WP_2010_03_ks.pdf>.

16. ØYSTEIN, J.: "Current Legal Developments, The Barents Sea: Treaty Between Norway and the Russian Federation Concerning Maritime Delimitation and Cooperation in the Barents Sea and the Arctic Ocean", *International Journal of Marine and Coastal Law*, Vol 26, No. 1, 2011, pp. 151-168.

17. PEDERSEN, T.: "Debates over the Role of the Arctic Council," *Ocean Development & International Law*, 2012, 43: 2, pp. 146-156.

18. PHARAND, D.: "The Legal Status of Ice Shelves and Ice Islands in the Arctic," *Les Cahiers de droit*, vol. 10, No. 3, 1969, pp. 461-475; available at: <http://nelson.cen.umontreal.ca/revue/cd/1969/v10/n3/1004659ar.pdf>.

19. REY ANEIROS, A.: «Legal Framework of Protection of the Antarctic Environment", *International Studies Jurnal*, 2011, pp. 7-28.

20. ROTHWELL, D.: *The Polar Regions and the Development of International Law,* Ed. Cambridge University Press, 1996.

21. RUDLOFF, B.: "The EU as fishing actor in the Arctic", Working paper, FG 2, 2010/02, July 2010, available at: <www.swp-berlin.org/fileadmin/contents/products/arbeitspapiere/Rff_WP_2010_02_ks.pdf>.

22. SANCHEZ RAMOS, B., "Strengthening the Capacity of the Arctic Council: Is the First Step to Permanent Secretariat?" *Arctic Yearbok* 2013, pp 14.

23. SOBRINO HEREDIA, J.M.: "Las organizaciones internacionales: generalidades", in DIEZ DE VELASCO, M.: *Las Organizaciones Internacionales*, ed. Tecnos, pp. 37-55.

24. SYMMONS, C.R.: *The Maritime Zones of Islands in International Law*, Ed. M. Nijhoff, 1979.

25. WEGGE, N.: «The EU and the Arctic: European foreign policy in the making", *Arctic Review on Law and Politics*, vol. 3, 1/2012 p. 6–29.

Realising a European Area of Justice through Harmonised Protection of Procedural Rights and Enhanced Integration between the EU and the ECHR Legal Systems

Ștefania ***NEGRI****

Abstract*: The realisation of a true European area of justice calls for protection and respect for those basic human rights and procedural guarantees underlying the concepts of justice and fair trial, in harmony with the legal standards set by the European Convention of Human Rights and by Strasbourg case law and endorsed by the EU Charter of Fundamental Rights. The relevance of the ECHR acquis for the strengthening of a European area of justice based on judicial cooperation is evident, and this paper aims to illustrate which practical implications and legal obligations stem from it when the EU legislators adopt measures of harmonisation aimed at achieving a higher level of mutual trust between national authorities. In this perspective, the paper will highlight the prominence and non-derogability of the minimum standards of protection set out in the ECHR and established by way of interpretation by the Strasbourg Court, which penetrate the EU legal system through the provisions of article 6(3) of the Treaty on the European Union and articles 52(3) and 53 of the EU Charter of Fundamental Rights. The existing convergence of the two European systems of human rights protection, achieved through the aforementioned provisions, is also supported by the progressive development of overlapping standards of application that emerge from the case law of the European Courts. The paper argues that the possible accession of the EU to the ECHR would open up new prospects for enhanced synergy and integration between the EU and the ECHR legal systems, thus moving towards an "integrated protection" of European citizens.*

Keywords: *European Area of Freedom Security and Justice; European minimum standards of protection; European Convention on Human Rights; Procedural rights; Harmonisation and integration*

Introduction

Adherence to common principles and values and respect for fundamental rights are the bedrock of the development of a true European area of freedom, security and justice that can serve as a strategic tool to partially overcome polarisation trends in Europe.

Four years after the entry into force of the Lisbon Treaty the construction of this area has advanced in leaps and bounds and the Commission's objective for the future of European justice – as illustrated in its Communication of 11 March 2014[1] – is to make further progress towards a fully functioning common judicial area based on enhanced

* Ph.D., Associate Professor of International Law, School of Law, University of Salerno.

[1] European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *The EU Justice Agenda for 2020 - Strengthening Trust, Mobility and Growth within the Union*, COM(2014) 144 final of 11 March 2014.

mutual trust, facilitated mobility and economic growth by 2020. In this respect, the end of 2014 is a turning point in the development of the EU justice policy, since the European Council's five-year Stockholm Programme[1] and the related Commission Action Plan[2] setting the priorities for the area of freedom, security and justice will come to an end on 1 December 2014.

Looking back to the past few years, the EU justice policy has undergone profound changes and achieved remarkable progress. It has sought to develop a European area of justice based on mutual recognition and trust by building bridges between the different justice systems of the Member States. In the area of criminal justice, mutual trust between EU Members has been strengthened by progressively establishing, throughout the Union's territory, a set of fair trial rights by means of common, EU-wide, minimum standards to protect persons suspected or accused of a crime. The European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR)[3] and the case law of the Strasbourg Court have both played a key role in setting such minimum, non-derogable standards.

Looking ahead, the Commission's Justice Agenda advocates that justice and citizens' rights should meet no borders in the EU by 2020. This goal will not be effectively met without consolidating and strengthening the results achieved so far, complementing the existing framework with new initiatives, and moving further steps forward towards the realisation of such crucial objectives as the accession of the EU to the ECHR and the ensuing enhanced integration between the two major European legal systems of human rights protection.

The European Area of Freedom, Security and Justice as a "Space of Convergence" between the ECHR and the EU Charter of Fundamental Rights

As is well known, the Stockholm Programme has placed at the top of the political priorities of the European Union the development and strengthening of the European area of freedom, security and justice through the creation of a "Europe of rights" and a "Europe of justice". The achievement of these goals requires that EU Member States share common values, especially the "core value" [4] of respect for the human person and human dignity and for the other rights set out in the Charter of Fundamental Rights of the European Union[5] and the ECHR.

In this respect, the Stockholm Programme aptly highlights the relevance of the contribution provided by the ECHR and the Strasbourg Court to the creation of a "uniform European fundamental and human rights system"[6] that lies at the basis of a "European judicial area".

---

[1] The Stockholm Programme – *An open and secure Europe serving and protecting citizens*, OJ C 115 of 4 May 2010, pp. 1-38.

[2] European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *Delivering an area of freedom, security and justice for Europe's citizens. Action Plan Implementing the Stockholm Programme*, COM(2010) 171 final of 20 April 2010.

[3] Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, CETS No. 005, done in Rome on 4 November 1950, in force as of 3 September 1953.

[4] The Stockholm Programme, para 1.1.

[5] Charter of Fundamental Rights of the European Union, OJ C 83 of 30 March 2010.

[6] The Stockholm Programme, para. 2.1.

Being destined to become first and foremost "a single area in which fundamental rights and freedoms are protected",[1] the area of freedom, security and justice currently appears as a space of "convergence" or of "intersection" between the two major European legal systems of human rights protection and their respective legal sources. Such a convergence is the result of a process of "hybridization" between the traditional ECHR model and the emerging European model and it still testifies of the continuing centrality in the EU system of the role of the Convention as interpreted and integrated by the evolutionary jurisprudence of the Strasbourg Court.

The incidence of the Convention in the EU legal system is indisputable and dates back in time, being clearly traceable from art. F of the Maastricht Treaty to the recently amended text of article 6 TEU, that qualifies the rights guaranteed by the ECHR as general principles of Union law (para. 3) and further provides for the Union's accession to it (para. 2).

Particularly significant is also the role played by the Convention in relation to the genesis and interpretation of the dispositions of the EU Charter of Fundamental Rights. This is witnessed in particular by its Preamble– which "reaffirms" the rights originating from the ECHR and the case law of the European Court – and by articles 52(3) and 53, two important coordination clauses that are meant to serve as safeguards for the minimum protection standards afforded by the Convention system. These provisions are also known as the "equivalence clause" (article 52(3)) according to which the rights laid down in the Charter which correspond to those guaranteed by the ECHR must be given the same meaning and scope (except when the Charter offers a broader protection[2]), and the "compatibility clause" (article 53), which prevents interpretations of the Charter restricting or adversely affecting the protection afforded by other international instruments, and in particular by the Convention itself.[3]

Therefore, although the current text of article 6(1) TEU puts the Charter at the centre of the European system of human rights protection, the interpretation rules laid down in articles 52 and 53, coupled with the wording of article 6(3) TEU, lead to the conclusion that even after the entry into force of the Lisbon Treaty the ECHR still plays a key role in the EU legal system, both directly and indirectly.

The Impact of the ECHR *Acquis* on the Construction of a European Area of Justice

The enduring centrality of the ECHR in the European system of human rights protection is also recorded in relation to the implementation of the provisions of Title V TFEU. Indeed, in providing that the Union will create an area of freedom, security and justice with respect for fundamental rights, it is clear that Article 67(1) TFEU – read in conjunction with article 6(3) TEU – requires the institutions to exercise the powers

[1] Ibid., para. 1.1.

[2] It is recognised in article 52(3) of the Charter that the EU might provide a higher standard since it provides that "*this provision shall not prevent Union law providing more extensive protection*". The result of this provision could be that the EU and national courts will build on and develop the ECHR rights through the Charter.

[3] Article 53 determines the Charter as a minimum standard of protection, similar to article 53 of the ECHR, which prevents States from applying the standard set by the Convention whenever it is less favourable as compared to other legal protection systems, including national law, international treaty law and the EU Charter.

conferred on them by Title V in accordance not only with the standards set out in the *acquis* of the European Union, but also with those that can be drawn from the European Convention and the case-law of the Strasbourg Court.

In fact, as it clearly emerges from the provisions of Title V, the construction of a "European area of justice" is based on the realisation of increasingly advanced forms of cooperation between national judicial authorities. In this perspective, the Treaty identifies as primary objectives of the Union's action the endeavour both "to ensure a high level of security … through measures for coordination and cooperation between police and judicial authorities and other competent authorities, as well as through the mutual recognition of judgments in criminal matters" (article 67(3)) and to "facilitate access to justice, in particular through the principle of mutual recognition of judicial and extrajudicial decisions in civil matters" (article 67(4)).

Therefore, it is crucial for the development of a closer cooperation between national judicial authorities, both in the civil and criminal fields, that they mutually recognise the decisions issued by their foreign homologues. This in turn depends on the strengthening of mutual trust between States and their greater willingness to cooperate with those who share the same legal values. The ECHR *acquis* fits in this dynamics and helps to define the minimum levels of protection that the construction of an area of "common European justice" must be inspired to, especially when it is perfected through harmonisation measures that are likely to have effects directly on the personal status, rights and freedoms of individuals. This means that the measures of judicial cooperation in civil and criminal matters, adopted under articles 81 and 82 TFEU, must be specifically consistent with the standards drawn from the Convention as interpreted and constantly "revitalised" by its natural judge. Such standards are thus an essential reference point for the adoption of minimum rules of harmonisation aimed at the approximation of the laws and regulations of the Member States in view of the strengthening of mutual trust and the implementation of the principle of mutual recognition of judgments and judicial decisions.

It follows that the ECHR *acquis* supplies a strong conditioning element for the realisation of a true European area of justice and it is evident that the interpretative case-law concerning articles 5 to 7 and 13 of the Convention, as well as article 4 of Protocol 7, bears special significance to the protection of the so-called "rights of justice".

While in the domain of judicial cooperation in civil matters references to the ECHR in the EU legislation turn out to be absolutely sporadic – a sole example in point being Directive 2003/8 on legal aid in cross-border disputes[1] – the virtuous incidence of the Convention seems to manifest itself in all its visibility in the domain of judicial cooperation in criminal matters. In this field the need to set minimum standards on the rights of individuals in criminal procedure has given rise to a number of important harmonisation measures. They constitute the "legislative package" that is gradually realizing the "roadmap" set by the Stockholm Programme: Directive 2010/64 on the right to interpretation, Directive 2012/13 on the right to information and Directive

[1] Council Directive 2003/8/EC of 27 January 2003 to improve access to justice in cross-border disputes by establishing minimum common rules relating to legal aid for such disputes, OJ L 26 of 31 January 2003, pp. 41-47, Recital 4: "All Member States are contracting parties to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedom of 4 November 1950. The matters referred to in this Directive shall be dealt with in compliance with that Convention and in particular the respect of the principle of equality of both parties in a dispute."

2013/48 on the right to access to a lawyer,[1] and the three proposals for new directives submitted by the Commission on 27 November 2013, respectively dedicated to the strengthening of the presumption of innocence and the right to be present at their trial, the protection of procedural rights of children involved in criminal proceedings and provisional access to legal aid for suspects and accused persons subject to measures involving deprivation of liberty.[2]

As is well known, these are measures aimed at strengthening procedural rights of persons subject to criminal proceedings throughout the European Union and the parallel strengthening of the "spirit of trust" that underlies the mutual recognition of judicial decisions. They are also based on the same ratio: to set "minimum rules" functional to the approximation of the laws of the Member States, giving them the opportunity to "extend the rights set out … in order to provide a higher level of protection also in situations not explicitly dealt with".[3]

Even with respect to those measures of harmonisation the relevance of the ECHR *acquis* is fully confirmed. In fact, while, on the one hand, these directives provide that the provisions corresponding to rights guaranteed by the ECHR or the Charter "should be interpreted and implemented consistently with those rights, as interpreted in the case-law of the European Court of Human Rights",[4] on the other hand, they expand the list of protected rights by explicitly recognising rights of judicial derivation (e.g. the rights to information, to "awareness" of the process and to appear in person, as laid down by the Strasbourg Court in the case-law concerning Article 6 and resulting from the evolutionary interpretation of the right to a fair trial[5]), plus additional rights deriving even from sources external to the European system, such as the right to consular assistance that is drawn from the Vienna Convention on Consular Relations.[6]

---

[1] Directive 2010/64/EU of the European Parliament and of the Council of 20 October 2010 on the right to interpretation and translation in criminal proceedings, OJ L 280 of 26 October 2010, pp. 1-7; Directive 2012/13/EU of the European Parliament and of the Council of 22 May 2012 on the right to information in criminal proceedings, OJ L 142 of 1st June 2012, pp. 1-10; Directive 2013/48/EU of the European Parliament and of the Council of 22 October 2013 on the right of access to a lawyer in criminal proceedings and in European arrest warrant proceedings, and on the right to have a third party informed upon deprivation of liberty and to communicate with third persons and with consular authorities while deprived of liberty, OJ L 294 of 6 November 2013, pp. 1-12.

[2] Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the strengthening of certain aspects of the presumption of innocence and of the right to be present at trial in criminal proceedings of 27 November 2013, COM(2013) 821 final; Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on procedural safeguards for children suspected or accused in criminal proceedings of 27 November 2013, COM(2013) 822 final; Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on provisional legal aid for suspects or accused persons deprived of liberty and legal aid in European arrest warrant proceedings of 27 November 2013, COM(2013) 824 final.

[3] Recital 40 of Directive 2012/13; Recital 54 of Directive 2013/48.

[4] Recital 33 of Directive 2010/64; Recital 42 of Directive 2012/13; Recital 53 of Directive 2013/48.

[5] Recital 18 of Directive 2012/13; Recital 8 of Council Framework Decision 2009/299/JHA of 26 February 2009 amending Framework Decisions 2002/584/JHA, 2005/214/JHA, 2006/783/JHA, 2008/909/JHA and 2008/947/JHA, thereby enhancing the procedural rights of persons and fostering the application of the principle of mutual recognition to decisions rendered in the absence of the person concerned at the trial, OJ L 81 of 27 March 2009, pp. 24-36.

[6] Recital 37 of Directive 2013/48 states that it confers a "right" to consular assistance to suspects and accused persons deprived of their liberty. In this way the Directive endorses the right to consular assistance provided in article 36(1b) of the Vienna Convention as interpreted by both the International

Finally, it should be pointed out that the proposed measures reaffirm the principle of the non-derogability of common minimum standards, establishing in this regard that "the level of protection should never fall below the standards provided by the ECHR as interpreted in the case-law of the European Court of Human Rights".[1] Indeed, several legislative acts include the so-called "non-regression clause", as provided for by article 82(2) of the TFEU, which stands in defence of the principle that EU measures should never be used to lower the level of protection, introduce derogations from the rules in force or weaken the status of the rights already guaranteed. Formulated so as to allow Member States to set in their legislation higher levels of protection, as compared to those adopted at European level, in some cases this clause expressly forbids any restriction or derogation from the rights and procedural guarantees provided by the ECHR or other international legal instruments.[2] Moreover, the reference to other international instruments, such as the International Covenant on Civil and Political Rights, is emblematic of a growing appreciation, especially in the most recent EU legislation,[3] of a possible synergy between different legal sources, functional to the realisation of that "Europe built on fundamental rights" advocated by the Stockholm Programme.

The Required Compatibility of Judicial Cooperation Measures with the ECHR

In the Stockholm Programme the European Council invited "the Union institutions and the Member States to ensure that legal initiatives are and remain consistent with fundamental rights and freedoms throughout the legislative process by way of strengthening the application of the methodology for a systematic and rigorous

---

Court of Justice and the Inter-American Court of Human Rights, namely in the sense that that provision confers directly on the arrested or detained foreigner an "individual right" to be informed and receive assistance. Any violation of this right constitutes a serious breach of the fairness of the trial that could only be remedied through revision of the judgment (ICJ, *LaGrand (Germany v. United States of America)*, Judgment of 27 June 2001, *I.C.J. Reports 2001*, pp. 494, 513-514, paras. 77, 125; *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Judgment of 31 March 2004, *I.C.J. Reports 2004*, pp. 36, 59-60, paras. 40, 121; IACtHR, Advisory Opinion OC-16/99 of October 1, 1999, *The right to information on consular assistance in the framework of the guarantees of the due process of law,* paras. 80-83).

[1] Recital 40 of Directive 2012/13. See also Recital 29 of Proposal COM(2013) 821/2; Recital 35 of Proposal COM(2013) 822/2; and Recital 19 of Proposal COM(2013) 824.

[2] See in this sense article 8 of Directive 2010/64: "Nothing in this Directive shall be construed as limiting or derogating from any of the rights and procedural safeguards that are ensured under the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, the Charter of Fundamental Rights of the European Union, other relevant provisions of international law or the law of any Member State which provides a higher level of protection". Identical provisos are to be found in article 14 of Directive 2013/48 and article 10 of Directive 2012/13. See also article 12 of Proposal COM(2013) 821/2, article 22 of Proposal COM(2013) 822/2 and article 7 of Proposal COM(2013) 824.

[3] It is noteworthy that in the most recent legislative measures reference to the ECHR is often coupled with a reference to the International Covenant on Civil and Political Rights as a source of rights and procedural safeguards (see Recitals 1, 5 and 6 of Directive 2013/48). A recurring mention of the Covenant among the sources of international obligations in the field of human rights leads us to reflect on whether the case law of the Human Rights Committee - even if not supported by the legal status accorded to the judgments of the Strasbourg Court - could or should be taken into due consideration in the interpretation of specific rights, as an additional prominent "source" of guidance in the identification and application of the highest possible standard of protection.

monitoring of compliance with the European Convention and the rights and freedoms set out in the Charter of Fundamental Rights".[1]

Indeed, the obligation to comply with the standards laid down by the ECHR is taken in due consideration by the EU legislative institutions when they adopt measures aimed at realising the European area of freedom, security and justice. Proof of this is the fact that the legislative measures adopted in the framework of judicial cooperation in criminal matters – both in the pre- and in the post-Lisbon regime –include either a clear commitment to respect the rights and principles recognised by article 6 TEU or a generic reference to the respect of fundamental rights, which is in turn linked to an explicit reference to the ECHR in the Commission's accompanying report.[2] It should also be noted that there is a new trend emerging from the most recent legislative measures to refer directly to the ECHR and to state the need that such measures be applied in the Member States in accordance with the Convention.[3]

This is a virtuous practice that is rooted in a specific legal obligation imposed on the legislative institutions by the Treaties and repeatedly confirmed in the case-law of the Luxembourg Court. In fact, on the one hand, article 6(3) TEU obliges the institutions to comply with the fundamental rights guaranteed by the ECHR (qualified as general principles of Union law) in the issuing, implementation and interpretation of EU rules; on the other hand, according to the settled jurisprudence of the Court of Justice, the legality of the acts adopted by the institutions is subject to compliance with human rights[4] and the Court has also held that the ECHR has a "special significance" among the legal sources of such rights.[5] As a consequence, the violation of the fundamental rights enshrined in the ECHR may lead to the annulment of a legislative act for "infringement of the Treaties or of any rule of law relating to their application" pursuant to article 263(4) TFEU.

The required compliance with fundamental rights, and hence with the ECHR, has also been qualified as a "constitutional principle" of EU law in the well-known *Kadi* judgment, where the Court stated that "the constitutional principles of the EC Treaty … include the principle that all Community acts must respect fundamental rights, that

[1] The Stockholm Programme, par. 2.1.

[2] See, e.g., the Proposal for a Framework decision on the European Evidence Warrant for obtaining objects, documents and data for use in proceedings in criminal matters of 14 November 2003, COM(2003) 688 final, Report, para. 1.9.

[3] Recital 5 of Directive 2010/64.

[4] Although the relevant case-law is indeed extensive, the Court's landmark decisions are the following: judgment of 12 November 1969, *Erich Stauder v City of Ulm – Sozialamt,* Case 29-69, ECR 419*;* judgment of 17 December 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, Case 11-70, ECR 1125*;* judgment of 14 May 1974, *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung v Commission of the European Communities*, Case 4-73, ECR 491; judgment of 18 June 1991, *Elliniki Radiophonia Tiléorassi AE and Panellinia Omospondia Syllogon Prossopikou v Dimotiki Etairia Pliroforissis and Sotirios Kouvelas and Nicolaos Avdellas and others*, Case C-260/89, ECR i-2925; judgment of 29 May 1997, *Friedrich Kremzow v Republic of Austria*, Case C-299/95, ECR i-2629.

[5] ECJ, judgment of 21 September 1989, *Hoechst AG v Commission of the European Communities*, Joined cases 46/87 and 227/88, ECR 2859, para. 13; see also the judgments of 26 June 2007, *Ordre des barreaux francophones et germanophones and others v Conseil des ministres*, Case C-305/05, ECR i-5305, para. 29 (and further references therein) and of 3 September 2008, *Kadi and Al Barakaat International Foundation v Council of the European Union and Commission of the European Communities*, Joined cases C-402/05 P and C-415/05 P, ECR i-6351, para. 283.

respect constituting a condition of their lawfulness which it is for the Court to review in the framework of the complete system of legal remedies established by the Treaty".[1]

Being general in nature, this principle is also applied to the acts of the former third pillar.[2] However, given the limitations that the Treaty provided with regard to the Court's competences in relation to the former third pillar, the issue was repeatedly raised before the EU Courts of the alleged ineffectiveness of judicial review, especially with regard to the protection of individuals in the framework of the legal remedies established by the Treaty.[3] In this case too, the rights guaranteed by the ECHR, in particular by articles 6 and 13 as interpreted by the Strasbourg Court, set the standard relied on by the plaintiffs to assert their right to have effective access to the EU Courts.

In the *Pupino*, *Segi* and *Gestoras Pro Amnistía* cases, the Court conceded that "as regards the Union, the treaties have established a system of legal remedies in which, by virtue of Article 35 EU, the jurisdiction of the Court is less extensive under Title VI of the Treaty on European Union than it is under the EC Treaty … It is even less extensive under Title V".[4] Nonetheless, the Court did not find that the system of legal remedies available to individuals in the context of the former third pillar was such as to create a breach of the right to effective judicial protection.[5]. The Court ruled, on the contrary, that the completeness of the remedies and the effectiveness of the protection of the individual must be assessed as a whole, also in relation to the remedies provided by

---

[1] ECJ, *Kadi*, para. 285.

[2] See the Opinion of Advocate General Mengozzi, delivered on 26 October 2006 in Case C-354/04 P, *Gestoras Pro Amnistía and other v Council of the European Union* and in Case C-355/04 P, *Segi and other v Council of the European Union*, paras. 74 and 78: "Article 6(2) EU … enshrines in a rule of primary law a settled principle of the case-law of the Court on the application of the EC Treaty and extends it to all spheres of activity of the Union … As regards the protection of fundamental rights, which form an integral part of the general principles of law, in ensuring observance thereof the Court draws inspiration from the constitutional traditions common to the Member States and from the guidelines supplied by international treaties for the protection of human rights on which the Member States have collaborated or to which they are signatories, in particular the ECHR, which the Court deems to have 'special significance' in that respect. As the Court has further stated, it follows that the Community cannot accept measures which are incompatible with observance of the human rights thus recognised and guaranteed, which therefore constitutes a precondition for the legality of Community acts … Given the wording of Article 6(2) EU and its place among the 'Common provisions' in Title I of the EU Treaty, similar considerations must obviously be made with reference to measures expressing the action of the Union in the fields of the common foreign and security policy (the 'second pillar') and police and judicial cooperation in criminal matters (the 'third pillar')". See also Judgment of the Court of 3 May 2007, *Advocaten voor de Wereld v Leden van de Ministerraad*, Case C-303/05, ECR i-3633, para. 45 ff. and the Opinion of Advocate General Bot, delivered on 7 September 2010 in Case C-261/09, *Criminal proceedings against Gaetano Mantello*, para. 88.

[3] Pursuant to article 35 TEU, framework decisions could not be challenged by individuals for a control of legitimacy for violation of fundamental rights, since the Court lacked competence to receive individual applications similar to those provided for by article 240(4) TEC.

[4] ECJ, judgment of 16 June 2005, *Criminal proceedings against Maria Pupino*, Case C-105/03, ECR i-5285, para. 35; judgment of 27 February 2007, *Gestoras Pro Amnistía and other v Council of the European Union*, Case C-354/04 P, ECR i-1579, para. 50; judgment of 27 February 2007, *Segi and other v Council of the European Union*, Case C-355/04 P, ECR i-1657, para. 50.

[5] In *Kadi* the Court stated that effective judicial protection is "a general principle of Community law stemming from the constitutional traditions common to the Member States, which has been enshrined in Articles 6 and 13 of the ECHR, this principle having furthermore been reaffirmed by Article 47 of the Charter of fundamental rights of the European Union" (para. 335). Cf. also judgment of 18 March 2010, *Alassini v Telecom Italia SpA and others*, Joined cases C-317/08, C-318/08, C-319/08, C-320/08, ECR i-2213, para. 61.

national law and in the light of the functions that national courts are called upon to play in implementing the principle of "sincere cooperation".[1] Therefore, in those cases where the issue was raised that there was an alleged violation of the general principle of effective judicial protection, especially in relation to the limits imposed by the Treaties to the admissibility of actions for annulment brought by individuals, the Court preferred to leave to the Member States the task of carrying out a reform of the existing system of judicial remedies.[2]

With the Treaty of Lisbon the reform advocated by the Court finally resulted in a partial revision of article 263 TFEU, but the amendment of its fourth paragraph[3] does not seem to have introduced a substantial improvement in the conditions of admissibility of individual applications aimed to request the Court's scrutiny over the legality of acts adopted under Title V. Indeed, it seems that the possibility to challenge the regulatory acts that do not involve implementing measures can be applied only in the cases foreseen by article 81(2) and article 82(1) TFEU, which refer generically to "measures" that the Parliament and the Council may take pursuant to the ordinary legislative procedure, assuming that the EU decides to adopts regulations instead of directives (as was the case for judicial cooperation in civil matters).

By contrast, when the Treaty mentions the directives as the means by which "minimum standards" of legislative harmonisation are to be established (e.g. under article 82(2) with regard to the rights of individuals in criminal procedure), the admissibility of actions for annulment brought by individuals against such directives – in the event of conflict with the minimum standards set by the ECHR and the case law of the Strasbourg Court – remains subject to the conditions and restrictions set out by the EU Court.[4]

This issue is of dramatic importance, since the transposition of judicial cooperation measures through the enactment of national laws incompatible with the ECHR *acquis* expose the Member State to the risk of lawsuits before the European Court of Human Rights, on grounds of the alleged violation of the Convention in the implementation of EU legislative acts.

In this regard, it is worth remembering that on several occasions EU Member States were sued for this reason and that the European Court found that, in principle, the

---

[1] The Court declared that "it is for the Member States and, in particular, their courts and tribunals, to interpret and apply national procedural rules governing the exercise of rights of action in a way that enables natural and legal persons to challenge before the courts the lawfulness of any decision or other national measure relating to the drawing up of an act of the European Union or to its application to them and to seek compensation for any loss suffered" (*Segi* and *Gestoras Pro Amnistía*, para. 56).Cf. also the judgments of 25 July 2002, *Unión de Pequeños Agricultores v Council*, Case C-50/00 P, ECR i-6677, paras. 41-42, and of 1st April 2004, *Commission v Jégo-Quéré and Cie SA*, Case C-263/02 P, ECR i-3425, paras. 31-32.

[2] Cf. ECJ, *UPA*, para. 45; *Segi* and *Gestoras Pro Amnistía*, para. 50.

[3] Article 263(4) TFEU: "Any natural or legal person may, under the conditions laid down in the first and second paragraphs, institute proceedings against an act addressed to that person or which is of direct and individual concern to them, and against a regulatory act which is of direct concern to them and does not entail implementing measures".

[4] Cf. in this respect the proposal by Advocate General Jacobs for a reconsideration of the restrictive interpretation of the concept of "person directly and individually concerned by a measure of general application" pursuant to article 230(4) TEC, in his Opinion delivered on 21 March 2002 in Case C-50/00P, *Unión de Pequeños Agricultores v Council*, endorsed by the Court of First Instance in its judgment of 3 May 2002, Case T-177/01, *Jégo-Quéré and Cie SA v Commission*, ECR II-2365, but later rejected by the Court of Justice in the Judgment of appeal of 1 April 2004.

transfer of competences from a State to an international or supranational organisation does not exempt that State from the duty of compliance with the Convention, even in the performance of obligations imposed by membership to that organisation.[1] The Court stated that the compatibility with the ECHR of the acts of the international organisation (entitled to exercise the sovereign powers transferred by its Members) cannot be subject to review before the Strasbourg judges as long as the organisation itself does not become party to the Convention.[2] As regards, however, the implementation of the obligations arising from membership, namely the obligations stemming from EU law, the Court considered that the action of a Member State is compatible, at least on a presumptive basis, with the ECHR obligations to the extent that the protection offered by the EU legal system can be considered "equivalent" to the one guaranteed by the ECHR system both in substantive and procedural terms. Nevertheless, it considered it possible to exercise its scrutiny over national acts of execution whenever the organisation leaves the State a certain degree of discretion as to the measures to be taken, i.e. when it is not the case of self-executing acts, like regulations.[3]

Applying this general principle to the judicial cooperation in criminal matters under Title V of the TFEU, it is evident that national measures of implementation, that are inconsistent with the fundamental rights enshrined in the ECHR and the Strasbourg case-law, fall within the purview of the Court. The Court's role in such cases is of dramatic importance, since it contributes to the construction of the European area of justice in accordance with the requirement imposed by article 67 TFEU through a close supervision over the compatibility of the harmonised national legislations with the settled European standards of human rights protection.

The Possible Accession of the European Union to the ECHR and its Foreseeable Effects on the European Area of Justice

The Stockholm Programme stresses the "key importance" of a rapid accession of the EU to the ECHR, with a view to "reinforce[ing] the obligation of the Union, including

[1] In the *Bosphorus* judgment the Strasbourg Court held that "In … establishing the extent to which a State's action can be justified by its compliance with obligations flowing from its membership of an international organisation to which it has transferred part of its sovereignty, the Court has recognised that absolving Contracting States completely from their Convention responsibility in the areas covered by such a transfer would be incompatible with the purpose and object of the Convention; the guarantees of the Convention could be limited or excluded at will, thereby depriving it of its peremptory character and undermining the practical and effective nature of its safeguards (see *M. & Co*., p. 145, and *Waite and Kennedy*, § 67, …). The State is considered to retain Convention liability in respect of treaty commitments subsequent to the entry into force of the Convention (see *mutatis mutandis, Matthews*, […], §§ 29 and 32-34, and *Prince Hans-Adam II of Liechtenstein v. Germany* [GC], no. 42527/98, § 47, ECHR 2001-VIII)" (ECtHR, judgment of 30 June 2005, n. 45036/98, *Bosphorus v Ireland*, para. 154).

[2] European Commission on Human Rights, decision of 10 July 1978, n. 8030/77, *Confédération française démocratique du travail v European Communities*, DR 13, p. 231; decision of 19 January 1989, n. 13539/88, *Dufay v European Communities*; decision of 9 February 1990, n. 13258/87, *M. & Co. v Germany*, p. 144; ECtHR, judgment of 18 February 1999, n. 24833/94, *Matthews v United Kingdom*, para. 32.

[3] ECtHR, *Bosphorus*, paras. 155-157; judgment of 21 January 2011, n. 30696/09, *M.S.S. v Belgium and Greece*, paras. 338-340; judgment of 6 December 2012, n. 12323/11, *Michaud v France*, paras. 105-116.

its institutions, to ensure that in all its areas of activity, fundamental rights and freedoms, are actively promoted".[1]

The Union's accession to the Convention is provided for by article 6(2) TEU (as amended by the Treaty of Lisbon) and article 59(2) of the ECHR (as amended by Protocol No. 14), which form its legal basis.

At the end of a long process of negotiation, on 5 April 2013 a "Draft Revised Agreement on the Accession of the European Union to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms" was approved by the European Commission and the *ad hoc* negotiationg group appointed by the Steering Committee for Human Rights of the Council of Europe (the Group of 47+1). The Agreement is supplemented by a draft explanatory report, a draft declaration by the EU, a draft rule to be added to the Rules of the Committee of Ministers for the supervision of the execution of judgments and of the terms of friendly settlements in cases to which the EU would be a party, a draft model of a memorandum of understanding (that will be concluded by the EU with a third country whenever the EU will participate as *amicus curiae* in a case brought against this State before the Strasbourg Court).[2]

Some basic steps will be necessary to complete the accession procedure: first of all the EU Court's impending opinion under article 218(11) TFEU on the compatibility of the Agreement with the European Union treaties,[3] and later, should the opinion be positive, the intervention of the Strasbourg Court and the Parliamentary Assembly of the Council of Europe, which will in turn express their opinion. It should not be forgotten that the European Parliament will have to give its (obligatory) approval on the whole "package". Following these consultations, the Agreement may be adopted by the Committee of Ministers and opened for signature and approval of the parties. The European Union, once made the declaration provided for in the negotiations (by which it commits to appear as co-respondent in cases brought against Member States or when invited by the Court), will have to approve the Agreement in accordance with the required procedures and the 47 Member States of the Council of Europe will also have to give their consent to be bound, either by formal or simplified procedure (i.e. by signature or ratification, as required by article 10(1) of the Agreement).

The draft agreement, consisting of 12 articles, regulates both the substantive aspects and the procedural or more strictly technical-administrative ones.

As to substance, Article 1 contains several provisions which clarify the scope and purpose of the Agreement. Paragraph 1 specifies that the EU will accede to the ECHR itself and to additional Protocols 1 (on property and education amongst others) and 6 (abolition of the death penalty in times of peace); thus only those Protocols about which there is full EU consensus are part of this agreement.

Paragraph 3 states that the accession does not expand the competences of the Union. Paragraphs 5 to 7 point out the meaning of some terms used in the Convention, that will have to be adapted to the nature and characteristics of the Union as a non-State Party. For example, concerning the definition of jurisdiction under article 1 ECHR as referred

[1] The Stockholm Programme, para. 2.1.

[2] This "package" of texts is annexed to the Report transmitted by the Group of 47+1 to the Steering Committee for Human Rights: *Fifth Negotiation Meeting Between the CDDH Ad Hoc Negotiation Group and the European Commission on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Doc. 47+1(2013)008rev2 of 10 June 2013.

[3] The EU Court's opinion will be delivered at the beginning of May 2014 but the submission of this manuscript predates the rendering of Court's decision of a couple of weeks.

to the Union, the Agreement applies, *mutatis mutandis,* the concept of territorial jurisdiction as upheld by the Court in the *Bankovic* decision[1] (persons subject to the jurisdiction of the EU are those who are in the territory of a Member State) without however failing to refer to cases of extraterritorial jurisdiction (with regard to individuals being in a different territory).

Definitely more interesting are the provisions contained in paragraphs 3 and 4 of article 1, where the Agreement specifies what actions and behaviours fall within the jurisdiction of the Strasbourg Court (acts, omissions or measures undertaken by the institutions, bodies, offices and agencies of the Union or by persons acting in their name) and provides for the division of responsibilities between Member States and the EU. In this regard, paragraph 4 states that the acts and conducts carried out by the organs of a Member State, even if adopted for the implementation of an obligation under EU law, are attributable to that State. This approach is different from the principle stated by the Strasbourg Court in the above-mentioned *Bosphorus* judgment, according to which States are immune from responsibility when they are merely executing self-executing acts that do not leave any discretion to Member States.

This rule, however, is mitigated by the provision that the Union can be seised as co-respondent (i.e. as co-defendant or jointly and severally liable) according to the mechanism provided by article 3 of the Agreement. The latter provides for two different cases (paras. 3 and 4) in which the Union or a Member State may be jointly brought before the Court for violations of the ECHR caused by the application of EU primary or derived law. Participation as a co-respondent may be requested by the Court by invitation or by request of the State wishing to intervene in the proceedings. In both cases it is assumed that the breach could have been avoided only by disregarding the obligations under EU law. The finding of a violation leads to a judgment in which the Strasbourg Court does not share the responsibility but declares the defendants jointly and severally liable.

This mechanism aims, first of all, to ensure that all the interested parties are parties to the proceedings and to facilitate access to the Court in cases where it is not clear whether the application should be filed against the Member State that has implemented EU law or against the Union itself. Second, it also aims to ensure that is a party to the proceedings the subject who is in a position to amend EU law when the violation derives directly from its application and not from a purely material behaviour.

Of particular interest is also the provision, contained in article 3(4), of a *sui generis* preliminary ruling jurisdiction assigned to the EU Court of Justice in cases where the Union appears as co-respondent. In such cases the Strasbourg Court will have to ask the Luxembourg Court to give a preliminary ruling on the compatibility with the ECHR and its Protocols of the challenged provision of EU law, so as to enable it to keep intact its role as the natural judge of EU law as well as the monopoly on its interpretation.

This said, it is self-evident that accession is a grand political project and it is easy to predict that the effects that it may produce in the "European system" of protection of fundamental rights would be absolutely prominent. Indeed, in subjecting the EU legal system to an external and independent scrutiny – and hence providing the European citizens with an additional protection against the EU acts equal to that already enjoyed in respect of Member States, thus complementing the system of judicial remedies

[1] ECtHR, decision on admissibility of 12 December 2001, n. 52207/99, *Bankovic and others v Belgium and others.*

available under the TFEU – the accession would further strengthen both the European system as a whole and the European area of freedom, security and justice in particular.

Conclusions: moving towards an Enhanced Integration between the EU and the ECHR Legal Systems?

Respect for human rights and above all for procedural guarantees in criminal proceedings underlie the European concept of justice (and therefore of fair trial), one of the legal cornerstones of the European Union.

The convergence of the two major European systems of human rights protection has already been achieved through the links existing between their legal sources (the ECHR and the EU Charter) and supported by the progressive development of standards of application that overlap to a large extent.

The prospected EU accession to the ECHR would open up new prospects for enhanced synergy between these two legal systems that would go well beyond the already proven convergence, moving instead towards a more intense integration that is destined to be realised especially in terms of guarantees and of judicial protection. In fact, if the accession process were to be successful, the extension of the jurisdiction of the Strasbourg Court in favour of the parties affected by the measures adopted under Title V TFEU would result in the completion of the framework of the remedies available to individuals and in an ever more complete and effective system of European protection, allowing at the same time an increasingly intense dialogue between the European Courts.

The realisation of the European area of freedom, security and justice would indeed benefit from the prospected "integrated protection" since the accession of the EU to the ECHR would significantly contribute to the creation of a single European legal space for the protection of fundamental rights, a space in which a uniform or harmonised administration of justice will obviously play a crucial role, also to the benefit of a more coherent and less polarised society.

It is clear that the accession process is likely to be long and yet also exposed to the risk of failure in case the Court of Justice will rule against it. It is however highly commendable that negotiators have made such a great effort in order to design a system of closer cooperation between the European Courts, a system which is no doubt scattered with problems, but nonetheless crucial to achieve a more consistent and higher level of protection in the common "European area".

References

1. ARTINO P., NOËL P., *Les perspectives d'interactions entre la CJUE et la Cour européenne des droits de l'homme du fait de l'entrée du Traité de Lisbonne*, in *Rev. M. comm*., 2010, n. 540, p. 446 ss.

2. BENOÎT-ROHMER F., *L'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Journ. dr. eur.*, 2011, n. 184, p. 285 ss.

3. BULTRINI A., *I rapporti fra Carta dei diritti fondamentali e Convenzione europea dei diritti dell'uomo dopo Lisbona: potenzialità straordinarie per lo sviluppo della tutela dei diritti umani in Europa*, in *Dir. Un. eur.*, 2009, n. 3, p. 700 ss.

4. COHEN-JONATHAN G., *L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Quelle justice pour l'Europe?*, Bruxelles, 2004, p. 59 ss.

5. CONFORTI B., *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e la Convenzione europea dei diritti umani*, in L.S. ROSSI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione europea*, Milano, 2002, p. 3 ss.

6. DE SCHUTTER O., *L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme: feuille de route de la négociation*, in *Rev. trim. dr. homme*, 2010, n. 83, p. 535 ss.

7. DI STASI A., *Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia e cooperazione giudiziaria in materia penale: il rispetto dei diritti fondamentali e della diversità tra ordinamenti nazionali e tradizioni giuridiche*, in L. KALB (a cura di), «*Spazio europeo di giustizia» e procedimento penale italiano. Adattamenti normativi e approdi giurisprudenziali*, Torino, 2012, p. 3 ss.

8. DI STASI A. (a cura di), *Spazio europeo e diritti di giustizia*, Padova, 2014

9. GAJA G., *Carta dei diritti fondamentali e Convenzione europea: una relazione complessa*, in U. DE SIERVO (a cura di), *La difficile Costituzione europea*, Bologna, 2001, p. 211 ss.

10. GENEVOIS B., *La Convention européenne des droits de l'homme et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne: complémentarité ou concurrence?*, in *RFDA*, 2010, n. 3, p. 437 ss.

11. GIANELLI A., *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU secondo il Trattato di Lisbona*, in *Dir. Un. eur.*, 2009, n. 3, p. 678 ss.

12. JACQUÉ J., *The accession of the European Union to the European Convention on human rights and fundamental freedoms*, in *CML Rev*., 2011, n. 4, p. 995 ss.

13. LADEMBURG C., *Vers l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 2011, n. 1, p. 20 ss.

14. LALUMIÈRE C., *La Charte des droits fondamentaux et la Convention européenne des droits de l'homme*, in *RQDI*, 2000, vol. 13.1, p. 167 ss.

15. LE BOT O., *Charte de l'Union européenne et Convention de sauvegarde des droits de l'homme*, in *Rev. trim. dr.* P. LEMMERS, *The Relation between the Charter of Fundamental Rights of the European Union and the European Convention on Human Rights*, in *Maastricht JECL*, 2001, n. 1, p. 49 ss.

16. LOCK T.*, Walking on a tightrope: the draft ECHR accession agreement and the autonomy of the EU legal order*, in *CML Rev.*, 2011, n. 4, p. 1025 ss.

17. KALB L., NEGRI S., *Studi in materia di cooperazione giudiziaria penale*, Torino, 2013

18. MAHONEY P., *The Charter of Fundamental Rights of the European Union and the European Convention on Human Rights from the Perspective of the European Convention*, in *HRLJ*, 2002, n. 23, p. 300 ss.

19. MALENOVSKÝ J., *L'enjeu délicat de l'éventuelle adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme: de graves différences dans l'application du droit international, notamment général, par les juridictions de Luxembourg et Strasbourg*, in *RGDIP*, 2009, n. 4, p. 753 ss.

20. MALINVERNI G.*, Les enjeux de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme*, in M. RÜSSLI (hrsg.), *Staats und Verwaltungsrecht auf vier Ebenen. Festschrift für Tobias Jaag*, Zürich, 2012, p. 667 ss.

21. MENGOZZI P., *Les caractéristiques spécifiques de l'Union européenne dans la perspective de son adhésion à la CEDH*, in *Dir. Un. eur*., 2010, n. 2, p. 231 ss.

22. Morviducci C., *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU: un percorso non ancora concluso*, in *Dir. Un. eur*., 2013, n. 3, p. 487 ss.

23. NEGRI S., *L'incidenza della Convenzione europea dei diritti dell'uomo sulla cooperazione giudiziaria penale nell'Unione Europea*, in L. KALB (a cura di), «*Spazio europeo di giustizia» e procedimento penale italiano. Adattamenti normativi e approdi giurisprudenziali*, Torino, 2012, p. 63 ss.

24. NEGRI S., *La realizzazione dello spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia tra Carta dei diritti fondamentali e CEDU: dalla convergenza alla integrazione tra sistemi?*, in A. Di Stasi (a cura di), *Spazio europeo e diritti di giustizia*, Padova, 2014, p. 111 ss.

25. POTTEAU A., *Quelle adhésion de l'Union européenne à la CEDH pour quel niveau de protection des droits et de l'autonomie de l'ordre juridique de l'UE?*, in *RGDIP*, 2011, n. 1, p. 77 ss.

26. RAVASI E., MAHON P., *L' adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht* 2011/12, 2012, p. 377 ss.

27. RINOLDI D., *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in U. DRAETTA, N. PARISI (a cura di), *Elementi di diritto dell'Unione Europea. Parte speciale – Il diritto sostanziale*, Milano, 2010, III ed., p. 1. ss.

28. TIZZANO A., *Les Cours européennes et l'adhésion de l'Union à la CEDH*, in *Dir. Un. eur*., 2011, n. 1, p. 29 ss.

29. TULKENS F., *La protection des droits fondamentaux en Europe et l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 2012, n. 1, p. 14 ss.

30. ZAGREBELSKY V., *La prevista adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in www.europeanrights.eu, December 2007

Dialogul social în Uniunea Europeană: concept și forme de concretizare

Prof.univ.dr. Nicolae ***VOICULESCU***

Rezumat: *Articolul prezintă importanta dialogului social în construcția Uniunii europene, si modul în care acesta s-a concretizat prin acorduri interprofesionale și norme europene. Autorul trece în revistă documentele fundamentale care recunosc dialogul social ca o componentă de bază a relațiilor între partenerii sociali. În mod special este prezentată Directiva 2002/14/CE a Parlamentului european şi a Consiliului din 11 martie 2002 care stabileşte un cadru general relativ la informarea şi consultarea lucrătorilor în Comunitatea Europeană.*

Cuvinte cheie: *dialog social, negociere colectivă, informarea şi consultarea lucrătorilor*

Dialogul social este determinant pentru dezvoltarea modelului social european şi pentru construcția pieței unice. De aceea, relaţiile dintre partenerii sociali şi-au găsit o atentă reglementare în dreptul Uniunii Europene, ca o recunoaştere a necesităţii asigurării democratismului acestora.

Totodată, normele europene instituie un parteneriat între lucrători şi angajatori, pentru că interesele acestora sunt în primul rând complementare.

În acest fel, dialogul social la toate nivelurile contribuie în mod esenţial la aplicarea normelor europene în materia dreptului muncii şi securităţii sociale, constituind, în acelaşi timp, o premisă a adoptării de noi standarde specifice.

În condițiile specifice din ultimii ani, marcate de crize economico-financiare, s-a considerat că este de o importanță majoră ca atât Uniunea Europeană cât și statele membre să sprijine dezvoltarea dialogului social la nivel european și național, evitându-se astfel ruptura între capital și muncă, scăderea gradului de ocupare în Europa, dezechilibrele macroeconomice și excluderea economică a anumitor regiuni și grupuri sociale[1].

Rolul dialogului social în promovarea și dezvoltarea politicii sociale este consacrat în articolul 152 din **Tratatul privind Funcţionarea Uniunii Europene (TFUE)**: ”Uniunea recunoaşte şi promovează rolul partenerilor sociali la nivelul său, ţinând seama de diversitatea sistemelor naţionale. Aceasta facilitează dialogul dintre aceştia, respectându-le autonomia.”. Acest rol acordat dialogului social a determinat unii autori să aprecieze că Tratatul de la Lisabona consacră implicit aplicarea principiului „subsidiarităţii sociale”[2].

Tot articolul 152 oficializează, de asemenea, la par. 2, Reuniunea socială tripartită la nivel înalt pentru creşterea economică şi ocuparea forţei de muncă, care ilustrează

[1] Guide de l'Europe sociale, vol. 2, *Dialogue social*, Office des publications de l'Union Europeenne, Luxembourg, p. 3.

[2] Mélanie Schmitt*, Le modèle social européen en mouvement: la dynamique des processus normatifs et des normes*, Candidature à l'Habilitation à diriger les recherches, Résumé, *http://www.unistra.fr/uploads/media/HDR_M.Schmitt_resume.pdf.*

evoluția a modelului social european, în sensul implicării consolidate a sferelor economice și sociale.

În cadrul Uniunii Europene, dialogul social implică un ansamblu de procese și dispoziții ce permit organizațiilor ce reprezintă angajatorii și lucrătorii la nivel european să organizeze discuții și negocieri, să desfășoare alte acțiuni colective și să participe împreună la procesul european de luare a deciziilor și de elaborare a politicilor[1].

Totuși, în doctrină[2] s-a observat că dreptul de negociere colectivă nu a făcut parte inițial din drepturile fundamentale ale dreptului Uniunii.

A revenit Curții de Justiție a Uniunii Europene sarcina de a statua faptul că *dreptul de a derula o acțiune colectivă, inclusiv dreptul la grevă*, trebuie recunoscut ca *drept fundamental ce face parte din principiile generale ale Dreptului Uniunii Europene*[3].

În plus, Curtea a recunoscut că dreptul de a desfășura acțiuni colective pentru protecția lucrătorilor constituie un interes legitim, de natură a justifica, în principiu, restricții asupra libertăților fundamentale garantate prin tratat. Protecția lucrătorilor figurează astfel printre motivele imperative de interes public recunoscute de către Curte[4].

Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene[5] a inclus la articolul 28 *dreptul de negociere și de acțiune colectivă*, asigurând și fundamentul juridic al acestui drept. În formularea din Cartă, lucrătorii și angajatorii sau organizațiile lor au dreptul, în conformitate cu dreptul Uniunii și cu legislațiile și practicile naționale, de a negocia și de a încheia convenții colective la nivelurile corespunzătoare și de a recurge, în caz de conflicte de interese, la acțiuni colective pentru apărarea intereselor lor, inclusiv la grevă.

Dialogul social la nivelul Uniunii Europene se concretizează în două forme principale:

- *bipartit*, cu participarea doar a partenerilor sociali (organizații ce reprezintă angajatorii și lucrătorii)
- *tripartit*, cu participarea partenerilor sociali și a instituțiilor europene.

Nivelurile la care se desfășoară dialogul social sunt, de asemenea, în număr de două, și anume:

- *interprofesional*, ce se referă la dialogul ce acoperă economia și piața muncii europeană în ansamblul lor, ca și toate sectoarele de activitate
- *sectorial*, dialogul ce acoperă un sector de activitate specific în ansamblul Uniunii Europene.

Prin urmare, organizațiile care iau parte la dialogul social diferă în funcție de nivelul la care acesta se desfășoară.

La nivel interprofesional, sindicatele sunt reprezentate, în principal, de *Confederația europeană a sindicatelor(CES),* iar angajatorii de *Business Europe* (în general angajatorii din sectorul privat), *Centrul european al întreprinderilor cu participare publică și al întreprinderilor de interes general (CEEP)* și *Uniunea europeană de artizanat și întreprinderi mici și mijlocii (Ueapme).*

La nivel sectorial, partenerii sociali sunt organizații de reunesc asociații patronale și sindicate naționale ce-și desfășoară activitatea într-un domeniu specific.

---

[1] Guide de l'Europe sociale, vol. 2, *Dialogue social*, Office des publications de l'Union Europeenne, Luxembourg, p.8 și urm.

[2] Pierre Rodiere, *Droit social de l'Union Europeenne*, L.G.D.J., Paris, 2008, p. 448.

[3] Hotărârea din 11 decembrie 2007 în Cauza *Viking Line*, punctul 44, C-438/05; Hotărârea din 18 decembrie 2007 în Cauza *Laval*, punctul 91,C-341/05.

[4] *Idem*, punctul 77 (hotărârea Viking-Line); punctul 103 (hotărârea Laval).

[5] Vezi, *Supra*.

Dialogul social *bipartit* are loc atât la nivel interprofesional, cât şi sectorial. Pentru a stimula acest tip de dialog, Comisia Europeană a instituit *comitete de dialog social* la nivel interprofesional[1] şi în 40 sectoare de activitate. În aceste comitete, partenerii sociali pot, din proprie iniţiativă, să discute probleme de interes comun, să deruleze acţiuni colective şi să negocieze acorduri şi alte texte comune.

Dialogul *tripartit* are loc în principal la nivel interprofesional. El implică mai multe instituţii şi procese care permit partenerilor sociali să discute cu instituţiile Uniunii Europene să contribuie la dezbaterea politicilor în domeniile de interes. În acest sens, TFUE a reţinut misiunea Comisiei europene de promova consultarea partenerilor sociali şi de a adopta orice măsură utilă pentru a facilita dialogul acestora, asigurând o susţinere echilibrată a părţilor [art. 154 par.(1)].

Dialogul social între partenerii sociali la nivelul Uniunii poate conduce, în cazul în care aceştia doresc la raporturi contractuale, inclusiv acorduri. Aceste acorduri pot fi puse în aplicare fie de organizaţiile naţionale membre, conform procedurilor şi practicilor proprii partenerilor sociali în ţările membre, fie prin solicitarea Comisiei de a propune o directivă, atunci când se ridică probleme de muncă sau sociale ce ţin de competenţa Uniunii Europene [art. 155 par.(1) şi (2) TFUE].

Un număr de 4 acorduri interprofesionale au fost puse în aplicare prin intermediul unor directive, şi anume două privind concediul parental (Directiva 96/34/CE şi (Directiva 2010/18/UE)), una privind timpul de muncă cu durată parţială (Directiva 97/81/CE) şi una privind timpul de muncă cu durată determinată (Directiva 1999/70/CE).

Tot un număr de 4 acorduri interprofesionale au fost puse în aplicare de organizaţiile naţionale membre, conform procedurilor şi practicilor proprii partenerilor sociali în ţările membre. Aceste acorduri-cadru sunt următoarele:

- Acordul-cadru din iulie 2002 privind telemunca[2]
- Acordul-cadru din octombrie 2004 privind stresul la locul de muncă[3]
- Acordul-cadru din aprilie 2007 privind hărţuirea şi violenţa la locul de muncă[4]
- Acordul-cadru din martie 2010 privind pieţele de muncă inclusive[5], ce urmăreşte să sprijine persoanele care au dificultăţi în accederea pe piaţa muncii.

Pe lângă acestea, o serie de norme europene asigură cadrul legal pentru informarea şi consultarea actorilor sociali. În plus, majoritatea normelor referitoare la relaţiile de muncă includ clauze tip privind dialogul social, instituind o adevărată cultură a parteneriatului[6].

Amintim aici *Directiva 2002/14/CE a Parlamentului european şi a Consiliului din 11 martie 2002 care stabileşte un cadru general relativ la informarea şi consultarea lucrătorilor în Comunitatea Europeană*[7]

La nivelul Uniunii Europene problematica ameliorării parteneriatului social este o de o evidentă prioritate. Astfel, prin adoptarea acestei directive s-a urmărit întărirea

---

[1] Principalul forum de dialog interprofesional bipartit este *Comitetul de Dialog Social (CDS),* înfiinţat în 1992 şi care este compus din 32 reprezentanţi sindicali şi 32 reprezentanţi patronali. CDS este prizidat de Comisia Europeană şi se reuneşte în general de 3 ori pe an.

[2] S/2002/206.01.02 http://ec.europa.eu/employment_social/news/2002/jul/telework_fr.pdf.

[3] SEC(2011)0241,

[4] Publicat în JO C 77 E, 28.3.2002.

[5] Text si comentarii: http://www.etuc.org/IMG/pdf/CES_travail_inclusif_FR_BAT-2.pdf

[6] Pentru detalii, vezi Nicolae Voiculescu, *Dreptul muncii european*, Ed. Perfect, Bucureşti, 2011, p. 228-258.

[7] Publicată în JO L 80 din 23 martie 2002, p. 29-34.

dialogului social în condiţiile în care în spaţiul european s-a intrat în a treia fază a uniunii economice şi monetare în care se înregistrează presiunile competiţionale la nivel european, ceea ce solicită un pachet de măsuri sociale consistente la nivel naţional.

Având ca obiectiv fundamental stabilirea unui cadru general care să fixeze cerinţele minime legate de dreptul de informare şi consultare al lucrătorilor în întreprinderile şi instituţiile din Uniune, Directiva 2002/14/CE garantează:

a) informarea asupra evoluţiei recente şi evoluţiei probabile a activităţilor întreprinderii sau instituţiei şi asupra situaţiei sale economice;

b) informarea şi consultarea asupra situaţiei, structurii şi evoluţiei probabile a gradului de ocupare în cadrul întreprinderii sau instituţiei, ca şi eventualele măsuri avute în vedere, în special în cauza în care sunt ameninţate locuri de muncă;

c) informarea şi consultarea asupra deciziilor susceptibile să antreneze modificări importante în organizarea muncii sau în contractele de muncă.

Se observă că la nivel european transparenţa în ceea ce priveşte accesul la informaţiile economice al partenerilor sociali este considerată ca esenţială în procesul de restructurare şi adaptare la noile condiţii al mondializării economiei.

Legea română care transpune Directiva nr. 2002/14/CE este *Legea nr. 467/2006 privind stabilirea cadrului general de informare şi consultare a salariaţilor*[1] care reglementează cadrul general de stabilire a cerinţelor minime ale dreptului la informare şi consultare a salariaţilor.

În definirea şi aplicarea modalităţilor de informare şi consultare, angajatorul şi reprezentanţii salariaţilor trebuie să respecte, în temeiul acestei legi, drepturile şi obligaţiile reciproce, ţinând seama atât de interesele întreprinderii cât şi de cele ale salariaţilor.

Legea se aplică întreprinderilor cu sediul în România care încadrează cel puţin 20 de salariaţi.

Angajatorii au obligaţia conform art. 5 alin. (1) să informeze şi să consulte reprezentanţii salariaţilor potrivit legislaţiei în vigoare în următoarele probleme:

a) evoluţia recentă şi evoluţia probabilă a activităţilor şi situaţiei economice a întreprinderii;

b) situaţia, structura şi evoluţia probabilă a ocupării forţei de muncă în cadrul întreprinderii, precum şi cu privire la eventualele măsuri de anticipare avute în vedere, în special atunci când există o ameninţare la adresa locurilor de muncă;

c) deciziile care pot să ducă la modificări importante în organizarea muncii, în relaţiile contractuale sau în raporturile de muncă, inclusiv cele vizate de legislaţia română privind procedurile specifice de informare şi consultare în cauza concedierilor colective şi a protecţiei drepturilor salariaţilor în cauza transferului întreprinderii.

Informarea se face într-un moment, într-un mod şi cu un conţinut corespunzător pentru a permite reprezentanţilor salariaţilor să examineze problema în mod adecvat şi să pregătească dacă este cauza consultarea [art. 5 alin. (2)].

De asemenea, art. 5 alin. (3) stabileşte condiţiile în care se organizează consultarea salariaţilor. Astfel, aceasta are loc:

a) într-un moment, într-un mod şi cu un conţinut corespunzător;

b) la un nivel relevant de reprezentare a conducerii şi a reprezentanţilor salariaţilor, în funcţie de subiectul discutat;

[1] Publicată în Monitorul Oficial al României nr. 1006 din 18 decembrie 2006.

c) pe baza informaţiilor furnizate de angajator în conformitate cu prevederile art. 3 lit. e) şi a punctului de vedere pe care reprezentanţii salariaţilor au dreptul să îl formuleze;

d) astfel încât să permită reprezentanţilor salariaţilor să se întâlnească cu angajatorul şi să obţină un răspuns motivat la orice punct de vedere pe care îl pot formula;

e) în vederea negocierii unui acord privind deciziile care se încadrează în obligaţiile angajatorului prevăzute la alin. (1) lit. c).

Nerespectarea prevederilor art. 5 din lege se constituie într-o serie de contravenţii sancţionate de art. 9 cu amenzi descurajante.

În contractele colective de muncă încheiate potrivit legii pot fi definite în mod liber şi în orice moment modalităţi de informare şi consultare a salariaţilor. Aceste acorduri, precum şi orice reînnoiri ulterioare ale acestora pot prevedea dispoziţii diferite de cele prevăzute în art. 5, cu respectarea principiilor enunţate în lege. Din păcate, parcurgând prevederile contractelor colective de muncă încheiate la diverse niveluri în România nu regăsim dispoziţii în acest sens, aceasta denotând o insuficientă conştientizare a avantajelor pe care le oferă reglementarea informării şi consultării în legislaţia europeană şi naţională. Aceasta denotă importanţa adaptării activităţii partenerilor sociali în concordanţă cu standardele Uniunii Europene deja transpuse în legislaţia naţională.

Reprezentanţilor salariaţilor, precum şi experţilor care îi asistă pe parcursul derulării oricăror proceduri de consultare sau negociere colectivă le este interzis să divulge salariaţilor sau terţilor orice informaţii care în interesul legitim al întreprinderii le-au fost furnizate în mod expres cu titlu confidenţial. Această obligaţie continuă să se aplice reprezentanţilor sau experţilor şi după expirarea mandatului lor. Tipul de informaţii supus regimului de confidenţialitate este convenit de părţi în acordurile colective sau în altă formă agreată de parteneri, şi fac obiectul unui contract de confidenţialitate.

Totuşi, angajatorul nu este obligat să comunice informaţii sau să întreprindă consultări, dacă acestea sunt de natură să dăuneze grav funcţionării întreprinderii sau să-i prejudicieze interesele. Decizia de a nu comunica aceste informaţii sau de a nu întreprinde consultări trebuie motivată faţă de reprezentanţii salariaţilor.

Pe de altă parte, reprezentanţii salariaţilor beneficiază de protecţie şi garanţii care să le permită să-şi îndeplinească corespunzător obligaţiile ce le-au fost încredinţate în conformitate cu prevederile legislaţiei române, pe toată durata exercitării mandatului (art. 8).

Mai este reţinut faptul că dispoziţiile Legii nr. 467/2006 nu aduc atingere legislaţiei române privind:

a) procedurile specifice de informare şi consultare în cauza concedierilor colective;

b) protecţiei drepturilor salariaţilor în cauza transferului întreprinderii;

c) constituirea comitetului european de întreprindere sau instituirea procedurii de informare şi consultare a salariaţilor în întreprinderile de dimensiune comunitară şi în grupurile de întreprinderi de dimensiune comunitară.

Totodată, urmează ca reglementarea procedurilor de informare şi consultare a salariaţilor în domenii specifice să se facă prin hotărâre a Guvernului.

Din păcate, la nivel național cultura dialogului social este una relativ slab dezvoltată, în ultimii ani înregistrându-se un evident regres al relațiilor profesionale pe fondul crizei economico-sociale și al destructurării activităților sindicale.

Considerații asupra conceptului: "drepturile omului"

Nicolae ***CULIC***

Rezumat*: Analiza din perspective teoretice diferite (politico-juridice și etico-filosofice) a imprimat conceptului "drepturile omului", sensuri variate, a declanșat atitudini opuse (acceptare sau negare), precum și aprecieri contrare referitoare la legitimitatea sa. Calea de depășire a dificultăților apărute o constituie, după opinia autorului, analiza conceptuală care să se preocupe, în special, de surprinderea semnificației generale a acestei noțiuni. Această analiză consideră că noțiunea "drepturile omului" valorizează atributele și valorile definitorii pentru funcționarea deplină a ființei umane.*

Cuvinte cheie*: drepturi, condiția umană, libertate, egalitate, putere.*

Noțiunea "drepturile omului", frecvent utilizată dar prea puțin elucidată, își are rădăcinile în doctrina dreptului natural. În antichitate gânditorii greci au constatat că legile instituite de oameni variază de la o regiune la alta și au afirmat că acestea pot fi în opoziție cu o lege a naturii care nu este variabilă sau relativă, o lege prin care normele anumitor timpuri și locuri ar putea fi judecate și găsite câteodată necorespunzătoare.

În epoca modernă, ideea drepturilor omului a jucat un rol crucial în revoluțiile de la sfârșitul secolului al XVIII-lea. Astfel, J. Locke a argumentat susținerea drepturilor la viață, libertate și proprietate pe care americanii le-au inclus mai târziu în *Declarația de independență din 1776*, substituind însă proprietatea cu căutarea fericirii. Lui J. Locke i se datorează și concepția modernă a drepturilor pe care le privește ca pe niște constrângeri morale asupra acțiunii guvernamentale care revendică o realizare instituțională.

Apoi, Adunarea Națională Franceză a emis o *Declarație a Drepturilor Omului și Cetățeanului*, recunoscând dreptul la libertate și proprietate, dar adăugându-le și pe acelea ale siguranței și rezistenței împotriva asupririi.

Perioada contemporană, începând din a doua jumătate a secolului al XX-lea, a fost martoră la proliferarea interesului pentru drepturile omului în genere, care a devenit o temă centrală a dezbaterilor politico-juridice și morale. De numeroase ori, fără a ține seama de tradițiile culturale sau religioase, atunci când sunt dezbătute probleme legate de tortură sau terorism, de sărăcie sau putere, argumentele sunt construite în termeni de drepturi ale omului și de încălcare a acestora. Totodată, există în societatea contemporană o preocupare pentru drepturile particulare ale anumitor categorii umane (femeile, copiii, bătrânii, handicapații, homosexualii, foetușii și chiar generațiile viitoare). Au fost create instituții specifice pentru promovarea drepturilor omului. Declarațiile contemporane ale drepturilor omului au fost mai detaliate și mai cuprinzătoare luând forma unor acorduri internaționale. Unele au primit putere legală

din partea statelor semnatare, iar altele au rămas simple enunțări și consemnări ale aspirațiilor[1].

Dacă concepția despre drepturile omului din secolul al XVIII-lea a fost protectoare și negativă, stabilind limitele tratamentului pe care puterea (guvernarea) le-ar putea aplica cetățenilor, doctrina contemporană adaugă un element pozitiv, incluzând drepturile la diferite tipuri de ajutor social. Întrucât asigurarea unor astfel de elemente, precum educația sau sănătatea necesită impozitare și birocrație complexă, s-a ajuns la o înțelegere oarecum diferită. Dacă semnificația negativă a noțiunii drepturile omului presupune limitarea acțiunii guvernului (puterii), accentuarea aspectului pozitiv al drepturilor omului justifică acțiunea guvernului de căutare a bunăstării sociale, a confortului sau progresului economic.

Această situație a ridicat problema dacă nu cumva modificarea statutului statului pentru a asigura drepturile economice și sociale, riscă să slăbească protecția drepturilor din prima generație.

Ulterior, au fost formulate și revendicate alte generații de drepturi ale omului (a treia): dreptul la pace, la un mediu protejat, la o dezvoltare armonioasă a culturilor. Există păreri că acestea sunt extrem de vagi negăsindu-li-se legitimitatea.

Aceste probleme au generat, pe de o parte, o atitudine de respingere a acestei noțiuni, considerată nelegitimă, suspectă și confuză, iar pe de altă parte, un interes crescând pentru clarificarea statutului și semnificației acestei noțiuni.

Analiza conceptuală trebuie să țină seama de faptul că noțiunile (conceptele) sunt construcții mentale care nu pot fi înțelese desprins de configurația de idei la care participă. Dacă de asemenea, nu adoptăm o viziune esențialistă asupra conceptelor, considerându-le purtătoare de semnificații intrinseci, trebuie să ținem seama că, de cele mai multe ori ele dobândesc înțelesul lor specific prin intermediul relației lor cu concepte înrudite de care sunt atașate inevitabil. Orice utilizare a unui concept trebuie corelată cu anumite înțelesuri specifice extrase din larga gamă a semnificațiilor posibile a tuturor conceptelor adiacente. Surprinderea înțelesului său trebuie deci, să acorde atenție modurilor concrete și diversificate în care este susținut de termeni corelați.

În acest caz, pentru o mai nuanțată înțelegere a conceptului "drepturi ale omului" este necesar să admitem că nu poate fi înțeles desprins de constelația de idei la care participă: drepturi legale, condiție umană, libertate, egalitate, individualitate, putere, structură socială.

Tratarea legală a drepturilor îndreaptă atenția spre ceea ce reglează relațiile dintre oameni, ne deschide posibilitatea să înțelegem contextul civil al drepturilor și ne îndeamnă să le interpretăm în cadrul unui sistem de reguli autoritate și coercitive[2].

Această abordare nu se preocupă să explice de ce se consideră că oamenii trebuie să aibă drepturi sau care este funcția unui anumit drept. Pozitivismul legal identifică originea drepturilor în regulile stabilite, ceea ce face posibil să considerăm drepturile ca pe niște revendicări ferme ale indivizilor, care insistă pe dreptatea legală sau formală datorată acestor drepturi, și nu pe faptul de a le considera un indiciu al decenței omenești într-o societate civilizată. Mai mult, existența regulilor nu indică faptul dacă

[1] Convenția Europeană pentru Protecția Drepturilor Omului și a Libertăților Fundamentale (1950) este un exemplu pentru primul tip, iar Declarația Universală a Drepturilor Omului elaborată de ONU (1948) este un exemplu pentru cel de-al doilea tip.

[2] W.N. Hohfeld, *Fundamental Legal conceptions*, Greenwood Press, London and New Haven, 1964.

regulile sunt juste sau nu, sau dacă ele stabilesc sau nu pretenții raționale nepreţuite sau dacă omit sau nu în întregime alte drepturi.

În afara abordării legaliste care explică drepturile în mod pozitiv ca pe niște îndrituiri de a face, de a avea, de a se bucura, există o paletă diversă de înțelesuri atribuite drepturilor. Astfel, ele sunt privite fie ca atribute normative care aparțin oamenilor, fie ca niște îndrituiri de a alege, fie se referă la bunurile oamenilor, adică la ceea ce este bine, în circumstanțe normale, să dețină o persoană. Drepturile pot fi deținute, folosite, exercitate și revendicate, solicitate, afirmate. Aceste puncte de vedere le vom întâlni frecvent, dar și multe altele.

Se susține că drepturile omului sunt o submulțime a drepturilor în general, dar și punctul de vedere care consideră plauzibil ca această ordonare să fie inversată pentru a susține că drepturile omului sunt fundamentale, ținând de specificitatea condiției și esenței umane, în timp ce alte drepturi sunt specifice, mai limitate, și firesc secundare[1].

Din perspectiva acestei ultime opinii, sintagma *"drepturile omului"* semnifică faptul că anumite atribute și valori asociate ființei umane sunt de o importanță majoră și de aceea pot sau chiar ar trebui să fie preferate altor atribute sau valori. Această formulă conceptuală exprimă prioritatea anumitor atribute umane sau sociale considerate esențiale pentru funcționarea deplină a ființei umane, fiind menită să servească ca ambalaj protector pentru aceste atribute (cerințe). Trebuie adăugat că acest concept semnifică și necesitatea recurgerii la o acțiune deliberată pentru asigurarea unei astfel de protecții.

Când se afirmă că ființele umane sau grupurile de oameni posedă drepturi nu se susține doar că ele au atribute vitale, care trebuie formulate, promovate și protejate, ci și că ele sunt prioritare și importante și că lumea înconjurătoare este de neconceput dacă afirmarea și promovarea lor n-ar fi încurajată și promovată[2].

Aspectul normativ al unui anumit *"drept al omului"* este încorporat în semnificația conceptului, ceea ce vrea să exprime că viața omenească optimă este un deziderat practic al bunului simț în măsura în care dorim ca ființele umane să existe și, în special, să existe bine.

Calificarea ca esențiale a unor atribute umane nu este rezultatul gândirii și evaluării unui singur individ, ci produsul aprecierilor grupurilor, acestea sunt de fapt producătorii valorilor dominante într-o societate. Cerințele și valorile considerate indispensabile existenței umane sunt analizate, dezbătute, susținute și difuzate. În acest fel se stabilesc și normele care reclamă protecția valorilor fundamentale.

Acțiunea necesară pentru protecția atributelor umane sau sociale fundamentale are implicații atât pentru posesorii de drepturi, cât și pentru cei de care depinde exercitarea lor.

Cu toate că partizanii drepturilor tind să formalizeze sau să instituționalizeze drepturile prin intermediul legii, atât recunoașterea cât și statutul lor legal nu sunt o precondiție esențială pentru revendicarea sau identificarea unui drept; putem considera relația dintre legi și acțiuni ca fiind cimentată prin intermediul obligațiilor morale și/sau legale.

În surprinderea semnificației sintagmei "drepturile omului" accentuăm pe faptul că protejează valori pozitive, dar putem extinde și considera că toate drepturile pot realiza acest lucru. Dreptul general de a fi subiectul unor acțiuni libere și nevătămătoare este

[1] M. Freeden, *Drepturile*, DU Style, București, 1998, p. 34.
[2] *Op. cit.*, p. 37.

considerat fundamental pentru viața și prosperitatea umană. La fel, dreptul de a ni se respecta contractul X nu semnifică doar importanța contractului X ci și pe aceea a respectării contractelor și promisiunilor pentru buna funcționare socială și umană.

Protecția poate fi coercitivă și formală sau poate implica opinia publică sub forma unui imperativ etic sau poate fi internalizată prin intermediul unor procese de socializare.

Atribuind un statut sau o valoare specifică posesorului drepturilor, "drepturile omului" indică importanța specială a ființei înzestrată cu aceste atribute. Ele nu indică deci, doar importanța particulară a unei obligații sau a interesului protejat, ci statutul special al posesorului lor. Ele presupun atât obligația de conduită pentru cel care susține un drept, cât și o atitudine de considerare față de cei care posedă drepturi.

De fapt, drepturile sunt judecăți de valoare, evaluări ce exprimă o considerație față de ființele umane; ele vor privilegia o conduită ce realizează această considerație (apreciere) în raport cu o conduită care nu face asta.

Specificitatea conceptului *"drepturile omului"* pare a fi dată nu atât de ceea ce el protejează (capacități și bunăstare), ci de faptul de a fi simultan prioritar, protector și mobilizator[1].

Nu este suficient să sugerezi că din punct de vedere instituțional cel mai important lucru în privința drepturilor omului este că ele sunt drepturi ce beneficiază de o protecție specială pentru că, în ultimă instanță, nu drepturile sunt cele care beneficiază de o protecție specială, ci atributele pe care ele sunt destinate să le protejeze. Afirmația că ființele umane au drepturi (un drept de viață și de bunăstare) încearcă să identifice anumite aspecte ale condiției umane și să presupună cerința, benefică din punct de vedere moral sau atractivă din punct de vedere ideologic, ca oamenii să se comporte unii cu alții astfel încât aceste drepturi să fie respectate.

[1] *Op. cit.*, p. 39.

Alegerile pentru Parlamentul European în contextul crizei din Ucraina

Gabriel Liviu ***ISPAS****[*]

Abstract: *Europa se confruntă cu o problemă de succesiune teritorială așa cum nu a mai existat de la sfârșitul celui de al doilea război mondial. Anexarea Crimeei la Rusia, act nerecunoscut de comunitatea internațională, luptele dintre armata Ucrainei și grupurile proruse din Estul statului reprezintă evenimente sensibile, care se suprapun pe o perioadă electoral europeană. Cea mai stransă confruntare între socialiști și populari are loc în acest context, iar bătălia surdă pentru ocuparea puterii la Bruxelles face comunitatea europeană să fie destul de evazivă și prudentă în abordarea temei ucraineene. În lucrarea prezentată voi expune contextul politic actual, organizarea alegerilor, importanța acestora în lumina noilor atribuții ale Parlamentului, dar și elementele de noutate și previziuni asupra finalului de campanie electorală.*

Cuvinte cheie: *alegeri, parlament european, criza din Ucraina, partide politice europene*

1. Context politic internațional. Problema ucraineană

Europa este într-o fierbere politică nemaiîntâlnită după terminarea războiului rece. Pe plan extern, recentele evenimente politice din Ucraina au determinat o atentă supraveghere diplomatică internațională. Schimbarea puterii în urma unor manifestări de stradă care amintesc de însângeratul decembrie 1989 de la București a creat aparența deschiderii unui viitor european pentru Ucraina. Existența unor lunetiști care să execute foc asupra populației civile (era oare nevoie de lunetiști sau de arme de ucidere în masă, dacă chiar ar fi existat o intenție de înăbușire în sânge a manifestațiilor) dar nu asupra liderilor care înflăcărează sentimentele manifestanților de la tribuna improvizată ar fi însemnat o temă de atentă dezbatere referitoare la dreptul popoarelor de autoguvernare și de alegere a conducatorilor unei națiuni, dacă nu ar fi apărut mișcări secesioniste importante.

Occidentul, pentru a câta oară, a fost luat prin surprindere iar anexarea Crimeei la Rusia a reprezentat mai mult un gest formal, decât un amplu proces democratic. Rusia, ursul adormit al politicii internaționale, pare a fi fost deranjat din hibernare și, într-o manifestare fără precedent de la invadarea Cehoslovaciei, își revendică drepturi asupra unor teritorii care fac parte din alte state suverane. Dreptul internațional, normele juridice imperative care stau la baza societății internaționale și ordinea universală sunt tratate cu nepăsare de un stat care pare a-și aminti vremurile în care URSS era de temut. Iar reacția comunității internaționale se rezumă, în mare parte, la a amenința cu sancțiuni economice și cu blocarea conturilor unor apropiați ai nomenclaturii de la Kremlin. Într-o recentă intervenție, președintele Parlamentului European atrăgea, în cel mai diplomatic mod cu putință, atenția asupra unui pericol iminent: Uniunea Europeană trebuie să ia măsuri dure împotriva anexării Crimeei, dar în același timp trebuie să

[*] Conf.univ. dr., decan, Facultatea de Drept, Universitatea Titu Maiorescu.

întreprindă cele mai bune demersuri, astfel încât sancțiunile să nu aibă consecințe imediate și grave asupra cetățenilor europeni. Având o economie europeană care se bazază în mare parte pe resursele naturale care vin din Rusia sau din state apropiate acesteia, economie care nu și-a revenit din criza globală, cu o datorie publică a statelor ajunsă la limita de solvabilitate, este posibil ca cei care vor suferi să fie cetățenii: locuri de muncă mai puține, șomaj crescut, creștere a prețului de producție/ necesitatea închiderii sau diminuării producției în anumite sectoare de economie.

Dar oare anexarea Crimeei reprezintă cu adevărat problema geo- politică și strategică? Sau putem să spunem că acesta este deja un fapt împlinit? La momentul scrierii acestei prezentări, sute de mii de persoane defilau în fața președintelui Putin în Crimeea, cu ocazia Zilei Internaționale a Muncii. Este Crimeea un război pierdut? Aș spune că da! Tema principală acum este ce se va întâmpla cu Ucraina. Trupe rebele, bine susținute tactic și tehnic, ocupă regiune după regiune, Donețk fiind aproape de a cere independența. Puterea politică de la Kiev nu pare a avea capabilitatea de a coordona politic și militar strategia de menținere a integrității teritoriale a Ucrainei. Improvizațiile, declarațiile belicoase și provocările adresate Rusiei[1] (inclusiv prin arestarea atașatului militar și expulzarea acestuia pe motiv de spionaj) nu pot să asigure o stabilitate în regiune. Ucraina pare a se dezintegra lent, ceea ce este în mod evident pe placul Moscovei. Iar dezintegrarea, sub ochii mânioși dar prudenți ai oficialilor SUA, UE și NATO, riscă să transforme regiunea și Europa într-un teatru de confruntări militare.

Situația din Transnistria nu este departe de modelul din Crimeea. Autoproclamatul Parlament Transnistrean s-a adresat Dumei de Stat pentru aprobarea alipirii acestui teritoriu la Rusia. Dar Rusia nu se grabește. De ce? În primul rând, dincolo de avantajul militar al poziționării Armatei a XIV-a, teritoriul este sărac, posibilitățile de dezvoltare sunt reduse, iar importanța nu se compară cu cea a deținerii Crimeei. Accesul la Marea Neagra, unirea cu Marea Azov, capabilitățile militare sporite, poziționarea unei flote puternice (care ar depăși cantitativ și calitativ forțele turcești) reprezintă mize importante pentru administrația Rusiei. Iar Transnistria pare mai mult un cadou oferit Uniunii Europene, la momentul în care confruntările și relațiile tensionate se vor fi terminat.

În acest context internațional complicat, data de 25 mai ar trebui să aibă două semnificații importante: alegerile democratice din Ucraina, care ar determina apariția unui președinte legitim, rod al voinței poporului și alegerile pentru Parlamentul European. Văzând evoluția politică și escaladarea conflictului în Ucraina, anticipez că alegerile se vor amâna, până cel puțin în luna noiembrie.

2. Alegeri europene

Alegerile pentru Parlamentul European reprezintă un moment important pentru dezvoltarea Uniunii Europene în viitorul apropiat. După o conducere exercitată mai multe mandate la rând de popularii europeni, este un moment unic pentru socialiști de a prelua puterea la nivelul instituțiilor europene. Premizele sunt favorabile: în multe din statele europene alegerile parlamentare au fost câștigate de partidele socialiste, pe fondul unei nemulțumiri evidente a populației pe politicile de austeritate. Polonia, Italia, Franța, România sunt doar câteva din statele care au schimbat o guvernare a popularilor

[1] http://adevarul.ro/international/europa/kievul-provoaca-vladimir-putin-1_536227c10d133766a8431abd/index.html, citat în data de 01.05.2014

europeni cu una socialistă. Pentru prima oară, sondajele europene consideră că socialiștii au prima șansă (mai ales după instalarea lui Michael Valls ca premier al Franței) și că doar un eveniment de o importanță deosebită ar mai schimba votul (sau schimbarea afilierii politice a unui partid național la un grup european).

3. Organizarea alegerilor europene

În perioada 22-25 mai, la nivelul tuturor statelor membre ale Uniunii se organizează alegeri pentru ocuparea mandatelor de deputați în Parlamentul European. Alegerile pentru cele 751 de mandate vor fi efectuate de o populație de 503, 7 milioane, în cele 28 de state membre[1]. Pot alege și pot fi aleși cetățenii europeni (care dețin o cetățenie a unuia din statele membre), fie în țara ai căror cetățeni sunt, fie în țara în care își au rezidența.

Orice persoană aleasă în alegerile naționale pentru alegerea parlamentului european, devine membru al acestuia, după confirmarea mandatului de către autoritatea electorală a statului respectiv. Articolul 1(2) din **Regulamentul Parlamentului European** stabileşte care va fi denumirea membrilor acestuia, în funcţie de limba oficială a statului membru. Cetăţenii români, membri ai acestuia poartă denumirea de „deputaţi în Parlamentul european”.[2]

Alegerile[3] pentru Parlamentul european au suferit o evoluţie firească, de la desemnarea reprezentanţilor de către parlamentele statelor naţionale şi până la alegerea prin scrutin general, făcută după reguli uniforme, respectate la nivelul tuturor statelor membre[4]. Toate deciziile instituţiilor Uniunii Europene au fost adoptate ca urmare a analizării fiecărui tip de experienţă naţională în procesul de alegere a delegaţilor în Parlamentul European. Cele mai importante discuţii au vizat patru componente:

- Reprezentarea proporţională, ca sistem electoral adoptat în toate statele membre, pentru a preîntâmpina dezechilibrarea artificială a raportului de forţe politice din interiorul Parlamentului;
- Organizarea alegerilor în circumscripţii regionale sau o singură circumscripţie naţională;
- Modul în care cetăţenii pot alege un parlamentar care să îi reprezinte, prin încurajarea votului preferenţial;
- Stabilirea unui prag electoral minim, care să fie aplicat atât partidelor politice, cât şi candidaţilor independenţi.[5]

Procesul de uniformizare a alegerilor a fost finalizat ca urmare a negocierilor dintre Parlamentul European şi Consiliu, astfel încât, începând cu mandatul 2004-2009, alegerile s-au desfăşurat pe baza reprezentării proporţionale, prin vot pe liste sau vot

[1] http://www.elections2014.eu/ro/in-the-member-states/european-union citat la data de 01.05.2014

[2] http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+RULES-EP+20090714+RULE-001+DOC+XML+V0//RO&language=RO&navigationBar=YES citat la data de 15 aprilie 2014.

[3] A se vedea și Ispas Gabriel Liviu, *Parlamentarismul în societatea internațională,* Ed. Institutul European, 2011 în care am analizat detaliat aspecte care țin de procedura de alegere la nivelul statelor, temele principale de discuție abordate în campania europeană, modul în care se realizează alegerile în sistemele naționale.

[4] Corbett R., Jacobs. F., Shackleton M, *Parlamentul european*, p. 12-14.

[5] *Ibidem*, p. 16-20.

unic transferabil[1]. Ca urmare a acestei dispoziţii legale, unele state au decis organizarea unei singure circumscripţii la nivel naţional, în timp ce altele au stabilit organizarea alegerilor în circumscripţii regionale. Legislaţiile naţionale au stabilit şi posibilitatea instituirii unui prag electoral minim, sub care nu poate fi obţinut un mandat de parlamentar, cum, dealtfel au stabilit şi organizarea alegerilor pe bază de listă, cu ordine prestabilită de partidele participante la alegeri sau pe bază de listă cu vot preferenţial.[2]

4. Principalii combatanți

Spectrul politic european este format din partidele europene, alcătuite din partide politice și persoane care provin din sistemele electorale naționale. Acestea au personalitate juridică, fiind recunoscute în legislația europeană pentru rolul pe care îl au în întărirea democrației europene.

Partidul Popular European a marcat, fără dubii, destinul Uniunii după căderea regimului comunist. Ultimele două mandate, sub majoritate populară, au determinat existența unei comisii conduse de președintele Barosso, criticat adesea pentru lipsa de viziune, decizie poziționare internațională. Având un număr de 74 de membri din 39 de state, PPE are cel mai numeros grup parlamentar, cel mai numeros grup de președinți și prim miniștri din statele membre, cel mai numeros grup de comisari europeni. Toate acestea au făcut ca, formal, criza economică, recesiune și politica de austeritate să fie legate în mod strâns de politicile acestui partid[3].

Partidul Socialiștilor Europeni (PES) reunește 32 de partide socialiste și partide ale muncii ca membri cu drepturi depline, 10 membri asociați și 10 observatori din peste 35 de state[4]. În legislatura 2009-2014 a avut al doilea număr de membri, ajungîndu-se la o formula de negociere atipică, astfel încât mamdatul de Președinte al Parlamentului a fost fragmentat, astfel încât dou ani și jumătate să aparțină PPE și cealaltă jumătate să aparțină PSE. În acest moment, președintele este Martin Schultz. Ca urmare a evoluțiilor electorale naționale, este de anticipat ca ponderea în a opta legislatură să fie reprezentativă.

Alianța Democraților și Liberalilor pentru Europa (ALDE) a fost înființat în 1976 și numără peste 50 de partide de pe continent. Este a treia forță politică, în competiție cu Partidul verzilor și cu Alianța europeană a conservatorilor.

5. Importanța alegerilor

Pentru prima oară, dispozițiile Tratatului privind Uniunea Europeană și cele ale Tratatului pentru Funcționarea Uniunii Europene vor deveni efective în privința atribuțiilor pe care le au instituțiile. Parlamentul dobandește noi competențe, care vor avea un impact major în privința politicilor pe care le va urma Uniunea.

Parlamentul european exercită atribuții legislative, care se realizează cu respectarea dispozițiilor tratatelor și ale regulamentelor de procedură. Art. 14 și art. 16 din TUE reglementează egalitatea perfectă dintre Parlament și Consiliu în materia legiferării, ambele instituții fiind egal participante la procedura legislativă ordinară.

---

[1] Art. 1 din Decizia Consiliului din 25 iunie şi 23 septembrie 2002de modificare a Actului privind alegerea reprezentanţilor în Parlamentul European prin sufragiu universal direct, anexat la Decizia 76/787/CECO, CEE, Euratom (2002/772/CE, Euratom).

[2] Corbett R., Jacobs. F., Shackleton M, *op. cit.,* p. 16.

[3] http://www.epp.eu/who-are-we, citat în data de 01.05.2014.

[4] http://pes.eu/en/about-pes, citat în data de 01.05.2014.

Trebuie precizat că Parlamentul nu are drept de iniţiativă legislativă directă[1], însă poate solicita Comisiei introducerea unui proiect de act normativ în faţa Consiliului, această prerogativă fiindu-i recunoscută Parlamentului prin Tratatul de la Maastricht şi confirmată prin art. 225 din TFUE. Comisia nu este obligată să se conformeze iniţiativei Parlamentului, în practică fiind foarte rare cazurile în care Comisia a dat curs solicitării Parlamentului, adoptându-se astfel un act normativ.[2]

Potrivit art. 289 alin.1 din TFUE, Parlamentul participă la procesul de adoptare a actelor legislative prin exercitarea atribuţiilor sale în cadrul procedurilor prevăzute de art.293- art.297 TFUE şi prin emiterea de avize conforme şi formularea de avize consultative[3]. Parlamentul acordă aviz conform la aderarea, asocierea unor state terţe, sau la încheierea unor tratate internaţionale cu state terţe şi organizaţii internaţionale; acordă aviz consultativ la adoptarea unor acte normative de către Consiliu, actul normativ fiind nul în cazul nerespectării acestei formalităţi, adoptă bugetul împreună cu Consiliul şi în mod exclusiv adoptă componenta bugetară ce priveşte cheltuielile neobligatorii.

Observăm, astfel, că Parlamentul European nu deţine atributele legislative ale instituţiilor omoloage la nivel naţional. Potrivit art.17 (2) din TUE monopolul iniţiaţivei legislative aparţine Comisiei. Propunerea Comisiei este adoptată de Colegiul Comisarilor şi este publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene. Propunerea este transmisă în acelaşi timp Parlamentului European şi Consiliului.

În examinarea unei propuneri legislative, Parlamentul are obligaţia de a verifica respectarea principiilor subsidiarităţii şi proporţionalităţii. În conformitate cu dispoziţiile Tratatului de la Lisabona şi a Protocolului nr. 6, Regulamentul Parlamentului precizează în art. 38 a că, în situaţia în care un parlament naţional transmite preşedintelui Parlamentului un aviz motivat, întemeiat pe articolul 3 din Protocolul privind rolul parlamentelor naţionale în Uniunea Europeană şi pe articolul 6 din Protocolul privind aplicarea principiilor proporţionalităţii şi subsidiarităţii, avizul se comunică comisiei parlamentare de specialitate pentru a formula un punct de vedere. Conform aceloraşi dispoziţii, această comisie nu va putea să îşi acorde votul final înainte de a expira temenul de opt saptamâni în interiorul căruia statele îşi pot formula avizele motivate.

În conformitate cu art. 55 in Regulamentul Parlamentului European, Parlamentul examinează propunerea legislativă pe baza raportului elaborat de comisia competentă şi votează mai întâi amendamentele la propunerea care serveşte drept bază pentru raportul comisiei competente, apoi propunerea, eventual modificată, apoi amendamentele la proiectul de rezoluţie legislativă şi, în final, întregul proiect de rezoluţie legislativă care conţine numai o declaraţie prin care se indică dacă Parlamentul aprobă propunerea Comisiei, o respinge sau propune amendamente, precum şi cereri de deschidere a unei proceduri. Preşedintele transmite Consiliului şi Comisiei, sub formă de aviz al Parlamentului, textul propunerii în versiunea adoptată de Parlament, însoţit de rezoluţia aferentă[4].

Tratatul privind Uniunea Europeană introduce art. 17 alin. (7) care prevede"Ţinând cont de alegerile pentru Parlamentul European şi după ce a procedat la consultările

[1] A se vedea detaliat Gabriel Liviu ISPAS, *Uniunea europeană.Evoluţie, instituţii, mecanisme*, Ed. Universil Juridic, 2011.

[2] Gyula Fabian, Nicolae Mihu, Emod Veress, *Parlamentul european*, p. 109.

[3] Octavian Manolache, *Tratat de drept comunitar*, Ed. CH Beck, 2007, p. 80.

[4] Regulamentul Parlamentului European, art. 55-74.

necesare, Consiliul European, hotărând cu majoritate calificată, propune Parlamentului european un candidat la funcția de președinte al Comisiei. **Acest candidat este ales de Parlamentul european cu majoritatea membrilor care îl compun**.(...) Președintele, Înaltul Reprezentant al Uniunii pentru afaceri externe și politică de securitate și ceilalți membri sunt supuși unui vot de aprobare al Parlamentului european".

Importanța alegerilor pentru Parlament este astfel materialiyată în importanța desemnarii președintelui Comisiei. Dincolo de propunerea făcută de Consiliul european cu majoritate calificată (poate așa se explică și virulența cu care unii comisari europeni s-au implicat în probleme interne ale statelor, care nu fac obiectul competențelor exclusive sau partajate ale Uniunii), este necesară existența unei majorități de vot în Parlament. Iar alegerea președintelui Comisiei are relevanță prin prerogativele acordate acestuia în desemnarea vicepreședinților și organizarea internă a acestei instituții (adică prin stabilirea portofoliilor pentru fiecare comisar în parte).

6. Elemente de noutate în campania electorală pentru Parlamentul European

Pentru prima oară din 1979, partidele politice europene și-au desemnat candidați de top, prezentați ca fiind propuneri pentru funcția de Președinte al Comisiei Europene. În acest fel, fiecare formațiune încearcă să arate că este sensibilă la voința electorilor[1] și că desemnarea nu este o operațiune ascunsă, bazată pe calcule și jocuri politice. Pe de altă parte, prin desemnarea unui astfel de candidat, partidele își stabilesc un lider care să atragă voturi dintre cei nemulțumiți, apatici sau cei care încă nu și/au format o opinie de vot. Astfel, popularii europeni l-au desemnat pe Jean Claude Juncker. Prim ministru al Luxemburgului între 1995-2013, acesta s-a remarcat ca un proeuropean liniștit, echilibrat. Un candidat care nu atrage un vot negativ, surprinzător dacă luăm în calcul că PPE este dominat de creștin democrații germani. Va dori oare Angela Merkel un președinte al Comisiei fără o puternică personalitate, sau va fi înlocuit, după alegeri, ca o consecință a negocierilor purtate cu celelalte grupuri parlamentare? Socialiștii europeni l-au desemnat pe Martin Schultz, Președinte în exercițiu al Parlamentului, german, o persoană cu bogată experiență politică, tranșant și cu ușoare tendințe autoocratice. Va reuși acesta să crească ponderea voturilor din Germania? Va reuși acestă să obțină voturi suficiente în statele care au fost împinse spre politici de austeritate? Sau într-un final, ca urmare a negocierilor dintre aceste grupuri va apărea un nou candidat, agreat de ambele părți și care să dea un semnal puternic pentru statele nou aderate după 2004? Ar fi Donald Tusk un astfel de candidat polonez? O cercetare de piață realizată la nivel european arată tendințe interesante în privința votului pentru tipuri de candidați, în anumite state europene[2].

Partidele proeuropene marșează pe elemente pozitive de campanie, pe ideea de unitate, de forță a Uniunii, de poziționare internațională, timp în care partidele naționaliste și extremiste susțin întărirea rolului statelor și promovarea suveranității naționale. În contextul crizei ucreineene este greu de anticipat ce impact va avea asupra electorilor o posibilă acțiune a Rusiei. Atacarea Ucrainei, a unei țări baltice sau chiar și a României va determina o astfel de perturbare a votului pentru Parlamentul European?

[1] http://www.epc.eu/documents/uploads/pub_3699_ep_elections_2014.pdf, p. 3, citat în data de 1.05.2014.

[2] Gallup Europe survey, "EU election 2014 countdown: one year to go", conducted in May 2013 in Denmark, France, Germany, the Netherlands, Poland, and the United Kingdom.

Partidele şi-au ales cu mare grijă reprezentanţii, astfel încât să fie limitată posibilitatea deschiderii de fronturi de confruntare cauzate de trecutul acestora, de poziţii politice delicate, de apartenenţă la grupuri de trafic sau corupţie.

7. Ce va fi? În loc de concluzii

Importantă va fi, pentru perioada 22-25 mai 2014, modalitatea în care partidele vor reuși să convingă electoratul să participe la vot. Temele europene, reacția rapidă la orice problemă din Ucraina, crearea unui sentiment de siguranță și stabilitate politică, militară și financiară vor fi determinante în viitoarele alegeri. La o prezență mare la vot, PPE și PSE vor obține rezultate spectaculoase, în timp ce la o prezență scăzută la vot rezultatele vor fi mult mai strânse. Tendința îngrijorătoare de scădere a numărului celor care votează arată că entuziasmul european este la un moment de cumpănă și că statele aderate după 2004 încă nu reușesc să își stabilizeze rolul și poziția în Uniune. Efectele crizei economice sunt încă vizibile, iar acest fapt determină o creștere a sentimentului antieuropean.

Un recent barometru de opinie european realizat la data de 14 aprilie 2014 de Parlamentul European și TNS Opinion releva că socialiștii și popularii vor avea 28% intenție de vot, ALDE 8%, iar celelalte formațiuni între 4 și 6%. Un număr de peste 5% din repondenți nu aveau o opinie conturată. Toate acestea arată că lupta pentru parlamentul European este una extrem de importantă și că forțele politice nu vor ezita în a folosi orice mecanisme pentru a-și crește, democratic, puterea.

Bibliografie

1. BOLINITINEANU Al., Adrian Năstase, Bogdan Aurescu, *Drept internaţional contemporan*, Ed. All Beck, Bucureşti, 2000

2. BROWNLIE, Ian, *Principles of Public International Law - fifth edition*, Oxford University Press, New York, 1998.

3. CORBETT R., Jacobs. F., Shackleton M:, *Parlamentul European*, Ed. Monitorul Oficial, ediţia a VI-a

4. FABIAN,G., Mihu, N., Veress, E., *Parlamentul European*, Ed. Wolters Kluver, 2007;

5. FABIAN, Gyula, *Drept instituțional al Uniunii Europene*, ed. Hamangiu, 2012

6. ISPAS, Gabriel Liviu, *Parlamentarismul în societatea internațională,* Ed. Institutul European, Iași, 2011

7. ISPAS, Gabriel Liviu, *Uniunea Europeană. Evoluție, instituții, mecanisme,*Ed. Universul Juridic, 2011

8. MANOLACHE O., *Tratat de drept comunitar*, ed. CH Beck, 2007,

Perspective europene privind îmbunătăţirea educaţiei şi a formării profesionale a personalului didactic

Andreea ***RÎPEANU****

Abstract: *A fi astăzi cadru didactic într-un spaţiu european al învăţământului, educaţiei şi formării profesionale 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.*

Cuvinte cheie: *Europa, educaţie, formare profesională, formare continuă, formare complementară*

1. Preliminarii

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*, *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.

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

2. Obiectivele sistemelor de educaţie şi formare profesională în Uniunea Europeană

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, 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*[4] au fost facilitate de experienţa unor sisteme eficiente de pregătire a cadrelor didactice.[5]

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.*

---

[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.

[4] 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).

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

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.[1]

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.[2]

Deoarece în Europa există o varietate incredibilă de tradiţii şi sisteme pentru pregătirea profesională şi instruirea învăţătorilor[3], accentul urmează să fie pus pe modernizarea metodelor şi abordărilor studierii, predării şi evaluării, inclusiv pe măsurile ce asigură calitatea internă[4].

---

[1] 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.

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

[3] 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.

[4] 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 Europeane din ce în ce mai mult bazată pe cunoaştere, cadrelor didactice li se

În baza cercetărilor care au demonstrat că, pregătirea profesorilor este corelată semnificativ şi pozitiv cu rezultatele elevilor[1] şi că acest lucru este determinantul intraşcolar cel mai important al acestor rezultate[2], *Comunicarea Comisiei către Consiliu şi către Parlamentul European, privind îmbunătăţirea calităţii formării profesorilor*, adoptată la Bruxelles, în 2007[3], 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 practicii reflexive şi a cercetării în rândul cadrelor didactice; promovarea statutului şi recunoaşterii profesiei de cadru didactic; sprijinirea profesionalizării învăţământului.

Alte studii[4] 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;*

---

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.

[1] 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.

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

[3] 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*.

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

conştiinţa datoriei care îi incumbă pentru a contribui prin învăţământ la progresul social, cultural şi economic[1].

Însă, o pregătire profesională corespunzătoare nu este posibilă în condiţiile unui nivel redus al investiţiilor[2]. 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.[3]

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)[4], 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 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[5], 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.

---

[1] 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".

[2] 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.

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

[4] 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.

[5] 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).

Autorităţile organizatoare ale programele de formare se împart în două categorii: *autorităţi centrale*, reprezentate 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[1], formarea continuă este atât un drept cât şi o obligaţie.

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

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

[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).

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].

3. Educaţia şi 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 prezintă 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*[6] reprezintă activitatea desfăşurată de o persoană înainte de încadrarea în muncă, în scopul de a dobândi cunoştinţele de cultură

[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. l) din *Codul muncii*.

[6] 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*, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2007, p. 253.

generală şi de specialitate, necesare pentru exercitarea unei profesii sau meserii. Într-o asemenea accepţiune, formarea profesională este echivalentă calificării profesionale[1].

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[2] 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[3] 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.[4]

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[5]. În aplicarea prevederilor acestei ordonanţe au fost emise Normele metodologice aprobate prin *Hotărârea Guvernului nr. 522/2003*[6].

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[7], 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.[8] Dezvoltarea profesională a

---

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

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

[3] 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.

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

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

[6] 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.

[7] 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*).

[8] Art. 242 alin. (1) din *Legea educaţiei naţionale nr. 1/2011.*

personalului didactic, de îndrumare şi control şi recalificarea profesională sunt fundamentate pe standardele profesionale pentru profesia didactică, standarde de calitate şi competenţe profesionale.[1] Evoluţia în carieră se realizează prin gradul didactic II şi gradul didactic I, examene de certificare a diferitelor niveluri de competenţă.[2]

În ceea ce priveşte formarea continuă în România a fost elaborat documentul cadru privind *sistemul creditelor transferabile*[3] în scopul dinamizării activităţii profesionale, precum şi al utilizării unor criterii profesionale autentice de evoluţie în cariera. 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.

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 îmbunătăţăţirea 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).

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

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

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

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 Wolterskluwer, 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. Ţiclea Alexandru, Formarea profesională, în „Revista română de dreptul muncii", nr. 2/2005.

Rezervele şi declaraţiile interpretative la tratate

Felicia ***MAXIM****

Abstract: *Există situaţii în care un stat este de acord cu majoritatea prevederilor din tratat, dar faţă de anumite prevederi îşi manifestă dezacordul refuzând să le accepte. De aceea, se admite în anumite condiţii, ca statele să-şi manifeste acordul de a fi legate prin tratat cu anumite rezerve. Totodată, lipsa prevederilor privind declaraţiile interpretative a determinat dificultăţi privind diferenţierea dintre acestea, pe de o parte, şi rezervele la tratate, pe de altă parte. Prin urmare, considerând rezervele şi declaraţiile interpretative aspecte de interes major pentru teoria şi practica internaţională, Adunarea Generală O. N. U a dat în lucru Comisiei de Drept Internaţional a O. N. U. această problematică. Astfel, la sesiunea din 1993, CDI a hotărât să introducă pe agenda sa de lucru tema referitoare la aspectele teoretice şi practice ale rezervelor la tratate, urmărindu-se şi clarificarea statutului de rezervă sau de declaraţie interpretativă şi, implicit, regimul juridic aplicabil acestora. După o îndelungată şi complexă analiza, C. D. I. a finalizat în anul 2011 un proiect ce se consideră a fi un Ghid de principii privind practica rezervele la tratate.*

Cuvinte cheie*: tratate, rezerve, declaraţii interpretative, Comisia de Drept Internaţional*

1. Noţiune

Este bine cunoscut faptul că acordul de voinţă reprezintă fundamentul dreptului internaţional şi, implicit, elementul de bază al tratatelor internaţionale. Totuşi, există situaţii în care un stat este de acord cu majoritatea prevederilor din tratat, dar faţă de anumite prevederi îşi manifestă dezacordul refuzând să le accepte. [1] De aceea, se admite în anumite condiţii, ca statele să-şi manifeste acordul de a fi legate prin tratat cu anumite rezerve.

Convenţia de la Viena din 1969 stabileşte următoarea definiţie:„*prin expresia rezervă se înţelege o declaraţie unilaterală, oricare ar fi conţinutul sau denumirea sa, făcută de un stat atunci când semnează, acceptă sau aprobă un tratat ori aderă la acesta prin care îşi manifestă intenţia de a exclude sau modifica efectul juridic al unor dispoziţii din tratat cu privire la aplicarea lor faţă de statul respectiv*. ”[2]

Referitor la definiţia prezentată, precum şi alte aspecte legate de rezervele la tratate, Adunarea Generală O. N. U., identificând o serie de aspecte controversate în doctrina şi practica dreptului internaţional, a dat în lucru Comisiei de Drept Internaţional a O. N. U. problematica rezervelor la tratate. Prin urmare, la sesiunea din 1993, CDI a hotărât să introducă pe agenda sa de lucru tema referitoare la aspectele teoretice şi practice ale rezervelor la tratate. Experţii CDI au stabilit ca activitatea desfăşurată să pornească de la cele trei convenţii ce conţin dispoziţii referitoare le rezerve, şi anume: Convenţia de la

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

[1] Malcolm N. Shaw, *International Law*, fifth edition, Cambridge University Press, 2004, p. 821.

[2] Art. 2, para. 1, lit. d).

Viena privind dreptul tratatelor din 1969, Convenţia de la Viena privind succesiunea statelor la tratate din 1978 şi Convenţia de la Viena privind încheierea tratatelor între state şi organizaţii internaţionale ori între organizaţiile internaţionale din 1986. Deşi s-a considerat că cele trei convenţii conţin principiile de bază aplicabile instituţiei rezervei, în elaborarea ghidului s-a ţinut cont de faptul că în doctrina şi practica dreptului internaţional au fost identificate o serie de situaţii neclare care nu-şi găseau rezolvare prin aplicarea dispoziţiilor din cele trei instrumente internaţionale. [1] Astfel, după o îndelungată şi complexă analiza, C. D. I. a finalizat în anul 2011 un proiect ce se consideră a fi un Ghid de principii privind practica rezervele la tratate. [2]

Având în vedere cele evocate, arătăm că prezentarea instituţiei rezervei la tratate va avea în vedere şi recomandările făcute statelor şi organizaţiilor internaţionale prin Ghidul elaborat de CDI. În acest sens, considerăm necesară prezentarea definiţiei din Ghid. Conform punctului 1. 1. par. 1. prin rezervă se înţelege o declaraţie unilaterală, oricare ar fi conţinutul sau denumirea sa, făcută de un stat sau de o organizaţie internaţională când semnează, ratifică, confirmă formal, acceptă, aprobă un tratat sau aderă la acesta, sau făcută de un stat când face notificarea de succesiune la un tratat, prin care statul sau organizaţia îşi manifestă voinţa să excludă sau să modifice efectul juridic al unor dispoziţii din tratat cu privire la aplicarea lor faţă de statul respectiv sau faţă de organizaţia internaţională în cauză. În par. 2 se arătă că par. 1 trebuie interpretat ca incluzând rezervele care au drept scop de a exclude sau de a modifica efectul juridic al anumitor dispoziţii din tratat, ori a tratatului ca întreg, dar cu privire la anumite aspecte specifice, în aplicarea lor faţă de statul sau organizaţia care formulează rezerva.

Definiţia elaborată de CDI constituie rezultatul îmbinării elementelor existente în cele trei convenţii invocate anterior, urmărindu-se acoperirea tuturor situaţiilor ce pot fi identificate în practica statelor şi a organizaţiilor internaţionale. Par. 2 are rolul de a extinde interpretarea definiţiei conform practicii internaţionale. Necesitatea precizării din par. 2 a fost determinată de modalitatea diferită de formulare a rezervelor în practica statelor. Conform definiţiei din Convenţia de la Viena din 1969 rezerva formulată trebuie să aibă în vedere modificarea sau excluderea unor dispoziţii specifice, ceea ce exclude categoria rezervelor care sunt prea generale sau imprecise, deşi uneori pot fi identificare, dar nu trebuie acceptate. De aceea, se apreciază că o rezervă trebuie formulată în aşa fel încât să permită înţelegerea sensului, în scopul de a evalua, în mod special, compatibilitatea sa cu obiectul şi scopul tratatului.

Din analiza jurisprudenţei internaţionale şi din comentariile Ghidului CDI, rezultă că au fost formulate rezerve ce prezentau un caracter general, care nu aveau în vedere dispoziţii specifice, dar şi rezerve (across-the-board rezervation) formulate de un stat sau o organizaţie internaţională ce priveau aplicarea tratatului ca un întreg, dar care nu puteau fi criticate ca fiind lipsite de precizie.„Across-the-board rezervations" nu au în vedere dispoziţii specifice, dar exclud sau limitează aplicarea tratatului la anumite categorii de persoane, situaţii, teritorii etc. [3]

[1] Dumitra Popescu, Felicia Maxim, *Drept internaţional public-Curs universitar*, vol. II, Ed. Lumina Lex, Bucureşti, 2012, p. 48; Felicia Maxim, *Aspecte teoretice şi practice privind tratatul-izvor principal al dreptului internaţional public*, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2012, p. 49.

[2] A se vedea în acest sens site-ul oficial al O. N. U. -International Law Commission, sixty third session 2011.

[3] United Nations, Report of the International Law Commission, Sixty-third session, A/66/10/Add. 1, p. 40.

Definiţia de bază, formulată în Ghidul CDI, este completată prin identificarea unui număr considerabil de situaţii în care o declaraţie unilaterală este considerată rezervă, astfel CDI adaugă următoarele:

-„o declaraţie unilaterală formulată de un stat sau o organizaţie internaţională în momentul în care statul sau organizaţia îşi exprimă consimţământul de a fi legat prin tratat, prin care autorii urmăresc să limiteze obligaţiile impuse lor prin tratat, constituie o rezervă";

-„o declaraţie unilaterală formulată de către un stat sau o organizaţie internaţională în momentul în care statul sau organizaţia îşi exprimă consimţământul de a fi legat printr-un tratat, prin care statul sau organizaţia îşi propune să îndeplinească o obligaţie izvorâtă într-un mod diferit, dar considerat de autorul declaraţiei echivalent cu modul impus de tratat, constituie rezervă";

-„o declaraţie unilaterală prin care un stat urmăreşte să excludă aplicarea unor prevederi ale tratatului, sau tratatul ca un întreg, cu privire la anumite aspecte specifice, la un teritoriu la care acestea ar fi aplicabile în absenţa unei astfel de declaraţii constituie o rezervă";

-„o declaraţie unilaterală prin care un stat, atunci când extinde aplicarea tratatului, urmăreşte să excludă sau să modifice efectul juridic al anumitor prevederi din tratat în legătură cu respectivul teritoriu constituie o rezervă";

-„formularea în comun a unei rezerve de către mai multe state sau organizaţii internaţionale nu afectează caracterul unilateral al rezervei";

-„o declaraţie unilaterală făcută de un stat ori de o organizaţie internaţională în momentul în care statul sau organizaţia internaţională îşi exprimă consimţământul de a fi legat prin tratat, în conformitate cu o clauză care autorizează în mod expres părţile sau pe unele dintre ele pentru a exclude sau a modifica anumite dispoziţii din tratat cu privire la partea care a făcut această declaraţie, constituie o rezervă".

2. Trăsăturile caracteristice ale rezervei la tratat

În literatura de specialitate se arată că rezerva este un act unilateral, expres, facultativ şi revocabil. [1]Recunoaşterea **caracterului unilateral al rezervei**, deşi unanimă, a provocat justificări diferite. O parte a doctrinei recunoaşte caracterul unilateral al rezervei pentru a contesta legitimitatea acesteia, iar altă parte subliniază acest caracter pentru a scoate în evidenţă importanţa acestei instituţii în dezvoltarea relaţiilor internaţionale prin crearea posibilităţii ca un număr mare de state să devină părţi la tratate, în cazul de faţă, la tratatele multilaterale. Caracterul unilateral al rezervei nu este afectat în cazul în care un număr de state sau organizaţii internaţionale formulează o rezervă în comun, adică sub forma unui singur instrument adresat depozitarului tratatului multilateral în numele unui număr de părţi.

Având în vedere că rezerva constituie o manifestare unilaterală de voinţă aceasta trebuie să îndeplinească anumite condiţii de formă pentru a putea produce efecte juridice opozabile altor state. Condiţiile de formă şi de fond vor fi analizate în secţiunea următoare, dar invocarea caracterului scris confirmă calitatea de **act unilateral expres** a rezervei.

În virtutea suveranităţii recunoscute statele sunt libere să formuleze sau nu rezerve, de aceea rezerva este considerată un **act facultativ**, discreţionar, voluntar. Caracterul

[1] Edwin Glaser, *Rezervele la tratatele internaţionale*, Ed. Academiei Republicii Socialiste România, Bucureşti, 1971, p. 72 şi urm.

facultativ al rezervei determină necesitatea comunicării acesteia părţilor contractante şi celorlalte părţi având calitatea de a deveni părţi la tratat. Fiind o declaraţie unilaterală şi facultativă, rezerva poate fi retrasă, deci este un **act revocabil**. Conform Convenţiei de la Viena din 1969, dacă tratatul nu dispune altfel, o rezervă poate oricând să fie retrasă fără să fie nevoie de consimţământul statului care a acceptat rezerva.

3. Procedura referitoare la rezerve

Rezervele nu pot fi formulate în cazul tratatelor bilaterale, fiind considerate un mecanism convenţional aplicabil doar tratatelor multilaterale. [1]În cazul tratatelor bilaterale, până când cele două părţi nu se pun de acord asupra tuturor amănuntelor, nu există acord de voinţă. Astfel, atunci când tratatul a fost încheiat nu se poate pune problema formulării unei rezerve, ci doar de modificare a acestuia. În acest sens s-a exprimat şi CDI în Ghidul elaborat arătând că,,o declaraţie unilaterală, oricare ar fi conţinutul sau denumirea sa, formulată de un stat sau de o organizaţie internaţională, după parafare sau semnare, dar înainte de intrarea în vigoare a unui tratat bilateral, prin care un stat sau o organizaţie urmăreşte să obţină de la cealaltă parte o modificare a dispoziţiilor tratatului nu constituie o rezervă în sensul reţinut de Ghid". În ceea ce priveşte cele trei convenţii luate ca bază de discuţii în elaborarea ghidului facem următoarele precizări. Convenţiile de la Viena din 1969 şi 1986 nu conţin dispoziţii privind imposibilitatea formulării rezervelor la tratatele bilaterale, însă din conţinutul Convenţiei privind succesiunea statelor la tratate din 1978 rezultă că rezervele sunt permise numai la tratatele multilaterale. În Convenţia din 1978 consacrarea regimului juridic al rezervei în cazul succesiunii statelor la tratate se realizează în art. 20 din secţiunea 2 a părţii a III-a referitoare la tratatele multilaterale (indicându-se în mod explicit acest aspect), în secţiunea 3 privind tratatele bilaterale lipsind astfel de precizări. Conform art. 20 alin. (1),,când un nou stat independent îşi stabileşte printr-o notificare de succesiune, calitatea sa de stat contractant sau de parte la un tratat multilateral..... ".

Formularea rezervelor la tratate presupune, în mod obligatoriu, un tratat încheiat între mai mult de două părţi contractante. [2]De aceea, se consideră că instituţia rezervelor a apărut pentru tratatele multilaterale.

Dacă la început formularea rezervelor la tratate a fost dominată de teza clasică care susţinea principiul unanimităţii, ulterior au avut câştig cei care considerau că trebuie eliminată această unanimitate. [3] Prin urmare, un stat care formulează o rezervă la care s-au făcut obiecţii de către un alt stat sau de mai multe, dar nu de toate, poate fi considerat parte la convenţie, dacă rezerva este compatibilă cu obiectul şi scopul convenţiei. Totuşi, în cazul tratatelor încheiate între un număr mai restrâns de state şi când aplicarea tratatului în întregime este o condiţie esenţială pentru consimţământul de a fi obligate prin tratat, rezerva trebuie acceptată de toate statele părţi. [4]Reţinând acest aspect, Convenţia de la Viena din 1969 reglementează în art. 20 par. (2) următoarele:,,*Când, din numărul restrâns al statelor participante la negociere, precum şi din obiectul şi*

[1] Raluca Miga Beşteliu, *Drept internaţional public*, vol. I, Ed. ALL BECK, 2005, p. 103.

[2] Edwin Glaser, *op. cit.*, p. 34.

[3] Bianca Selejan Guţan, Laura Maria Crăciunean, *Drept internaţional public*, Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2008, p. 202; Dragoş Chilea, *Drept internaţional public*, Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2007, p. 25.

[4] Ion Diaconu, *Tratat de drept internaţional public*, vol. I, Ed. Lumina Lex, Bucureşti, 2002, p. 126.

scopul tratatului rezultă că aplicarea tratatului în întregul său sau între toate părţile este o condiţie esenţială a consimţământului fiecăruia dintre ele de a fi legată prin tratat, rezerva trebuie să fie acceptată de către toate părţile. ”

Formularea rezervelor la tratate presupune respectarea condiţiilor de fond şi de formă consacrate de Convenţia de la Viena din 1969**.** În ceea ce priveşte condiţiile de fond, precizăm că un stat poate formula o rezervă la un tratat în momentul în care semnează, ratifică, acceptă, aprobă sau aderă la tratatul respectiv, în următoarele condiţii: formularea oricăror rezerve să nu fie interzisă de tratatul în cauză; rezervele să nu se refere la anumite dispoziţii din tratat exceptate de la posibilitatea de a formula rezerve; rezerva să nu fie incompatibilă cu obiectul şi scopul tratatului. Condiţiile de fond indicate rezultă explicit din conţinutul art. 19 privind formularea rezervelor din Convenţia de la Viena din 1969.

Studiul practicii internaţionale ne arată că se pot identifica o serie de tratate la care formularea rezervelor este interzisă. Interzicerea generală a rezervelor poate să fie expresă sau să reiasă din împrejurările cauzei. [1] De exemplu, în art. 309 din Convenţia privind dreptul mării din 1982 se stabilesc următoarele:„Convenţia nu admite nici rezerve, nici excepţii, în afară de cele care sunt în mod expres autorizate prin alte articole ale sale”. De asemenea, prin art. 120 din Statutul de la Roma al Curţii Penale Internaţionale se interzic rezervele. Constituţia Organizaţiei Internaţionale a Muncii interzice formularea rezervelor la convenţiile încheiate sub egida organizaţiei. [2] Pentru cazul interzicerii generale a rezervelor dedusă din interpretarea textelor tratatului se dă ca exemplu Carta O. N. U. Conform art. 4 din Carta ONU„ pot deveni membre ale Naţiunilor Unite toate celelalte state iubitoare de pace care acceptă obligaţiile prezentei Carte.... ”. Se susţine că expresia„care acceptă obligaţiile prezentei care” exclude posibilitatea formulării rezervelor. [3]

În cazul tratatelor care exclud posibilitatea formulării rezervelor la anumite dispoziţii din tratat invocăm dispoziţiile art. 39 din Actul General revizuit pentru reglementarea paşnică a diferendelor internaţionale din 1949.

Referindu-se la formularea unei declaraţii unilaterale când rezerva este interzisă la tratat, CDI arată la pct. 1. 3. 3. din Ghid că„atunci când un tratat interzice rezervele la toate sau la unele dispoziţii, declaraţia unilaterală formulată cu privire la dispoziţiile respective de un stat sau de o organizaţie internaţională se consideră că nu este rezervă.”

Rezerva formulată la un tratat trebuie să fie compatibilă cu obiectul şi scopul tratatului, altfel aceasta este inadmisibilă şi împiedică dobândirea de către statul rezervatar a calităţii de stat parte la tratat. În literatura de specialitate se arată că, în cazul în care, un stat a formulat obiecţii faţă de o rezervă formulată de un alt stat, invocând ca temei incompatibilitatea rezervei cu obiectul şi scopul tratatului, efectele nu se vor produce faţă de statul care a obiectat, dar nici faţă de celelalte state indiferent de poziţia pe care au adoptat-o faţă de rezerva formulată.[4] Cazul incompatibilităţii rezervei cu obiectul şi scopul tratatului şi a efectelor care se pot produce trebuie analizat şi clarificat de la caz la caz.

De exemplu, Convenţia internaţională privind eliminarea tuturor formelor de discriminare rasială adoptată de Adunarea Generală O. N. U. la 21 decembrie 1965 prevede în art. 20, par. 2 că nicio rezervă incompatibilă cu obiectul şi scopul convenţiei

[1] Edwin Glaser, *op. cit.*, p. 159.
[2] Antony Aust, *Modern Treaty law and Practice*, Cambridge University Press, 2007, p. 109.
[3] Edwin Glaser, *op. cit.*, p. 166.
[4] *Ibid*., p. 132.

nu va fi autorizată sau nicio altă rezervă care ar avea drept efect paralizarea funcţionării vreunuia dintre organele create de Convenţie. O rezervă va fi considerată ca intrând în categoriile arătate dacă cel puţin două treimi dintre statele părţi ridică obiecţii.

În cazul instrumentelor internaţionale şi regionale privind drepturile omului au fost identificate o serie de rezerve incompatibile cu obiectul şi scopul acestora. Curtea Europeană a Drepturilor Omului s-a pronunţat în câteva cazuri constatând incompatibilitatea rezervelor formulate de state părţi. Poziţia Curţii Europene a Drepturilor Omului în cazul *Belilos v. Switzerland* a constituit un model pentru alte situaţii identice. În momentul în care Elveţia a devenit parte la Convenţie a formulat o rezervă la art. 6(1) din Convenţie. Referitor la cazul soluţionat Curtea a apreciat că declaraţia este nulă, prin urmare Elveţia trebuie să se raporteze dispoziţiilor art. 6 din Convenţie. Declaraţia formulată a avut la bază interpretarea art. 57 din Convenţia Europeană a Drepturilor Omului care prevede:„1. Orice stat poate, în momentul semnării prezentei convenţii sau al depunerii instrumentului de ratificare, să formuleze o rezervă în ceea ce priveşte o dispoziţie anume a convenţiei, în măsura în care o lege atunci în vigoare pe teritoriul său nu este în conformitate cu dispoziţia. Rezervele cu caracter general nu vor fi permise în temeiul prezentului articol;2. Orice rezervă făcută în temeiul prezentului articol trebuie să conţină o scurtă prezentare privind legea în cauză. ”Elveţia nu a respectat prevederile arătate, în aceste condiţii Curtea Europeană a Drepturilor Omului declarând nulă rezerva. [1]

Referitor la **condiţiile de formă** ce trebuie respectate în cazul formulării rezervelor, din prevederile art. 23 al Convenţiei de la Viena din 1969 rezultă următoarele aspecte: rezervele trebuie să fie formulate în scris şi comunicate statelor contractante, dar şi statelor având calitatea de a deveni părţi la tratat;când o rezervă este formulată la semnarea tratatului sub rezerva ratificării, acceptării sau aprobării, aceasta trebuie confirmată de statul care a formulat-o în momentul când îşi exprimă consimţământul de a fi legat printr-un tratat, considerându-se că rezerva a fost făcută la data confirmării; retragerea unei rezerve trebuie formulată în scris. Statul rezervatar are dreptul, dar şi interesul legitim să-şi notifice voinţa. În cazul tratatelor multilaterale, mecanismul încheierii tratatelor implică mai întâi notificarea făcută de autorul rezervei către depozitarul tratatului, apoi urmând notificarea făcută de depozitar, prin care acesta comunică adevăraţilor destinatari intenţia statului rezervatar. O rezervă poate fi retrasă oricând, retragerea notificându-se depozitarului, iar prin intermediul acestuia tuturor statelor contractante.

Rezerva trebuie să fie formulată în formă scrisă, nerespectarea cerinţei formei scrise este sancţionată cu nulitatea. O astfel de rezervă nu produce efecte juridice, nu există. Cu privire la forma în care se pot face rezervele la tratatele internaţionale, în literatura de specialitate s-au făcut următoarele precizări: o rezervă poate lua forma unei declaraţii scrise pe tratatul însuşi, în dreptul, deasupra sau sub semnătura reprezentantului statului care a formulat rezerva; o rezervă ar putea fi inclusă în instrumentul prin care statul ratifică, aderă sau acceptă tratatul sau într-un proces verbal sau alt instrument care însoţeşte instrumentul prin care se exprimă consimţământul statului, fiind redactat de autoritatea competentă a statului care a formulat rezerva şi, în sfârşit, rezerva poate fi

[1] *Belilos v. Switzerland*, Judgment 29 aprilie 1988, European Court of Human Rights.

trecută în actul final al conferinţei sau într-un protocol de reprezentantul autorizat al statului. [1]

O persoană este considerată ca reprezentând un stat sau o organizaţie internaţională în scopul de a formula o rezervă în cazul în care: persoana deţine depline puteri privind adoptarea sau autentificarea textului tratatului cu privire la care rezerva a fost formulată ori are competenţa de a exprima consimţământul statului sau al organizaţiei de a fi legat prin tratat. Dacă rezultă din practica statelor sau din alte circumstanţe că era în intenţia statelor sau a organizaţiilor internaţionale ca persoana respectivă să reprezinte statul sau organizaţia fără a fi necesar să deţină depline puteri. De asemenea, au capacitatea de a formula rezerve în virtutea funcţiilor pe care le deţin, fără a prezenta depline puter,i persoanele care exercită funcţiile menţionate în art. 7, par. 2 din Convenţia de la Viena din 1969. Aşa cum rezultă din practica Secretarului General ONU, în calitatea sa de depozitar, rezerva trebuie să fie inclusă instrumentul sau actul anexat acestuia care emană de la cele trei autorităţi calificate. Totodată, în cazul semnării unui tratat rezerva trebuie să fie făcută de reprezentantul statului care este autorizat să semneze tratatul, dar are şi depline puteri în ceea ce priveşte formularea rezervei. În consecinţă, rezerva la semnarea tratatului poate fi făcută de cele trei autorităţi sau de un reprezentant cu depline puteri în acest sens. În cazul în care reprezentantul statului nu prezintă depline puteri i se solicită, informal, dar ferm să facă dovada deplinelor puteri. Aspect confirmat prin exprimarea poziţia Secretarului General ONU în diferite cazuri, cum ar fi cazul dintre India şi Pakistan privind incidentul aerian din 1999. În pledoariile orale formulate în faţa CIJ, Misiunea Permanentă a Pakistanului la ONU a arătat că prin notificarea formulată în data de 3 octombrie 1973, acesta şi-a manifestat intenţia de a fi considerat succesorul Indiei Britanice la Actul general de arbitraj din 1928. Printr-o notă din 31 ianuarie din 1974, Secretarul General ONU a solicitat formularea notificării conform regulilor practicate de organizaţie. În cazul prezentat s-a susţinut că trebuie să se aibă în vedere că este vorba de o notificare de succesiune, nu de formularea unei rezerve, aşa încât regulile aplicabile sunt cele care privesc exprimarea consimţământului statului de a fi parte la tratat. [2]

Totuşi s-a ridicat problema dacă nu cumva regula stabilită este rigidă mai ales în cazul reprezentantului unui stat la o organizaţie internaţională, care este şi depozitarul tratatului, iar statul în cauză doreşte să formuleze o rezervă prin intermediul reprezentantului său. Din studiul practicii internaţionale a reieşit că o astfel de practică este acceptată de unele organizaţii internaţionale, dar nu de ONU. De exemplu Secretarul General al Organizaţiei Statelor Americane (OSA) şi Secretarul General al Consiliului Europei acceptă rezerve înregistrate în scrisorile din partea reprezentanţilor permanenţi. [3]

Având în vedere prevederile Convenţiilor de la Viena din 1969, dar şi din 1986, în Ghidul privind rezervele la tratate elaborat de CDI se arată că rezervele trebuie comunicare statelor, dar şi organizaţiilor internaţionale. Conform art. 23 din Convenţia de la Viena din 1969, rezerva (articolul indicat se referă şi la acceptarea expresă a unei rezerve, precum şi la obiecţiunile la rezerve) trebuie comunicată părţilor contractante şi celorlalte state având calitatea de a deveni părţi la tratat. De asemenea, în cazul Convenţiei de la Viena din 1986, rezerva trebuie comunicată statelor şi organizaţiilor

[1] Edwin Glaser, *op. cit.*, 176; United Nations, Report of International Law Commission, A/66/10/Add. 1, p. 139.

[2] Guide to practice on Rezervations to treaties, A/66/10/Add/1., p. 141.

[3] *Idem*.

internaţionale contractante, dar şi statelor şi organizaţiilor care au calitatea de a deveni părţi la tratat. Prin expresia„stat contractant" sau organizaţie contractantă" se înţelege un stat sau o organizaţie care au consimţit să fie legate prin tratat, fie că acesta a intrat sau nu în vigoare. [1] În practică apar probleme în cazul identificării statelor şi organizaţiilor care au calitatea de a deveni părţi la tratat. Din comentariile Ghidului elaborat de CDI rezultă următoarele situaţii:

- în categoria statelor sau organizaţiilor care au calitatea de a deveni părţi la tratat pot fi incluse statele şi organizaţiile care au participat le negocieri, adică cele care au participat la elaborarea şi adoptarea textului tratatului, fiind în cunoştinţă de cauză;
- identificarea statelor sau a organizaţiilor internaţionale care au calitatea de a deveni părţi la tratatele închise, nu ridică probleme, statele şi organizaţiile internaţionale fiind cunoscute de la început;[2]
- problemele apar în cazul în care nu se indică clar care sunt statele care au calitatea de a deveni părţi, în cazul tratatelor deschise sau a tratatelor care utilizează expresia„oricare stat"[3];
- raportorii CDI au identificat şi cazul în care un stat are calitatea de depozitar, iar în baza acestei calităţi trebuie să notifice formularea rezervelor statelor, printre statele în cauză fiind state cu care statul depozitar nu are relaţii diplomatice;
- referitor la organizaţii, rezervele trebuie comunicare organelor competente stabilite conform tratatului care a stă la baza constituirii organizaţiei.

În consecinţă, în fiecare caz în parte, trebuie identificare în mod corect statele sau organizaţiile internaţionale care au calitatea de a deveni părţi la tratat, fiind una din atribuţiile depozitarului, putem afirma rolul acestuia privind procedura de comunicare a rezervelor.

În ceea ce priveşte confirmarea rezervelor, se poate sublinia faptul că dispoziţiile art. 23 par. 2 din Convenţia de la Viena din 1969 şi articolul cu acelaşi număr din Convenţia de la Viena din 1986 stabilesc în mod corespunzător modalitatea în care se realizează confirmarea şi efectul pe care-l produce.

Soluţia adoptată de Ghidul CDI respectă prevederile celor două convenţii având în vedere faptul că în marea majoritate a cazurilor ne referim la tratate în formă solemnă, care nu intră în vigoare numai prin semnare. Însă se fac referiri la acordurilor în formă simplificată, în care consimţământul se exprimă prin semnare, caz în care rezerva produce efecte imediat fără a fi necesară confirmarea. La pct. 2. 2. 2. din Ghidul CDI se arată că„ o rezervă formulată atunci când se semnează un tratat nu are nevoie de o confirmare ulterioară atunci când un stat sau o organizaţie internaţională îşi exprimă prin semnătură consimţământul de a fi legat prin tratat". Procedura încheierii acordurilor în formă simplificată este cunoscută mai mult ca fiind aplicată în cazul tratatelor bilaterale decât în cazul tratatelor multilaterale, însă pot fi indicate şi tratate

[1] Art. 2,par. 1,lit. f. din Convenţia de la Viena privind tratatele încheiate între state din 1969, art. 2, par. 1, lit. f) din Convenţia de la Viena privind încheierea tratatelor între state şi organizaţiile internaţionale sau între organizaţii internaţionale din 1986.

[2]Avem în vedere tratatele încheiate sub auspiciile organizaţiilor internaţionale regionale. De exemplu în art. K, par. 1 din Carta Socială Europeană adoptată în 1996 se arată că„Prezenta Cartă este deschisă semnării statelor membre ale Consiliului Europei.... ".

[3] Conform art. 84 par. 1 din Convenţia de la Viena din 1986 privind încheierea tratatelor între state şi organizaţii internaţionale sau între organizaţiile internaţionale„Prezenta Convenţie va rămâne deschisă pentru aderarea oricărui stat, a Namibiei şi pentru aderarea oricărei organizaţii internaţionale care are capacitatea de a încheia tratate internaţionale";O prevedere asemănătoare este trecută în Convenţia privind Dreptul Mării din 1982 la art. 305.

multilaterale la care exprimarea consimţământului se face prin semnare. De exemplu, Acordul General pentru Tarife şi Comerţ din 1947, în ceea ce priveşte aplicarea dispoziţiilor sale după semnarea Protocolului de aplicare provizorie.

Deşi prevederile art. 23, par. 2 din Convenţia de la Viena din 1969 şi cea din 1986 nu conţin menţiuni privind forma în care trebuie făcută confirmarea rezervei, Ghidul CDI recomandă ca acesta să fie făcută în formă scrisă pentru a se evita situaţiile neclare.

Aşa cum s-a precizat anterior, rezerva constituie o manifestare unilaterală de voinţă, statul sau organizaţia care a formulat-o putând să o retragă în condiţiile stabilite articolele cu nr. 22 din cele două convenţii referitoare la dreptul tratatelor.

Admiterea formulării rezervelor la un tratat implică clarificarea aspectelor privind acceptarea rezervelor, obiecţiunilor la rezerve şi a efectelor juridice determinate de acestea. O rezervă autorizată în mod expres de un tratat nu are nevoie să fie acceptată ulterior, de celelalte state contractante, afara numai dacă tratatul nu prevede în alt mod. După cum s-a menţionat anterior, dacă din numărul restrâns al statelor care au participat la negociere, precum şi din obiectul şi scopul tratatului rezultă că aplicarea tratatului în întregul său între toate părţile este o condiţie esenţială a consimţământului fiecăruia dintre ele de a fi legate prin tratat, rezerva trebuie să fie acceptată de toate părţile. În cazul actului constitutiv al unei organizaţii internaţionale, dacă nu se dispune altfel, o rezervă trebuie aprobată de organul competent al acelei organizaţii. Acceptarea expresă a unei rezerve trebuie să fie formulată în scris şi comunicată părţilor contractante şi celorlalte state având calitatea de a deveni părţi la tratat. Dacă tratatul nu dispune altfel, o rezervă este considerată a fi acceptată de un stat dacă acesta nu a formulat vreo obiecţiune la rezervă până la expirarea a douăsprezece luni de la data la care i-a fost notificată sau de la data la care şi-a exprimat consimţământul de a fi legat prin tratat, dacă această dată este posterioară. CDI aduce la pct. 2. 3. 1. din Ghid următoarea completare,,Dacă tratatul nu dispune altfel sau practica depozitarului nu diferă, formularea tardivă a unei rezerve se consideră a fi acceptată în cazul în care nici un stat contractant sau nici o organizaţie nu s-au opus la formulare, după expirarea perioadei de douăsprezece luni de la data la care i-a fost notificată".

Fiind vorba de tratate multilaterale este normal să avem state care acceptă rezervele, dar şi state care formulează obiecţiuni şi care trebuie să respecte anumite condiţii stabilite pe cale convenţională. [1] Este cunoscut faptul, că un stat sau o organizaţie internaţională pot face obiecţii la rezerva formulată de un alt stat sau de o organizaţie internaţională. Ţinând cont de categoriile de state şi organizaţii individualizate în cazul comunicării rezervei, CDI a individualizat la pct. 2. 3. 6. din Ghid autorii obiecţiunilor. [2] De asemenea, Ghidul CDI, ce conţine recomandări privind practica utilizării rezervelor, individualizează cazul obiecţiunilor făcute în comun, care îşi păstrează caracterul unilateral ca şi în cazul rezervelor formulate în comun. Obiecţiunea la o rezervă trebuie să fie formulată în scris şi comunicată părţilor contractante şi celorlalte

[1] Conform Ghidului CDI prin obiecţia la rezervă se înţele o declaraţie unilateral oricare ar fi conţinutul sau denumirea sa, făcută de un stat sau de o organizaţie internaţională, ca răspuns la rezerva formulată de un alt stat sau de altă organizaţie internaţională prin care statul sau organizaţia care a formulat rezerva urmăreşte să împiedice producerea efectelor rezervei sau se opune în alt mod la rezerva formulată-A se vedea în acest sens pct. 2. 6. 1., A/66/10/Add/1, p. 236.

[2] Autorul obiecţiei-O obiecţie la o rezervă poate de formulată de: un stat contractant sau de o organizaţie internaţională; şi de oricare stat sau organizaţie internaţională care au calitatea de a deveni părţi la tratat, caz în care obiectiunea nu produce nici un efect legal până când statul sau organizaţia îşi exprimă consimţământul de a fi legat prin tratat.

state având calitatea de a deveni părţi la tratat, iar în cazul în care statul care a formulat obiecţiunea doreşte să o retragă trebuie să formuleze retragerea obiecţiunii tot în scris. Obiecţia la rezervă trebuie făcută în scris, declaraţiile verbale sau alte manifestări de acest gen nu sunt considerate obiecţii în sensul tehnic al cuvântului, ci doar exteriorizări ale nemulţumirii cu rezerva formulată. Ca şi în cazul rezervelor, obiecţiunile la rezerve trebuie notificate tuturor statelor contractante, în frunte cu statul rezervatar. Obiecţia la rezervă poate fi retrasă cu obligaţia statului în cauză de a respecta condiţiile invocate în cazul formulării obiecţiei, adică forma scrisă şi obligaţia de a notifica statele contractante.

4. Efectele juridice

Posibilităţile multiple admise în cazul formulării rezervelor determină stabilirea de raporturi convenţionale diferite, pe de o parte, între statul care a formulat una sau mai multe rezerve şi statele care le-au acceptat, iar pe de altă parte, între statul rezervatar şi statele care au formulat obiecţiuni. În cazul raporturilor ce se stabilesc între statul rezervatar şi cele care au acceptat rezerva, se aplică dispoziţiile tratatului modificate conform rezervelor formulate şi acceptate. Un act exprimând consimţământul unui stat de a fi legat prin tratat şi care conţine o rezervă produce efecte din momentul în care cel puţin un alt stat contractant a acceptat rezerva.

Raporturile apărute între statul rezervatar şi cele care au formulat obiecţiuni dau naştere la două posibilităţi în funcţie de poziţia statelor care au obiectat, şi anume:

- obiecţiunea făcută la o rezervă de către un stat contractant nu împiedică intrarea în vigoare a tratatului, statele care au formulat obiecţiuni acceptând ca dispoziţiile tratatului, neafectate de rezerve, să se aplice între ele şi statul rezervatar;
- statele care au formulat obiecţiuni au posibilitatea de a-şi exprima în mod clar intenţia de a refuza aplicarea în ansamblu a tratatului în raporturile cu statul rezervatar.

Prevederile convenţionale care reglementează prima situaţie sunt susţinute de o multitudine de cazuri practice. Un exemplu îl constituie obiecţia făcută de Republica Federală Germania la rezerva formulată de Myanmar la Convenţia privind Drepturile Copilului adoptată la New York la 20 noiembrie 1989. Privind rezervele făcute de Myanmar la aderare, Guvernul Republicii Federale Germania a declarat că rezervele formulate la art. 15 şi 37 din Convenţia privind Drepturile Copilului sunt incompatibile cu obiectul şi scopul convenţiei şi înţelege să obiecteze în acest sens. Însă obiecţiile formulate nu afectează intrarea în vigoare a Convenţiei privind Drepturile Copilului între cele două state. [1]

Un alt caz care a ridicat probleme vis-a-vis de raporturile convenţionale stabilite în urma formulării de rezerve şi obiecţiuni la acestea se referă la Delimitarea platoului continental dintre Regatul Unit al Marii Britanii şi Irlandei de Nord şi Franţa. La momentul ratificării Convenţiei de la Geneva asupra platoului continental din 1958, Franţa a formulat o rezervă privind dispoziţiile art. 6 din convenţia indicată. Formularea rezervei a fost destul de detaliată şi precisă arătând clar situaţiile pe care Franţa le exclude de la aplicarea art. 6. Guvernul Marii Britanii şi Irlandei de Nord a obiectat arătând, în termeni generali, că nu acceptă rezervele formulate de Franţa. Ajungând în

[1] United Nations, Treaty Collection, CHAPTER IV; A se vedea în acest sens obiecţiile făcute de Belgia la rezervele formulate de Egipt şi Cambogia privind Convenţia de la Viena prrivind relaţiile diplomatice, precum şi obiecţiile Germaniei făcute la mai multe rezerve formulate la anumite dispoziţii din aceeaşi Convenţie.

faţa Curţii de Arbitraj, Franţa a arătat că analizând rezerva şi obiecţia rezultă că art. 6 nu este aplicabil între părţi. Având în vedere pledoariile prezentate, Curtea a statuat că din îmbinarea conţinutului rezervei şi a obiecţiei rezultă că articolul 6 nu este inaplicabil în totalitate, cum susţine Franţa, dar nici aplicabil în totalitate, cum susţine Regatul Unit. [1]

În cazul celei de-a doua situaţii, în care statele prin obiecţiunea formulată refuză aplicarea în ansamblu a tratatului în raporturile cu statul rezervatar, indicăm obiecţiunea făcută de Noua Zeelandă la rezerva formulată de Siria privind Convenţia de la Viena asupra dreptului tratatelor din 1969. În data de 14 octombrie 1971„Guvernul Noii Zeelande obiectează la rezerva formulată de Guvernul Siriei privind procedura de conciliere obligatorie prevăzută în Anexa Convenţiei de la Viena privind dreptul tratatelor şi nu acceptă intrarea în vigoare a Convenţiei între Noua Zeelandă şi Siria". În acelaşi sens s-a manifestat şi Regatul Unit al Marii Britanii şi Irlandei de Nord faţă de rezerva formulată de Siria, precizând că nu acceptă intrarea în vigoare a Convenţiei între Regatul Unit şi Siria. [2]

Rezerva nu modifică dispoziţiile tratatului faţă de celelalte părţi în raporturile dintre ele.

5. Declaraţiile interpretative

Rezervele trebuie să se distingă de alte declaraţii unilaterale formulate la tratatele internaţionale, dar care nu produc un efect similar rezervelor, cum ar fi declaraţiile interpretative. [3]Lipsa prevederilor privind declaraţiile interpretative a determinat dificultăţi privind diferenţierea dintre acestea, pe de o parte, şi rezervele la tratate, pe de altă parte. Se cunoaşte că principala deosebire dintre rezervele la tratate şi declaraţiile interpretative priveşte efectul acestora. Formularea declaraţiilor interpretative are drept scop clarificarea sau precizarea înţelesului anumitor prevederi din tratat, pe când prin formularea rezervelor se urmăreşte modificarea sau excluderea efectului juridic al unor dispoziţii din tratat. Deşi, distincţia ar părea clară şi nesusceptibilă de contradicţii, totuşi practica statelor şi poziţia autorilor de drept internaţional au demonstrat existenţa unor neclarităţi privind regimul juridic aplicabil fiecăreia dintre ele.

Considerând stabilirea unor criterii de diferenţiere ca fiind o activitate cu mare importanţă practică, CDI a cuprins în Ghidul privind aplicare practică a rezervei şi prevederi referitoare la declaraţiile interpretative. Astfel, conform pct. 1. 2. din Ghidul CDI prin declaraţie interpretativă se înţelege o declaraţie unilaterală, oricare ar fi conţinutul sau denumirea sa, făcută de un stat sau de o organizaţie internaţională, prin care statul sau organizaţia internaţională urmăresc să precizeze sau să clarifice înţelesul sau sfera de aplicare a unui tratat sau a unora dintre dispoziţiile sale.

Prevederile ulterioare au în vedere recunoaşterea caracterului unilateral al declaraţiilor făcute, în comun, de mai multe state sau organizaţii internaţionale, precum şi categoria declaraţiilor interpretative condiţionate.

Asemănător rezervelor la tratate, declaraţiile interpretative pot fi formulate în comun fără însă a fi afectat caracterul unilateral al acestora. Prevederea din Ghidul CDI nu este întâmplătoare, fiind rezultatul identificării în practica internaţională a unor astfel de situaţii. În acest sens, putem da exemplu declaraţia formulată de treisprezece state

[1]A/66/10/Add/1,p. 489.

[2] United Nations, Treaty Collection, CHAPTER XXIII.

[3] Malcolm Shaw, *op. cit.*, p. 965; Dumitra Popescu, Felicia Maxim, *Drept internaţional public*, Ed. Renaissance, 2010, p. 217.

membre ale Comunităţii Europene când au semnat, în 1993, Convenţiei privind interzicerea dezvoltării, producerii, stocării armelor chimice şi distrugerea acestora, adoptată în 1992 şi intrată în vigoare în 1997, în care se arată,,În calitate de stat membru al Comunităţii Europene (fiecare stat) voi implementa prevederile Convenţiei privind interzicerea dezvoltării, producerii, stocării armelor chimice şi distrugerea acestora în acord cu obligaţiile asumate prin Tratatele de instituire a Comunităţii Europene, în măsura în care astfel de norme sunt aplicabile". [1]

Referitor la declaraţiile interpretative condiţionate, CDI stabileşte următoarele la pct. 1. 4. din Ghid:

,,1. O declaraţie interpretativă condiţionată este o declaraţie unilaterală formulată de un stat sau de o organizaţie internaţională când semnează, ratifică, confirmă formal, acceptă, aprobă sau aderă la un tratat, sau făcută de un stat când formulează notificarea de succesiune la un tratat prin care statul sau organizaţia internaţională condiţionează exprimarea consimţământului de a fi legate prin tratat de o interpretare specifică a tratatului sau anumitor dispoziţii ale acestuia.

2. Declaraţiile interpretative condiţionate sunt supuse regulilor aplicabile rezervelor."

În momentul semnării Protocolului Adiţional II al Tratatului de la Tlatelolco din 1971, Franţa a formulat o declaraţie interpretativă ce conţinea patru prevederi, iar în final a precizat următoarele,,În cazul în care declaraţia interpretativă, astfel formulată de Guvernul Francez, este contestată în tot sau în parte de către una sau mai multe părţi contractante la Tratat sau la Protocolul II, instrumentele arătate vor fi fără efect între Franţa şi statul sau statele contractante". [2]Declaraţie unilaterală formulată de Franţă constituie un exemplu de necontestat de declaraţie interpretativă condiţionată.

În vederea clarificării regimului juridic aplicabil declaraţiilor interpretative, CDI a ţinut să stabilească criteriul de bază în diferenţierea dintre rezerve şi declaraţii interpretative, inclusiv metodele utilizate în realizarea distincţiei dintre cele două. De asemenea, s-a avut în vedere stabilirea de orientări privind procedura ce trebuie urmată în cazul în care se formulează declaraţii interpretative la tratate, individualizându-se prevederile specifice efectelor produse de formularea declaraţiilor interpretative.

Având în vedere greutăţile identificate în practica statelor şi în jurisprudenţa internaţională vis-a-vis de distincţia dintre declaraţiile interpretative şi rezerve, ne vom axa pe dispoziţiile din Ghidul CDI privind criteriul şi metodele de diferenţiere dintre cele două.

Prin urmare, conform pct. 1. 3. din Ghidul CDI caracterul unei declaraţii unilaterale, de rezervă sau de declaraţie interpretativă, este determinat de efectul pe care autorul urmăreşte să-l obţină. În vederea determinării caracterului unei declaraţii unilaterale (caracter specific rezervei sau declaraţiei interpretative), declaraţia trebuie interpretată cu bună-credinţă, în conformitate cu sensul obişnuit dat termenilor săi, în vederea identificării intenţiei autorului acesteia, în lumina dispoziţiilor tratatului la care se referă (pct. 1. 3. 1 din Ghidul CDI).

În cazul privind delimitarea platoului continental dintre Marea Britanie şi Franţa, Tribunal Arbitral a avut de clarificat natura juridică sau regimul juridic aplicabil declaraţiilor formulate de Franţa la art. 6 din Convenţia de la Geneva privind platoul

[1] United Nations, Treaty Collection, CHAPTER XXVI;United Nations, Report of international Law Commission,A/66/10/Add. 1, p. 73.

[2] United Nations, Report of international Law Commission, A/66/10/Add. 1, p. 85; United Nations Office for Disarmaments Affairs-http://disarmament. un. org/treaties/a/tlateloco_.

continental din 1958. Marea Britanie a susţinut că cea de-a treia rezervă formulată de Franţa (care privea excluderea aplicării principiului echidistanţei în zone ce prezintă circumstanţe speciale, aşa cum sunt definite de Guvernul Francez, ca de exemplu Golful Granville) constituie mai degrabă o declaraţie interpretativă. Totuşi, Tribunalul, recunoscând elementele specifice unei declaraţii şi regăsite în formularea Franţei, a menţionat că declaraţia precizează condiţiile impuse de Franţa în vederea acceptării regimului juridic stabilit prin art. 6. Având în vedere că declaraţia Franţei modifică sau exclude efectele prevederilor tratatului în ceea ce priveşte aplicarea, Tribunalul consideră declaraţia Franţei ca fiind rezervă. [1]

În acelaşi sens, evocăm cazul Belilos din 1988, în care Curtea Europeană a Drepturilor Omului a trebuit să analizeze declaraţia formulată de Elveţia. Curtea a arătat că trebuie analizat conţinutul declaraţiei şi identificată intenţia reală a autorului acesteia. Prin urmarea, din formularea Elveţiei rezultă că declaraţia produce efectul juridic specific unei rezerve, iar în aceste condiţii trebuie să se respecte dispoziţiile art. 57 din Convenţia Europeană a Drepturilor Omului privind formularea rezervelor. Însă rezerva formulată de Elveţia nu respectă dispoziţiile art. 57 care interzic rezervele având caracter general, în consecinţă declaraţia Elveţiei a fost considerată de Curte nulă[2].

Concluzii

Observăm, aşa cum am susţinut încă de la început, că Ghidul CDI constituie o sistematizare a practicilor utilizate de state şi de instanţele internaţionale, transformate în orientări sau recomandări cu caracter general. Fiind vorba de recomandări, rămâne în sarcina statelor şi a instanţelor internaţionale ca prin mijloacele specifice dreptului internaţional şi ţinând cont de recomandările CDI să clarifice statutul de rezervă sau de declaraţie interpretativă şi,implicit, regimul juridic aplicabil.

În ceea ce priveşte îndeplinirea condiţiile de fond şi de formă, respectarea procedurii şi identificarea efectelor rezervei vor fi realizate conform dispoziţiilor convenţionale şi normele cutumiare aplicabile raporturilor dintre state, dintre state şi organizaţiile internaţionale, precum şi dintre organizaţiile internaţionale,dar se vor avea în vedere şi orientările elaborate de CDI.

Bibliografie:

1. **Anghel I.,** *Dreptul tratatelor,* 2 vol., ediţia a II-a revăzută şi adăugită, Editura Lumina Lex, Bucureşti, 2000;

2. **Chilea D**., *Drept internaţional public*, Editura Hamangiu, Bucureşti, 2007;

3. **Diaconu I**., *Tratat de drept internaţional public,* 3 vol. I, II, III, Editura Lumina Lex, Bucureşti, 2002-2005;

4. **Dixon Martin, McCorquodale Robert** *Cases and Materials on International Law,* Fourth Edition, University Press, Oxford, 2003;

5. **Glaser E.,** *Rezervele la tratatele internaţionale***,** Editura Academiei, Bucureşti, 1971;

6. **Miga-Beşteliu R**., *Drept internaţional. Introducere în dreptul internaţional public,*Editura ALL Educational, Bucureşti, 1997;

7. **Miga-Beşteliu R**., *Drept internaţional public,* vol. I, Editura ALL BECK, Bucureşti, 2005;

[1] Malcolm N. Shaw, *op. cit.,* 2004, p. 966.

[2] *Ibid*., p. 967.

8. **Miga-Beşteliu R**., *Drept internaţional public,* vol. II, Editura CH BECK, Bucureşti, 2008;

9. **Miga-Beşteliu R**., *Drept internaţional public,* vol. I,Ediţia a II-a, Editura CH BECK, Bucureşti, 2010;

10. **Nguyen Quoc Dinh, Mathias Forteau, Daillier Patrick, Pellet Alain,** *Droit international public*,Paris, 2010;

11. **Popescu D**., *Drept internaţional public pentru învăţământul la distanţă şi frecvenţă redusă,* Editura Universităţii Titu Maiorescu, Bucureşti, 2005;

12. **Popescu D, Maxim F**., *Drept internaţional public-Curs pentru învăţământul la distanţă*,Editura Renaissance, Bucureşti, 2010;

13. **Popescu D**., **Maxim F.,** *Drept internaţional public, vol. 1-Curs universitar*, Editura Renaissance, Bucureşti, 2011,

14. **Selejan-Guţan B., Crăciunean L. M.,** *Drept internaţional public,* Editura Hamangiu,2008;

15. **Shaw M**., *Public International Law,* 4th Edition Cambridge,University Press, 1999.

16. **Villinger M**. **E.,** *Commentary on the Vienna Conventions on the Law of Treaties*, BRILL, 2009;

Cadrul legislativ european în domeniul obligaţiei bugetare

Aurelia ***HERLING****

Rezumat: *Obiectivul general al Tratatului Comunităţii Europene, în materia fiscală, este exprimat în articolul 23, şi constă în eliminarea taxelor vamale şi a oricăror alte măsuri cu efect echivalent între statele membre, precum şi în a „asigura nedistorsionarea concurenţei pe piaţa comună". Comisia Europeană a prezentat strategia referitoare la viitoarea politică de impozitare în Uniunea Europeană. Prin această strategie, politica de impozitare va fi în concordanţă cu obiectivele generale ale politicii Uniunii Europene, cum ar fi obiectivul stabilit de Consiliul European de la Lisabona de a face ca economia Uniunii Europene să fie cea mai competitivă din lume. O coordonare a impozitării ar putea ajuta statele membre ca acest obiectiv să fie atins, în mod special armonizarea legislaţiei referitoare la TVA şi la accize. Comisia intenţionează să acorde mai multă atenţie problemelor referitoare la impozitare cu care se confruntă cetăţenii şi întreprinderile ce funcţionează în cadrul Comunităţii. În ceea ce priveşte statele membre în care regulile şi procedurile naţionale de impozitare contravin obiectivelor Tratatului Comunităţii Europene, Comisia intenţionează să fie mai activă şi să propună acţiuni legislative şi recomandări de cooperare.*

Cuvinte cheie**:** *politică de impozitare în Uniunea Europeană, armonizarea legislaţiei referitoare la TVA şi la accize, procedurile naţionale de impozitare, votul în unanimitate rămâne necesar în domeniul fiscalităţii, simplificarea formalităţilor în materie fiscală.*

1. Bază legală

Activitatea în domeniul general al impozitării poate fi justificată prin obiectivul general al Tratatului Comunităţii Europene, exprimat în articolul 23, şi anume acela de a elimina „taxele vamale şi orice alte măsuri cu efect echivalent" între statele membre, de a „asigura nedistorsionarea concurenţei pe piaţa comună". Articolul 93 (99) se referă exclusiv la impozitele indirecte (TVA şi accize). Măsurile privind alte domenii de impozitare se adoptă, în general, pe baza articolului 94 (100) completat cu articolele 96 (101) şi 97 (102), care se referă la măsurile de prevenire a distorsiunilor pieţei. Articolul 293 (220) recomandă, de asemenea, semnarea tratatelor de evitare a dublei impuneri. Articolul 104 (104c) al Tratatului Comunităţii Europene, amendat la Maastricht în 1992, impune statelor membre participante la Moneda Unică să „evite deficite guvernamentale excesive", prevăzând penalităţi pentru nerespectarea acestei cerinţe. Ţările neparticipante la moneda unică trebuie să încerce şi ele să evite deficitele excesive.[1]

* Lector univ. dr. la Facultatea de Drept din cadrul Universităţii Titu Maiorescu din Bucureşti.

[1] A se vedea, Broşura *Impozitarea,* editată de Centrul de resurse juridice, Bucureşti, 2002, *op.cit.*, p. 10-11, accesibilă online la adresa www.crj.ro.

Tratatul Comunităţii Europene dispune în art.90, că statele membre nu pot supune, direct sau indirect, produsele provenind din alte state membre unor impozite interne de orice natură superioare celor care vizează produsele autohtone.[1]

De o importanţă crucială este şi art.43 din Tratatul Comunităţii Europene, potrivit căruia restricţiile aduse libertăţii de stabilire a cetăţenilor unui stat membru pe teritoriul altui stat membru sunt interzise, text la care am făcut referire în alte prelegeri.

La data de 1 decembrie 2009, a intrat în vigoare *Tratatul de la Lisabona* (Tratatul privind Uniunea Europeană şi Tratatul privind funcţionarea Uniunii Europene), care în cap. 2 conţine *dispoziţii fiscale*.

- *conform art. 110 (ex-articolul 90 TCE*[2]*)* „nici un stat membru nu aplica, direct sau indirect, produselor altor state membre impozite interne de orice natură mai mari decât cele care se aplică, direct sau indirect, produselor naţionale similare. De asemenea, nici un stat membru nu aplică produselor altor state membre impozite interne de natură să protejeze indirect alte sectoare de producţie.";

- *conform art.111 (ex-articolul 91 TCE)* „produsele exportate pe teritoriul unuia dintre statele membru nu pot beneficia de nici o rambursare a impozitelor interne mai mare decât impozitele aplicate direct sau indirect.";

- *art. 112 (ex-articolul 92 TCE)* stabileşte că „în ceea ce priveşte impozitele, altele decât cele pe cifra de afaceri, accizele şi alte impozite indirecte, pot fi acordate scutiri sau rambursări la exportul către celelalte state membre şi pot fi introduse taxe compensatorii la importurile care provin din statele membre numai în cazul în care măsurile preconizate au fost aprobate în prealabil pentru o perioadă limitată de către Consiliu, care hotărăşte la propunerea Comisiei.";

- *potrivit art. 113 (ex-articolul 93 TCE)* „Consiliul, hotărând în unanimitate în conformitate cu o procedură legislativă specială şi după consultarea Parlamentului European şi a Comitetului Economic şi Social, adoptă dispoziţiile referitoare la armonizarea legislaţiilor privind impozitul pe cifra de afaceri, accizele şi alte impozite indirecte, în măsura în care aceasta armonizare este necesară pentru a asigura instituirea şi funcţionarea pieţei interne şi pentru a evita denaturarea concurenţei".

Articolele precitate sunt menite să cuprindă politica fiscală internă a statului: ele împiedică discriminarea mărfurilor după ce acestea au pătruns pe teritoriul unui stat membru.[3]

Observăm că în ceea ce priveşte fiscalitatea, problemele sunt mai complexe. Tratatul de la Roma, în forma sa iniţială, a lăsat un grad considerabil de autonomie statelor membre în domeniul fiscal, chiar dacă supus constrângerilor impuse de art. 23-25 (n.n. dispoziţii menite să împiedice libera circulaţie a mărfurilor prin impunerea de taxe vamale sau taxe cu echivalent) şi art. 90. Multe dintre problemele privind discrepanţele dintre sistemele fiscale naţionale nu ar putea fi soluţionate decât pe calea armonizării legislative. Însă fiscalitatea este privită ca fiind esenţială pentru suveranitatea naţională

[1] A se vedea, M.Ş. Minea şi C.F. Costaş, *Fiscalitatea în Europa la începutul mileniului III,* Ed. Rosetti, Bucureşti, 2006, *op. cit.*, p. 318.

[2] Această dispoziţie s-a bucurat de efect direct încă de la 1 ianuarie 1962. A se vedea Cauza 57/65, *Alfons Lutticke GmbH c. Hauptzollamt Saarlouis.*

[3] P. Craig, *Dreptul Uniunii Europene, Comentarii, jurisprudenţă şi doctrină, ediţia a VI-a*, Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2009, *op. cit.*, p. 823.

şi, prin urmare, orice extindere a competenţei Comunităţii asupra taxelor este un aspect puternic contestat.[1]

2. Obiective

Crearea Pieţei Unice şi finalizarea Uniunii Monetare şi Economice au condus la iniţiative comunitare noi în domeniul impozitelor şi taxelor. Eliminarea restricţiilor privind libera circulaţie a capitalurilor a provocat temeri în sensul că bazele de impozitare naţionale ar putea fi erodate de concurenţa în materie fiscală, aceasta conducând la o deplasare a sarcinii fiscale de la capital către forţa de muncă, cu consecinţe nefaste asupra ocupării forţei de muncă şi a protecţiei sociale.

Drept urmare, Comunitatea urmăreşte o serie de obiective atunci când construieşte politica generală de impozitare:

- Un prim obiectiv pe termen lung a fost prevenirea diferenţelor între cotele impozitelor indirecte şi ale sistemelor de impozitare ce pot introduce distorsiuni ale concurenţei în interiorul pieţei unice. Acesta a fost scopul articolului 93 (99) privind taxele şi accizele.

- În ceea ce priveşte impozitarea directă, cadrul legal existent este reprezentat, în general de acordurile bilaterale dintre statele membre. Obiectivul Comunităţii în acest domeniu a fost de „eliminare a ambiguităţilor legislative" ce conduceau la evaziunea fiscală. Un alt obiectiv legat de impozitarea directă a fost acela de evitare a dublei impuneri.

- Orientările recente în direcţia unei politici de impozitare generală, au avut ca obiectiv prevenirea efectelor negative ale concurenţei fiscale, în special a „migrării" bazelor de impozitare naţionale, ca urmare a firmelor ce-şi mută sediul în alt stat în căutarea celui mai favorabil regim fiscal. Chiar dacă o astfel de concurenţă poate avea efecte benefice prin limitarea guvernelor de „a impozita şi a cheltui", totuşi ea denaturează structura impozitului. Studiile efectuate în ultimii ani au arătat că raportul dintre impozitul total şi impozitul pe capital (dobânzi, dividende, impozite corporative) a scăzut, în timp ce raportul dintre impozitul total şi cel pe forţă de muncă (cum ar fi sarcinile sociale) a crescut.

- Prevederile Tratatului de la Maastricht cu privire la Uniunea Monetară şi Economică dau o nouă dimensiune politicii de impozitare generală prin limitarea strictă a posibilităţii guvernelor de a finanţa cheltuielile publice prin împrumuturi. Pactul pentru Stabilitate şi Dezvoltare prevede că statele membre cu deficit bugetar mai mare de 3% să constituie depozite nepurtătoare de dobândă care se transformă în amenzi nerambursabile în cazul în care nu se reuşeşte reducerea deficitului.

Obiectivul general este ca bugetele statelor membre să se menţină în echilibru de-a lungul ciclului economic, motiv pentru care orice creştere a cheltuielilor publice va fi finanţată prin creşterea impozitelor.

Cu toate că aceste obiective au fost general acceptate, guvernele naţionale au fost reticente în a face paşi importanţi în vederea armonizării sistemului de impozitare în cadrul Comunităţii. Din acest motiv, toate măsurile privind impozitarea trebuie adoptate de Consiliul Uniunii Europene în unanimitate.[2]

---

[1] *Ibidem*, *op. cit.,* p. 828.
[2] *Ibidem*.

Deşi, Tratatul de la Lisabona extinde aria de aplicare a votului cu majoritate calificată la noi domenii politice, *votul în unanimitate rămâne necesar în domenii precum fiscalitatea*, politica externă, apărarea şi securitatea socială.

Politica fiscală în cadrul Uniunii Europene constă din două componente: impozitarea directă, care rămâne de competenţa exclusivă a statelor membre, şi impozitarea indirectă, care influenţează libera circulaţie a mărfurilor şi liberă prestare a serviciilor.

3. Impozitarea directă

În materie de fiscalitate directă, mai bine de 20 de ani, nu fusese realizat niciun demers, deoarece Tratatul Comunităţii Europene nu arăta în mod explicit necesitatea alinierii acestor impozite şi, în virtutea principiului subsidiarităţii, a lăsat statelor membre libertatea de a face reglementările necesare. Statele membre sunt obligate să respecte drepturile fundamentale, prevăzute în articolele 94 şi 308 din Tratat, atunci când impozitarea directă are impact asupra libertăţii de stabilire a indivizilor sau societăţilor, liberei circulaţii a persoanelor, libertăţii de prestări de servicii şi liberei circulaţii a capitalurilor.

Apariţia unor situaţii speciale, cum ar fi dubla impozitare sau activităţile economice transfrontaliere, au condus spre adoptarea de către Consiliu, în unanimitate, a unor măsuri legislative comune tuturor statelor membre, măsuri aplicabile în special companiilor. Progrese decisive în materia impozitelor directe au fost realizate în 1990 şi sunt materializate prin două directive şi o convenţie.

Directiva 90/435/CEE[1] se referă la abolirea dublei impuneri a profitului distribuit între societăţile-mamă aflate în unul din statele membre şi filialele acestora aflate într-un alt stat membru. Directiva prevede două categorii de măsuri:

-un mecanism de scutire a reţinerilor la sursă: beneficiile distribuite de o filială către societatea mamă care deţine cel puţin 25% din capitalul ei social sunt scutite de reţinerea la sursă;

-eliminarea dublei impuneri: dacă o societate mamă primeşte beneficiile distribuite de filială, statul membru în care se află societatea mamă este obligat fie să se abţină de la impozitare, fie să-i permită societăţii mamă să-şi deducă din impozit fracţiunea impozitului aferentă filialei.

În principiu, prevederile directivei sunt aplicabile numai societăţilor constituite în una din formele prevăzute expres de textul directivei, dacă acestea au domiciliul fiscal într-un stat membru şi deţin o participare de minim 25% la o filială situată într-un alt stat membru.[2]

Directiva 90/434/CEE[3] reduce povara fiscală ce poate împiedica reorganizarea societăţilor. Prin această directivă a fost realizat un regim fiscal comun aplicabil fuziunilor, divizărilor şi aporturilor la constituirea unei societăţi, vizând, în principal, eliminarea costurilor fiscale generate de asemenea operaţiuni.

Convenţia 90/436/CEE[4], bazată pe articolul 239 al Tratatului, introduce o procedură arbitrară de evitare a dublei impuneri privind ajustarea profitului dintre întreprinderi asociate aflate în state membre diferite. Dacă societăţile nu reuşesc să tranşeze

[1] Publicată în Jurnalul Oficial al Comunităţilor Europene L nr. 225/20.08.1990.

[2] A se vedea, M.Ş. Minea şi C.F. Costaş, *Fiscalitatea în Europa la începutul mileniului III,* Ed. Rosetti, Bucureşti, 2006, *op. cit.,* p. 324.

[3] Publicată în Jurnalul Oficial al Comunităţilor Europene L nr. 225/20.08.1990.

[4] Convenţia a fost elaborată în anul 1990, dar a intrat în vigoare la 1 ianuarie 1995.

conflictul lor cu administraţia fiscală din statul care procedează la impunerea unor beneficii deja impozitate, acesta este rezolvat de o comisie independentă. Decizia arbitrilor este obligatorie pentru statul membru în cauză. [1]

În 1997 a fost adoptat un pachet de măsuri, denumit şi „pachetul de măsuri privind impozitarea" sau „pachetul Monti", care are în vedere:

- combaterea concurenţei în domeniul impozitării;
- eliminarea distorsiunilor de pe piaţa unică;
- reorientarea tendinţei crescânde de impozitare a muncii printr-un sistem de impozitare orientat spre forţa de muncă.

Acest pachet de măsuri constă în:

a. *Codul de conduită pentru impozitarea afacerilor*, cod ce reprezintă voinţa comună a statelor membre, chiar dacă nu este un instrument legal. Conform acestui cod, statele membre vor combate concurenţa în domeniul impozitării şi vor evita introducerea unor măsuri care să aibă ca efect concurenţa în acest domeniu. Mai mult, a fost stabilit un sistem de schimb de informare asupra măsurilor fiscale şi o evaluare a acestui sistem.

b. Măsuri de înlăturare a distorsiunilor rezultate din *impozitarea veniturilor provenite din economii* prin care se stabileşte un nivel minim de impozitare a dobânzilor[2];

c. Impozitarea plăţii dobânzilor şi a redevenţelor între societăţile situate în diferite state membre[3];

d. Ajutoare fiscale din partea statului. Măsura constă în publicarea unui ghid privind regulile referitoare la acordarea de ajutoare fiscale.[4]

Comisia Europeană a adoptat, recent, o propunere pentru un *Cod de conduită în materia preţului de transfer,* document ce nu are decât forţa unui angajament politic al statelor membre. Prin această reglementare ar trebui să se reducă riscul dublei impozitări a afacerilor în statele membre şi să se limiteze penalizarea contribuabililor pentru nerespectarea formalităţilor privind evaluarea preţului unei tranzacţii transfrontaliere.

În domeniul impozitării directe, una dintre priorităţile Comisiei este crearea unei baze de impozitare consolidate comune în Uniunea Europeană. În prezent, companiile trebuie să aplice 28 de seturi diferite de reguli dacă au activităţi impozabile în cele 28 de state membre, ceea ce duce la costuri de conformitate semnificative. Un set unic de reguli privind impozitarea companiilor, valabil în toată Uniunea Europeană, ar elimina majoritatea obstacolelor fiscale întâmpinate în cazul investiţiilor transfrontaliere. Această iniţiativă s-a bucurat de un sprijin considerabil din partea mediului de afaceri.

În prezent, echipele au început să discute şi să dezvolte detaliile acestei iniţiative în cadrul unui grup de lucru cu experţi din statele membre.

Pe termen scurt, Comisia are în vedere o recomandare pentru ca acele state membre doritoare să permită, pentru o perioadă experimentală de 5 ani, întreprinderilor mici şi mijlocii să aplice regulile fiscale valabile în ţara de reşedinţă şi filialelor din alte state membre participante. Primele reacţii ale statelor membre la această idee nu au fost, însă,

---

[1] A se vedea, M.Ş. Minea şi C.F. Costaş, *Fiscalitatea în Europa la începutul mileniului III,* Ed. Rosetti, Bucureşti, 2006, *op. cit.,* p. 324.

[2] Aceste măsuri sunt reglementate de Directiva 2003/48/CE, care a intrat în vigoare la 1 iulie 2005.

[3] Aceste măsuri sunt reglementate de Directiva 2003/49/CE, care a intrat în vigoare la 1 iulie 2005.

[4] A se vedea, Broşura *Impozitarea,* editată de Centrul de resurse juridice, Bucureşti, 2002, *op. cit.,* p. 13-14, accesibilă online la adresa www.crj.ro.

favorabile. Există un anumit aspect care trebuie clarificat în mod special: o bază de impozitare comună pentru companii, valabilă în toată Uniunea Europeană, nu implică o rată de impozitare comună. Stabilirea ratelor de impozitare pentru companii ar trebui să rămână de competenţa statelor membre. Concurenţa fiscală determină guvernele să ofere calitate în schimbul preţului.

De aceea, este necesar, deocamdată, ca Uniunea să ia poziţie cu privire la ratele de impozitare pentru companii.

Dar, în acelaşi timp, trebuie continuate eforturile de a elimina concurenţa fiscală nocivă, care subminează concurenţa loială, erodează veniturile provenite din impozite şi descurajează statele membre să facă eforturi să elimine barierele fiscale. Din acest punct de vedere, este necesar să se continue munca, conform Codului de conduită pe care statele membre l-au adoptat în anul 1997, în vederea eliminării regimurilor de impozitare nocive pentru mediul de afaceri şi monitorizării imobilismului acestor regimuri.[1]

Comisia Europeană a propus, încă din 16 martie 2011, un sistem comun de calculare a bazei fiscale a societăţilor care îşi desfăşoară activitatea în UE. Scopul acestei propuneri este de a reduce semnificativ povara administrativă, costurile şi inconsecvenţele legislative cu care se confruntă în prezent societăţile din UE care, pentru stabilirea profiturilor lor impozabile, trebuie să se conformeze dispoziţiilor a 28 de sisteme naţionale diferite. Obiectivul bazei fiscale consolidate comune a societăţilor (CCCTB) este ca societăţile să beneficieze de un sistem de „ghişee unice" pentru transmiterea declaraţiilor fiscale şi să-şi consolideze toate profiturile şi pierderile înregistrate în întreaga UE. În ceea ce priveşte impozitul pe profit, piaţa unică se confruntă încă cu obstacole serioase care împiedică activitatea societăţilor. Societăţile transfrontaliere trebuie să respecte până la 28 de seturi diferite de reguli pentru calcularea bazei lor de impunere şi trebuie să lucreze cu până la 28 de administraţii fiscale. În plus, se confruntă cu un sistem extrem de complex de stabilire a modului de impozitare a tranzacţiilor intra-grup (preţurile de transfer) şi nu-şi pot compensa pierderile suferite într-un stat membru prin profiturile realizate într-un alt stat membru. Astfel, societăţile mai mari se confruntă cu costuri şi complicaţii enorme, în timp ce societăţile mai mici sunt adesea total incapabile să se extindă în interiorul UE.[2]

4. Impozitarea indirectă

Începând cu 1992, prin eliminarea taxelor de frontieră şi a formalităţilor vamale de la graniţele dintre statele membre, impozitarea indirectă a suferit schimbări decisive, prin introducerea unor noi reguli privind accizele şi prin reglementările intra-comunitare privind taxa pe valoarea adăugată.

4.1. Taxa pe valoarea adăugată

Pe baza lucrărilor unor experţi, în cadrul Comunităţii europene „a celor 6" s-a simţit nevoia instituirii unui sistem comun de impozite asupra cifrei de afaceri. Practic, în anul 1960, doar Franţa avea un sistem veritabil de taxă pe valoare adăugată, însă acesta nu era generalizat şi coexista cu alte taxe asupra cifrei de afaceri. Germania, Luxemburg şi

[1] Discursul Comisarului European pentru fiscalitate si uniune vamală, *Laslo Kovacs,* accesibil online pe adresa www.infoeuropa.ro

[2] Pentru informaţii suplimentare: http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxation/company_tax/common_tax_base/index_en.htm

Olanda practicau sisteme de impozitare cumulative („în cascadă"), lucru care implică o taxare cu ocazia fiecărei tranzacţii. Belgia şi Italia aplicau sisteme mixte, în cadrul cărora taxele cumulative erau treptat înlocuite de impozite unice, percepute în anumite stadii determinate ale producerii sau consumului. Practic noul impozit avea ca scop suprimarea distorsiunilor fiscale susceptibile să aducă atingere liberei concurenţe, pentru a permite libera circulaţie a mărfurilor şi a serviciilor în cadrul pieţei comune.

În acest context au fost emise primele două directive în materie de TVA: Directiva nr. 67/227, care a definit taxa pe valoarea adăugată ca fiind „un impozit general asupra consumaţiei aplicabil bunurilor şi serviciilor" şi Directiva nr. 67/228, prin care au fost definite noţiunile esenţiale referitoare la structura şi modalităţile de aplicare a sistemului comun de TVA: subiecţii impozabili, operaţiunile impozabile, deductibilităţile şi faptul generator al TVA.[1]

Ca urmare a înlăturării restricţiilor privind libera circulaţie a persoanelor, bunurilor, serviciilor şi a capitalului şi a integrării economiilor naţionale, statele membre ale Uniunii Europene trebuie să se asigure că propriile sisteme de TVA nu fac discriminări în ceea ce priveşte originea bunurilor şi serviciilor. În cele din urmă, această piaţă va deveni o piaţă internă. Din această perspectivă, sistemul TVA este definit prin câteva caracteristici: nediscriminatoriu, definirea clară a conceptelor şi stabilitate. În concepţia Uniunii Europene, obiectivul sistemului fiscal este colectarea impozitelor şi taxelor. Prin urmare, misiunea administrării TVA este concentrată pe colectarea acestei taxe. Procedurile formale transparente sunt esenţiale pentru funcţionarea eficientă a sistemului TVA. Totodată, ele sunt imperios necesare pentru o administrare echitabilă, asigurând o cale de restricţionare a corupţiei. Clarificarea şi simplificarea procedurilor referitoare la costurile supunerii la impozitare a contribuabililor şi la costurile de administrare sunt caracteristicile evoluţiilor recente în administrarea TVA.

Este binecunoscut faptul că procedurile de impunere pot stimula aranjamente informale, care se stabilesc, fără o bază legală, între contribuabili şi inspectorii fiscali. Pentru evitarea unor asemenea practici, ţările Uniunii Europene au dezvoltat sisteme de audit intern puternice. Multe ţări au adoptat un Cod de Conduită pentru a stabili comportamentele şi standardele cerute angajaţilor. Pe lângă definirea procedurilor de administrare a TVA-ului, ţările Uniunii Europene acordă o atenţie specială doleanţelor contribuabililor şi procedurilor de contestare, care clarifică drepturile contribuabililor în procesele legate de TVA.

Totodată, sistemul informaţional este considerat un element important în administrarea sistemului taxei pe valoarea adăugată.

În prezent, există diferenţe între ţările din Uniunea Europeană în ceea ce priveşte ratele aplicate. În ciuda acestei diversificări, există un numitor comun pentru toate sistemele de TVA din ţările Uniunii Europene.[2] Acest numitor comun este celebra „a şasea directivă" a Comisiei Europene, care stabileşte cadrul de armonizare a legislaţiilor sistemelor TVA pentru statele membre. Astfel, la 17 mai 1977 a fost adoptată Directiva nr. 77/388, în vigoare şi astăzi, evident cu modificările de rigoare, care reprezintă principalul izvor de drept, în spaţiul comunitar, în materie de taxă pe valoare adăugată.

---

[1] A se vedea, M.Ş. Minea şi C.F. Costaş, *Fiscalitatea în Europa la începutul mileniului III,* Ed. Rosetti, Bucureşti, 2006, *op. cit.,* p. 330-331.

[2] A se vedea, A. Dăianu, C. Doltu, D. Pîslaru, *Studiul nr. 7, Transpunerea în România a normelor Uniunii Europene în domeniul impozitării indirecte(TVA şi accize), op. cit.,* p. 13-14, accesibil online pe adresa www.ier.ro.

Directiva a şasea referitoare la TVA se aplică pe teritoriul ţărilor ce fac parte din comunitate (principiul teritorialităţii) şi cuprinde reglementări privind: persoanele impozabile, tranzacţiile impozabile, ca şi excepţiile şi scutirile (atât pentru mărfuri, cât şi pentru servicii), locul operaţiunilor impozabile, cotele standard de impozitare (care sunt aceleaşi, atât pentru mărfuri, cât şi pentru servicii), deducerile şi modul de calculare a acestora, persoanele responsabile de plată TVA (inclusiv obligaţiile persoanelor impozabile şi reglementările aplicabile unor cazuri speciale, cum ar fi fermierii sau agenţiile de turism).

Directiva s-a aplicat gradual, având etape tranzitorii pentru fiecare stat membru şi a condus la simplificarea sistemului de aplicare al TVA, făcând distincţie între vânzările între persoane supuse impozitării, vânzări către persoane fizice sau vânzări către comercianţii scutiţi de TVA.

Introducerea pieţei comune, la 1 ianuarie 1993, a avut ca efect modificarea directivei, prin suplimentarea acesteia cu Directiva 91/680/CEE privind abolirea frontierelor fiscale. Conform noilor reglementări (Directiva 92/77/CEE privind aproximarea cotelor de TVA), statele membre aplică o cotă standard de TVA de minim 15% (Directiva 99/49/CE) şi au posibilitatea de a aplica maxim două cote reduse (de minim 5%) pentru anumite mărfuri sau servicii de natură socială sau culturală. Aceeaşi directivă autorizează statele membre să fixeze, pe timp limitat, cote zero sau sub 5% pentru anumite produse. Limitarea, ca durată, este reglementată de Directiva 2001/04/CE.

Aplicarea taxei pe valoarea adăugată unor mărfuri speciale, cum ar fi antichităţile sau anumite articole de colecţie este reglementată de Directiva 94/5/CE, iar Directiva 98/80/CE stabileşte regulile de vânzare a monezilor de aur ce nu sunt de interes numismatic. Ultimele reglementări pentru serviciile de radio şi televiziune şi cele de telecomunicaţii se regăsesc în Directivele 99/59/CE şi 2002/38/CE. Apariţia comerţului electronic (e-commerce) a condus la noi reglementări în aplicarea taxei pe valoarea adăugată, reglementări ce sunt cuprinse în Directiva 2000/38/CE şi 2002/792/CE privind cooperarea administrativă.[1]

Articolul 11 din Directiva 2006/112/CE[2] a Consiliului din 28 noiembrie 2006 privind sistemul comun al taxei pe valoarea adăugată (denumită în continuare „directivă TVA") oferă statelor membre posibilitatea de a introduce în legislaţiile naţionale scheme de grupare TVA[3]. Un stat membru poate considera ca persoană impozabilă

[1] A se vedea, Broşura *Impozitarea,* editată de Centrul de resurse juridice, Bucureşti, 2002, *op. cit.,* p. 14-15, accesibilă online la adresa www.crj.ro.

[2] Bruxelles, 02-07-2009, COM (2009) 325 final, COMUNICARE A COMISIEI CĂTRE CONSILIU ŞI PARLAMENTUL EUROPEAN privind opțiunea de grup TVA menționată la articolul 11 din Directiva 2006/112/CE a Consiliului privind sistemul comun al taxei pe valoarea adăugată.

[3] În şedința din 16 martie 2010, Consiliul ECOFIN (Afaceri economice şi financiare) a convenit asupra abordării generale cu privire la *propunerea de directivă care vizează simplificarea cerințelor TVA cu privire la facturare, în special în ceea ce privește facturarea electronică*. *Proiectul de directivă (doc. 7132/2/10 REV2 – Propunere de directivă a Consiliului de modificare a Directivei 2006/112/CE privind sistemul comun al taxei pe valoarea adăugată în ceea ce privește normele privind facturarea – Abordare generală*) nu este încă publicat online pe pagina Consiliului [update 25-03-2010 doc.PDF 7132/2/10 REV2]. Această propunere de directivă va fi adoptată de către Consiliu, după primirea opiniei şi avizului Parlamentului European. Dispozițiile actuale ale UE privind cerințele TVA referitoare la facturare, au condus la un set de reguli mai puțin armonizate, pe motivul că numeroase opțiuni au rămas la dispoziția statelor membre. În plus, conformitatea cu cerințele de reglementare a împiedicat adoptarea de tehnologii care sunt necesare pentru dezvoltarea e-facturării.

unică în scopuri de TVA una sau mai multe persoane stabilite pe teritoriul statului membru respectiv care, deşi independente din punct de vedere juridic, sunt strâns legate între ele prin legături financiare, economice şi organizaţionale. Statele membre care doresc să exercite această opţiune trebuie să consulte comitetul consultativ pentru taxa pe valoare adăugată (denumit în continuare „comitetul TVA") şi pot adopta orice măsuri considerate necesare pentru prevenirea evaziunii fiscale sau a fraudei care apare prin utilizarea acestei opţiuni.

În cazul în care opţiunea de grupare TVA prevăzută la articolul 11 este utilizată de un stat membru, acest lucru trebuie considerat o deviere naţională specială de la normele comunitare privind TVA. Deşi opţiunea de grupare TVA a fost disponibilă statelor membre începând cu anii '70 Comisia a remarcat un interes crescut din partea statelor membre de a utiliza această opţiune. Conform informaţilor Comisiei, în momentul de faţă 15 state membre au introdus schemele de grupare TVA în legislaţiile lor naţionale (Austria, Belgia, Cipru, Danemarca, Estonia, Finlanda, Germania, Irlanda, România[1] , Regatul Unit, Republica Ceha, Spania, Suedia, Ţările de Jos şi Ungaria. Slovacia a introdus sistemul de grupare în scopuri de TVA în iulie 2009.

Formularea articolului 11 este succintă, ceea ce lasă la latitudinea statelor membre stabilirea normelor detaliate de implementare a opţiunii de grupare TVA. În plus, directiva TVA nu conţine alte dispoziţii referitoare la grupurile TVA. Din consultările statelor membre cu comitetul TVA a rezultat că există divergenţe foarte mari între schemele de grupare TVA implementate de statele membre. Având în vedere avantajele pe care le poate oferi anumitor persoane impozabile o schemă de grupare TVA, în funcţie de caracteristicile sale sistemul poate fi opus principiului de neutralitate fiscală şi poate deveni o sursă de concurenţă fiscală intre statele membre. Având în vedere acest lucru, divergenţele actuale dintre schemele naţionale de grupare TVA pot avea un impact asupra pieţei interne şi a principiilor de bază ale sistemului comunitar de TVA. Acest lucru este confirmat de faptul că numeroase scheme de grupare, prin arhitectura lor, nu garantează că efectele sunt limitate la teritoriul naţional. Prin urmare, asigurarea unei aplicări uniforme a acestei dispoziţii prezintă o importanţă deosebită.

În acest context, Comisia Europeană a elaborat un raport de comunicare către Consiliu şi Parlament cu scopul de a explica punctul de vedere al Comisiei asupra modului de transpunere în practică a dispoziţiilor articolului 11, respectând în acelaşi timp principiile de bază ale sistemului comunitar de TVA. Având în vedere reacţiile la

---

Comisia Europeană estimează la aproximativ 18 miliarde EUR, economiile potențiale anuale pentru întreprinderi, în cazul în care obstacole pentru facturarea electronică din Directiva TVA vor fi eliminate. Propunerea de directivă stabileşte reguli pentru a se asigura acceptarea de către autoritățile fiscale de e-facturi (e-invoice) în aceleaşi condiţii ca si pentru facturile de hârtie, precum si pentru a înlătura obstacolele juridice cu privire la transmiterea şi arhivarea e-facturilor (e-invoices).De asemenea, proiectul cuprinde măsuri pentru a ajuta autoritățile fiscale să se asigure că taxa este plătită prin măsuri eficiente de combatere a fraudei TVA. Aceste măsuri includ stabilirea de termene limită pentru emiterea de facturi, permiţând astfel un schimb de informaţii mai rapid cu privire la livrările intracomunitare de bunuri şi servicii. (Resurse: - Informare de presa MFP – mfinante.ro; - Comunicat de presa ECOFIN – PDF; - Video complet şedinţă (titrat în lb. română) – consilium.europa.eu; - Asistenţa ANAF 11-feb-2009: Facturarea electronică – factura fiscală trimisă exclusiv prin e-mail)/http://www.blogcatalog.com/blog/codul fiscal.

[1] Art. 127 (8) din Codul Fiscal: În condiţiile şi în limitele prevăzute în norme, este considerat drept grup fiscal unic un grup de persoane impozabile stabilite în România care, independente fiind din punct de vedere juridic, sunt în relaţii strânse una cu alta din punct de vedere organizatoric, financiar şi economic. Pentru dezvoltări, se vor vedea normele metodologice ale Codului Fiscal.

prezenta comunicare, Comisia va reflecta asupra oportunităţii şi momentului de realizare a acţiunilor viitoare. Aceste acţiuni ar putea consta în propunerea de modificări concrete ale articolului 11, dar şi într-o contribuţie la o aplicare mai uniformă şi neutră din punct de vedere fiscal a normelor actuale, prin alte mijloace.

În Concluzia comunicării, Comisia invită Consiliul şi Parlamentul European să ia act de poziţia sa privind schemele de grupare TVA, expusă în comunicare, în vederea:
- contribuirii la o aplicare mai uniformă a articolului 11 din directiva TVA, evitând astfel efectele negative asupra pieţei interne şi contradicţiile cu principiile de bază ale sistemului comunitar de TVA;

- folosirii sale drept principii orientative de către statele membre la introducerea schemelor de grupare TVA în legislaţia naţională sau la modificarea respectivelor scheme.

Comisia Uniunii Europene doreşte să facă tot posibilul pentru a urmări strategia de simplificare, modernizare şi aplicare mai uniformă a actualului sistem de TVA în funcţie de destinaţie. Aceasta este cea mai bună metodă de a reduce birocraţia cu care se confruntă mediul de afaceri şi este în beneficiul consumatorilor europeni. Una dintre priorităţi este simplificarea obligaţiilor aferente plăţii TVA în cazul activităţilor desfăşurate în interiorul Comunităţii.

Două propuneri ale Comisiei, care sunt discutate în cadrul Consiliului, prezintă o importanţă deosebită din acest punct de vedere.

În primul rând, propunerea de impunere a unui „ghişeu unic", unde comercianţii să-şi poată achita în statul membru unde sunt stabiliţi toate obligaţiile privind plata TVA pentru activităţile desfăşurate pe întreg teritoriul Uniunii Europene.

În al doilea rând, propunerea schimbării locului impozitării serviciilor furnizate de la companie la companie. În timp ce o mare majoritate a statelor membre sunt în favoarea acesteia, opoziţia unei mici minorităţi face ca firmele să nu poată beneficia, până în acest moment, de propunerea care ar face aplicarea TVA mai simplă şi mai corectă în cazul serviciilor furnizate companiilor.

În privinţa nivelurilor de impozitare, miniştrii Uniunii Europene[1] au agreat ca rata standard minimă a TVA de 15% să fie menţinută până în 2010[2]. Comisia Europeană prin Directoratul General Impozitare şi Uniune Vamală a publicat un nou material sinteza privind Cotele de TVA aplicabile în Statele Membre ale Uniunii Europene, valabile la data de 01 Iulie 2013. Cea mai mare cotă standard TVA (27%) este Ungaria, iar cea mai mică (15%) este în Luxemburg.[3]

---

[1] Comisia Europeană prin Directoratul Impozitare şi Uniune Vamală a publicat un material de sinteză privind *cotele de TVA aplicabile în statele membre ale Uniunii Europene, valabile la data de 01 mai 2010*. [VAT Rates Applied in the Member States of the European Union]. Cotele TVA standard aplicabile în statele UE sunt: Belgium (BE) – 21%, Bulgaria (BG)– 20%, Czech Republic (CZ) – 20%, Denmark (K) – 25%, Germany (DE) – 19%, Estonia (EE) – 20%, Greece (EL) – 21%, Spain (ES) 4 – 16%, France (FR) – 19,6%, Ireland (IE) – 13,5%, Italy (IT) 4 – 20%, Cyprus (CY) – 15%, Latvia (LV) – 21%, Lithuania (LT) – 21%, Luxembourg (LU) – 15%, Hungary (HU) – 25%, Malta (MT) – 18%, Netherlands (NL) – 19%, Austria (AT) – 20%, Poland (PL) – 22%, Portugal (PT) – 20%, *Romania RO – 19%(n.n. în present cota este de 24%)*, Slovenia (SI) – 20%, Slovakia (SK) – 19%, Finland (FI) – 22%, Sweden (SE) – 25%, United Kingdom (UK) – 17,5%.(TVA 2010 in UE din -TaxEditor/Fiscalitatea europeana , http://www.blogcatalog.com/blog/codul-fiscal/).

[2] Discursul Comisarului European pentru fiscalitate şi uniune vamală, *Laslo Kovacs,* accesibil online pe adresa www.infoeuropa.ro.

[3]Cotele TVA standard aplicabile. La 1 iulie 2013, în statele UE sunt: Belgium (BE) – 21%, Bulgaria (BG)– 20%, Czech Republic (CZ) – 20%, Denmark (K) – 25%, Germany (DE) – 19%,

4.2. Accize

Armonizarea fiscală la nivelul accizelor a fost elaborată cu scopul alcătuirii unei strategii privind aproximarea cotelor impozitelor, armonizarea structurii impozitelor şi stabilirea cadrului general privind deţinerea şi circulaţia produselor, ce viza asigurarea funcţionării pieţei unice, începând cu 1 ianuarie 1993.

Legislaţia comunitară în materie asigură eliminarea frontierelor interne şi abolirea controalelor de natură fiscală asupra produselor care tranzitează frontierele statelor membre.

Principiul ce stă la baza aplicării accizelor este că acestea sunt plătite de cumpărătorul final, la cotele stabilite de ţara în care are loc consumul.

Iniţial, reglementările generale se aplicau băuturilor alcoolice, produselor prelucrate din tutun şi uleiurilor minerale şi permiteau circulaţia acestor produse în statele membre. De la 1 ianuarie 2004, reglementările referitoare la uleiurile minerale au fost abrogate, iar produsele accizabile din această categorie au fost incluse, într-o categorie nou înfiinţată, a produselor energetice şi a electricităţii.

În concluzie, astăzi armonizarea fiscală în materia accizelor cuprinde următoarele trei categorii de produse: băuturile alcoolice, produsele prelucrate din tutun, produsele energetice şi electricitatea.

Legislaţia Uniunii Europene este bazată pe un set de directive principale.

În primul rând, directiva de bază a sistemului este Directiva 92/12/EEC, ce prevede reglementările generale pentru produsele supuse accizelor, deţinerea şi circulaţia acestor produse. Scopul acestei directive este de a armoniza la nivel comunitar reglementările generale pentru produsele supuse accizelor, cu scopul de a asigura libera circulaţie a acestora.

În al doilea rând, există trei directive structurale ce corespund celor trei categorii principale de produse supuse accizelor. Astfel, Directiva 2011/64/UE a Consiliului din 21 iunie 2011 reglementează structura şi ratele accizelor aplicate tutunului prelucrat. Directiva 92/83/EEC are ca obiectiv introducerea structurilor armonizate pentru accizele pe alcool şi băuturi alcoolice, pentru a asigura bunul mers al pieţei interne.[1]Directiva 2003/96/EC, prin care s-a realizat armonizarea impozitării produselor energetice(inclusive cărbune şi gaze naturale) şi electricităţii, include şi categoria uleiurilor minerale. De altfel, directiva impozitării energiei a abrogat, cu începere de la 1 ianuarie 2004, Directiva 92/81/EEC privind armonizarea structurii accizelor pe uleiuri minerale.

În al treilea rând, exista o serie de directive corespunzătoare, ce stabilesc nivelurile accizelor pentru cele trei categorii de produse.

În fine, diverse reglementări comunitare au caracterul unor dispoziţii comune sau privesc regimul circulaţiei produselor accizabile. Dintre acestea menţionăm: Regulamentul EEC 2719/19/92 din 19 septembrie 1992 privind documentele

---

Estonia (EE) – 20%, Greece (EL) – 23%, Spain (ES) 4 – 21%, France (FR) – 19,6%, Ireland (IE) – 23%, Italy (IT) 4 – 21%, Cyprus (CY) – 18%, Latvia (LV) – 21%, Lithuania (LT) – 21%, Luxembourg (LU) – 15%, Hungary (HU) – 27%, Malta (MT) – 18%, Netherlands (NL) – 21%, Austria (AT) – 20%, Poland (PL) – 23%, Portugal (PT) – 23%, Romania (RO) 24%, Slovenia (SI) – 20%, Slovakia (SK) – 22%, Finland (FI)–24%, Sweden (SE)–25%, United Kingdom (UK) 20%/http://codfiscal.net/36754/ce-cotele-de-tva-aplicabile-in-eu-la-1-iulie-2013.

[1] A se vedea, A. Dăianu, C. Doltu, D. Pîslaru, *Studiul nr. 7, Transpunerea în România a normelor Uniunii Europene în domeniul impozitării indirecte(TVA şi accize), op. cit.,* p. 33, accesibil online pe adresa www.ier.ro.

administrative de însoţire a produselor accizabile plasate sub un regim suspensiv; Regulamentul EC 31/96 din 10 ianuarie 1996 privind certificatul de scutire de la plata accizelor; Decizia nr.1152/2003/EC din 16 iunie 2003 privind monitorizarea computerizată a sistemului de transport şi supraveghere a produselor accizabile.[1]

În domeniul accizelor Comisia Uniunii Europene acordă maximă importanţă păstrării integrităţii Pieţei Interne. Comisia nu doreşte să intervină în domenii care sunt în responsabilitatea Statelor Membre. Cu toate acestea, un anumit grad de apropriere a ratelor accizelor este esenţial pentru a reduce distorsiunile legate de concurenţă şi de fraudă în cadrul Pieţei Interne. Acest lucru este valabil în cazul impozitării alcoolului. Deşi majoritatea statelor membre sunt de acord că bună funcţionare a Pieţei Interne necesită apropierea ratelor, în continuare, există puncte de vedere diferite cu privire la importanţa ratelor de accizare a alcoolului, care sunt o expresie a circumstanţelor, culturilor şi tradiţiilor naţionale.

Cu toate acestea, miniştrii de finanţe au discutat acest subiect în aprilie 2005 şi au dat undă verde Comisiei să îşi prezinte propunerile de ajustare a ratelor comunitare minime de accizare. Comisia lucrează în prezent la acest aspect.

O altă propunere importantă de taxare indirectă pe care Comisia urmează să o adopte se referă la taxele aplicate pentru autoturisme. Scopul acestei propuneri va fi, de

asemenea, să îmbunătăţească funcţionarea Pieţei Interne şi să asigure Comunităţii mijloacele necesare pentru a-şi atinge obiectivele stabilite prin Protocolul Kyoto de reducere a emisiilor de CO2(n.n.dioxid de carbon) la autoturisme.[2]

5.Concluzii

În ceea ce priveşte impozitarea directă, statele membre au luat măsuri pentru a preveni evaziunea fiscală şi dubla impunere. Politica fiscală este menită să evite distorsionarea concurenţei între statele membre pe piaţa internă din cauza diferenţelor între nivelurile şi regimurile de impozitare indirectă. De asemenea, au fost luate măsuri pentru a preveni efectele negative ale concurenţei fiscale în situaţiile în care societăţile efectuează transferuri de lichidităţi între statele membre ale Uniunii Europene.

Recent, Parlamentul European a adoptat cu largă majoritate o rezoluţie referitoare la propunerea de modificare a directivei 2006/112/CE (COM(2012)428) în ceea ce priveşte înfiinţarea unui mecanism de reacţie rapidă în cazul fraudelor legate de TVA; potrivit previziunilor, Parlamentul European va finaliza consultarea privind propunerea de modificare referitoare la regimul bonurilor valorice (COM(2012)206) în primul semestru din 2013.[3]

Strategia de politică fiscală a Uniunii Europene este bazată pe următoarea teorie, fiecare dintre statele membre este liber să-şi aleagă sistemul de impozitare pe care îl consideră cel mai potrivit, cu condiţia să respecte normele uniunii. Principalele priorităţi ale politicii fiscale a Uniunii Europene sunt eliminarea obstacolelor care împiedică activitatea economică transfrontalieră, lupta împotriva concurenţei fiscale şi promovarea unei mai largi colaborări la nivelul administraţiilor fiscale, pentru asigurarea controlului asupra fraudei şi pentru combaterea acesteia. O mai mare coordonare a politicii fiscale ar asigura sprijinirea unor obiective de politică ale Uniunii

[1] *Ibidem*.

[2] Discursul Comisarului European pentru fiscalitate si uniune vamală, *Laslo Kovacs,* accesibil online pe adresa www.infoeuropa.ro.

[3] http://www.europarl.europa.eu/aboutparliament/ro/displayFtu.html?ftuId=FTU_5.11.4.html.

Europene mai largi prin politicile fiscale ale statelor membre, conform celor mai recente prevederi din Strategia Europa 2020 pentru o creştere inteligentă, durabilă şi favorabilă incluziunii.

Referinţe bibliografice

Cărţi, broşuri

1. P. Craig, Dreptul Uniunii Europene, Comentarii, jurisprudenţă şi doctrină, ediţia a VI-a, Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2009.

2. A. Dăianu, C. Doltu, D. Pîslaru, Studiul nr. 7, Transpunerea în România a normelor Uniunii Europene în domeniul impozitării indirecte(TVA şi accize), accesibil online pe adresa www.ier.ro.

3. M.Ş. Minea şi C.F. Costaş, Fiscalitatea în Europa la începutul mileniului III, Ed. Rosetti, Bucureşti, 2006.

4. R. Cordeiro Guerra, Diritto Tributario Internazionale, CEDAM, Wolters Kluwer Italia, 2012.

5. B. Terra, P. Watel, European Tax law, third edition, Kluwe Law Internaţional,United Kingdom, 2001.

6. Broşura Impozitarea, editată de Centrul de resurse juridice, Bucureşti, 2002, accesibilă online la adresa www.crj.ro.

7. M. Tăbăraş*, Buletinul Jurisprudenţei Înaltei Curţi de Casaţie sau Justiţie (Curtea Supremă de Justiţie),* Ed. All Beck, 2004, ISBN: 973-655-379-5;

8.. M. Tăbăraş*, „Reflecţii privitoare la optică Legiuitorului Noului Cod civil în materia executării obligaţiei”*, Conferinţa internaţionala "O societate bazată pe cunoaştere" organizată de Universitatea Titu Maiorescu din Bucureşti, ediţia a V-a, publicată în volumul conferinţei cu acelaşi nume, Ed. Universităţii Titu Maiorescu, Bucureşti, 2011.

Legislaţie

Codul fiscal

Jurisprudenţă

Cauza 57/65, Alfons Lutticke GmbH c. Hauptzollamt Saarlouis.

Site-uri

1.http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxation/company_tax/common_tax_base/index_en.htm

2.http://www.blogcatalog.com/blog/codul-fiscal/

3.www.infoeuropa.ro

4.http://www.europarl.europa.eu/aboutparliament/ro/displayFtu.html?ftuId=FTU_5.11.4.html

5.http://www.europarl.europa.eu/aboutparliament/ro/displayFtu.html?ftuId=FTU_5.11.1.html

Despre garanţia dreptului la apărare în condiţiile funcţionării Parchetului European

Dr. Pavel ***PALCU****[*]

Abstract**:** *Atât la nivelul Uniunii Europene, cât şi în doctrina europeană, a fost pe larg discutată competenţa materială a viitorului Parchet european. În termenii Tratatului de la Lisabona şi în propunerile Comisiei din 17.07.2013, competenţa se limitează la infracţiuni ce atentează la interesele financiare ale Uniunii Europene. Eurodeputaţii au votat în 12.03.2014 Raportul interimar referitor la propunerea de Regulament al Consiliului Europei. Parchetul european este, de acum unul dintre obiectivele primordiale ale Uniunii Europene şi constituie una dintre priorităţile spaţiului comun de libertate, securitate şi justiţie pentru următorii doi ani. Încă se caută căi şi metode utile pentru punerea în aplicare a acestor deziderate, dar trebuiesc îndeplinite două condiţii: trebuie să fie o instituţie utilă, bine inserată în instituţiile Uniunii Europene şi trebuie să se sprijine pe tradiţiile noastre judiciare naţionale care şi-au dovedit pertinenţa. Nu în ultimul rând, se acordă un loc substanţial avocaţilor şi drepturilor la apărare în diverse stadii ale procedurii, atât în contextual libertăţilor cât şi în cursul derulării procedurii contradictorii.*

Cuvinte cheie: *procuror european, libertăţi de apărare, drept penal, protecţie interese, competenţe jurisdicţionale.*

1. Noţiuni introductive

Europa comunitară a fost supusă încă de la originile sale, structural şi textual, unui crud decalaj, mult timp ignorându-se drepturile fundamentale.

Se poate observa că nici Tratatul Comunităţii Europene, nici Tratatul Uniunii Europene nu conţineau catalogul scris al drepturilor fundamentale ci doar principiul egalităţii de remunerare pentru bărbaţi şi femei era înscris în articolul 119 al Tratatului Comunităţii Europene(TCE).

În timp ce, după abordările Tratatelor de bază, ale Actului unic în 1986, la Nisa în 2000, creşteau în mod sistematic competenţele şi domeniile de acţiune ale Europei, garantarea drepturilor fundamentale, era mereu re-proclamată, rămânea mereu în urmă. Astfel, cu blocaje în faţă, cu mici paşi în salturi mici, Europa a fost condamnată la o încercare de recuperare permanentă, cu scopul de a face să coincidă ambiţia proiectelor sale cu un nivelul de protecţie corespunzător al drepturilor cetăţenilor interesaţi de aplicarea lor.

Europa nu a fost niciodată o Europă fără drepturi, nici măcar în perioada antică a puterii Pretoriene, dar dacă ne referim la o perioadă mai recentă sunt relevante concluziile avocaţilor din sentinţa „Advocaten voor de Wereld" dată de o Curtea de Justiţie a Uniunii Europene, care plastic prevede că „Sămânţa a fost pusă într-un pământ

[*] Magistrat procuror la Parchetul de pe lângă Tribunalul Arad, România; Lector Universitar, Universitatea de Vest "Vasile Goldiş" Arad.

viran şi doar cu trecerea timpului drepturile subiective de bază au putut încolţi şi creşte spre jurisprudenţa Curţii"[1].

Este de constatat că respectarea drepturilor şi libertăţilor fundamentale şi-au făcut o intrare timidă sau tardivă în Uniunea Europeană, chiar dacă erau prezente în jurisprudenţa comunitară. De altfel, Comunitatea Europeană a trebuit să aştepte până în anul 1999, când a intrat în vigoare Tratatul de la Amsterdam care l-a editat, ca principiu general al Uniunii Europene ce trebuie respectat.

Făcând o lectură a istoriei Europei, se pot explica multe blocaje şi multe întârzieri. Decalajul continuu între politicile întreprinse şi nivelul de protecţie care trebuie garantat oricărui cetăţean într-o societate democratică, a fost o piedică sau, în orice caz, o frână în dezvoltarea adevărată a politicilor europene, mai ales în punerea în aplicare a unui veritabil spaţiu judiciar. Ceea ce unii au crezut sau au anunţat, întârzierea Europei comunitare în protecţia drepturilor fundamentale pare să fi fost resorbită în cursul ultimilor ani. Ceea ce părea imposibil la început, este posibil astăzi, când drepturile fundamentale sunt o valoare şi un obiectiv al Europei, înainte chiar de construirea unei pieţe unice.

După 1 decembrie 2009, ne aflăm la o răscruce de drumuri, o dată ce tratatul de la Lisabona şi programul de la Stockholm au înrădăcinat drepturile fundamentale, aşa încât:

- Nu se mai poate reproşa Uniunii Europene că nu are catalog declarat al drepturilor fundamentale – deşi ar avea nevoie, cel puţin, de o stabilire a competenţelor jurisdicţionale – din moment ce articolul 6 al TUE afirmă că „Carta proclamată la Nisa, apoi adoptată la 12 decembrie 2007, are aceeaşi valoare juridică ca tratatele" (art. 6.1.TUE);

- Uniunea aderă la Convenţia Europeană de respectare a drepturilor omului şi a drepturilor fundamentale aşa cum sunt garantate de CEDO şi care fac parte din dreptul Uniunii ca principii generale (art.6.2.TUE), adeziune cerută de Comisie după un memorandum din 4 aprilie 1979[2] pe care programul de la Stockholm îl califică de acum ca fiind „primordial" şi cerinţă „urgentă"[3];

- Odată cu dispariţia celor trei piloni, toate competenţele referitoare la drepturile fundamentale în Uniune Europeană se vor aplica în spaţiul de libertate, securitate şi justiţie, cu efectul catalizator bine cunoscut al verticalităţii.

Acest ultim punct nu este fără importanţă, din moment ce, de prin anii 1980, de la Actul Unic European, se poate constata că toate tentativele de apropiere a reglementărilor penale ale Statelor membre, pe bază de cooperare şi asistenţă juridică, izvorâte din cooperarea interguvernamentală, fără o garantare veritabilă pe scara unei politici penale europene, au fost mereu anunţate şi mereu amânate.

Pe de altă parte, Tratatul de la Lisabona oferă o bază legală existenţei unui Parchet European, dar ea ar putea fi, de asemenea, cauza unei represiuni multiple sau mai aspre.

Se impun abordări suplimentare având în vedere atât caracterul incomplet, sau ineficace al instrumentelor de anchetă şi urmărire ale cooperării în materie penală cât şi

---

[1] *CJCE 3 mai 2007, Advocaten voor de Wereld VZW c. Leden van de Ministerraad' af. C – 303/ 05, sus citată.*

[2] *Buletin al Comunităţilor europene, supl. 2/ 79.*

[3] *Tratatul de la Lisabona precizează că regulile de decizie pentru a face această adeziune efectivă s-au modificat; Consiliul statuează la unanimitate şi nu la o majoritate calificată, iar decizia trebuie să fie aprobată de Statele Membre. „Conform regulilor lor constituţionale respective" ceea ce semnifică, pentru Franţa, că o lege care autorizează ratificarea va trebui să fie adoptată de către adunări*

insuficienţa regulilor protectoare, ceea ce a împiedicat instituirea unei autorităţi de urmărire transfrontalieră, în condiţiile în care acţiunea publică este centralizată şi exercitată doar pentru protecţia intereselor financiare ale Uniunii.

2. Perspectiva Parchetului European de a garanta respectarea dreptului la apărare

Din punctul de vedere al drepturilor de apărare, pe lângă garanţiile guvernamentale tradiţionale, instaurarea unui Parchet European nu ar putea fi apreciat decât din punctul de vedere al solidarităţii şi al clarităţii garanţilor instituţionale pe care le va instaura pentru drepturile la apărare, garanţie ce va rămâne în orice caz, strâns legată de starea de avansare sau neîndeplinire ale instrumentelor cooperării judiciare penale în cadrul spaţiului de libertate, securitate şi justiţie, aşa cum este subliniat în Tratatul de la Lisabona.

Cu privire la garanţiile instituţionale care vor fi puse în faţa noii instituţii, la nivelul Uniunii Europene au rămas multe întrebări fără răspuns referitoare la statutul procurorului european şi cadrul legal al dreptului la apărare. Deci cine va fi acest procuror european ? Unde încep drepturile la apărare ?

După înfiinţarea Parchetului European anunţată, dar sufocată în faşă de Tratatul Constituţional, Tratatul de la Lisabona a pecetluit actul său de naştere, împrejurare care l-a determinat pe distinsul avocat Bertrand Favreau preşedintele instituţiei drepturilor omului al avocaţilor europeni, în discursul ţinut cu ocazia conferinţei internaţionale a Parchetului de pe lângă Curtea de Casaţie a Franţei (Paris 2010) să facă următoarea afirmaţie „dar este un nou născut ale cărui trăsături încă nu le cunoaştem, nici natura, şi nici viitoarea dezvoltare. Un procuror european în perpetuă devenire, este încă un adversar cu profil necunoscut şi deci nesigur pentru apărare".

Tot în legătură cu statutul procurorului, jurisprudenţa de la Strasbourg şi-a exprimat clar punctul de vedere, în sensul că: procurorul reprezintă acuzarea, el este „cealaltă parte a unei proceduri penale" şi aminteşte în sentinţa *Nikula c. Finlandei:* „Acuzatul şi procurorul sunt „adversari" şi au interese distincte şi opuse în acelaşi timp", tot la fel acelaşi punct de vedere l-a subliniat şi Curtea de Justiţie a uniunii Europene în sentinţa *Fahri* c. *Franţei*[1]" aşa încât încă de pe atunci statutul Procurorului European, puterile sale şi modalităţile sale de recurs împotriva deciziilor vor fi întotdeauna în faţa drepturilor viitorului apărător al părţii care este urmărită penal.

Din acel moment, statutul său, puterile sale, modalităţile de recurs împotriva deciziilor sale nu pot decât să interpeleze de la început, drepturile viitorului apărător al părţii pe care o va urmări.

2.1. Geneza şi funcţionarea Parchetului European

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

[1] *CEDH 21 martie 2002 Nikula c. Finlandei, rec. nr. 31611/ 96. Cul. CEDH 2002 – II – §. 54.*

[2] Care în realitate nu era grecesc ci de origine iugoslavă.

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.

Mai multe statuturi au fost concepute, succesiv: cel al procurorului european, după *Corpus Juris* în 1996 – 1997, completat în versiunea sa din Florenţa în 2000, reluat printr-o comunicare a Comisiei[1], înainte ca aceasta să dispară ca urmare – a conferinţei interguvernamentale de la Nisa, iar apoi să revină în 2001, în Cartea Verde[2]. În final s-a ajuns la conceperea colegială a unui parchet european „pornind de la Eurojust" cu titlu eventual şi de viitor, în articolul III – 275 al fostului tratat constituţional şi reluat în sfârşit, de tratatul de la Lisabona, în articolul 86 TFUE, care îi dă un spectru mai larg, incluzându-se marea infracţionalitate care are o dimensiune transfrontalieră[3].

Deşi diversele documente prezentate au oferit aspecte diferite, până în prezent, doar *Corpus Juris* este concludent fără a neglija dimensiunea drepturilor procedurale corelative.

Ca o tentativă de drept penal european, **proiectul *Corpus Juris*** a ajuns la concluzia necesităţii unificări unei părţi a dreptului penal material şi a propus, desigur în cadrul restrâns al protecţiei intereselor financiare, un inventar detailat şi adesea novator al garanţiilor procedurale. Conjugând principiului de teritorialitate europeană şi principiului garanţiei judiciare, *Corpus Juris* a integrat toate competenţele europene şi internaţionale în materie de drepturile la apărare, cu referire directă la bogăţia doctrinei internaţionale de protecţie a drepturilor omului, a jurisprudenţei CEDH şi a ceea ce încă se numea Curtea de Justiţie a Comunităţii Europene. El enunţa, în plus, un ansamblu de drepturi care trebuiau să fie rezervate suspectului, acuzatului şi drepturilor la apărare, în general[4].

Corpus Juris a încercat să facă o sinteză, nu ca un numitor comun, ci ca o normă autonomă şi actualizată comparativ pentru fiecare model. El acordă un loc deosebit de important avocaţilor şi drepturilor la apărare, cu referire la diverse stadii ale procedurii, în contenciosul libertăţii, dar şi de-a tot lungul derulării procedurii contradictorii[5]. cu

[1] *CEDH 16 ian. 2007 FAHRI c. Franţei, rec. nr. 17070/ 05 §. 26.*

[2] Contribuţia Complementară a Comisiei la Conferinţa Interguvernamentală asupra reformelor instituţionale – „Protecţia penală a intereselor financiare comunitare: un procuror european", 29 sept. 2000, COM. (2000) 608.

[3] V., 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.

[4] *Carte verde despre protecţia penală a intereselor financiare comunitare şi crearea unui procuror european, COM (2001) 715 final din 11 decembrie 2001.*

[5] *V.B. Favreau, „Garanţiile pentru păstrarea drepturilor la apărare în Corpus Juris 2000" în A. Lanzi, F. Ruggieri, L. Camaldo (dir.), Il defensore e il publico Ministero Europeo" Milano, CEDAM, 2002, p. 109 – 125.*

toate acestea, în ochii criticilor, a fost perceput ca un text exclusiv represiv, asimilat unui simplu proiect de creaţie a procurorului european[1].

Cartea verde, ca document de discuţie, redactat imediat după îndepărtarea proiectului Comisiei privind viitorul procuror european la reuniunea la nivel înalt de la Nisa, unde a fost preferată soluţia Eurojust. Această soluţie pornind de la un nou organ de cooperare judiciară, a cărei logică este diferită, rămâne în mod evident mai imprecisă, sau, în orice caz, doar opţională. În ceea ce priveşte argumentele cărţii verzi, ea propune instaurarea unui procuror european, independent, a cărui acţiune să fi legată de cea a procurorilor europeni, dar naţionali delegaţi sub controlul jurisdicţiilor, în forma unei direcţii centralizate de cercetări şi urmăriri, limitată la protejarea intereselor financiare ale Uniunii.

Tratatul de la Lisabona a oferit o bază legală creării unui „parchet european plecând de la Eurojust" şi i-a fixat atribuţiile: „combaterea infracţiunilor ce lezează interesele financiare ale Uniunii", cu posibilitatea de a fi extinse simultan sau ulterior şi cu privire la „lupta împotriva criminalităţii grave cu dimensiuni transfrontaliere", ca şi competenţa viitoare: „cercetarea, urmărirea şi trimiterea în judecată a autorilor şi complicilor infracţiunilor ce intră în cadrul competenţei *ratione materiae* sus-menţionate".

În plus, prin tratat s-a încredinţat dreptului derivat sarcina de a fixa regulile de funcţionare pe cale de regulamente şi directive, iar parchetul european ar urma să exercite acţiunea publică referitoare la aceste infracţiuni, în „faţa jurisdicţiilor competente ale Statelor membre".

Referitor la statutul de procuror independent au existat controverse pornind de la întrebarea dacă va fi sau nu legat de principiul legalităţii sau de cel al oportunităţii, întrucât nu se face nici o precizare şi nimic nu o interzice. Din acest punct de vedere, pentru dreptul la apărare, distingerea nu este fără importanţă, întrucât avocatul are dreptul de a şti de către cine este chemat, care este obiectul cauzei, care lege se aplică, toate acestea doar în sensul de a fi un adversar loial. Este posibil însă, ca la eşalonul central să fie chemat de un procuror european independent, în timp ce la nivelul procurorilor naţionali delegaţi, aceştia ar putea fi dependenţi, cel puţin prin sistemul lor de legătură şi de acţiuni ce reflectă priorităţi guvernamentale.

În funcţie de cine va fi interlocutorul lor real, avocaţii vor întâmpina dificultăţi în legătură cu regulile aplicabile şi natura legii la care este supus acest parchet, mai ales că acţiunea penală se poate exercita în faţa a 28 de sisteme judiciare naţionale. De asemenea, când se pune problema de oportunitate, se va pune şi problema îmbinării şi înfruntării puterilor noului parchet cu competenţele urmăririlor penale din parchetele naţionale.

Chiar dacă este primul program de punere în aplicare al spaţiului judiciar european, adică Parchetul European, programul de la Stockholm nu oferă nici precizie, nici calendar, ci o metodologie. Preluând logica din Tratatul Constituţional şi, „pornind de la Eurojust", programul începe prin a amâna termenul de scadenţă. El precizează că trebuie ca Statele membre şi Eurojust să pună la început „în ordine, cu grijă, decizia 2009/426 a Consiliului din 16 decembrie 2008 care, conform cu Tratatul de la Lisabona, oferă posibilitatea de a urmări dezvoltarea Eurojust–ului în cursul următorilor ani, mai

[1] *M. Delmas – Marty şi J.A.E. Vervaele (dir.) Punerea în aplicare a Corpus Juris în „Statele membre" 4 vol.Antwerpen–Groningen–Oxford, Intersequentia,2000, p.99.*

ales în ceea ce priveşte declanşarea anchetelor şi rezolvarea conflictelor de competenţă”[1].

Examinând mai atent prevederea, se poate observa că li se solicită tot statelor membre ca „pe baza unei evaluări a punerii în aplicare a acestui instrument, noi posibilităţi ar putea fi luate în vedere şi mai ales atribuirea de noi competenţe membrilor naţionali ai Eurojust-ului, consolidarea competenţelor colegiului Eurojust sau crearea unui Parchet European”.

Termenul de drept la apărare ar putea deveni cel puţin problematic dacă ar creşte puterile de urmărire şi competenţa materială a organului instituit iniţial, doar în scopul coordonării şi cooperării între autorităţile judiciare competente ale statelor membre, într-un pilon de acum dispărut[2], situaţie în care apărarea nu ar mai avea nici un rol efectiv.

În situaţia în care s-ar fi procedat la încredinţarea la Eurojust a funcţiilor unui Parchet European, s-ar fi generalizat răspunderea în domeniul represiunii judiciare şi al libertăţii individului, conform criteriilor Curţilor Constituţionale din ţările care şi-au declarat „ataşamentul faţă de principiile libertăţii, democraţiei, şi respectului drepturilor omului şi libertăţilor fundamentale ale statului de drept”[3].

Este de remarcat că, în cazul infracţiunilor transfrontaliere sunt implicaţi în plus, suspecţi de diverse naţionalităţi care în fiecare stadiu al cercetării penale pun problema egalităţii armelor. Norma europeană arată fără echivoc, că procesul trebuie să fie contradictoriu şi să garanteze în orice caz „egalitatea în arme”, între părţi, dar mai ales, între procuror şi deţinut[4].

A pune problema drepturilor la apărare înseamnă de asemeni, să ne punem întrebarea cu privire la judecătorul care va avea sarcina de a le aplica sau de a sancţiona nerespectarea acestora, aşadar problema garanţiei judiciare.

2.2 Contururile Parchetului 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;[5]

2.2.1 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.

---

[1] Un raport al Camerei Lorzilor (§ 126) a exprimat astfel, teama că Corpus Juris „Will be too much prosecution given, with insufficient account beeing taken of the rights of the defence”.

[2] Programul de la Stockholm 17024/ 09, punctul 3.1.1. Drept penal p. 24.

[3] S. Murgu, N.M. Stoicu, Drept constituţional şi instituţii politice, Ed. Cordial Lex, Cluj-Napoca, 2012, p. 227-240.

[4] Decizia Consiliului nr. 2002/ 1871 JAI din 28 februarie 2002 care instituie Eurojust-ul ca să întărească lupta contra formelor grave de infracţionalitate JO L. 63 din 6 martie 2002 p. 1-13.

[5] Conferinţa internaţională Parchetul Curţii de justiţie al Franţei –Paris 2010, discurs Mchele Aliot Marie – ministrul justiţiei şi libertăţii.

2.2.1.1 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.

2.2.1.2 Parchetul European trebuie să se insereze într-un peisaj instituţional complex

Un Parchet European trebuie să se coordoneze cu ministerele publice naţionale

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 Parchet 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.

2.2.2 Trebuie să se sprijine pe tradiţiile juridice naţionale

Din această cauză, viitorul Parchetului 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.

2.3. Garanţia Judiciară şi Drepturile la Apărare

Tratatul de la Lisabona precizează că parchetul european exercită acţiunea publică referitoare la infracţiuni „în faţa instanţelor competente ale statelor membre". Vom încerca să exemplificăm în ce sens va fi realizată garanţia pe care o cere arsenalul puterilor pe verticală (putere de anchetă, putere de declanşare a urmăririlor, putere de a cere măsuri coercitive, putere de trimitere către o jurisdicţie de judecată) înaintea jurisdicţiilor „competente" a celor 28 de state membre.

Garanţia judiciară ca principiu fundamental al dreptului european, este mai bine garantată la nivelul controlului european ca în oricare altă parte, fiind inutil să amintim că justiţiabilul celor 28 de state membre se adresează jurisdicţiilor europene pentru a cere cel mai înalt nivel de garanţie şi chiar îl primeşte. Accesul la judecător este unul din elementele constitutive ale unei comunităţi de drept. Acest principiu de drept european fără cusur, fără încetare reafirmat şi mereu sancţionat, această garanţie este consolidată astăzi mai mult ca niciodată de către articolul 47 al Cartei drepturilor fundamentale ale Uniunii Europene în care s-a precizat, de altfel, înainte de consacrarea caracterul de constrângere, că ea „va merge mai departe decât CEDH, din moment ce garantează nu numai oricărei persoane dreptul la audiere a cazului său în mod echitabil, public, şi într-un termen rezonabil de către un tribunal independent şi imparţial, stabilit prealabil de lege, dar şi dreptul de a fi audiat de către Instituţiile Uniunii Europene înainte ca o măsură individuală care l-ar afecta defavorabil să fie luată împotriva sa precum şi dreptul de acces la dosarul care îl interesează"[1].

În ceea ce priveşte momentul de efectuare a controlului de către judecător, exercitarea acţiunii publice se face „în faţa jurisdicţiilor competente ale statelor membre". Prin aceasta prevedere se pare că este reglată problema jurisdicţiei de judecată şi se menţine intactă chestiunea garanţiei la stadiul de anchetă, adică in faza prealabilă, unde pot fi cerute sau ordonate măsuri numite „coercitive" pe teritoriul a 28 de ţări. Principiul garanţiei judiciare implică faptul că un parchet european trebuie să se supună mecanismelor riguroase ale controlului judiciar. Cine va controla legalitatea arestării şi a detenţiei ? Aceeaşi întrebare se pune şi în privinţa contenciosului legat de măsurilor de investigare.

[1] CEDH, 12 dec. 1991, Toth. c. Austriei, seria A nr. 224, p. 23, § 84; CEDH, 13 iulie 1995 Kampanis c. Greciei, seria A nr. 318 – B p. 45, § 47 şi CEDH, Gde ch., 25 martie 1999 Nikolova c. Bulgariei CEDH 1999 – II § 58.

Bineînţeles că primul rol revine apărătorului el fiind acela care intervine în contenciosul libertăţii[1]. Acest rol trebuie să fie analizat faţă de avantajele Curţii de la Strassbourg şi mai ales în ce priveşte dreptul la libertate şi siguranţă prevăzut de articolul 5 al Convenţiei[2]. Asupra acestui punct, este de reţinut că în *Corpus Juris* se prevăzuse propunerea cea mai interesantă şi cea mai novatoare[3].

Se pare că, cei care l-au redactat prevăzuseră, aplicând în mod strict principiul garanţiei judiciare că pe toată durata fazei preparatorii, un judecător independent şi imparţial, numit "judecător al libertăţilor", desemnat de fiecare stat membru, să aibă ca sarcină respectarea garanţiei judiciare (articolul 25 bis -1). Acest judecător este singurul competent pentru a ordona, în afara ordinului de arestare, orice măsură de cercetare sau orice măsură conservatoare referitoare la faptele care constituie obiectul urmăririi. În ceea ce priveşte Cartea verde, aceasta opta pentru un "judecător al libertăţilor naţionale", fără nici o altă precizare.

În ceea ce priveşte controlul conflictele de competenţă la toate nivelele, este greu de crezut că va fi lăsat parchetul, să aleagă "naţionalitatea" jurisdicţiei sau a judecătorului însărcinat cu ordonarea sau controlul actelor coercitive pe care el le solicită, sau să alegă statul membru "care îl bănuieşte pentru a-l judeca", aşa cum prevede „Cartea Verde"[4].

În materie de infracţionalitate transfrontalieră, dacă este posibil să se aleagă sistemul judiciar care oferă minimum de garanţie pentru inculpat, o procedură penală europeană s-ar construi pe standardul cel mai slab, cu o imagine negativă pentru justiţia europeană. Creşterea puterilor Eurojust-ului în virtutea deciziei nr.2009/ 426 din 16 decembrie 2008 pentru rezolvarea conflictelor de competenţă, pare să pună probleme asemănătoare în privinţa garanţiilor oferite.

Astfel se ajunge inevitabil, în termenii garanţiilor procedurale să ne gândim că orice aprofundare a politici penale europene implică o garanţie judiciară care se aplică la toate stadiile procedurii, şi deci la crearea unei Camere preliminare europene ataşate Curţii de Justiţie, chemată ea însăşi să exercite un control în materie penală, iar *Corpus Juris* 2000, versiunea numită din Florenţa a ajuns la această concluzie[5].

Proiectul unei Parchet European nu s-ar putea întrezări decât în lumina tuturor competenţelor comunitare ale dreptului la libertate şi la siguranţă, ale drepturilor la apărare şi ale teoriei procesului echitabil adesea mai protectoare decât legislaţiile naţionale propriu-zise şi care se aplică cu drepturi depline procedurii propuse. El se înscrie în mod necesar într-un cadru de reguli ce provin din instrumentele internaţionale, mai ales europene: CEDH transpus în dreptul statelor membre, dar şi în Cartă.

Acţiunea unui parchet european va fi, evident, supusă controlului, de acum încolo succesiv, ale celor două cursuri europene. De fapt, dacă din 2005, cu sentinţa Bosphors Air Lines, Curtea Europeană a pus principiul conform căruia protecţia drepturilor

[1] S. Murgu, N.M. Stoicu, *Cadrul juridic de protecţie a drepturilor omului în dreptul intern şi internaţional*, Ed. Cordial Lex, Cluj-Napoca, 2012, p. 55-62.

[2] S. Murgu, N.M. Stoicu, *Reglementarea măsurilor preventive prin prisma protecţiei europene a drepturilor omului în procesul penal*, Ed. Cordial Lex, Cluj-Napoca, 2012, p. 80 şi urm.

[3] Concluziile avocatului general M.Damaso Ruiz-Jarabo Colomer prezentate la 11 februarie 2003, af.C-204/ 00 P, Aalborg Portland A/ S c.Comisiei Comunitaţilor Europene, pc.27.

[4] *R.Sicurella, „Rolul avocatului în faţa Procurorului european" în B.Favreau (dir) Avocat în dreptul european, Bruxelles, Bruylant, 2008, p.256.*

[5] *Cartea verde p. 66.*

fundamentale oferită de către dreptul comunitar este considerată ca ”echivalentă„ cu cea asigurată de mecanismul Convenţiei[1], aici nu este vorba decât de o prezumţie şi ea nu este deloc incontestabilă.

În ceea ce priveşte drepturile la apărare, Curtea de la Strassbourg va avea ultimul cuvânt in ceea ce este un dialog mai degrabă, decât o concurenţă de jurisdicţii europene, asupra tuturor normelor dictate de Uniune, angajată să respecte principiile Convenţiei de către articolul 6 TUE, apoi prin adeziune.

Şi cauzele care fac necesară crearea unui Parchet European, fac în acelaşi timp necesară o prealabilă asemănare ale regulilor dreptului penal procesual şi substanţial pentru tot ceea ce priveşte lezările transfrontaliere faţă de interesele Uniunii.

La drept vorbind, părea imposibilă crearea unei instituţii represive fără ca Uniunea să fie în măsură să asigure protecţie drepturilor procedurale şi judiciare ale indivizilor. Deci punerea în aplicare a unui Parchet European trebuie să se aprecieze în mod global, din punctul de vedere al nivelului de garanţie oferit de spaţiul judiciar european.

Concluzii:

Trecerea de la orizontalitate la verticalitate pe care o impune întemeierea unui Parchet European este, fără îndoială, dificilă, dar este şi o ocazie de a ne distanţa şi de a regândi spaţiul justiţiei penale cu care Uniunea Europeană vrea să se doteze. Este de asemenea, o cale de a găsi un echilibru între diversele instrumente avute la dispoziţie în ceea ce priveşte legislaţia fiecărui stat membru (armonizare, unificare, recunoaştere reciprocă) şi de a da un loc şi un rol bine definit fiecărui personaj (fie el naţional sau european).

Aş vrea să remarc în concluzii ce spunea Henri Labayele: „.. Timpul disputelor a trecut. Tensiunile trebuiesc adaptate în faţa mizei pe care o reprezintă realizarea unui adevărat spaţiu de libertate, securitate şi justiţie şi necesitatea de a-şi impune legitimitatea faţă de cetăţeni”.[2] Profesorul John Varvaele a propus o metodă deosebit de convingătoare ca să ajungă să accepte provocarea. Metoda propusă, referitoare la statutului Parchetului European, constă în a reflecta:

- pe de o parte, pornind de la parametrii contextuali (precum principiile constituţionale ale tratatului, alegerile deja făcute prin articolul 86, funcţiile de spadă şi scut ale penalului).
- şi de altă parte, pornind de la parametrii substanţiali (care cer un Parchet European independent, mai ales în raport cu executivul, imparţial şi responsabil).[3]

Referitor la întrebările puse în Jurisprudenţă nu toate şi-au găsit, desigur, răspunsul, dar identificarea lor şi modul concret în care au fost puse sunt tot atâtea asigurări, că se înaintează. Astfel, există un angajament în mod progresiv pe calea stabilirii unui procuror european bine integrat în dreptul Uniunii Europene, dar care se sprijină de asemeni pe tradiţiile noastre naţionale, pe calea unei justiţii penale europene ancorate în realitatea practică.

---

[1] *G. Grasso şi R. Sicurella, Il Corpus Juris 2000, Un modello di tutela penale dei beni giuridici comunitari, Milano, Giuffre, 2003, p. 270 – 275.*

[2] H. Labayle “Spaţiu de libertate, securitate şi justiţie, Cadru general”, J-Cl. Europe 2009.

[3] *J.A.E. Vervaele, „Punerea în aplicarea Corpus Juris în Statele Membre”, 4 vol., Utrecht, intersenţia 2000-2001, p. 933.*

În fine, când se va intra la funcţionarea mai concretă a unui viitor Parchet European, două axe esenţiale vor fi privilegiate: pe de-o parte, chestiunea probei, care este evident în domeniul justiţiei penale esenţiale şi inevitabile; pe de altă parte, chestiunea tot atât de importantă a drepturilor la apărare.

Bibliografie:

(1) Teodor Dacăl, drept penal Român, parte Generală, Ed. Concordia Arad 2007

(2) Teodor Dascăl-Minoritatea în dreptul penal român, Ed. C. H. Beck 2011 Bucureşti;

(3) M. Delmas – Marty şi J.A.E. Vervaele (dir.) Punerea în aplicare a *Corpus Juris* în „Statele membre" 4 vol. Antwerpen–Groningen–Oxford, Intersequentia,2000

(4) V.B. Favreau „Garanţiile pentru păstrarea drepturilor la apărare în *Corpus Juris* 2000" în A. Lanzi, F. Ruggieri, L. Camaldo (dir.), Il defensore e il publico Ministero Europeo" Milano, CEDAM, 2002

(5) G. Grasso şi R. Sicurella, Il Corpus Juris 2000, Un modello di tutela penale dei beni giuridici comunitari, Milano, Giuffre, 2003

(6) Labayle "Spaţiu de libertate, securitate şi justiţie, Cadru general", J-Cl. Europe 2009

(7) S. Murgu, N.M. Stoicu, Drept constituţional şi instituţii politice, Editura Cordial Lex, Cluj-Napoca, 2012;

(8) S. Murgu, N.M. Stoicu, Cadrul juridic de protecţie a drepturilor omului în dreptul intern şi internţional, Editura Cordial Lex, Cluj-Napoca, 2012;

(9) S. Murgu, N.M. Stoicu, Reglementarea măsurilor preventive prin prisma protecţiei europene a drepturilor omului în procesul penal, Editura Cordial Lex, Cluj-Napoca, 2012;

(10) Pavel Palcu drept penal european, tendinţe şi perspective, Univerity Press, V. Goldiş Arad 2011

(11) R.Sicurella, „Rolul avocatului în faţa Procurorului european" în B.Favreau (dir) Avocat în dreptul european, Bruxelles, Bruylant, 2008

(12) J.A.E. Vervaele „Punerea în aplicarea Corpus Juris în Statele Membre", 4 vol., Utrecht, intersenţia 2000-2001

Implementarea în statele membre ale Uniunii Europene a Deciziei cadru 2005/2014/JAI privind sancţiunile pecuniare

Dr. Pavel ***PALCU***[*]
Monica Adriana ***PALCU***[**]

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*

I. Noţiuni introductive

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.[1]

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.

[*] Magistrat-procuror Parchetul de pe lângă Tribunalul Arad România Lector univ. Universitatea de Vest „Vasile Goldiş" Arad România.
[**] Avocat Baroul Arad.
[1] OJ 76, 22.03.2005, p. 16-30.

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.[1]

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.

Acest articol porneşte de la soluţiile diferite de implementare ale deciziilor-cadru de recunoaştere reciprocă, bazat pe un studiu al acestora şi punerea lor în aplicare în Statele Membre. Tratatul de la Lisabona a schimbat mediul dreptului penal al Uniunii Europene şi menţionează explicit recunoaşterea reciprocă. Totodată, în acest articol se va analiza, pe scurt, schimbarea spre folosirea fie a directivelor, fia a regulamentelor, ca instrumente de recunoaştere reciprocă.

I.1. Tehnici diferite de punere în aplicare

Prin ***transformare***, forma cea mai frecvent utilizată pentru punerea în aplicare, deciziile-cadru sunt transformate în legislaţii naţionale şi în anumite reguli privind cooperarea în materie penală în sistemele juridice naţionale respective. Transformarea presupune modificarea altei legislaţii naţionale relevante, pentru a corespunde cu legislaţia naţională de punere în aplicare. Transformarea poate fi realizată în primul rând prin punerea în aplicare a deciziei-cadru în întregime, într-o singură lege naţională corespunzătoare[2]. Transformarea poate fi de asemenea folosită pentru a transforma mai multe cadre legislative de recunoaştere reciprocă într-o singură lege naţională. Acest tip de transformare poate include dispoziţii comune aplicabile tuturor formelor de cooperare. Acesta facilitează stabilirea unei coerenţe interne şi dezvoltarea soluţiilor similare cu privire la temeiurile refuzului. Acest lucru este de dorit, pentru a realiza o aplicare uniformă a recunoaşterii reciproce.

Încorporarea poate fi, de asemenea, utilizată pentru punerea în aplicare a deciziilor-cadru (deşi de obicei este folosită pentru punerea în aplicare a convenţiilor internaţionale). Decizia-cadru se aplică apoi în mod direct şi este tratată ca legislaţie internă. Încorporarea are avantajul că nu necesită elaborarea unei noi legislaţii naţionale. Deciziile-cadru sunt fără îndoială destinate să fie puse în aplicare în sistemele juridice naţionale. Acest lucru poate avea un impact asupra preciziei dispoziţiilor lor, pentru că deciziile-cadru nu sunt, probabil, destinate a fi direct aplicabile. E posibil să fie de aşteptat să se facă unele ajustări sau clarificări, atunci când se trece la punerea în aplicare. În cazul în care prevederile deciziilor-cadru sunt suficient de specifice, această formă de punere în aplicare facilitează utilizarea coerentă a deciziilor-cadru în cadrul UE. Încorporarea facilitează, de asemenea, definirea uniformă a unor anumiţi termeni ai deciziilor-cadru, în conformitate cu ECJ. Acest lucru poate să nu fie cea mai bună soluţie din punct de vedere al menţinerii coerenţei sistemelor juridice naţionale. Este, cu toate acestea, posibil pentru legiuitorul naţional să insereze secţiuni în legile naţionale, acolo unde sunt considerate necesare norme naţionale suplimentare sau ajustări.

[1] 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, p. 72-92).

[2] A se vedea Legea finlandeză de extrădare UE 1286/2003 şi, Legea UE 540/2005 privind extrădarea precum şi Legea suedeză UE privind predarea 2003:1156 şi Legea UE privind confiscarea 500/2005.

I.2. Posibilităţi diferite de punere în aplicare a temeiurilor pentru refuz

Ideea de bază este aceea că hotărârile judecătoreşti trebuie să fie recunoscute, cu excepţia cazului în care este aplicabil un motiv de refuz. Punerea în aplicare a motivelor de refuz devine, astfel, importantă. În fostul al treilea pilon, nu s-au identificat orientări clare pentru punerea în aplicare exactă şi corectă. Acest lucru poate fi văzut, de asemenea, prin prisma tipurilor temeiurilor de refuz, care sunt fie obligatorii, fie opţionale, în cadrul deciziilor. Este neclar dacă opţiunea îi este destinată legiuitorului naţional sau autorităţii judiciare. Legiuitorul naţional poate alege în primul rând să nu pună în aplicare un motiv opţional de refuz. În unele cazuri, statele membre au considerat oportun să nu insereze un motiv opţional de refuz, în cazul în care situaţiile în care temeiul ar fi aplicat sunt foarte rare[1]. Acelaşi lucru este valabil şi în situaţiile în care s-a ales să nu se pună în aplicare recunoaştere condiţionată. În aceste situaţii este utilizată aprecierea de către legiuitorul naţional. Este în marja de apreciere a statelor membre să nu pună în aplicare toate motivele de refuz sau să stabilească o semnificaţie mult mai amplă pentru o prevedere care să exemplifice recunoaşterea reciprocă.

Punerea în aplicare a motivele opţionale de refuz se poate realiza în două moduri diferite: fie în mod obligatoriu pentru autorităţile judiciare, fie nu. Legiuitorul naţional foloseşte cel din urmă mod atunci când motivele de refuz sunt puse în aplicare ca obligatorii pentru autorităţile judiciare. Acest lucru se întâmplă mai ales în situaţiile în care motivul de refuz este considerat esenţial pentru cooperare[2]. Când opţionalitatea este rezervată pentru autorităţile judiciare, legiuitorul naţional menţine aprecierea privind folosirea lor. Atunci când condiţiile sunt îndeplinite, autorităţile judiciare au o opţiune, dacă să aplice motivele de refuz sau nu.

Acest lucru permite o aplicare mai flexibilă a legislaţiei naţionale şi, în cazul unor motive de refuz, oportunitatea naturii lor opţionale[3]. Ambele posibilităţi se situează în cadrul marjei de discreţie a statelor membre. Deşi, motivele de refuz în deciziile-cadru sunt considerate exhaustive, autorităţile judiciare naţionale pot aplica alte motive de refuz. Aceste motive pot fi incluse în legislaţia naţională de către legiuitorul naţional.

Dacă fie legiuitorul naţional, fie autorităţile judiciare naţionale aplică motive suplimentare de refuz, acest lucru ar putea fi considerat inacceptabile. Cu toate acestea, în situaţiile în care refuzul de recunoaştere se bazează pe probleme legate de drepturile omului sau pe alte motive de uniune-legislativă, acestea se pot considera ca situându-se în marja de apreciere a Statelor Membre.

În unele situaţii excepţionale, motivele obligatorii de refuz pot fi ignorate în procesul de implementare. Acest lucru s-ar întâmpla în situaţiile în care motivul de refuz nu este considerat esenţială pentru refuzul cooperării. Nu există astfel de exemple în legislaţia nordică de azi pentru punerea în aplicare, dar există posibilitatea. Pentru statele membre pare posibilă o alegere de a coopera dincolo de deciziile-cadru (aici, se poate face o paralelă cu armonizare minimă în drept penal de fond). Acest lucru ar putea fi luat în

[1] În Legea suedeză UE privind predarea şi în Legea sancţiunilor financiare a Uniunii Europene, motivele opţionale de refuz cu privire la competenţa extrateritorială nu sunt incluse, deoarece nu sunt considerate necesare şi ar fi cu greu aplicate vreodată. Actul de extrădare UE Finlandez, dimpotrivă, include motivul opţional cu privire la extrateritorialitate în secţiunea 6 (8), chiar dacă este subliniată rara aplicarea a acesteia.

[2] De exemplu, motivul pentru refuz legat de naţionalitatea persoanei căutate în legătură cu predare şi extrădare.

[3] Acest lucru se aplică, de exemplu, în situaţiile care implică conflicte de competenţă.

considerare în cadrul marjei de apreciere a statelor membre, cu excepţia cazului în care motivul de refuz este necesar pentru cooperare.

I.3. Motivele din spatele diferitelor motive de refuz

Există mai multe motive în spatele diferitelor motive de refuz, atât la nivelul UE şi la nivel naţional. Pot fi distinse unele caracteristici generale. Ele motivează şi diferitele puneri în aplicare şi natura obligatorie sau opţională a motivelor de refuz.

Unele dintre motivele de refuz poate fi văzută ca ***premise obligatorii pentru recunoaşterea reciprocă.*** Aceste motive stabilesc minime cerinţe pentru ca recunoaşterea să se aplice. Cu excepţia cazului în care aceste premise există, nu există nici un punct de plecare pentru recunoaştere. Situaţiile care implică informaţii insuficiente, non-existenţa obiectului solicitat şi cererile concurente sunt toate bazate pe motive practice legale care exclud posibilitatea recunoaşterii. Recunoaşterea este refuzată atunci când aceste minime cerinţe nu sunt îndeplinite. Aceste motive de refuz sunt, în general, similare în deciziile-cadru şi în punerea în aplicare a legislaţiei naţionale.

Anumite temeiuri de refuz sunt ***consecinţe ale aplicării recunoaşterii reciproce***. Aceste consecinţe sunt rezultatele aplicării principiului de recunoaştere reciprocă şi pot avea efecte fie pozitive, fie negative. Un rezultat este pozitiv în cazul în care permite ca recunoaşterea să aibă loc. Eliminarea dublei incriminări pentru infracţiuni din lista inclusă în instrumentele de recunoaştere reciprocă poate fi considerat un rezultat pozitiv al recunoaşterii reciproce. Deşi, nu este un motiv real pentru refuz, menţionarea explicită a eliminării în toate deciziile-cadru semnifică o abordare determinată, întrucât, pentru infracţiunile care nu sunt în listă, cerinţa dublei incriminări se aplică în continuare. În cazul în care un rezultat este negativ, recunoaşterea este refuzată. ***Ne bis în idem*** este un asemenea rezultat al recunoaşterii reciproce. Acesta rezultă din acceptarea forţei juridice a deciziilor anterioare pronunţate în alte State Membre. Acest lucru întăreşte libera circulaţie a persoanelor afectate de aceste decizii şi siguranţa juridică. Persoanele trebuie urmărite penal şi judecate o singură dată pentru aceeaşi infracţiune în UE. Prima urmărire penală este recunoscută ca urmărire penală în toate Statele Membre şi, prin urmare, o nouă urmărire penală ar contraveni principiului general care interzice dublul pericol. Consecinţa unei hotărâri definitive anterioare este faptul că recunoaşterea unei oricare altei hotărâri ulterioare trebuie să fie refuzată şi, astfel, funcţionează ca un temei de refuz.

Aceste motive sunt în principal similare în deciziile-cadru şi în legislaţia de punere în aplicare. Marja de apreciere pentru Statele Membre pare a fi limitată în ceea ce priveşte punerea în aplicare a motivelor de refuz, pentru că aceste rezultate sunt consecinţele aplicării recunoaşterii reciproce. În cazul în care punerea în aplicare exprimă un grad mai mare de recunoaştere reciprocă (cerinţa eliminării dublei incriminări pentru mai multe infracţiuni decât cele listate), acest lucru nu constituie totuşi o problemă.

Unele dintre motivele de refuz se bazează pe respectul pentru ***principiile stabilite de drept internaţional***. Recunoaşterea reciprocă nu este destinată să modifice principiile stabilite de drept internaţional, ci pentru a face cooperarea mai eficientă. Acest lucru nu poate avea loc fără respectarea principiilor internaţionale de drept existente.

Exemplele sunt motivele de refuz legate de drepturile omului şi motivele legate de imunităţi şi privilegii. Astfel de motive de refuz sunt prezente atât în deciziile-cadru, cât şi în legislaţia de punere în aplicare, şi sunt în general asemănătoare în ambele.

Motivele de refuz pot fi, de asemenea, bazate pe ***respectul pentru esenţa suveranităţii statului.*** Statele membre au competenţa de a reglementa dimensiunile jurisdicţiilor lor penale, de a determina domeniul de aplicare pentru exercitarea competenţelor lor penale şi legislaţia referitoare la proprii cetăţeni şi să stabilească condiţiile răspunderii penale. Acestea pot fi considerate o parte esenţială a competenţelor de drept penal ale unui stat suveran.

Recunoaşterea reciprocă duce la anumite restricţii privind suveranitatea statelor membre. Unele motive de refuz sunt simptomatice luptei între competenţe UE şi cele ale statelor membre. Motivul pentru aceste motive de refuz este faptul că Statele Membre au competenţe în ceea ce priveşte excluderea UE din chestiuni care pot fi considerate a fi în esenţa suveranităţii de stat. Astfel de motive în legislaţia de punere în aplicare au demonstrat cât de mult au considerat statele membre că este posibil să renunţe la puterile lor suverane în numele recunoaşterii reciproce.

Acestea sunt motivele pentru care un stat membru poate devia în cadrul negocierilor la nivelul UE, precum şi în punerea în aplicare a legislaţiei naţionale. Aceste motive pentru refuz dezechilibrează interesele UE de cooperare şi interesele suverane ale statelor membre.

Ele reprezintă zona în care competenţa le aparţine Statele Membre, dar unde UE consideră acest lucru un obstacol în calea cooperării. Statele membre sunt reticente să renunţe la control unor probleme atât de strâns legate de suveranitatea lor. Aceste motive sunt, de obicei, deja cuprinse în deciziile-cadru, dar ele tind să fie aplicate în legislaţia implementare cât mai târziu posibil. În numeroase cazuri, acestea sunt obligatorii, deoarece Statele Membre nu au dorit să renunţe la suveranitatea lor.

II. Premisele recunoaşterii reciproce consolidate

După paşii deosebit de importanţi către o mai buna integrare europeana din perspectiva intensificării cooperări intre 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 data dedicata 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 fata pericolului pe care o reprezintă infracţionalitatea la nivel internaţional U.E. urma sa pregătească noi forme de cooperare în acest domeniu mai ales prin dezvoltarea unor instrumente bazate pe principiul recunoaşterii reciproce, care 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

[1] V.D. Flore, *Drept penal european „Les enjeux d'une justice pénale européene"* Bruxelles, Larcier, 2009, p. 592 s.; P. Palcu, *Drept penal european. Tendinţe şi perspective*, Ed. Universty Press. V. Goldiş Arad 2011, p. 211.

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 de 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.[1]

Principiul recunoaşterii reciproce consolidate pleacă de la premisa că hotărârile care urmează a fi recunoscute şi executate respectă întotdeauna principiul legalităţii, subsidiarităţii şi proporţionalităţii, dar şi ajuta la depăşirea dificultăţilor care apar din cauza diversităţii sistemelor judiciare din statele membre. [2]

II.1. Parametri de eficienţă:

Având în vedere că recunoaşterea reciprocă are diferite forme şi este solicitată în toate stadiile procedurii penale au fost stabiliţi anumiţi parametrii care determina eficienţa 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;
- dacă statele au convenit privind răspunderea în cazul achitării;[3]

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. [4]

---

[1] V.D. Flore, *Drept penal european „Les enjeux d'une justice pénale européene"* Bruxelles, Larcier, 2009,p. 593 s.

[2] H. Labayle, „*Între dorinţă şi realităţi: ce drum pentru o represiune penală a violărilor dreptului comunitar"*, RMC 2003, 293.

[3] H. Labayle „*Spaţiu de libertate, securitate şi justiţie, Cadru general*", J-Cl. Europe 2009, fasc. 2620.

[4] Tratatul privind funcţionarea Uniunii Europene (TFUE) la titlul V, capitolul 4 (cooperarea judiciară în materie penală) şi 5 (cooperarea poliţienească).

II.2. Impactul directivele şi regulamentele asupra recunoaşterii reciproce a hotărârilor

Art. 82 al TFEU stipulează că se va aplica procedura legislativă ordinară. Aceasta înseamnă că instrumentele actuale de recunoaşterea reciprocă sunt fie directivele, fie regulamentele.

Atunci când directivele sunt utilizate ca instrumente de recunoaştere reciprocă, acest lucru nu va influenţa diferitele tehnici de punere în aplicare. Directive trebuie să fie puse în aplicare în sistemul legislativ naţional. Directivele au, totuşi, un efect direct, care poate fi relevant în cazul în care un stat membru pune în aplicare în mod incorect o directivă de recunoaştere reciprocă, sau în cazul în care nu reuşeşte să o pună în aplicare la timp. Acest lucru nu ar trebui, totuşi, să conducă la interpretarea ***contra legem***[1] a legilor penale naţionale. În ceea ce priveşte posibilităţile diferitelor state membre să pună în aplicare motivele pentru refuz, par să se aplice, în principal, aceleaşi abordări ca în cazul deciziilor-cadru. Statele membre au posibilitatea de a-şi apăra interesele lor suverane. O excepţie jurisdicţia deplină a Curţii de Justiţie Europene a Uniunii Europene (CEJ) în materie penală, pentru că competenţă sa generală se aplică în conformitate cu art. 267 din TFEU.

CEJ poate avea un rol mai activ în chestiunile de recunoaştere reciprocă şi, eventual, să aplice o abordare mai deschisă către UE. Dacă un stat membru a ales să nu pună în aplicare un motiv obligatoriu pentru refuz într-o directivă, CEJ poate - prin efectul direct al directivei – să declare că motivul de refuz este totuşi aplicabil.

Atunci când regulamentele sunt utilizate ca instrumente de recunoaştere reciprocă, scenariul de mai sus privind diferitele posibilităţi se modifică fundamental. Nu este necesară punerea în aplicare şi, prin urmare, nu este posibilă nici o ajustare a sistemului juridic naţional. Nu există diferite posibilităţi în ceea ce priveşte ajustarea motivelor de refuz. Regulament este direct aplicabil, ceea ce conduce statele membre la pierderea posibilităţii de a ajusta instrumentul de recunoaştere reciprocă în sistemele lor juridice naţionale. Acest lucru este nefavorabil, în special în ceea ce priveşte aceste temeiuri de refuz motivate prin respectarea esenţei suveranităţii de stat. Statele membre îşi pierd posibilitatea de a-şi sublinia şi de a-şi proteja interesele suverane legate de dreptul penal naţional. Deşi, acest lucru s-ar putea să nu difere în mare măsură de la încorporările anterioare ale deciziilor-cadru, diferenţa este de asemenea natură încât, în cazul regulamentelor, nu există nici o posibilitate de a amenda instrumentul [2].

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 masuri 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:

---

[1] CEJ a afirmat, în cazul Pupino, C-105/03 alin. (4)7, că interpretarea legislaţiei naţionale în caz de punere în aplicare în lipsa unei decizii-cadru nu poate conduce la o interpretare contra legem, în cazul în care decizia cadru ar fi singurul temei pentru sentinţă sau creşterea în severitatea a pedepsei. Acest indirect efect nu pare să difere mult de la efectele directe ale directivelor (a se vedea A. Klip, *Dreptul penal european*, 2009, p. 65).

[2] Desigur, nu este clar dacă regulamentele vor fi utilizate pe scară largă pentru a reglementa recunoaşterea reciprocă de cooperare.

- 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:[1]

II.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

Eurojust stimulează şi îmbunătăţeşte coordonarea investigaţiilor şi punerii sub urmărire penală dintre autorităţile competente din statele membre.[4] 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;

---

[1] H. Laboyle, „Tratatul de la Lisabona şi întrajutorarea represivă în Uniunea europeană", RAE 2008, 209.

[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.

[4] F. Dehousse et J. Garcia Martinez. "Eurojust şi cooperarea judiciară penală", JTDE, 2004, 171. G.V. Sabău – Traficul şi consumul ilicit de droguri şi precursori, Ed. Universul juridic 2010, p. 303.

- 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.

3. Structura deciziei cadru privind sancţiunile financiare şi măsurile legislative necesare pentru aplicarea ei

3.1. Obiectiv şi 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 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;

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.[2]

---

[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.

[2] 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) Curtea 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 alin. (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 alin.

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 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.

---

(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.

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.

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.

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 în idem*** se va aplica nu numai în cazul identităţii calificărilor, ci şi al identităţii faptelor şi va privi deciziile care, provenite de la

[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 în 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.

autoritate chemată să participe la administrarea justiţiei, constituie o sancţiune sau o apreciere pe fondul unui comportament.

Bibliografie

1. 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.

2. T. Dascăl, Drept penal român – parte generală. Ed. Concordia Arad 2010.

3. F. Dehousse et J. Garcia Martinez. "Eurojust şi cooperarea judiciară penală", JTDE, 2004, 171.

4. V.D. Flore, Drept penal european „Les enjeux d'une justice pénale européene" Bruxelles, Larcier, 2009, pag. 592 s.

5. V.D. Flore, Drept penal european „Les enjeux d'une justice pénale européene" Bruxelles, Larcier, 2009, pag. 593 s.

6. H. Labayle, "Între dorinţă şi realităţi: ce drum pentru o represiune penală a violărilor dreptului comunitar", RMC 2003, 293.

7. H. Labayle "Spaţiu de libertate, securitate şi justiţie, Cadru general", J-Cl. Europe 2009, fasc. 2620.

8. H. Laboyle, „Tratatul de la Lisabona şi întrajutorarea represivă în Uniunea europeană", RAE 2008, 209.

9. P. Palcu – Drept penal european. Tendinţe şi perspective. Ed. Universty Press. V. Goldiş Arad 2011.

10. G.V. Sabău – Traficul şi consumul ilicit de droguri şi precursori Ed. Universul juridic 2010. p. 303.

11. A. Weyembergh „Principiul *non bis in idem*" – piatră de încercare în spaţiul penal european, CDE 2004, 337.

NATO - organizaţie politico-militară, euro-atlantică şi rolul său în asigurarea păcii şi securităţii omenirii

Mihail **NIEMESCH***

Rezumat: *De la data înfiinţării NATO a urmărit şi urmăreşte respectarea drepturilor omului, consolidarea statului de drept şi domnia legii. NATO este o organizaţie dinamică şi în plină expansiune. Dacă iniţial se urmărea libertatea şi securitatea propriilor membrii, iar după finalizarea războiului rece se constată deschiderea porţilor pentru noile democraţii europene, în anul 1999, NATO decide să se transforme dintr-un apărător al propriilor membrii într-un administrator al conflictelor din zona euro-atlantică. Trebuie să precizăm faptul că prin noul concept strategic adoptat la Roma în 1991, NATO lansează deja strategia globală de asigurare a securităţii datorită noilor ameninţări de atacuri teroriste, cât şi din cauza diverselor crize regionale.*

Cuvinte cheie: *NATO, democraţie, organizaţii internaţionale*

Introducere

Organizaţiile internaţionale reprezintă subiecte de drept internaţional relativ noi. Acestea au luat naştere în secolului XIX, au dobândit importanţă în cursul următorului secol, iar după anul 1945, numărul lor a crescut semnificativ. Fie că este vorba despre ONU, fie despre NATO sau Liga Arabă, organizaţiile internaţionale reprezintă un factor de echilibru pe plan mondial şi cu mari valenţe pacifiste.

Cooperarea internaţională reprezintă baza păcii mondiale. Cooperarea globală este impusă de şirul ameninţărilor cu care ne confruntăm şi care necesită o abordare unitară în utilizarea unor resurse comune şi cu eforturi comune.

Singure, guvernele naţionale nu pot asigura necesarul de logistică, echipament, tehnică etc. pentru a putea fi combătute pericolele de tot soiul cu care este ameninţată pacea şi securitatea mondială. Pentru acest motiv organizaţiile internaţionale au dobândit un rol important pe plan mondial şi pentru acest motiv ele sunt şi trebuie să fie implicate în activităţile de cooperare şi conlucrare între subiectele de drept internaţional.

I. Scurtă incursiune în apariţia şi dezvoltarea organizaţiilor internaţionale

După cum spuneam, secolul XIX marchează apariţia organizaţiilor internaţionale. Fondul internaţional era caracterizat de apariţia de multe noi state, mai ales în America de Sud şi Europa cu consecinţa modificării tipurilor de relaţii interstatale, atât sub aspect cantitativ dar şi sub aspect calitativ. După cum se arată, mecanisme internaţionale de cooperare s-au adăugat mijloacelor şi formelor existente în dreptul

* Lector univ. dr., Facultatea Titu Maiorescu Bucureşti.

internaţional şi în practica statelor: tratate, reuniuni diplomatice, relaţii diplomatice ale statelor ş.a.[1] Din episodică, conferinţa internaţională devine periodică prin intermediul unui secretariat, capătă o anumită permanenţă.[2]

Apariţia organizaţiilor internaţionale în accepţiunea modernă este marcată de constituirea Uniunii Poştale Universale (1874) şi Organizaţia Meteorologică Mondială (1878). Evoluţia organizaţiilor internaţionale a continuat, noi şi importante astfel de subiecte de drept internaţional se înfiinţează încât, în secolul XX se constituie Liga Naţiunilor şi Organizaţia Internaţională a Muncii (1919). Tot în secolul XX a luat fiinţă, în baza Cartei Naţiunilor Unite, intrată în vigoare la data de 24.X.1945, ce mai importantă organizaţie internaţională, cu vocaţie universală, ş.a.: Organizaţia Naţiunilor Unite-O.N.U.

La scurt timp, întemeiată pe principiile Cartei O.N.U., se înfiinţează în baza Pactului Atlanticului de Nord, semnat la Washington, în data de 04.IV.1949 şi intrat în vigoare la 24.X.1949, Organizaţia Atlanticului de Nord - N.A.T.O.

II. Condiţiile istorice ale apariţiei şi evoluţiei N.A.T.O, tipul de organizaţie, caracteristici şi organe principale.

a. Condiţiile istorice ale apariţiei şi evoluţiei N.A.T.O

După cum se ştie, cel de al doilea război mondial a fost cel mai devastator război din istoria omenirii. Acesta a început la 1 septembrie 1939 când Germania a atacat Polonia dar, în cele din urmă, s-a extins ajungând să includă majoritatea naţiunilor din lume iar aria geografică a fost extrem de extinsă.

A doua conflagraţie mondială s-a sfârşit în data de 09.V.1945, odată cu semnarea capitulării necondiţionate de către Germania, lăsând în urmă o lume dominată de marile puteri S.U.A. şi U.R.S.S.

Ca o caracteristică principală, al doilea război mondial a presupus utilizarea resurselor politico-economice şi umane ale diferitelor state şi extinderea fronturilor de luptă, astfel încât să includă aproape toate teritoriile inamice. Cele mai semnificative consecinţe au fost remarcate pe planul sărăcirii economice dar şi pe plan politic. De reţinut faptul că în stadiile finale ale războiului au fost introduse 2 arme noi: rachetă cu rază lungă de acţiune şi bomba atomică. Cu toate acestea, războiul a fost purtat cu aceleaşi arme clasice (sau cu arme îmbunătăţite) utilizate în primul război mondial. Statisticile făcute în urma celui de-al doilea război mondial sunt dure şi triste: în total 61 de ţări beligerante, cu populaţia de 1.7 miliarde locuitori reprezentând trei sferturi din populaţia Terrei, au participat la război. Circa 110 milioane de persoane au fost antrenate spre a satisface serviciul militar, mai mult de jumătate fiind mobilizaţi de 3 ţări: URSS (22-30 milioane), Germania (17 milioane) şi SUA (16 milioane). Statisticile sunt însă doar estimative şi nu sunt chiar certe. Ceea ce este sigur: întinderea vastă a războiului şi consecinţele dezastroase, aproape apocaliptice.

Din păcate, după finalizarea celui de al doilea război, omenirea a asistat cu îngrijorare la dezvoltarea de către U.R.S.S. a unei politici de expansiune şi de implementare a sistemului comunist în ţările aflate sub aria sa de influenţă. Negarea valorilor democratice, încălcările permanente ale drepturilor omului, eliminarea

[1] Gh. Moca, *Dreptul Organizaţiilor internaţionale*, Fundaţia Universitara Română de ştiinţe şi arte Gheorghe Cristea, Bucureşti 1997, p. 1.

[2] P. Reuter, *Institutions internationales*, Paris 1963, p. 183.

proprietăţii private şi nu numai au reprezentat factori de îngrijorare în rândul ţărilor Europei occidentale şi aliaţii nord-americani, S.U.A. şi Canada.

Astfel, în mod corect, reputaţii Andrei Popescu şi Ion Jinga arată că era evident că înţelegerile internaţionale încheiate la terminarea conflictului mondială şi Carta Naţiunilor Unite nu erau suficiente pentru a garanta suveranitatea şi independenţa ţărilor democratice în faţa riscului unei noi agresiuni din exterior sau a unor acţiuni subversive din interior. Impunerea de către Moscova a unor regimuri nedemocratice, represiunea mişcărilor de opoziţie, violarea drepturilor omului şi a libertăţilor fundamentale în multe din ţările Europei Centrale şi de Est ca şi în alte părţi ale lumii, constituiau tot atâtea elemente de îngrijorare ce se adăugau temerilor existente.[1] Importante evenimente ulterioare anului 1945, blocada ilegală a Berlinului, ameninţarea directă asupra suveranităţii Greciei, lovitura de stat din Cehoslovacia au concurat la decizia formării, de către unele state vest-europene + S.U.A. a unui sistem de apărare care să garanteze suveranitatea naţională şi integritatea valorilor democratice după care sunt guvernate statele respective.

Astfel, după cum arătam anterior, în anul 1949 se înfiinţează NORTH ATLANTIC TREATIE ORGANISATION-N.A.T.O. De la data înfiinţării NATO a urmărit şi urmăreşte respectarea drepturilor omului, consolidarea statului de drept şi domnia legii. Acest tratat, pe fond, este unul legal, exprimând voinţa liber exprimată a părţilor, având un obiect licit. După cum se arată în doctrina recentă, tratatul internaţional este încheiat cu intenţia de a produce efecte juridice, adică de a crea drepturi pe care părţile convin să le exercite şi obligaţii pe care şi le asumă pentru a fi îndeplinite cu bună credinţă.[2] Buna-credinţă în exercitarea drepturilor, respectarea angajamentelor asumate şi a aliaţilor, ducerea la îndeplinire a obligaţiilor în interiorul alianţei dar şi pe plan internaţional reprezintă modul de lucru al întregii organizaţii în ansamblul ei dar şi modul individual de a acţiona de către fiecare stat membru.

NATO reprezintă legătura transatlantică prin intermediul căreia securitatea Americii de Nord este în permanentă conexiune cu securitatea Europei. Ea este manifestarea practică a efortului colectiv depus de către membrii săi pentru susţinerea intereselor comune în problema securităţii. Pe scurt, Alianţa este o asociere de state libere, unite în hotărârea lor de a-şi menţine securitatea prin garanţii comune şi prin relaţii stabile cu alte ţări.[3]

Dispariţia blocului comunist şi căderea cortinei de fier, ambele evenimente petrecute în anul 1989, urmate de disoluţia URSS doi ani mai târziu, au constituit sfârşitul unei perioade de confruntare şi separare marcând, totodată, începutul unei ere noi în care Europa este pe cale să-şi regăsească identitatea. Odată războiul rece încheiat, mediul politic şi de securitate pe continent s-a schimbat decisiv, statele europene încetând să se mai considere adversare.[4]

Schimbările radicale care au avut loc pe continent prin prăbuşirea regimurilor dictatoriale din fostele ţări socialiste ale Europei centrale şi de est au generat necesitatea adaptării NATO la noile condiţii ale trecerii de la confruntare la parteneriat cu aceste ţări. Au apărut astfel noi probleme de rezolvat: deschiderea NATO către cooperarea politico-militară cu toate ţările central şi est europene în perspectiva admiterii unora

[1] A. Popescu, I. Jinga, *Organizaţii Europene si Euroatlantice*, Ed. LuminaLex, Bucureşti 2001, p. 39.

[2] F. Maxim, *Aspecte teoretice şi practice privind tratatul*, Ed. Universul Juridic,Bucureşti 2012, p. 22.

[3] M.D. Lungu, *Rolul organizaţiilor internaţionale în soluţionarea paşnică a diferendelor internaţionale*, Ed. Universul Juridic,Bucureşti 2010, p. 396.

[4] A. Popescu, I. Jinga, *op. cit.*, p. 3.

dintre ele în Organizaţie şi transformarea ei dintr-o organizaţie defensivă în una de securitate general europeană, crearea unor structuri adecvate în acest sens, reacţia şi contribuţia NATO la soluţionarea unor situaţii de criză şi conflictuale pe continent, reducerea nivelului armamentelor nucleare şi convenţionale.[1]

În acest sens, în anul 1991 se înfiinţează C.C.N.A.-CONSILIUL DE COOPERARE NORD-ATLANTIC, un veritabil organ consultativ, cu participarea statelor Europei de Est. Tendinţa acestor state ce au suferit peste 40 de ani de dictatura, a reprezentat-o alăturarea de structura NATO, organizaţie internaţională ce oferă dreptul la autoapărare colectiv şi garanţii certe de securitate. Acest deziderat s-a realizat începând cu anul 1999.

România a formulat cererea aderarea la NATO în 1993. Un an mai târziu, România a fost primul stat care răspunde invitaţiei lansate de NATO de a participa la Parteneriatul pentru Pace. Acest program viza cooperarea euro-atlantică în materie de securitate, având ca ţel principal includerea a noi membri în NATO.

În aprilie 1999, NATO a lansat Planul de acțiune în vederea admiterii de noi membri (Membership Action Plan - MAP). În cadrul acestui mecanism, România și-a elaborat propriul Plan național anual de pregătire pentru aderare (PNA), care stabilește obiective, măsuri și termene de realizare în vederea aderării la Alianță.

La Summit-ul NATO de la Praga (21-22 noiembrie 2002), pe baza evaluării progreselor înregistrate de statele candidate, șefii de state și de guverne ai ţărilor membre ale NATO au decis invitarea României, alături de alte state: Bulgaria, Estonia, Letonia, Lituania, Slovacia, Slovenia, pentru a demara convorbirile de aderare la Alianța Nord-Atlantică.

Ambasadorii statelor membre NATO au semnat Protocoalele de aderare la NATO pentru România și celelalte șase state invitate să adere, în cadrul unei ceremonii desfășurate la Bruxelles la 26 martie 2003. La 29 martie 2004, România a aderat la NATO.

b. Tipul de organizaţie, caracteristici şi organe principale

NATO este o organizaţie interstatală, cu caracter zonal, având o competenţă specială, fiind o organizaţie deschisă şi subiect de drept internaţional.

Cartierul General al NATO se află la Bruxelles.

Consiliul NATO sau Consiliul Atlanticului de Nord (CAN/NAC) este organul suprem al Organizației Tratatului Atlanticului de Nord. Acesta se întruneşte la nivelul reprezentanţilor permanenți sau se poate constitui din miniştrii apărării ori din primii-miniştri ai statelor membre şi se întruneşte de două ori pe săptămână.

Adunarea Parlamentară a NATO (NATO Parliamentary Assembly) a fost înființată în anul 1955 sub denumirea de *North Atlantic Assembly* (Adunarea Atlanticului de Nord) este un organism consultativ interparlamentar format din membri ai parlamentelor naționale ale statelor membre, numărul reprezentanților naționali fiind proporțional cu numărul populației statelor membre.

Structuri militare

Unitățile şi formațiunile militare ale NATO constituie organismul operațional al NATO. Această organizaţie cuprinde şi comandamente militare regionale integrate pentru Europa, zona Atlanticului, Marea Mânecii cu misiuni de apărare şi securitate pentru statele membre.

[1] Gh. Moca, *op. cit.*, p. 73.

III. Pacea şi securitatea omenirii-obiectivul principal al NATO

Tratatul NATO este un document simplu, elaborat în literă şi spiritul Cartei ONU. Această organizaţie urmăreşte, în principal, asigurarea securităţii statelor membre prin crearea unui climat de pace. În aceeaşi măsură, acest obiectiv reprezintă şi un deziderat universal al NATO.

Principiul fundamental care stă la baza Alianţei este un angajament comun de cooperare mutuală între statele membre, axat pe indivizibilitatea securităţii acestora. Solidaritatea şi coeziunea din cadrul Alianţei susţin faptul că nicio ţară membră nu poate fi forţată să se bazeze numai pe propriile eforturi naţionale în cazul apariţiei unor ameninţări asupra securităţii sale.[1]

Alianţa are o vocaţie pur defensivă, securitatea este indivizibilă şi orice atac împotriva unuia din membrii săi va fi considerat drept un atac împotriva tuturor.[2]

De la data înfiinţării NATO a urmărit şi urmăreşte respectarea drepturilor omului, consolidarea statului de drept şi domnia legii. În acest sens, cu ocazia reuniunii la nivel înalt de la Praga, NATO declară că această organizaţie va rămâne deschisă democraţiilor europene care doresc să-şi asume responsabilităţile şi obligaţiile pe care le presupune statutul de membru, în conformitate cu articolul 10 din tratatul de înfiinţare.

NATO este o organizaţie dinamică şi în plină expansiune. Dacă iniţial se urmărea libertatea şi securitatea propriilor membrii, iar după finalizarea războiului rece se constată deschiderea porţilor pentru noile democraţii europene, în anul 1999, NATO decide să se transforme dintr-un apărător al propriilor membrii într-un administrator al conflictelor din zona euro-atlantică. Trebuie să precizăm faptul că prin noul concept strategic adoptat la Roma în 1991, NATO lansează deja strategia globală de asigurare a securităţii datorită noilor ameninţări de atacuri teroriste cât şi din cauza diverselor crize regionale.

Atacurile teroriste din 11 septembrie 2011 au consolidat evoluţiile care marcaseră Alianţa în deceniul precedent. Pe de o parte, au demonstrat că noile ameninţări care afectau statele Alianţei nu se limitau la o anumită regiune a lumii, ducând astfel la depăşirea dezbaterii privind posibilitatea de a interveni în afara zonei. De asemenea, au accelerat prioritatea acordată transformării capacităţilor militare ale Alianţei în vederea adaptării lor la astfel de ameninţări.[3]

Declaraţia NATO, cu ocazia Reuniunii de la Praga reprezintă, în fapt, afirmarea acestei organizaţii, pe plan mondial ca subiect de drept internaţional, fără limită geografică, cu posibilitatea de implicare militară de la activităţi de menţinerea păcii şi până la confruntări de înaltă intensitate. Un exemplu de acest fel îl reprezintă intervenţia NATO în Serbia, având ca scop declarat stoparea politicii Serbiei de epurare etnică în Kosovo. Unele intervenţii din cadrul acestei operaţiuni au fost aspru criticate (a se vedea atacul aerian asupra Serbiei). Ceea ce trebuie însă reţinut reprezintă faptul că misiunea NATO a vizat menţinerea păcii şi a securităţii internaţionale. Odată cu finalizarea stării de beligeranţa de fosta Iugoslavie şi odată cu declararea independenţei Kosovo (nerecunoscută, încă, internaţional în totalitate), cu acordul comunităţii internaţionale NATO, prin structurile sale, a preluat misiuni de asigurare a securităţii Kosovo şi de implementare a instituţiilor democratice.

---

[1] M.D. Lungu, *op. cit.*, p. 398.
[2] A. Popescu, I. Jinga, *op. cit.*, p. 42.
[3] Jean-Luc Sauron, *Curs de Instituţii Europene*, Ed. Polirom, Iaşi 2010, p. 381.

Concluzii

În dorinţa fermă de asigurarea a păcii, NATO a creat, în acest sens, o seamă de structuri proprii. Astfel, a fost creată FORŢA DE REACŢIE RAPIDĂ (NRF-NATO RESPONSE FORCE). Aceasta include structuri aeriene, navale terestre şi forţe speciale. NRF este o entitate permanentă şi este, în esenţă, creată pentru a interveni în cadrul unei crize aflate în stadiu precoce.

În prezent, o stare deosebită o reprezintă evoluţia situaţiei din Crimeea. Această regiune a avut o istorie extrem de zbuciumată, iar datele recente atestă că în 19 februarie 1954, la ordinul lui Nikita Sergheevici Hruşciov, regiunea Crimeea a fost transferată de la RSFS Rusă la RSS Ucraineană, printr-un decret al Sovietului Suprem al URSS, fără ca populaţia locală să fie întrebată dacă este de acord cu asta. La acea dată, la conducerea Uniunii Sovietice se afla Nikita Sergheevici Hruşciov care, din 1908 până în 1931, trăise şi activase în Ucraina. În prezent, în peninsulă care de-a lungul timpului a fost locuită de tătari, populaţia de origină rusă reprezintă majoritatea locuitorilor. Ca urmare a protestelor rusofonilor şi în condiţiile prezenţei armatei ruse, la 16 februarie 2014 a fost organizat un referendum, în urma căruia Crimeea s-a declarat independentă, ea fiind anexată imediat după aceea de către Federaţia Rusă.

Comunitatea internaţională a fost consternată de ingerinţa Rusiei în treburile interne ale Ucrainei, importante organizaţii internaţionale printre care şi NATO au dezavuat evenimentele, condamnându-le cu fermitate. În luările de poziţie, se arată că „Asistăm aici la o nouă formă de război şi la o parte dintr-o strategie concertată", a explicat Chris Donnelly, un fost înalt consultant pe lângă NATO pe probleme legate de Rusia şi în prezent director al Institute for Statecraft din Londra. „Fie ne opunem acestei strategii, fie o lăsăm să se întâmple. Până acum răspunsul a fost complet inadecvat", a apreciat el. După ce anexarea peninsulei ucrainene Crimeea de către Rusia pare a fi acum un fapt împlinit şi ireversibil, multe persoane se aşteaptă la noi confruntări în anii ce urmează."[1] Poziţia NATO este una fermă şi intransigentă, în acest sens se arată că „Anexarea peninsulei Crimeea de către Rusia, care este o agresiune militară a Moscovei faţă de Ucraina, constituie o ameninţare la adresa securităţii euroatlantice, a declarat, în cadrul aceluiaşi eveniment, Patrick Auroy, asistent al Secretarului General al NATO, responsabil pentru investiţiile în domeniul apărării. Oficialul NATO a mai precizat că Alianţa a hotărât să suspende cooperarea cu Moscova în cadrul Consiliului NATO-Rusia.."[2]

Aceste puncte de vedere exprimate de înalţi oficiali NATO, demonstrează poziţia NATO vis-a-vis de orice încălcare a normelor de drept internaţional şi de orice încălcare a integrităţii şi suveranităţii statelor.

Referitor la criza din Crimeea, extrem de apropiată de graniţa României, nu putem să nu remarcăm punctul de vedere extrem de întemeiat al MAE, prin care se precizează: că „Pe măsură ce tipurile de ameninţări evoluează şi se modifică, NATO trebuie, la rândul său, să treacă printr-un proces de schimbare. Această transformare reprezintă o provocare şi o cerinţă constantă pentru Alianţă, căreia vă trebui să îi facă faţă permanent. Procesul de transformare va avea la bază întotdeauna valorile fundamentale ale NATO. NATO acordă o importanţă deosebită relaţiilor sale cu Uniunea Europeană, care îşi dezvoltă propria Politică Externă şi de Securitate Comună. NATO doreşte stabilirea unui parteneriat solid cu Uniunea Europeană, nu numai la nivel de cooperare

[1] http://epochtimes-romania.com/.
[2] https://ro.stiri.yahoo.com.

militară în zone de interes comun precum Kosovo şi Afganistan, dar şi la nivelul dialogului politic.

În dezvoltarea acestui parteneriat se va avea în vedere evitarea eventualelor dublări ale acţiunilor celor două organizaţii şi implicarea în cea mai mare măsură posibilă a statelor membre în operaţiunile fiecărei organizaţii astfel încât să se utilizeze în modul cel mai eficient resursele comune disponibile"[1]

BIBLIOGRAFIE

1. M.D. Lungu, Rolul organizaţiilor internaţionale în soluţionarea paşnică a diferendelor internaţionale, Editura Universul Juridic, Bucureşti, 2010.

2. F. Maxim, Aspecte teoretice şi practice privind tratatul, Editura Universul Juridic, Bucureşti, 2012.

3. Gh.Moca, Dreptul Organizaţiilor internaţionale, Fundaţia Universitară Română de ştiinţe şi arte Gheorghe Cristea, Bucureşti, 1997.

4. A.Popescu, I. Jinga, Organizaţii Europene şi Euroatlantice, Editura LuminaLex, Bucurşti, 2001.

5. P.Reuter, Institutions internationales, Paris, 1963.

6. Jean-Luc Sauron, Curs de Instituţii Europene, Editura Polirom, Iaşi, 2010.

7. sursa internet www.//epochtimes-romania.com/, consultată la data de 13.04.2014.

8. sursa internet www.//ro.stiri.yahoo.com/, consultată la data de 13.04.2014.

9. sursa internet www://mae.ro/node/5822, consultată la data de 13.04.2014.

[1] http://mae.ro/node/5822

Tribunalul de primă instanță

Georgeta ***MODIGA****[*]

Abstract*: Crearea Tribunalului de Primă Instanţă a fost determinată în mod obiectiv de mai multe cauze sau temeiuri. Astfel, de la înfiinţarea Curţii de Justiţie, numărul acţiunilor a crescut permanent iar durata procedurilor s-a prelungit, cu efecte negative asupra celerităţii rezolvării solicitărilor statelor pentru interpretarea uniformă a dreptului comunitar şi în clarificarea acţiunilor şi poziţiilor părţilor justiţiabile. Se impunea dotarea sistemului jurisdicţional european cu un organ care să judece acţiunile ce necesită o examinare profundă a unor situaţii de fapt complexe, instituindu-se astfel un dublu grad de jurisdicţie pentru ameliorarea protecţiei justiţiabilului şi creându-se condiţiile necesare care să permită Curţii să se concentreze pe activitatea sa esenţială, şi anume asigurarea unei interpretări uniforme a dreptului comunitar.*

Iniţial, propunerile pentru înfiinţarea celei de-a doua curţi comunitare nu au avut sorţi de izbândă din cauza controversei legate de caracterul în principal judiciar sau în principal administrativ al acesteia. Abia în anul 1985, prin Actul Unic European, art. 11, care a introdus art. 168 A în Tratatul CE, s-a decis ca, la cererea Curţii de Justiţie şi după consultarea Comisiei şi a Parlamentului european, Consiliul poate, acţionând unanim, să constituie pe lângă Curtea de Justiţie un Tribunal de primă instanţă, căreia să i se transfere competenţe de a examina şi decide în primă instanţă asupra unor categorii de acţiuni şi proceduri introduse de persoanele fizice şi juridice, sub rezerva unui drept de recurs la Curtea de justiţie numai privind aspectele de drept şi în conformitate cu condiţiile stabilite în statut. Consiliul a mai fost îndrituit să determine compunerea acelui tribunal şi să hotărască adaptările necesare şi prevederile suplimentare la statutul Curţii de Justiţie. În consecinţă, prin Decizia nr. 88/591 din 24 octombrie 1988 a Consiliului a fost înfiinţat Tribunalul de primă instanţă a Comunităţilor europene, acordându-i-se competente determinate. Într-o primă etapă, Tribunalului i-a fost încredinţată sarcina de a judeca în special contenciosul din domeniul dreptului concurenţei.

Cuvinte cheie: *Tribunalul de Prima Instanţa, comunităţile europene, dreptul comunitar*

Tribunalul de primă instanţă, potrivit art. 48 din Statutul Curţii de justiţie, este compus în prezent din 27 judecători, având în vedere că, în virtutea art. 224 CE, numărul judecătorilor trebuie să fie fixat prin acest Statut şi că trebuie să fie desemnat cel puţin câte un judecător de fiecare stat membru, care vor exercita în mod obişnuit aceste funcţii potrivit regulilor procedurale. Înseamnă că numărul judecătorilor acestei instanţe poate să fie superior celui al statelor membre. Această diferenţiere faţă de Curtea de justiţie a fost legitimată de dreptul pozitiv în virtutea specificităţii rolului

[*] Conferentiar univ. dr., Universitatea "Danubius" Galați.

Tribunalului de primă instanţă şi trebuie să fie analizate, aşa cum s-a arătat în literatura juridică de specialitate, ca o măsură de însoţire care permite acestui Tribunal să facă faţă creşterii sarcinilor sale, precum cele ce privesc recursurile la deciziile camerelor jurisdicţionale, acţiunile directe sau trimiterile pentru hotărâri preliminare ce îi vor fi încredinţate; va fi, însă, necesar ca în cazul fiecărei noi aderări Statutul Tribunalului se fie revizuit. El se organizează în Camere de trei sau cinci judecători sau într-o Mare Cameră în cazurile şi în condiţiile precizate în Regulile de procedură[1].

Judecătorii sunt numiţi de comun acord de către guvernele statelor membre pentru un mandat de 6 ani, după consultarea comitetului prevăzut la articolul 255 din Tratatul privind funcţionarea Uniunii Europene. Acest comitet emite un aviz cu privire la capacitatea candidaţilor de a exercita funcţia de judecător, înainte ca guvernele statelor membre să facă nominalizările. Comitetul este alcătuit din 7 personalităţi alese dintre foştii membrii ai Curţii de Justiţie şi ai Tribunalului, dintre membrii instanţelor naţionale supreme şi din juriştii reputaţi, dintre care unul este propus de Parlamentul European. La fiecare 3 ani are loc o înlocuire parţială, cu posibilitatea ca membrii care şi-au încheiat mandatul să fie numiţi din nou.

Condiţiile care trebuie să fie îndeplinite în vederea numirii ca judecător sunt:

- independenţa persoanelor eligibile să fie mai presus de orice îndoială;
- capacitatea cerută de normele dreptului naţional pentru a exercita cele mai înalte funcţii jurisdicţionale în stat.

Judecătorii îşi exercită atribuţiile în deplină imparţialitate şi independenţă[2].

La rândul lor, judecătorii îl aleg dintre ei pe **preşedintele Tribunalului** pentru o perioadă de 3 ani. Mandatul acestuia poate fi reînnoit. Preşedintele Tribunalului conduce lucrările şi serviciile acestei instanţe, prezidează şedinţele şi deliberările în camera de consiliu. Dacă preşedintele este absent sau împiedicat să-şi exercite funcţia, aceasta este îndeplinită de unul din preşedinţii camerelor.

Tribunalul numeşte **un grefier** însărcinat cu primirea, transmiterea şi conservarea documentelor. Grefierul răspunde de arhivă, de publicaţii şi asistă Tribunalul şi pe judecători în toate funcţiile lor oficiale, inclusiv la şedinţele Tribunalului. Grefierul are atribuţii de natură administrativă, ocupându-se de gestiunea financiară şi de contabilitate, cu concursul unui administrator. Sarcinile ce revin grefierului sunt stabilite în detaliu în Instrucţiunile pentru grefier adoptate de Tribunal în 1994[3].

Tribunalul dispune de o grefă proprie, însă recurge la serviciile Curţii de Justiţie pentru alte nevoi administrative şi lingvistice.

Observăm că modalităţile de numire a judecătorilor şi a preşedintelui, durata mandatului, alte reguli privind alte categorii de personal al Tribunalului, precum şi organizarea instanţei sunt identice sau nu diferă prea mult de cele existente în cazul Curţii de Justiţie.

Mai evidente ar fi unele ***diferenţieri în statutul avocatului-general***. Spre deosebire de Curtea de Justiţie, Tribunalul nu reuneşte avocaţi generali, dar membrii tribunalului, cu excepţia preşedintelui, pot fi solicitaţi să îndeplinească rolul unui avocat general în anumite cazuri. Numirea sa ***este obligatorie dacă se judecă în plen***, iar dacă se judecă

[1] Augustin Fuerea, "*Instituţiile Uniunii Europene*", Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2002, p. 56.

[2] Christian Gavalda, Gilbert Parleani, „*Droit des affaires de l'Union Européenne*", Ed. Litec, Paris, 2010.

[3] Charles-Étienne Lagasse, „*Les institutions europeénnes après le traité de Lisbonne*", Ed. Erasme, Namur, 2010.

în Camere, acestea pot să fie asistate de avocatul-general ***numai dacă se apreciază că dificultatea cauzei ori complexitatea ei face necesar acest lucru***, decizia în acest sens fiind luată de plenul Curţii, la cererea Camerei. În toate aceste situaţii, un judecător al Tribunalului de Primă Instanţă acţionează ca avocat-general numit ad-hoc, urmând ca el să nu poată participa la judecarea cauzei respective.

Completele sunt formate din 3 judecători (judecă peste 80% din cauze), din 5 judecători (judecă 12% din cauze), din 13 judecători (Marea Cameră – foarte rar, doar dosarul *Microsoft*) sau din 27 judecători (Sesiunea Plenară).

Iniţial, Curtea de Justiţie a propus ca noul Tribunal să fie constituit numai din 7 judecători funcţionând în două Camere, argumentând că nu ar fi fost necesar să judece în plen, întrucât Tribunalul de Primă Instanţă nu are a asigura uniformitatea în deciziile judecătoreşti, nici a evita posibilele divergenţe între camerele sale, nici a dezvolta un sistem al dreptului comunitar, toate aceste atribuţii revenind Curţii de Justiţie şi, în plus, în statele membre multe instanţe inferioare lucrează în camere, fără a se întruni în plen. În final însă, s-a hotărât că, în unele cazuri, Tribunalul de Primă Instanţă se poate întruni în plen, făcând trimitere în acest sens la regulile procedurale[1]. Acestea dezvoltă o regulă generală în această materie precizând că ori de cate ori dificultatea si importanţa cauzei justifică astfel, o cauză poate fi încredinţată plenului Tribunalului de Primă Instanţă ori unei camere compusă dintr-un număr diferit de judecători. Nu mai puţin, unele cazuri încredinţate unei Camere compuse din 3 judecători pot fi examinate şi soluţionate de ***judecătorul-raportor*** care acţionează ca judecător unic când, având în vedere lipsa de dificultate a problemelor de drept şi de fapt survenite, importanţa limitată a cazului şi absenţa altor circumstanţe speciale, ele sunt susceptibile de a fi astfel examinate şi soluţionate şi au fost delegate potrivit Regulilor de procedură (cu excepţia unor cazuri strict precizate); de asemenea, in orice fază a procedurii Camera poate, fie din proprie iniţiativă, fie la cererea unei părţi, să propună plenului curţii de primă instanţă ca acea cauză să fie încredinţată acestuia ori unei camere compuse dintr-un număr diferit de judecători, iar plenul va decide în consecinţă[2].

Tratatul de la Nisa prevede printre altele posibilitatea de constituire a unor camere jurisdicţionale pe lângă Tribunalul de Primă Instanţă, care să constituie tribunale speciale în anumite domenii de activitate.

Într-o primă etapă, Tribunalului i-a fost încredinţată sarcina de a judeca în special contenciosul din domeniul dreptului concurenţei.

Treptat, de-a lungul anilor, aceste competenţe au fost extinse atât de mult încât, în prezent, Tribunalul soluţionează în primă instanţă (cu doar câteva excepţii) toate acţiunile introduse de particulari, de întreprinderi şi de statele membre împotriva deciziilor adoptate de instituţiile şi de organele Uniunii Europene. Tratatul de la Nisa a prevăzut o mai bună repartizare a responsabilităţilor între Curte şi Tribunal.

În anul 1989, Tribunalul a început să funcţioneze efectiv, primind un număr de169 dosare. Numărul acţiunilor introduse în fiecare an la Tribunal a crescut: în 1998 – 238 de acţiuni, în 2003 – 466, în 2008 – 629, ceea ce echivalează cu o creştere de mai mult de 160% într-o perioadă de 10 ani.

Astfel, Tribunalul de Primă Instanţă are competenţa de a instrumenta:

[1] Roxana Munteanu, "*Drept european: Evoluţie – Instituţii – Ordine juridică*", Ed. Oscar Print, Bucureşti, 1996.

[2] Ovidiu Ţinca, "*Drept comunitar general*", Ed. Didactică şi Pedagogică, R.A., Bucureşti, 1999.

- acţiuni directe introduse de persoane fizice sau juridice împotriva actelor instituţiilor comunitare (acte adresate acestor persoane sau care le privesc în mod direct şi individual) sau împotriva abţinerii acestor instituţii de a acţiona (de a da o decizie); este vorba, de exemplu, de o acţiune introdusă de către o întreprindere împotriva unei decizii a Comisiei prin care i se aplică o amendă;
- acţiuni introduse de statele membre împotriva Comisiei;
- acţiuni introduse de statele membre împotriva Consiliului, cu privire la actele adoptate în domeniul ajutoarelor acordate de stat, la măsurile de protecţie comercială ("dumping") şi la actele prin care Consiliul exercită competenţe de executare;
- acţiuni prin care se urmăreşte obţinerea unor despăgubiri pentru prejudiciile cauzate de instituţiile comunitare sau de funcţionarii acestora;
- acţiuni ce au la bază contracte încheiate de Comunităţi, prin care se atribuie în mod expres Tribunalului competenţa de judecare;
- acţiuni în materia mărcilor comunitare;
- recursuri împotriva deciziilor Tribunalului Funcţiei Publice, limitate la chestiuni de drept.

Tribunalul îndeplineşte funcţia esenţială de a asigura respectarea legii de către organele de decizie ale Uniunii (în special Comisia) într-un număr considerabil de domenii. Printre acestea se numără dreptul concurenţei, al cărui obiectiv este acela de a împiedica întreprinderile să adopte comportamente prejudiciabile pentru consumator şi în cadrul căruia au avut un ecou important anumite litigii recente referitoare la sectorul informatic, la industria discografică sau la transportul aerian. Trebuie menţionate, în egală măsură, controlul deciziilor Comisiei referitoare la compatibilitatea cu tratatul a ajutoarelor acordate de state întreprinderilor, la litigiile referitoare la înregistrarea mărcilor comunitare, la măsurile de protecţie comercială, la accesul cetăţenilor la documentele instituţiilor, la deciziile de îngheţare a fondurilor persoanelor care au legătura cu organizaţiile teroriste, la măsurile de reducere e emisiilor de gaze cu efect de seră şi la interdicţia de introducere pe piaţă a substanţelor de uz fitosanitar. Se poate constata că, în prezent, Tribunalul este un actor-cheie nu numai în viaţa economică a întreprinderilor, ci şi în sectoare foarte diverse precum securitatea, libertăţile fundamentale, mediul şi sănătatea.

Nu trebuie să înţelegem că orice persoană are dreptul să se adreseze Tribunalului pentru a contesta orice act al Uniunii, care nu ar fi adresat acelei persoane sau nu ar afecta-o în mod specific. Adică, actele de aplicabilitate generală (precum directivele europene) nu pot, în principiu, să fie atacate în mod direct, ci legalitatea lor poate fi contestată în cadrul unei acţiuni îndreptate împotriva unor măsuri individuale, în special naţionale, care reprezintă o punere în aplicare a acestora. Dreptul comunitar impune reclamanţilor, pentru ca acţiunea lor să fie admisibilă, să facă dovada că sunt afectaţi în mod direct şi individual. Din perspectiva cetăţeanului european, ar putea părea că această cerinţă restrânge accesul la justiţie. Menţionăm faptul că Tratatul de la Lisabona lărgeşte în mod sensibil accesul la justiţie, condiţiile de admisibilitate a unei acţiuni în anulare fiind atenuate. Cu toate acestea, este vorba despre un regim, cunoscut în numeroase alte sisteme juridice, care urmăreşte să garanteze că instanţa nu judecă decât litigiile în cadrul cărora interesele reclamanţilor se întemeiază pe o realitate concretă şi care, în arhitectura jurisdicţională europeană concepută de tratate, conferă instanţelor naţionale un rol de factor de retransmisie în aplicarea şi în controlul legalităţii dreptului comunitar.

În funcţie de acţiunile şi procedurile ce îi pot fi deduse, Tribunalul de primă instanţă are în primul rând, statutul unei instanţe de primă jurisdicţie, deciziile ei putând să facă obiectul căii de atac unice a recursului la Curtea de justiţie, ca în cazul par. 1 din art. 225 CE, dar numai pentru probleme de drept, potrivit Statutului Curţii de justiţie.

În al doilea rând, Tribunalul de primă instanţă poate să funcţioneze, în principiu, ca o instanţă de unică jurisdicţie, atunci când ea soluţionează trimiterile organelor naţionale de jurisdicţie pentru darea unei hotărâri preliminare, ca în cazul prevăzut de par. 3 din art. 225 CE.

În al treilea rând, aşa cum se prevede în par. 2 din art. 225 CE, Tribunalul de primă instanţă îndeplineşte şi funcţiunile unei instanţe de recurs în cazul contestării deciziilor date de camerele jurisdicţionale, dar numai în privinţa problemelor de drept, sau ale unei instanţe de apel contra deciziilor date de camerele jurisdicţionale, atât sub aspectul problemelor de drept, cât şi asupra problemelor de fapt.

Tribunalul dispune de propriul său regulament de procedură. După depunerea plângerii, preşedintele Tribunalului repartizează cauza unei camere şi numeşte judecătorul raportor. **Procedura este scrisă** (în acest caz grefa gestionează dosarul) **şi orală** (în acest caz, judecătorul raportor gestionează dosarul).

Procedura în faţa Tribunalului de Primă Instanţă este scutită de taxe. În schimb, onorariul avocatului abilitat să pledeze în faţa instanţelor unui stat membru la care părţile trebuie să recurgă pentru a fi reprezentate nu este suportat de Tribunal[1]. Cu toate acestea, în cazul în care o persoană fizică nu este în măsură să suporte cheltuielile de judecată, poate solicita asistenţă juridică gratuită.

Procedura scrisă începe cu depunerea cererii scrise la grefa tribunalului, de către avocat sau reprezentantul părţii (reprezentarea părţilor este obligatorie, cu excepţia depunerii unor documente de mai mică importanţă – ex. cererea de asistenţă juridică gratuită). Punctele principale ale acţiunii sunt publicate într-un comunicat, în toate limbile oficiale, în Jurnalul oficial al Uniunii Europene. Grefa anunţă partea pârâtă, iar aceasta se poate exprima în scris în termen de 2 luni. Reclamantul poate răspunde la apărarea pârâtului (duplica) şi la rândul său pârâtul poate răspunde printr-o duplică. După primirea si traducerea tuturor documentelor, judecătorul raportor îşi începe activitatea.

După fixarea datei audierii, părţile sunt convocate şi pot susţine pledoarii. În timpul fazei orale audierea este publică. Pe parcursul acesteia, judecătorii pot adresa întrebări reprezentanţilor părţilor.

Au dreptul de a interveni statele membre sau persoanele fizice/juridice care au un interes legitim. Intervenientul prezintă un memoriu în favoarea sau în defavoarea uneia dintre părţi, la care părţile pot ulterior răspunde. În anumite situaţii, intervenientul poate să-şi prezinte observaţiile şi cu ocazia fazei orale.

Judecătorul raportor rezumă într-un raport al cauzei faptele expuse, argumentele fiecărei părţi şi, dacă este cazul, argumentele intervenienţilor. Acest raport este publicat, fiind pus la dispoziţia publicului în limba în care se desfăşoară procedura.

În continuare, judecătorii deliberează pe baza proiectului de hotărâre redactat de către judecătorul raportor, iar hotărârea este pronunţată în cadrul unei audieri publice. Deciziile pronunţate de Tribunal pot fi atacate în termen de 2 luni cu recurs la Curtea de Justiţie, limitat la chestiuni de drept.

[1] Roxana-Mariana Popescu, Augustina Dumitrașcu, „*Dreptul Uniunii Europene. Sinteze şi aplicaţii*”, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2011.

Introducerea unei acţiuni la tribunal nu are ca efect suspendarea executării actului atacat. Cu toate acestea, Tribunalul poate să dispună suspendarea executării sau să prescrie alte **măsuri cu caracter provizoriu**. Preşedintele Tribunalului sau, dacă este cazul, un alt judecător – anume desemnat pentru soluţionarea cererilor având ca obiect dispunerea unei măsuri provizorii – hotărăşte asupra unei astfel de cereri printr-o ordonanţă motivată. Nu se acordă măsuri cu caracter provizoriu decât dacă sunt reunite trei condiţii:

1. acţiunea trebuie să pară la prima vedere întemeiată;
2. solicitantul trebuie să facă dovada urgenţei măsurilor fără de care ar suporta un prejudiciu grav şi ireparabil;
3. măsurile provizorii trebuie să ţină seama de un echilibru între interesele părţilor şi interesul general.

Ordonanţa are un caracter provizoriu şi nu influenţează sub nicio formă decizia Tribunalului asupra fondului cauzei. De altfel, ea poate face obiectul unui recurs în faţa preşedintelui Curţii de Justiţie.

În cauze considerate ca prezentând o urgenţă deosebită, se recurge la **procedura accelerată**. Această procedură îi permite Tribunalului să hotărască cu celeritate asupra fondului. Procedura accelerată poate fi solicitată fie de partea reclamantă, fie de partea pârâtă.

În privinţa **regimului lingvistic**, limba în care este redactată acţiunea, care poate fi una dintre cele 23 de limbi oficiale ale Uniunii Europene, va fi limba în care se va desfăşura procedura în cadrul cauzei respective. Dezbaterile care au loc cu ocazia fazei orale a procedurii sunt traduse simultan, după necesităţi, în diferite limbi oficiale ale Uniunii Europene. Judecătorii deliberează fără interpret într-o limbă comună care, prin tradiţie, este franceza.

Concluzii

Dacă analizăm structura acestei instanţe, ajungem la concluzia că Tribunalul este o instanţă mică din punct de vedere al personalului. Compus din 27 de judecători, această instanţă nu dispune decât de mai puţin de 300 de agenţi şi funcţionari care asigură buna sa funcţionare. Această cifră trebuie privită atât din perspectivele obligaţiei instituţiei de a fi în măsură să judece acţiunile în cele 23 de limbi oficiale ale Uniunii, cât şi prin prisma caracteristicilor proprii conteniosului de competenţa Tribunalului. Marc Jaeger, preşedintele Tribunalului de Primă Instanţă spunea despre contenciosul acestei instanţe că priveşte „…prin natura lui, dosare deosebit de voluminoase, complexe din punct de vedere economic şi tehnic, care necesită o examinare amănunţită a faptelor şi care au uneori un impact determinat asupra unui întreg sector”. De asemenea, arăta ca Tribunalul “ se confruntă în special cu un număr durabil de împrejurări (printre care noua competenţă în privinţa acţiunilor introduce de statele membre, creşterea semnificativă a contenciosului referitor la marca comunitară şi, mai general, extinderea Uniunii şi intensificarea activităţii normative comunitare) care se află la originea unei **creşteri fără precedent a numărului de cereri introduse**. ” Astfel, într-o perioadă de 10 ani, s-a produs o creştere de mai mult de 160% în ceea ce priveşte numărul acţiunilor introduse într-un an la Tribunalul de Primă Instanţă.

Pus în faţa unor astfel de probleme care au cauzat întârzieri în soluţionarea cauzelor, Tribunalul de Primă Instanţă a fost nevoit să adopte o serie de **măsuri** pentru a ameliora eficienţa activităţii sale. Astfel, au fost create trei camere suplimentare, a fost optimizat

calendarul şedinţelor, a fost simplificată procedura în material mărcii comunitare, a fost simplificată motivarea, au fost actualizate mijloacele statistice si informatice etc. Toate aceste măsuri, nu au fost totuşi în măsura să rezolve problemele. Astfel, într-o hotărâre din 16 iulie 2009, Curtea de Justiţie constata că Tribunalul a depăşit, în cauza cu care fusese sesizat, durata rezonabilă la care justiţiabilul are dreptul să se aştepte în privinţa unei proceduri judiciare.

În consecinţă, pentru a putea să-şi îndeplinească în continuare funcţia care i-a fost încredinţată, Tribunalul trebuie să găsească căile potrivite pentru **a se adapta şi a evolua în noul context**. Potrivit opiniei preşedintelui actual al Tribunalului, reforma acestei instanţe trebuie sa aibă în vedere două posibile căi:

1. redefinirea radicală a însăşi concepţiei pe care acest organ jurisdicţional comunitar o are despre deciziile sale;
2. reformarea arhitecturii jurisdicţionale.

Prima cale este criticată şi considerată o soluţie mai nocivă decât însăşi problemele cu care se confruntă aceasta instanţă. Astfel, s-a propus ca Tribunalul să îşi condenseze deciziile, fără a expune etapele raţionamentului şi fără a răspunde în detaliu la toate argumentele invocate. Dar tocmai claritatea, transparenţa şi motivarea hotărârilor sale constituie baza de temelie pe care s-a construit legitimitatea acestei instanţe. În toate cauzele, nu s-a urmărit doar soluţionarea litigiului adus în faţa judecătorului, ci şi a se oferi actorilor procesului, posibilitatea de a înţelege, de a accepta şi de a se adapta la realitatea juridică stabilită de instanţă în cadrul misiunii sale de interpretare şi de aplicare a dreptului.

În privinţa celei de-a doua căi propuse, reformarea arhitecturii jurisdicţionale, trebuie menţionat faptul că tratatele au prevăzut, referitor la Tribunalul de Primă Instanţă, două mecanisme:

- creşterea numărului judecătorilor acestuia şi al personalului care îi este afectat;
- crearea unei noi instanţe specializate, competente într-un domeniu specific (asemănător cu ceea ce s-a realizat deja în 2005 în ceea ce priveşte contenciosul referitor la funcţia publică europeană).

Privitor la crearea de instanţe specializate, Marc Jaeger consideră că „contenciosul referitor la proprietatea intelectuală (în special litigiile din domeniul mărcii comunitare) s-ar putea preta la un astfel de transfer de competenţă".

În încheiere, trebuie sa precizăm că indiferent de soluţia aleasă, decizia aparţine organelor politice ale Uniunii: Consiliul şi Parlamentul European, care a devenit prin Tratatul de la Lisabona un legiuitor aflat pe picior de egalitate cu Consiliul pentru 95% din legislaţia comunitară.

Referinţe bibliografice

1. Augustin Fuerea – "Instituţiile Uniunii Europene", Editura Universul Juridic, Bucureşti, 2002

2. GAVALDA, Christian; PARLEANI, Gilbert, „Droit des affaires de l'Union Européenne", Ed. Litec, Paris, 2010;

3. FILIPESCU Ion P.; FUEREA, Augustin, "Drept instituţional comunitar european", ediţia a V-a, Editura Actami, Bucureşti, 2000;

4. LAGASSE, Charles – Étienne, „Les institutions europeénnes après le traité de Lisbonne", Ed. Erasme, Namur, 2010;

5. MARCU, Viorel, “Drept instituțional comunitar”, Editura Lumina Lex,Bucureşti, 2006; -

6. MUNTEANU, Roxana, “Drept european: Evoluţie – Instituţii – Ordine juridică”, Editura Oscar Print, Bucureşti, 1996;

7. POPESCU, Roxana-Mariana; DUMITRASCU, Augustina, „Dreptul Uniunii Europene. Sinteze şi aplicaţii”, Editura Universul Juridic, Bucureşti, 2011;

8. ŞTEFANESCU, Brânduşa, “Curtea de Justiţie a Comunităţilor Europene”, Editura Ştiinţifică şi Enciclopedică, Bucureşti, 1979;

9. ŢINCA, Ovidiu, “Drept comunitar general”, Editura Didactică şi Pedagogică, R. A., Bucureşti, 1999

Cooperarea judiciară în materie civilă în Uniunea Europeană

Georgeta ***MODIGA****

Abstract: *Armonizarea sistemelor de drept în cadrul Uniunii Europene este un subiect care a dat naştere şi provoacă în continuu divergenţe. Încercările de a ajunge la o codificare a legii civile europene şi a procedurii civile au avut, până în prezent, rezultate negative. Comisia Storme, organismul semioficial instituit de Parlamentul european pentru armonizarea procedurii civile şi elaborarea unui Cod judiciar european a ajuns la concluzia că diferenţele între sistemele de drept ale statelor membre „sunt aşa de înrădăcinate în cultura lor juridică, încât fac armonizarea o soluţie practic nefezabilă". Dincolo de tipurile de instrumente juridice comunitare ce ar fi fost de adoptat, au fost ridicate întrebări legate de valorile şi atitudinile ce reprezintă liantul unui sistem judiciar şi care determină şi locul pe care îl are sistemul de drept în cadrul societăţii. În domeniul dreptului civil, cu privire la armonizarea legislativă, Parlamentul European este citat ca fiind cel mai ardent promotor al unui cod european, datorită rezoluţiilor sale din 1989 şi 1994, dar în prezent a devenit mai răbdător.*

Cuvinte cheie: *drept civil naţional, instrumente juridice comunitare, legislaţia civilă, armonizarea legislaţiei, drept comunitar.*

Grupuri internaţionale de jurişti din Uniunea Europeană, conduse de profesori şi academicieni continua activitatea de identificare şi promovare a unor principii comune pentru legislaţia civilă europeană: la Hamburg, grupul Basedow se concentrează asupra dreptului ce guvernează contractele de asigurări, iar grupul Drobnig asupra dreptului valorilor mobiliare, la Osnabruck, grupul von Bar urmăreşte problematicele îmbogăţirii fără justa cauza, *negotiorum gestio* şi delictele, la Tilburg, grupul Barendrecht - dreptul contractelor de servicii, la Utrecht grupul Hondius - contractele de vânzare-cumpărare a bunurilor, iar grupul mediteranean - alte contracte, dreptul proprietăţii şi *jus personarum*[1].

Alte dezvoltări ale dreptului comunitar au influenţat, în mod neaşteptat, dreptul civil naţional din statele membre. Deşi, iniţial, Comunitatea Europeană a construit Piaţa Internă printr-o serie de strategii ale "integrării negative" (abrogarea prevederilor legale ce constituie bariere în calea comerţului liber), instituţiile comunitare, şi în special Comisia Europeană, au reuşit să alcătuiască un acquis consistent, în special în domeniul protecţiei consumatorilor, ajungându-se în acest moment la peste 200 de instrumente juridice specifice legislaţiei comunitare secundare în această materie. De asemenea, în

* Conferenţiar univ. dr., Universitatea "Danubius" Galaţi.

[1] În rezoluţia A5-0384/2001, privind armonizarea dreptului civil si comercial, din 15 noiembrie 2001, ce constituie răspunsul la Comunicarea Comisiei privind dreptul contractual european, nu mai foloseşte termenul de Cod civil european si s-a pronunţat pentru crearea unui Institut de drept european.

ultima vreme, Comisia s-a dovedit a fi mai atentă în faţa problemelor armonizării într-o uniune lărgită şi divergentă şi a căutat să obţină acordul statelor membre în domenii limitate, cum ar acţiunile şi căile de atac din directivele privind achiziţiile publice, comerţul la distanţă, comerţul electronic etc.

Directiva Consiliului 85/374/CEE din 25 iulie 1985 privind armonizarea dispoziţiilor legale, de reglementare şi a prevederilor administrative ale statelor membre privind răspunderea pentru produse defectuoase a fost considerată un instrument juridic cu multe defecte, deoarece armoniza numai un mic segment al dreptului răspunderii pentru produse[1].

Din 1985 şi până la sfârşitul mileniului s-a considerat ca prevederile directivei trebuie văzute ca standarde minime, ce nu împiedicau adoptarea unor măsuri mai stringente de către autorităţile din statele membre[2].

Curtea Europeană de Justiţie (CEJ), în două hotărâri din 25 aprilie 2002[3], a acordat o nouă importanţă dispoziţiilor directivei, printr-o nouă abordare doctrinară. În opinia CEJ, directiva elabora nu numai standarde minime, ci avea ca scop armonizarea completă a prevederilor privind compensarea consumatorilor. Armonizarea completă este un element al doctrinei supremaţiei dreptului comunitar, cu consecinţa că acolo unde legiuitorul comunitar şi-a afirmat preeminenţa, statele membre nu mai pot adopta politici şi legislaţie care să devieze de la acquis-ul comunitar.

În hotărârea *Medicina Asturiana*, reclamantul Maria Sanchez a solicitat o transfuzie de sânge de la unitatea medicală pârâtă. Ca urmare a transfuziei a fost infectată cu virusul hepatitei C. Reclamanta şi-a întemeiat acţiunea pe legea adoptată după aderarea Spaniei la U.E., prin care acest stat transpunea directiva în legislaţia naţională şi pe legea ce constituia cadrul general privind protecţia consumatorilor în Spania, din 19 iulie 1984, conform căreia reclamantul trebuia să dovedească prejudiciul produs şi legătura de cauzalitate. Pe de altă parte, legea de transpunere a directivei cerea ca reclamantul să dovedească faptul că spitalul a produs sângele conservat, ceea ce nu a demonstrat, întrucât era produs de o altă unitate. De aceea, succesul acţiunii depindea de relaţia dintre temeiurile legale invocate. Conform articolului 13, directiva: „nu va afecta drepturile pe care o persoană prejudiciată le poate avea în conformitate cu dreptul răspunderii contractuale sau non-contractuale sau alt sistem al răspunderii speciale existent la momentul notificării directivei".

Instanţa spaniolă a întrebat CEJ dacă aceasta înseamnă că directiva poate fi interpretată ca „interzicând limitarea, urmare transpunerii directivei, drepturilor acordate consumatorilor de legislaţia naţionala?" Curtea a răspuns că „articolul 13 al directivei nu poate fi interpretat în sensul că acordă statelor membre posibilitate menţinerii unui alt sistem de răspundere civilă decât cel conferit de directiva", iar articolul 13 „nu poate fi folosit pentru a justifica menţinerea în vigoare a unor prevederi naţionale ce acordă o protecţie mai mare decât cele din directivă". Mai mult, CEJ a statuat ca articolul 13 „trebuie interpretat în sensul că drepturile conferite de legislaţia statului membru unei victime a prejudiciului cauzat de un produs defectuos, în conformitate cu un sistem general al răspunderii civile ce are acelaşi temei cu cel

[1] JO L 210, 7.08.1985, p. 29.

[2] Avocatul General Geelhoed în cauzele C-183/00, par. 27 si C-52/00, par.14.

[3] În prima din acestea, C-52/00, *Comisia c. Franţa*, Franţa dorea ca distribuitorul să răspundă alături de producător şi, în plus, să restricţioneze excepţările de la răspundere prevăzute de articolul 7 al directivei.

adoptat de directivă, pot fi limitate sau restricţionate, ca rezultat al transpunerii directivei în legislaţia naţională".

Cooperarea judiciară în materie civilă înainte de adoptarea Tratatului de la Amsterdam

Modul în care a evoluat integrarea europeană constituie o bună explicaţie pentru caracteristicile cooperării în domeniul civil în cadrul Uniunii. Dacă, iniţial, a fost privită ca o problemă numai de natură economică şi instrumentele juridice au fost elaborate ca să servească un scop economic, situaţia s-a schimbat în prezent, integrarea având un efect profund asupra vieţii cetăţenilor UE, care se întreabă de ce întâlnesc probleme privind dreptul familiei, în timp ce în domeniul dreptului societăţilor comerciale au fost înregistrate atât de multe progrese.

Cooperarea în domeniul dreptului civil a fost făcută posibilă de către Tratatul de la Maastricht, prin art. K3. Până la acel moment, cooperarea era limitată de art. 220 din Tratatul instituind Comunitatea Economică Europeană. Conform acestui articol, statele membre vor negocia unul cu altul pentru a asigura în beneficiul cetăţenilor lor simplificarea formalităţilor ce guvernează recunoaşterea reciprocă şi executarea hotărârilor instanţelor naţionale.

Într-o notă transmisă statelor membre la 22 octombrie 1959 prin care le invită să înceapă negocierile, Comisia Europeană preciza: „o adevărata piaţă comună între cele 6 state membre va fi realizată numai dacă va fi asigurată o protecţie legală adecvată. Viaţa economică a Comunităţii ar putea fi supusă unor dificultăţi şi dezechilibre, dacă nu va fi posibil, acolo unde este necesar, prin mijloace judiciare, să se asigure recunoaşterea şi executarea diferitelor drepturi rezultând din multitudinea relaţiilor juridice. Cum competenţă în materie civilă şi comercială derivă din suveranitatea statelor membre şi cum efectele actelor judiciare sunt determinate de teritoriul naţional, protecţia legală şi, pe cale de consecinţă, certitudinea juridică în piaţa comună sunt dependente de adoptarea de către statele membre a unei soluţii satisfăcătoare a problemei recunoaşterii hotărârilor."

Diferite convenţii au fost încheiate în temeiul art. 220 TCEE, dar rezultatul major îl reprezintă adoptarea Convenţiei de la Bruxelles din 27 septembrie 1968 privind competenţa şi executarea deciziilor în materie civilă şi comercială.

Din cadrul convenţiei de la Bruxelles, au fost excluse anumite domenii. Raportul Jenard (raportul explicativ al versiunii originale al Convenţiei) justifica excluderea materiilor referitoare la persoanele fizice: „Chiar presupunând că am reuşi să unificăm regulile de competenţă în acest domeniu, oricare ar fi natura regulilor selectate, datorită diferenţelor în aceste domenii între diferitele sisteme juridice, în special în ceea ce priveşte regulile privind conflictul de legi, aceasta ar fi determinat reexaminarea regulilor de competenta la nivelul executării. În consecinţa, aceasta ar fi însemnat schimbarea naturii Convenţiei, făcând-o mai puţin eficientă. Dacă la nivelul Comitetului am fi căzut de acord să retragem instanţelor competenta executării, instanţele ar fi fost încurajate să abuzeze de noţiunea de politici publice, folosind-o pentru a refuza recunoaşterea hotărârilor străine. Comitetul a ales cel mai mic rău, pentru a păstra unitatea şi eficientă proiectului, în timp ce i-a restrâns scopul. Cea mai serioasă dificultate este aceea a divorţului, o problemă care este complicată de diferenţele extreme dintre sistemele de drept."

Convenţia din 1968 este de aceea o convenţie generală cu privire la recunoaştere şi executare şi nu a exclus *per se* materia matrimonială. Aceasta a fost exclusă datorită complexităţii şi faptului că nu afectează direct integrarea economică.

Trebuie subliniat că dacă raportul Jenard se referă la diferenţele extreme în perioada când erau doar 6 state membre, dar aceste divergenţe au crescut în perioada în care existau doar 15 state membre şi vor creşte în Europa celor 27. Unele din aceste diferenţe au implicaţii constituţionale pentru unele din ele, în altele afectează recunoaşterea sau nerecunoaşterea statutului civil (de exemplu, separaţia de fapt şi anularea căsătoriei nu erau cunoscute legislaţiei naţionale din Finlanda şi Suedia, înainte de aderarea la Uniunea Europeană).

O discuţie cu privire la necesitatea unei convenţii privind recunoaşterea şi executarea hotărârilor în materie matrimonială a început în cadrul Uniunii. Anumite state membre, care erau parţi la Convenţia de la Haga privind recunoaşterea divorţului şi a separării legale (1 iunie 1970) şi-au exprimat satisfacţia în legătura cu aplicarea ei, în timp ce altele au declarat că nu sunt pregătite pentru aplicarea ei. Cu toate acestea, trei argumente fundamentale au prevalat în favoarea elaborării unei noi convenţii: a) dorinţa de a introduce standarde uniforme pentru competenţă în materie matrimonială; b) necesitatea introducerii unor proceduri uniforme pentru executarea hotărârilor privind divorţul şi separarea legală; c) evitarea unor proceduri paralele în materie matrimonială, stabilind reguli în ceea ce priveşte litispendenţa au determinat Consiliul să iniţieze negocieri pentru încheierea unei convenţii în acest domeniu.

În 1992, pe baza unui chestionar transmis de preşedinţia britanică, a avut loc un schimb de opinii între statele membre. În cadrul preşedinţiei belgiene din 1993, înainte ca Tratatul de la Maastricht să intre în vigoare, profesorul Marc Fallon a fost invitat la discuţii cu statele membre în calitatea sa de secretar al Grupului European al Dreptului Internaţional Privat, unde a prezentat raportul asupra proiectului Heidelberg (aprobat la Heidelberg, la 2 octombrie 1993). Grupul European, ca grup de specialişti al căror obiectiv era de a face propuneri în domeniile în care dreptul comunitar şi dreptul internaţional privat se intersectează, a aprobat propunerea pentru elaborarea unei convenţii în domeniu.

În 1998, după aproape 30 ani de discuţia fost elaborat convenţia, care a fost semnată, dar nu ratificata, de toate statele membre.

Convenţia de la Bruxelles privind competenţa jurisdicţională şi recunoaşterea hotărârilor judecătoreşti în materie civilă şi comercială, adoptată în temeiul art. 220 din Tratatul CEE, are ca scop simplificarea formalităţilor la care sunt supuse în statele membre hotărârile judecătoreşti pronunţate într-un alt stat membru.

Adoptarea unor dispoziţii legale uniforme în materia competenţei jurisdicţionale şi a executării hotărârilor judecătoreşti asigură o mai eficientă protecţie juridică a drepturilor persoanelor care îşi au domiciliul în spaţiul comunitar, precum şi un circuit civil mai suplu, mai coerent.

Regulile Convenţiei Bruxelles au fost extinse şi la statele aparţinând EFTA, prin Convenţia privind competenţa jurisdicţională, recunoaşterea şi executarea hotărârilor judecătoreşti în materie civilă şi comercială, Lugano, 16 septembrie 1988.

Convenţia de la Lugano, convenţia paralelă a Convenţiei de la Bruxelles, are ca scop extinderea efectelor pozitive ale uniformizării normelor în această materie, la state care nu sunt membre ale Uniunii Europene, dar ale căror sisteme legislative şi judiciare permit punerea pe aceleaşi baze a recunoaşterii şi executării hotărârilor judecătoreşti străine.

Sfera de aplicare a celor două convenţii se limitează la competenţa jurisdicţională de soluţionare a litigiilor civile şi comerciale şi la hotărârile judecătoreşti pronunţate în această materie.

Conform art.1 alin. (2) din Convenţii nu sunt supuse reglementării lor:

A) starea şi capacitatea persoanelor fizice, regimurile matrimoniale, moştenirea legală şi testamentară; b) falimentele, înţelegerile cu creditorii şi alte proceduri analoge; c) securitatea socială; d) arbitrajul.

Convenţiile de la Bruxelles şi Lugano cuprind norme care stabilesc principiile de determinare a competentei jurisdicţionale în soluţionarea litigiilor cu element de extraneitate. Se realizează astfel un cadru legislativ unitar care elimină posibilitatea existenţei unor hotărâri judecătoreşti contradictorii pronunţate în state diferite.

Criteriul pentru stabilirea competenţei instanţelor unui stat este domiciliul şi nu cetăţenia. Convenţiile lărgesc sfera noţiunii de domiciliu, fiind competentă să soluţioneze un litigiu cu element de extraneitate şi instanţa de la reşedinţa pârâtului.

În privinţa recunoaşterii hotărârilor judecătoreşti străine, Convenţiile instituie principiul recunoaşterii de plin drept a acestora, motivele de refuz al recunoaşterii fiind limitativ prevăzute.

Executarea hotărârilor judecătoreşti străine face obiectul procedurii de exequatur, procedura caracterizată prin simplitate şi rapiditate.

O altă convenţie, ce face parte din acquis-ul comunitar în materia cooperării civile este Convenţia privind legea aplicabilă obligaţiilor contractuale, deschisă spre semnătură la Roma, la 19 iunie 1980 (80/934/CEE).

Adoptarea Convenţiei de la Roma privind legea aplicabilă obligaţiilor contractuale a avut ca scop continuarea unificării legislaţiei statelor membre în domeniul dreptului internaţional privat, proces de unificare început prin elaborarea convenţiilor în această materie în cadrul Conferinţei de Drept Internaţional Privat de la Haga.

Convenţia de la Roma fixează un nou sistem de norme conflictuale, menit a înlocui pe cel instituit de legislaţia naţională a statelor membre. Atunci când aplicarea unei dispoziţii a Convenţiei presupune trimiterea la un sistem legislativ naţional, acesta nu cuprinde şi normele conflictuale, ci numai normele materiale.

Convenţia de la Roma nu aduce atingere aplicării altor convenţii internaţionale la care statul contractant este parte.

Convenţia nu acoperă întreaga sferă a obligaţiilor contractuale, ea negăsindu-şi aplicare în următoarele domenii: starea şi capacitatea persoanelor fizice (cu excepţia dispoziţiilor art. 11 privitoare la incapacitate: o persoană capabilă de încheia contractul conform legii domiciliului sau nu se poate prevala de incapacitatea sa conform altei legi cu care contractul are legătura); obligaţii contractuale rezultând din testamente şi succesiuni; regimuri matrimoniale; drepturi şi obligaţii decurgând din relaţii de familie, rudenie, căsătorie sau alianţă, inclusiv obligaţii de întreţinere a unui copil nelegitim; convenţii de arbitraj şi de alegere a forului; dreptul societăţilor comerciale; trusturi; reprezentare; proba contractului şi probleme de procedură.

Convenţia de la Roma instituie principiul libertăţii de alegere de către părţi a legii aplicabile contractului (*lex voluntatis*) şi precizează derogările de la acesta, derogări care au ca scop asigurarea protecţiei părţii mai slabe în anumite contracte (contractele încheiate de consumatori, contractele de muncă), precum şi respectarea normelor de ordine publică ale forului. Convenţia fixează, de asemenea, normele conflictuale în materia încheierii contractelor (condiţii de fond şi formă), a interpretării acestora, a

executării obligaţiilor ce decurg din contractele valabil încheiate, a modurilor de stingere a obligaţiilor, a cesiunii de creanţă şi a subrogaţiei.

Curtea Europeană de Justiţie are competenţă de a statua, conform Protocolului privind interpretarea Convenţiei asupra Legii aplicabile obligaţiilor contractuale, deschisă spre semnătura la Roma la 19 iunie 1980, asupra interpretării dispoziţiilor Convenţiei de la Roma, a Convenţiilor relative la aderarea altor sate la Convenţie, a protocolului de interpretare.

Situaţia actuală în Uniunea Europeană

În acelaşi timp cu intrarea în vigoare a Tratatului de la Amsterdam la 1 mai 1999, dezvoltarea politicilor UE în materie de Justiţie şi Afaceri Interne a fost transformată într-un obiectiv fundamental al Uniunii. Acest obiectiv a fost întărit de introducerea unor noi obiective şi politici, prin „comunitarizarea" azilului, migraţiei, a cooperării judiciare în materie civilă şi a altor domenii şi încorporarea acquis-ului Schengen în cel al UE. Nu există un alt exemplu similar, în istoria procesului integrării europene, privind un domeniu în care cooperarea interguvernamentală a fost transformată într-un obiectiv prioritar al agendei politice legislative a Uniunii.

Conform concluziilor Consiliului de la Tampere, din decembrie 1998, au fost stabilite ca priorităţi în domeniul cooperării judiciare în materie civilă: principiul recunoaşterii în materie civilă şi comercială ca fundament al cooperării civile europene, norme minime la nivelul procedurii de transmitere şi notificare a actelor judiciare, armonizarea dreptului aplicabil obligaţiilor necontractuale, un mai bun acces al cetăţenilor la justiţie, în ceea ce priveşte asistenţa judiciară şi modalităţi alternative de soluţionare a litigiilor.

Este demn de semnalat faptul că acolo unde existau convenţii adoptate sau ale căror proiecte erau deja elaborate în temeiul art. 220 TCE la momentul adoptării Tratatului de la Amsterdam au fost adoptate instrumentele juridice specifice metodei comunitare, pe baza acumulărilor de 30 ani în domeniul respectiv, cu toate implicaţiile care decurg aici - supremaţia dreptului comunitar, efectul direct etc.

Consiliul este instituţia comunitară competentă să adopte măsurile în domeniul cooperării judiciare în materie civilă având implicaţii transfrontaliere [art. 61(c) şi 65 din Tratatul instituind Comunitatea Europeană], competenţă introdusă de Tratatul de la Amsterdam. Deşi dreptul privat se află în sfera de competenţă a statelor membre, Consiliul a adoptat măsuri care restrâng opţiunile naţionale sau exclud exercitarea competenţelor, în paralel, de către statele membre. De la intrarea în vigoare a Tratatului de la Nişa, Consiliul ia aceste măsuri conform procedurii co-deciziei, cu excepţia aspectelor privind dreptul familiei[1].

Competenţa Curţii, în ceea ce priveşte Titlul IV al TCE, este limitată de art. 68 (1), ce reprezintă o circumstanţiere a art. 234, în ceea ce priveşte hotărârile preliminare, numai pentru întrebările instanţelor naţionale ale căror decizii nu mai pot fi atacate, conform legislaţiei naţionale.

Convenţia Bruxelles are încă relevanţă pentru practicieni, deoarece mai exista litigii ce privesc raporturi juridice ce s-au născut înainte de intrarea în vigoare a

[1] Decizia Consiliului 2003/93/CE din 19 decembrie 2002 privind autorizarea statelor membre, în interesul Comunităţii, de a semna Convenţia de la Haga din 1996 privind competenta, legea aplicabila, recunoaşterea, aplicarea si cooperarea în ceea ce priveşte răspunderea parentala si masurile pentru protecţia copiilor, JO L48, p.

Regulamentului Bruxelles I (1 martie 2002). În plus, Convenţia Bruxelles se aplică în continuare în domeniile reglementate în raport cu Danemarca şi teritoriile de peste mări ale unor state membre.

Trei state membre complică regulile de procedură civilă în cadrul Uniunii Europene. Conform unor protocoale anexate Tratatului de la Amsterdam, Marea Britanie, Irlanda şi Danemarca sunt exceptate de la aplicarea Titlului IV al TCE. Instrumentele juridice adoptate în domeniul cooperării judiciare, conform art. 61 şi art. 65 TCE, nu includ în mod automat aceste state. Totuşi, Marea Britanie şi Irlanda au oportunitatea de a „opta pentru" şi să participe la cooperarea specifica unor acte comunitare. Danemarca nu are această oportunitate. Danemarca poate doar să aleagă să participe la toate instrumentele adoptate în cadrul Titlului IV sau să nu participe. Până în prezent Danemarca s-a abţinut. Instrumentele comunitare din acest titlu nu sunt aplicabile şi nu obliga Danemarca.

Regulamentul 44/2001 se aplică în materie civilă şi comercială indiferent de natura instanţei.

Nu se aplică, în special, în materie fiscală, vamală sau administrativă. De asemenea, nu se aplică în cazul: (a) stării şi capacităţii persoanelor fizice, regimurilor matrimoniale, testamentelor şi succesiunilor; (b) falimentului, concordatelor sau procedurilor analoage; (c) securităţii sociale; (d) arbitrajului.

Regulamentul creează un set uniform şi predictibil de reguli pentru determinarea competentei în materie civilă şi comercială în cadrul UE. Realizează acest obiectiv prin limitarea numărului posibil de foruri competente în acest tip de proceduri şi prin reguli stricte cu privire la *lis pendens*.

În cazul în care cereri având acelaşi obiect şi aceeaşi cauză sunt introduse între aceleaşi parţi înaintea unor instanţe din state membre diferite, instanţa sesizată ulterior suspendă din oficiu acţiunea până în momentul în care se stabileşte competenţa primei instanţe sesizate.

Dacă se stabileşte competenţa primei instanţe sesizate, instanţa sesizată ulterior îşi declină competenţa în favoarea acesteia.

În cazul în care acţiuni conexe sunt pendinte înaintea unor instanţe din state membre diferite, instanţa sesizată ulterior poate suspenda judecata.

Dacă aceste acţiuni sunt pendinte în primă instanţă, instanţa sesizată ulterior poate, la cererea uneia dintre parţi, să-şi decline competenţa dacă prima instanţa sesizată are competenţă în acţiunea în cauza şi dacă legislaţia naţională permite conexarea acestor acţiuni.

Curtea interpretează foarte strict aceste reguli, considerând că mecanisme precum *forum non conveniens* sau ordonanţe preşedinţiale într-un stat membru împotriva unei acţiuni introduse în alt stat membru nu îşi au locul în cadrul recunoaşterii şi executării hotărârilor.

Precizăm că numai instanţele ale căror hotărâri nu mai pot fi atacate pot solicita hotărâri preliminare CEJ pentru interpretarea Tratatului.

Jurisprudenţa Curţii în materia interpretării Convenţiei Bruxelles este relevantă şi pentru interpretarea Regulamentului 44/2001, deoarece cea mai mare parte a prevederilor din regulament sunt identice cu cele ale Convenţiei.

Jurisprudenţa Curţii a stabilit principii generale pentru interpretarea Convenţiei şi a regulamentului şi pentru interpretarea noţiunilor specifice din cadrul celor două acte comunitare.

Toate excepţiile de la regula că pârâtul trebuie acţionat în judecată în statul de domiciliu trebuie interpretate în sens strict şi restrâns. De exemplu, regula competenţei speciale prevăzută de art. 5 al regulamentului sau competenţa exclusivă prevăzută de art. 22 al regulamentului trebuie interpretate în sensul menţinerii dreptului general al pârâtului de a fi acţionat în judecată în statul de domiciliu.

Prevederile regulamentului trebuie interpretate uniform. Principiul impune instanţelor statelor membre să ignore conceptele şi interpretarea naţionala atunci când aplica regulamentul. Curtea a atribuit un "înţeles autonom" conceptelor importante din regulament. Atunci când o instanţă naţională determină că are competenţă conform articolului 5, trebuie să aplice definiţia Curţii în ceea ce priveşte "în materie contractuală", chiar dacă la nivel naţional răspunderea contractuală este diferită.

Şi principiul certitudinii juridice este aplicat de către Curte, care va favoriza interpretarea ce nu permite o mare flexibilitate de interpretare instanţelor naţionale.

Interpretarea teleologică va permite Curţii să promoveze scopul general al regulamentului. Deoarece acesta urmăreşte să asigure executarea în mod automat a hotărârilor, regulamentul va fi interpretat în sensul eliminării obstacolelor din calea acestui obiectiv. Nu va fi acceptată interpretarea care are ca rezultat proceduri paralele şi creşterea riscului apariţiei unor hotărâri ireconciliabile.

Hotărâri ale CEJ care interpretează Convenţia Bruxelles I şi rămân în vigoare şi în cazul Regulamentului 44/2001:

„O plângere intră în domeniul de aplicare al convenţiei atunci când propriul său conţinut se referă la una din problemele tratate de convenţie, chiar dacă este supusă unei proceduri care, din cauza obiectului sau, nu intra în sfera de aplicare a convenţiei.

Convenţia este aplicabilă, pe de o parte, la executarea unei hotărâri interlocutorii data de o instanţa franceză într-o procedură de divorţ prin care uneia din părţi i se acordă o alocaţie de întreţinere lunară şi, pe de altă parte, la plata unei despăgubiri provizorii, plătibilă lunar, acordată uneia din părţi printr-o hotărâre de divorţ franceză în conformitate cu art. 270 şi următoarele din codul civil francez".

„Litispendenţa în sensul art. 21 al convenţiei există atunci când una din părţi introduce o acţiune într-un stat contractant pentru anularea sau rezoluţiunea unui contract internaţional de vânzare, în timp ce o altă acţiune, de această dată pentru executarea acelui contract, este introdusă de cealaltă parte, într-un alt stat contractant".

„Materie civilă în înţelesul art. 1 al Convenţiei, acoperă o acţiune civilă pentru despăgubiri introdusă în faţa unei instanţe penale împotriva unui profesor de la o şcoală de stat care, în timpul unei excursii organizate de această şcoala, a produs vătămări unui elev, ca rezultat al încălcării obligaţiilor sale de supraveghere, chiar şi când există o acoperire printr-un contract de asigurări sociale guvernat de dreptul public".

„Într-o interpretare adecvată a expresiei «locul unde s-a produs evenimentul cauzator de prejudiciu» din art. 5 (3) al convenţiei, victima unei calomnii produse într-un articol de ziar distribuit în câteva state contractante poate intenta acţiune pentru despăgubire contra editorului, atât în faţa instanţelor statului contractant pe teritoriul căruia domiciliază editorul publicaţiei calomnioase, instanţe având competenţa pentru acordarea despăgubirilor în cazurile de calomnie, cât şi în faţa instanţelor oricărui stat contractant în care a fost distribuită publicaţia şi în care victima susţine că a avut de suferit în privinţa reputaţiei, instanţe având competenta numai privinţa acordării daunelor provocate în statul respectiv.

Criteriile folosite pentru a stabili dacă evenimentul respectiv a provocat daune, precum probatoriul pentru existenta şi întinderea prejudiciului susţinut de reclamant

într-o acţiune privitoare la prejudiciu nu sunt guvernate de convenţie, ci sunt stabilite conform legislaţiei privind soluţionarea conflictului de legi proprie instanţei sesizate în baza convenţiei, cu condiţia ca aceasta să nu impieteze asupra eficientei convenţiei".

„Art. 47 (1) al convenţiei trebuie interpretat în sensul că, acolo unde regulile naţionale de procedură permit, dovada transmiterii hotărârii poate fi făcută după ce cererea a fost introdusă, în special în cursul procedurilor în apel iniţiate de partea împotriva căreia se doreşte executarea, dacă se face dovada că acelei părţi i s-a acordat o perioadă de timp rezonabilă pentru a executa hotărârea în mod voluntar şi că partea care doreşte executarea suportă toate costurile nu sunt necesare ce pot apărea".

„Art. 17 al convenţiei va fi interpretat astfel:

Consimţământul părţilor contractante la clauza de competenţă va fi prezumat că există atunci când comportamentul lor este conform cu uzanţele comerţului internaţional cu care operează şi de care erau sau trebuiau să fie conştienţi.

Existenţa uzanţelor, ce trebuie să fie determinată în raport cu ramură de comerţ în care părţile operează, poate fi stabilită atunci când un anume comportament este urmat în mod general şi regulat de comercianţii din acea ramură atunci când încheie contracte de un anume tip. Nu este necesar ca un asemenea comportament să existe în anumite ţări sau în toate statele contractante. O anume formă de publicitate nu poate fi cerută în toate cazurile. Faptul că o anume uzanţă este contestată în faţa instanţelor nu înseamnă că acel comportament nu constituie o uzanţă.

Cerinţele specifice ale expresiei "forma care acordă" trebuie evaluată numai în lumina uzanţelor comerciale din ramură de comerţ internaţional în cauză, fără a lua în considerare cerinţele prevăzute de legea naţională.

Cunoaşterea uzanţelor trebuie evaluată prin prisma acordului părţilor la încheierea acordului privind competenţa, naţionalitatea fiind nerelevantă pentru caz.

Alegerea unei instanţe prin clauza de competenţă poate fi evaluată numai prin lumina condiţiilor prevăzute de art. 17 al convenţiei. Consideraţiile privind legăturile dintre instanţa desemnată şi raporturile în litigiu, validitatea clauzei, regulile substanţiale ale răspunderii aplicabile în cauză nu sunt în legătura cu acele condiţii".

„În acord cu prevederile art. 5 punctul 1 al convenţiei, instanţa care este competentă conform acelui articol are şi competenţa de a dispune măsuri provizorii sau de protecţie, fără ca această competenţă să fie condiţionată de altceva.

Atunci când părţile au exclus competenţa instanţelor într-un litigiu asupra unui contract şi au decis să apeleze la arbitraj, nu pot fi dispuse măsuri provizorii conform art. 5 punctul 1 al convenţiei.

Dispunerea măsurilor provizorii este condiţionată de existenţa unei legături între subiectul cererii şi competenţa teritorială a instanţei din statul parte contractant, ale cărei măsuri provizorii se solicită.

Plata provizorie a unei obligaţii contractuale nu constituie măsura provizorie în înţelesul art. 24 al convenţiei, dacă plata către pârât a sumei acordate nu este garantată în ipoteza că reclamantul nu are succes în ceea ce priveşte pretenţiile şi dacă măsura solicitată are în vedere numai proprietăţile pârâtului localizate pe teritoriul unde are competenţa instanţa sesizată".

„Art. 27 punctul 1 trebuie interpretat după cum urmează:

Instanţa din statul unde se solicită executarea nu poate, în ceea ce priveşte pârâtul domiciliat în acel stat, să ia în considerare, pentru scopul clauzei de ordine publică prevăzută de art. 27, faptul că instanţa din statul de origine şi-a întemeiat competenţa pe cetăţenia victimei unei infracţiuni.

Instanţa din statul unde se solicită executarea poate, în ceea ce îl priveşte pe pârâtul domiciliat în acel stat şi urmărit pentru o infracţiune intenţionată, pentru scopul clauzei de ordine publică prevăzută de art. 27, să ia în considerare faptul că instanţa din statul de origine a refuzat că apărarea să fie formulată dacă pârâtul nu apare în faţa acelei instanţe".

„Regula prevăzută de art. 16 (1) ce conferă competenţa exclusivă în procedurile având ca obiect închirieri de proprietăţi imobiliare este aplicabilă acţiunilor pentru plata daunelor datorită neîngrijirii şi pagubelor produse imobilului de către persoana care l-a închiriat pentru o vacanţă de câteva săptămâni, chiar dacă acţiunea nu este introdusă direct de proprietar ci de operatorul turistic de la care a fost închiriat imobilul şi care s-a subrogat în drepturile proprietarului. Clauzele de asigurare în caz de anulare şi pentru a garanta plata preţului plătit de client, ce sunt menţionate în termeni generali în contractul încheiat de operator şi proprietar şi care nu formează obiectul disputei nu afectează natura închirierii ca închiriere de imobil în sensul Convenţiei".

În acest moment, spaţiul european al justiţiei civile este caracterizat de următoarele: a) dreptul civil rămâne, în mod predominant, o problemă naţională; b) câteva prevederi procedurale sunt armonizate ca urmare a prevederilor de drept substanţial din dreptul comunitar; c) interpretarea uniformă a problemelor de drept comunitar este asigurată prin intermediul art. 234 TUE; d) eficienţa aplicării dreptului comunitar este asigurată şi prin reforma administrării sistemelor judiciare din statele membre; e) prin intermediul jurisprudenţei Curţii Europene a Drepturilor Omului, parte a acquis-ului comunitar, trebuie asigurat un standard ridicat pentru existenţa unui proces corect.

Concluzii

În ceea ce priveşte transpunerea acquis-ului comunitar în materie, situaţia este fericită, datorită iniţiativelor legislative adoptate, în special în ultimii ani - legile pentru aderarea la convenţii din sistemul Conferinţei de drept internaţional privat de la Haga, din cadrul Consiliului Europei şi legile naţionale privind recunoaşterea şi executarea hotărârilor în materie civilă şi comercială şi privind cooperarea în aceleaşi materii etc.

Problemele ce pot apărea sunt determinate de diferenţele de natura organizaţională şi în capacitatea de implementare.

Diversitatea organizaţională este o problemă foarte serioasă în materia justiţiei şi afacerilor interne, întrucât implementarea principiilor comune, măsurilor şi standardelor de cooperare necesită un minim de compatibilitate şi interoperabilitate între structurile şi instituţiile naţionale. În timpul anilor 90, rapidă integrare în cadrul JAI a condus la un număr important de adaptări organizaţionale în administraţia şi sistemele judiciare ale statelor membre. Statele candidate se află unei duble provocări reprezentate de necesitatea completării procesului de reformă al sistemelor judiciare şi de a face ajustările necesare de acquis-ul comunitar.

Diversitatea în implementare reprezintă cea mai mare provocare. Statul candidat sau în curs de aderare poate fi capabil să îşi armonizeze toată legislaţia cu acquis-ul până la aderare, dar aceasta nu este suficient pentru a asigura implementarea practică a acquis-ului, care cere pregătire intensă, standarde înalte şi consistenţă în aplicarea legilor şi a procedurilor, o infrastructură tehnică adecvată şi acţiuni ferme împotriva unor pericole specifice precum corupţia.

De altfel, acquis-ul comunitar este mult mai puţin precis în ceea ce priveşte standardele practice de implementare, ceea ce lasă mult spaţiu interpretărilor.

Îngrijorarea statelor membre în acest sens a fost şi motivul principal pentru care a fost stabilit de către Consiliu, la 29 iunie 1998, un mecanism special pentru evaluarea adoptării, aplicării şi efectivă implementare de către statele candidate a acquis-ului în domeniul JAI. Artileria grea în cadrul acestui mecanism este reprezentată de un grup de experţi (Grupul de Evaluare Colectivă), care are ca sarcini - sub supravegherea COREPER şi în cooperare cu Comitetul articolului 36 - elaborarea şi actualizarea evaluărilor statelor candidate. Statele membre transmit grupului toate materialele alcătuite de autorităţile naţionale, inclusiv cele privind experienţa directă cu statele candidate, rapoarte ale ambasadelor, rapoarte ale Consiliului Europei etc.

Un exemplu pentru acest tip de problema pe care România trebuie o soluţioneze îl reprezintă Decizia Consiliului din 28 mai 2001 instituind Reţeaua Judiciară Europeană în materie civilă şi comercială. Reţeaua este alcătuită din puncte de contact la nivelul instanţelor naţionale, autorităţi centrale, magistraţi de legătură şi autorităţi administrative cu responsabilităţi în domeniu. Sarcinile membrilor reţelei constau în facilitarea cooperării între autorităţile statelor membre, transmiterea de informaţii şi elaborarea, implementarea şi actualizarea unui sistem informaţional accesibil publicului. În cuprinsul documentului există o dispoziţie prin care se specifică faptul că membrii reţelei sunt obligaţi să cunoască o altă limbă comunitară decât cea proprie.

Sistemul judiciar român a răspuns acestei provocări prin constituirea unei reţele de corespondenţi la nivel naţional. Membrii acestei reţele trebuie să fie buni cunoscători ai dreptului comunitar şi jurisprudenţei Curţii de la Luxemburg, ai jurisprudenţei CEDO, ai acquis-ului Consiliului Europei în materie civilă, ai convenţiilor din cadrul Conferinţei de Drept Internaţional Privat de la Haga şi ai convenţiilor bilaterale încheiate de România cu statele membre ale UE. În plus, aceştia trebuie să fie *computer savy*, să cunoască bine o limbă comunitară şi să aibă cunoştinţe extinse despre sistemele de drept din celelalte state membre - 26 la data aderării României.

Bibliografie

1. KOCH, Internaţionale Produkthaftung und Grenzen der Rechtsangleichung durch die EG-Richtlinie, 152 Zeitschnift fur das Gesamte Handels und Wirtschaftsrecht 537 (1988).

2. TALLON, Pour un Code européen du contrat, Mélanges, Colomer, 1999.

3. QUIGLEY, EC legislation - European community contract law, Kluwer, London, 1997.

4. VON BAR, Study of the systems of private law în the EU with regard to discrimination and the creation of a European Civil Code, European Parliament, Working Paper, Legal AffairSeries, JURI 103 EN (June 1999), 137-150.

5. Legislaţie comunitară:

Regulamentul Consiliului nr. 44/2001 privind competenţa, recunoaşterea şi executarea hotărârilor în materie civilă şi comercială (Regulamentul 44/2001 sau Regulamentul Bruxelles I) a fost elaborat pe baza Convenţiei de la Bruxelles privind competenţa, recunoaşterea şi executarea hotărârilor în materie civilă şi comercială, semnată la 27 septembrie 1968.

Regulamentul 1347/2000 privind competenţa, recunoaşterea şi executarea hotărârilor în materie matrimonială şi în materia responsabilităţi părinteşti pentru copiii ambilor soţi. Acest regulament a fost înlocuit cu regulamentul 2201/2003 privind

competenţa, recunoaşterea şi executarea hotărârilor în materie matrimonială şi în materia responsabilităţi părinteşti.

Regulamentul Consiliului CE nr. 1348/2000 privind comunicarea în statele membre actelor judiciare şi extrajudiciare în materie civilă sau comercială

Regulamentul Consiliului CE nr. 1206/2001 privind cooperarea între instanţele din statele membre în obţinerea probelor în materie civilă şi comercială

Regulamentul Consiliului CE nr. 743/2002 stabilind cadrul comunitar general al activităţilor pentru facilitarea implementării cooperării judiciare în materie civilă

Decizia CE nr. 470/2001 stabilind o Reţea Judiciară Europeană în materie civilă şi comercială

Politica comercială comună a Uniunii Europene

Laura Magdalena ***TROCAN***[*]
Ina Raluca ***TOMESCU***[**]

Abstract: *În vederea realizării cât mai eficace a scopurilor pentru care a fost înfiinţată Uniunea Europeană, instituţiile comunitare au elaborat o serie de politici comune pentru comerţ, transporturi, agricultură, pescuit, protecţia mediului etc. cu aplicabilitate pe teritoriul tuturor statelor membre. Comerţul a fost unul dintre primele domenii în care guvernele statelor membre ale Uniunii Europene de azi au identificat potenţialele beneficii pentru activitatea în comun şi, ca o consecinţă, au abolit prin prevederile Tratatului de la Roma (1957) toate barierele tarifare dintre membri şi au căzut de acord ca Uniunea Europeană, prin intermediul Comisiei Europene, să le reprezinte în negocierile comerciale internaţionale, atât cu diferiţi parteneri comerciali, cât şi în cadrul Organizaţiei Mondiale a Comerţului. În prezent, Uniunea Europeană este cel mai mare actor comercial global, acoperind circa 20% din exporturile şi importurile mondiale, având un rol important în promovarea comerţului mondial. Puterea comercială pe care o reprezintă Uniunea Europeană se bazează atât pe forţele economice unite ale statelor membre, cât şi pe existenţa şi aplicarea unei politici comerciale comune, coerente, aplicabile uniform pe piaţa internă unică a celor 28 de state membre şi exprimată printr-o singură voce în plan internaţional. Având în vedere că politica comercială comună reprezintă una dintre cele mai profunde dimensiuni ale activităţii Uniunii Europene, prezentul articol îşi propune să prezinte evoluţia politicii comerciale comune, în contextul dezvoltării Uniunii Europene, şi să analizeze conţinutul acesteia, prin raportare la dispoziţiile reglementărilor Uniunii Europene în materie.*

Cuvinte cheie: *Uniunea Europeană, politici comune, politica comercială comună, integrare europeană, competenţele Uniunii Europene*

Consideraţii generale privind Uniunea Europeană

Fără a avea acelaşi grad de instituţionalizare, fără a fi determinată de motivaţii similare, fără a avea acelaşi impact economic şi politic, integrarea regională a devenit un proces prezent pe toate continentele[1]. Pe continentul european se desfăşoară, însă, cel mai vechi, cel mai dinamic, cel mai complex şi cel mai instituţionalizat proces de

[*] Lector universitar doctor, Universitatea „Constantin Brâncuşi" din Târgu-Jiu/ Cercetător ştiinţific asociat, Academia Română, Institutul de Cercetări Juridice "Acad. Andrei Rădulescu".

[**] Conferenţiar universitar doctor, Universitatea „Constantin Brâncuşi" din Târgu-Jiu/ Cercetător ştiinţific asociat, Academia Română, Institutul de Cercetări Juridice "Acad. Andrei Rădulescu".

[1] Pe continentul nord-american există Acordul de Liber Schimb Nord – American – NAFTA (1992) între SUA, Canada, Mexic, în Asia există Asociaţia Naţiunilor din Asia de Sud – Est (1967), Asociaţia de Cooperare Regională în Asia de Sud (1985), Forumul de Cooperare Economică Asia – Pacific (APEC), în America Latină – MERCOSUR (1991), în Africa – Comunitatea Economică a Statelor din Africa de Vest, Uniunea Magreb-ului arab (1989). (O. Bibere, Uniunea Europeană între real şi virtual, Ed. ALL Beck, Bucureşti, 1999, p. 5- 6).

integrare regională – *integrarea europeană* - proces prin care statele europene renunţă voluntar la principiul dezvoltării singulare în favoarea unei dezvoltări comunitare[1]. Creată în scopul de a garanta o pace durabilă, construcţia europeană s-a concretizat după cel de-al doilea război mondial[2], iar primul pas făcut în direcţia a ceea ce constituie, astăzi, una dintre cele mai importante construcţii economice, sociale şi juridice ale Europei, şi anume Uniunea Europeană, a fost propunerea, din 9 mai 1950 a lui Robert Schumann, ministrul francez al afacerilor externe, prin care Franţa şi Germania urmau să pună sub administraţie comună industria cărbunelui şi oţelului din cele două ţări[3]. La baza propunerii lui Schumann s-a aflat planul elaborat de Jean Monnet, om politic şi economist, dar ideea era mai veche şi fusese lansată de Konrad Adenauer, cancelar al Germaniei, care, în 1949, a propus o „asociere de drept internaţional" pe bază de cooperare[4]. Planul Schumann, menit să evite o nouă conflagraţie mondială, punând ramurile de bază ale industriei de armament sub control internaţional, prin intermediul tratat inviolabil, a constituit primul pas pe calea constituirii Europei Unite[5]. Acest proiect a devenit realitate, la 18 aprilie 1951, prin semnarea, la Paris, de către şase ţări (Belgia, Olanda, Luxemburg, R.F. Germania, Franţa, Italia)[6] a Tratatului instituind Comunitatea Europeană a Cărbunelui şi Oţelului (CECO), tratat ce intrat în vigoare la 23 iulie 1952. Primele succese înregistrate de CECO au determinat miniştrii de externe ai celor şase ţări fondatoare să încerce continuarea cooperării în domeniul economic, astfel că, în 1956, au fost semnate Tratatul Comunităţii Europene a Energiei Atomice (CEEA) şi Tratatul Comunităţii Economice Europene (CEE), ambele intrate în vigoare la 1 ianuarie 1958. Aşadar, Comunităţile Europene au apărut prin încheierea unor tratate internaţionale, care au dat naştere unor mecanisme instituţionale nemaiîntâlnite până atunci în dreptul internaţional public şi care au avut drept scop stabilirea, între membrii lor, a unei apropieri mai puternice decât cea care rezultă din organizaţiile tradiţionale de cooperare internaţională. Sistemul creat prin cele trei tratate s-a dezvoltat, ulterior, în două direcţii principale. O primă direcţie a avut în vedere perfecţionarea instituţiilor comunitare, iar cea de-a doua a urmărit extinderea Comunităţilor, prin cooptarea de noi membri. Astfel, gradul de integrare a crescut progresiv, atât din punct de vedere geografic, cât şi din punct de vedere al dezvoltării de politici şi structuri instituţionale comune. În acest fel, de la o comunitate formată din şase membrii, în anul 1950, s-a ajuns, astăzi, la o uniune formată din 28 de ţări membre[7], construcţia comunitară europeană fiind un model original, ce îmbină integrarea cu cooperarea interguvernamentală[8]. Realizarea construcţiei europene s-a produs prin cedarea voluntară de către statele membre a unor elemente ale suveranităţii naţionale către instituţiile comunitare, însă, pentru acest lucru,

[1] *Ibidem*, p. 7-8.

[2] D.A. Crăciunescu, *Drept instituţional comunitar european*, Ed. Pro Universitaria, Bucureşti, 2009, p. 51.

[3] O. Bibere, *op. cit.*, p. 31-32.

[4] A. Dobre, *Politica comercială comună a Uniunii Europene*, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2010, p. 19-20.

[5] D. Crăciunescu, *op. cit.*, p. 53.

[6] Schumann a propus ca şi alte ţări europene, în afara Franţei şi a Germaniei, să participe la CECO. Italia şi ţările Benelux (Belgia, Olanda, Luxemburg) au acceptat propunerea, iar negocierile au început imediat, aceste ţări devenind membre ale CECO. (D. Crăciunescu, *op. cit.*, p. 51-54).

[7] http://cronicaeuropeana.ro/croatia-este-foarte-aproape-de-intrarea-in-ue-germania-a-ratificat-tratatul-de aderare.html.

[8] N. Diaconu, *Sistemul instituţional al Uniunii Europene*, Ed. Lumina Lex, Bucureşti, 2001, p. 3.

în majoritatea statelor membre au fost necesare numeroase reforme, unele state ale Uniunii Europene procedând la revizuiri constituţionale, care să facă permită transferul unor elemente de suveranitate şi, prin aceasta, integrarea europeană. În felul acesta, Uniunea Europeană[1] a cunoscut o evoluţie remarcabilă ce o poate duce, în viitor, la formula unei federaţii de state.

Politicile Comune ale Uniunii Europene

În vederea realizării cât mai eficace a scopurilor pentru care a fost înfiinţată Uniunea Europeană, instituţiile comunitare au elaborat o serie de politici comune cu aplicabilitate pe teritoriul tuturor statelor membre. Deşi, noţiunea de politică comună nu a beneficiat de o calificare legală prin dispoziţiile tratatelor comunitare, aceasta a fost interpretată de Curtea de Justiţie a Uniunii Europene, care a arătat că, în mod generic, politicile comune acordă Uniunii Europene competenţa de a acţiona, în mod exclusiv, în anumite domenii, în care statele membre sunt lipsite de competenţa proprie. Existenţa politicilor comune conferă unicitate Uniunii Europene şi demonstrează acceptarea cedării unei părţi a suveranităţii statelor membre către instituţiile europene[2]. Uniunea Europeană a dezvoltat, prin intermediul a o serie de reglementări, adoptate la nivel supranaţional, politici comune pentru comerţ, transporturi, agricultură, pescuit, protecţia mediului. In 1999 a introdus moneda unică, Euro[3], iar, în felul acesta, politica comună economică şi monetară a dobândit noi dimensiuni.

Politica Comercială Comună a Uniunii Europene – premise istorice

Comerţul a fost unul dintre primele domenii în care guvernele statelor membre ale Uniunii Europene de azi au identificat potenţialele beneficii pentru activitatea în comun şi, ca o consecinţă, au abolit prin prevederile Tratatului de la Roma (1957) toate barierele tarifare dintre membri şi au căzut de acord ca Uniunea Europeană, prin intermediul Comisiei Europene, să le reprezinte în negocierile comerciale internaţionale, atât cu diferiţi parteneri comerciali, cât şi în cadrul Organizaţiei Mondiale a Comerţului[4]. În prezent, Uniunea Europeană este cel mai mare actor comercial global, acoperind circa 20% din exporturile şi importurile mondiale (fără schimburile comerciale intracomunitare), având un rol important în promovarea comerţului mondial[5]. Puterea

[1] Totodată, odată cu intrarea în vigoare a Tratatului de la Maastricht s-a trecut de la o cooperare în domeniul economic la o cooperare inclusiv de natură politică iar denumirea folosită pentru această formă de asociere europeană a devenit cea de Uniunea Europeană. (D. D. Şaguna, M.R. Nicolescu, *Societăţi comerciale europene*, Ed. Oscar Print, Bucureşti, 1996, p. 16).

[2] N. Diaconu, D. A. Crăciunescu, *Dreptul Uniunii Europene privind politicile economice*, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2010, p. 15-16.

[3] Introducerea monedei euro în 1999 a reprezentat un pas important pentru integrarea europeană. În momentul lansării, la 1 ianuarie 1999, euro a devenit noua monedă oficială a 11 state membre, înlocuind, în două etape, vechile monede naţionale – precum marca germană şi francul francez. La început, euro a fost introdus ca monedă virtuală pentru efectuarea de operaţiuni de plată care nu implicau bancnote şi monede, precum şi în scopuri contabile, în timp ce vechile monede, considerate subunităţi ale euro, continuau să fie folosite pentru efectuarea de plăţi în numerar. Ulterior, la 1 ianuarie 2002, euro a fost introdus sub formă de bancnote şi monede. La acest moment, Euro nu este moneda tuturor statelor membre. (http://ec.europa.eu/economy_finance/euro/index_ro.htm).

[4] A. Giurgiu, *Comerţul intraeuropean – o nouă perspectivă asupra comerţului exterior al României*, Ed. Economică, Bucureşti, 2008, p. 165.

[5] http://europa.eu/pol/comm/index_ro.htm.

comercială pe care o reprezintă Uniunea Europeană se bazează atât pe forţele economice unite ale statelor membre, cât şi pe existenţa şi aplicarea unei politici comerciale comune, coerente, aplicabile uniform pe piaţa internă unică a celor 28 de state membre şi exprimată printr-o singură voce în plan internaţional[1]. Politica comercială comună reprezintă una dintre cele mai profunde dimensiuni ale activităţii Uniunii Europene. Ideea unei politici comerciale comune a luat naştere în 1955, la Messina, când miniştrii de externe ai Belgiei, Olandei, Luxemburgului, Franţei, Italiei, Germaniei au decis să îşi concentreze atenţia asupra integrării economice şi a scăderii tarifelor vamale între aceste ţări cu scopul de a stimula relaţiile comerciale şi dezvoltarea economică[2]. Politica comercială comună a fost concepută în vederea instituirii unei pieţe comune funcţionale, iar în vederea atingerii obiectivelor politicii comerciale, statele membre au transferat către Comunităţii Economice Europene prerogativele lor constituţionale în materie de relaţii comerciale. Renunţând la interesele lor naţionale, statele membre au fost obligate să pună în aplicare regulile stabilite de către instituţiile Comunităţii[3]. Politica comercială comună, autonomă, faţă de statele terţe, s-a materializat, într-o primă etapă, într-un sistem uniform de măsuri cu privire la produsele agricole şi la unele produse agricole prelucrate, care au fost supuse unui tratament preferenţial în piaţa comună şi au fost subvenţionate la export şi în legătură cu care au fost adoptate măsuri de protecţie faţă de importuri. Ulterior, au fost adoptate tarifele vamale comune, au fost armonizate legislaţiile vamale şi s-au adoptat restricţii cantitative la importuri în relaţiile cu unele state[4]. Prin stabilirea unei uniuni vamale, statele membre au contribuit, potrivit interesului comun, la eliminarea treptată a restricţiilor din calea schimburilor comerciale, la reducerea barierelor vamale şi la dezvoltarea armonioasă a comerţului mondial. La 26 septembrie 1962, a fost adoptată de către Consiliu prima măsură importantă din domeniul politicii comerciale, Programul de acţiune care prevedea o politică de import şi export uniformizată, înlocuirea cotelor naţionale cu cele comunitare, elaborarea listelor liberalizate. De asemenea, în această perioadă, s-a urmărit şi armonizarea regimului juridic al ajutoarelor acordate de statele membre la exportul către ţările terţe, fără ca prin aceasta să fie încălcate obligaţiile asumate de statele membre în cadrul altor organizaţii internaţionale. După încheierea perioadei de tranziţie, competenţele în materie de politică comercială au trecut de la nivel naţional la nivel supranaţional, instituţiile comunitare asigurând un cadru uniform de coordonare şi implementare[5]. Dezvoltarea comerţului reprezintă o oportunitate pentru creşterea economică a fiecărei ţări şi regiuni, aceasta fiind în fapt, cheia competitivităţii economice a Uniunii Europene, care a legat strâns politica comercială comună de politica ei de dezvoltare[6].

[1] http://www.dce.gov.ro/poli_com/Cadrul_general.htm.

[2] http://ro.wikipedia.org/wiki/Tratatul_de_la_Roma.

[3] Fl. Bonciu (coord.), *Ghidul politicilor Uniunii Europene – Politica comercială comună*, Institutul European din România, Bucureşti, 2012, p. 7-8.

[4] O. Manolache, *Tratat de drept comunitar* - ediţia 5, Ed. C. H. Beck, Bucureşti, 2006, p. 622. Eliminarea barierelor vamale s-a produs printr-un proces de tranziţie, ce s-a finalizat la 1 iulie 1968. Un an mai târziu a luat sfârşit şi procesul de eliminare a restricţiilor cantitative, deja asumat de Organizaţia pentru Cooperare şi Dezvoltare Economică (OCDE) în prealabil.(Fl. Bonciu (coord.), *op. cit.*, p. 7-8).

[5] Fl. Bonciu (coord.), *op. cit.*, p. 7-8.

[6] A. Giurgiu, *op. cit.*, p. 35.

Politica Comercială Comună – semnificaţii

În încercarea de identificare a semnificaţiilor politicii comerciale comune a Uniunii Europene trebuie plecat de la coroborarea definiţiei politicii comerciale a statului naţional cu analiza reglementărilor Uniunii Europene în materia politicii comerciale comune. Astfel, politica comercială este o parte componentă a politicii economice a unui stat care vizează sfera relaţiilor economice externe ale acestuia. În sens larg, prin politica comercială a unui stat se înţelege totalitatea reglementărilor adoptate de către stat (cu caracter juridic, administrativ, fiscal, bugetar, financiar, bancar, valutar etc.) în scopul promovării sau al restrângerii schimburilor comerciale externe şi al protejării economiei de concurenţa externă[1]. Având în vedere aceste semnificaţii ale politicii comerciale ale statului naţional, putem aprecia, în sens larg, că politica comercială comună a Uniunii Europene este unul din pilonii principali ai relaţiilor Uniunii Europene cu ţările terţe, ce reprezintă ansamblul de măsuri, instrumente, politici aplicate în domeniul relaţiilor comerciale externe al Uniunii Europene[2]. În acest context, politica comercială comună derivă, în mare măsură, din regulile cuprinse în acordurile încheiate în cadrul Organizaţiei Mondiale a Comerţului. Baza politicii comerciale comune o constituie tariful vamal comun aplicat în relaţiile cu ţările terţe. Regulile comune de export şi de import sunt completate şi sprijinite de reglementările comune cu privire la măsurile anti-dumping şi de salvgardare, măsurile împotriva subvenţiilor la import sau a practicilor ilicite de comerţ, precum şi restricţiile cantitative şi interdicţiile comerciale în probleme de politică externă[3]. Totodată, în sens restrâns, politica comercială comună presupune crearea unei uniuni vamale între statele membre ale Uniunii Europene, aplicarea unor principii uniforme cu privire la modificarea taxelor vamale, stabilirea de taxe vamale şi încheierea de acorduri comerciale cu ţările terţe, elaborarea şi implementarea politicii vizând regimul comun de import şi export etc.[4]

Competenţa Uniunii Europene în domeniul Politicii Comerciale Comune

Uniunea Europeană gestionează relaţiile comerciale şi de investiţii cu alte ţări prin intermediul politicii comerciale comune, care este o competenţă exclusivă a Uniunii Europene, astfel încât numai Uniunea Europeană poate legifera în chestiuni comerciale şi poate încheia acorduri comerciale internaţionale[5]. Acest lucru este rezultatul direct al principiului competenţelor de atribuire, ce a fost implicit formulat de tratatele originare şi menţionat, în mod expres, de art. 5 din Tratatul de la Maastricht, care a încadrat acţiunea Uniunii Europene în limitele competenţelor şi a obiectivelor care i-au fost stabilite de tratat. Aşadar, subiect derivat de drept internaţional public, Uniunea Europeană nu se bucură de o competenţă absolută, generală şi originară de reglementare, ci de competenţe precise, limitate, derivate, specifice domeniilor sale de interes, atribuite, expres sau implicit, de statele membre, domeniu cu domeniu[6]. Prin

[1] N. Sută, S. Sută-Selejan, *Istoria comerţului mondial şi a politicii comerciale*, Ed. All, Bucureşti, 1997, p. 181.
[2] http://www.dce.gov.ro/poli_com/Cadrul_general.htm.
[3] http://www.dce.gov.ro/poli_com/Cadrul_general.htm.
[4] http://www.dce.gov.ro/poli_com/Cadrul_general.htm.
[5] http://www.consilium.europa.eu/policies/common-commercial-policy?lang=ro.
[6] D. Crăciunescu, *op. cit.*, p. 152.

dispoziţiile Tratatului de la Lisabona se stabilesc clar domeniile de competenţă exclusivă a Uniunii, domeniile de competenţă partajată şi domeniile de coordonare sau de sprijinire a acţiunii statelor membre[1]. Astfel, conform art. 3, parag. 1, lit. e din Tratatul privind funcţionarea Uniunii Europene competenţa Uniunii Europene este exclusivă în ceea ce priveşte politica comercială comună. Reglementările de bază privind politica comercială comună sunt cuprinse în art. 206-207 din Tratatul privind funcţionarea Uniunii Europene. Totuşi, art. 207 din Tratatul privind funcţionarea Uniunii Europene (ex-articolul 133 TCE), alin.6 stipulează că exercitarea competențelor atribuite Uniunii Europene în domeniul politicii comerciale comune nu aduce atingere delimitării competențelor între Uniune și statele membre și nu implică armonizarea dispozițiilor actelor cu putere de lege și ale normelor administrative ale statelor membre în măsura în care tratatele exclud o astfel de armonizare. Totodată, trebuie precizat că Tratatul de la Lisabona a extins competențele Uniunii în domeniul politicii comerciale comune pentru a include serviciile, drepturile de proprietate intelectuală și investițiile străine directe[2].

Scopurile şi principiile Politicii Comerciale Comune

Potrivit art. 206 din Tratatul privind funcţionarea Uniunii Europene (ex-articolul 131 TCE), prin stabilirea unei uniuni vamale, Uniunea contribuie, în interesul comun, la dezvoltarea armonioasă a comerţului mondial, la eliminarea treptată a restricțiilor în calea schimburilor comerciale internaționale și a investițiilor externe directe și la reducerea barierelor vamale și de altă natură. Art. 207 din Tratatul privind funcţionarea Uniunii Europene (ex-articolul 133 TCE) evidenţiază că politica comercială comună se întemeiază pe principii uniforme, în special, în ceea ce privește modificările tarifare, încheierea de acorduri tarifare și comerciale privind schimburile de mărfuri și servicii și aspectele comerciale ale proprietății intelectuale, investițiile străine directe, uniformizarea măsurilor de liberalizare, politica exporturilor, precum și măsurile de protecție comercială, printre care și cele care se adoptă în caz de dumping și de subvenții. Politica comercială comună se desfășoară în cadrul principiilor și al obiectivelor acțiunii externe a Uniunii. Principiul de bază care guvernează politica comercială comună a Uniunii Europene reiese din articolul 3a al Tratatului privind Uniunea Europeană, care stabileşte că dezideratul acestei politici este realizarea unei economii de piaţă deschise, în care concurenţa este liberă. Principalul pilon al politicii comerciale comune a Uniunii Europene este tariful extern comun care a fost realizat încă din anul 1968, concomitent cu eliminarea taxelor vamale între ţările membre, şi a cărui aplicare presupune că un bun sau serviciu dintr-o ţară terţă nu este taxat decât o singură dată, când pătrunde în una din ţările membre ale Uniunii. Un alt instrument utilizat în cadrul politicii comerciale comune a Uniunii Europene îl reprezintă cotele sau restricţiile cantitative care, începând din 1994, sunt definite la nivelul Uniunii Europene şi nu la nivel naţional[3]. Astfel, Regulamentul nr. 518/94 din 7.03. 1994 al Consiliului stabileşte principiul liberalizării importurilor de mărfuri provenind din ţările terţe, acestea nefiind supuse vreunei restricţii cantitative (cu excepţiile prevăzute în documentul menţionat). Principiul stabilit prin dispoziţiile Regulamentului nr. 2603/69

[1] N. Diaconu, D. A. Crăciunescu, *op. cit.*, p. 16.

[2] http://www.consilium.europa.eu/policies/common-commercial-policy?lang=ro.

[3] D.C. Dănuleţiu, *Aspecte privind politica comercială a Uniunii Europene* – (http://www.oeconomica.uab.ro/upload/lucrari/820063/17.pdf)

din 20.12.1969 al Consiliului (modificat prin Regulamentul nr. 1934/82 din 21.07.1982 al Consiliului) constă în liberalizarea exporturilor produselor din Uniunea Europeană către statele terţe, aceste exporturi nefiind supuse vreunei restricţii cantitative. În ceea ce priveşte exportul bunurilor culturale, Regulamentul nr. 3911/92 din 9.12.1992 al Consiliului stipulează că exportul acestor tipuri de bunuri nu se poate realiza fără obţinerea, în prealabil a unei licenţe de export. Totodată, conform dispoziţiilor Regulamentului nr. 520/94 din 7.03.1994 al Consiliului gestionarea contingentelor produselor neliberalizate la export sau la import are la bază un sistem de licenţe eliberat de statele membre după criterii cantitative stabilite la nivel comunitar[1]. De asemenea, începând cu anul 1990 au fost introduse măsurile de protecţie comercială, măsuri prin intermediul cărora organizaţiile profesionale sau grupurile de întreprinderi europene pot cere măsuri de retorsiune contra concurenţilor străini apreciaţi drept neloiali[2].

Rolul instituţiilor comunitare în realizarea Politicii Comerciale Comune a Uniunii Europene

În domeniul politicii comerciale comune, art. 207, alin. (2) din Tratatul privind funcţionarea Uniunii Europene (ex-articolul 133 TCE) stipulează că Parlamentul European şi Consiliul, hotărând prin regulamente în conformitate cu procedura legislativă ordinară, adoptă măsurile care definesc cadrul în care este pusă în aplicare politica comercială comună. Tratatul de la Lisabona a acordat un rol sporit Parlamentului European, oferindu-i drepturi depline de decizie în domeniul politicii comerciale, comparativ cu situaţia anterioară când doar Consiliul era responsabil pentru adoptarea legislaţiei comerciale, în timp ce Parlamentul European era consultat şi implicat în procesul de ratificare a acordurilor comerciale numai în câteva cazuri majore limitate[3]. Totodată, în cadrul Parlamentului European funcţionează Comisia pentru Comerţ Internaţional ale cărei competenţe privesc definirea şi punerea în aplicare a politicii comerciale comune a Uniunii Europene şi a relaţiilor sale economice externe, în special: relaţiile financiare, economice şi comerciale cu ţări terţe şi cu organizaţii regionale; măsurile de armonizare sau de standardizare tehnică în domeniile reglementate de instrumentele de drept internaţional; relaţiile cu organizaţiile internaţionale pertinente şi cu organizaţiile de promovare a integrării economice şi comerciale regionale în afara graniţelor Uniunii; relaţiile cu Organizaţia Mondială a Comerţului, inclusiv cu dimensiunea sa parlamentară. De asemenea, Comisia pentru Comerţ Internaţional din cadrul parlamentului European asigură legătura cu delegaţiile interparlamentare şi ad-hoc competente în ceea ce priveşte aspectele economice şi comerciale în relaţiile cu ţările terţe[4]. Comisia Europeană este responsabilă de negocierea și gestionarea acordurilor comerciale care implică modificări tarifare, dispoziții în materie vamală și comercială și măsuri de protecție[5]. Astfel, în aceste domenii, Comisia Europeană prezintă recomandări Consiliului, care o autorizează să deschidă negocierile necesare. Consiliul prezintă Comisiei directive de negociere prin

[1] N. Diaconu, D. A. Crăciunescu, *op. cit.*, p. 87-88.
[2] D.C. Dănuleţiu, *op. cit.* (http://www.oeconomica.uab.ro/upload/lucrari/820063/17.pdf).
[3] http://www.dce.gov.ro/poli_com/Cadrul_general.htm.
[4] http://europa.eu/pol/comm/index_ro.htm.
[5] http://www.consilium.europa.eu/policies/common-commercial-policy?lang=ro.

intermediul „Comitetului pentru politică comercială”[1]. Consiliului şi Comisiei le revine răspunderea să asigure compatibilitatea acordurilor negociate cu politicile şi normele interne ale Uniunii. Aceste negocieri sunt desfăşurate de Comisie, în consultare cu un comitet special desemnat de Consiliu pentru a o asista în această misiune şi cu respectarea directivelor pe care Consiliul i le-ar putea adresa. Comisia raportează periodic comitetului special şi Parlamentului European cu privire la stadiul negocierilor[2]. Pentru negocierea şi încheierea acordurilor cu una sau mai multe ţări terţe ori organizaţii internaţionale Consiliul hotărăşte cu majoritate calificată. Pentru negocierea şi încheierea unui acord în domeniul comerţului cu servicii şi al aspectelor comerciale ale proprietăţii intelectuale, precum şi în cel al investiţiilor străine directe, Consiliul hotărăşte în unanimitate în cazul în care acest acord cuprinde dispoziţii pentru care este necesară unanimitatea pentru adoptarea de norme interne. Consiliul hotărăşte, de asemenea în unanimitate, negocierea şi încheierea de acorduri: (a) în domeniul comerţului cu servicii culturale şi audiovizuale, în cazul în care aceste acorduri riscă să aducă atingere diversităţii culturale şi lingvistice a Uniunii; (b) în domeniul comerţului cu servicii sociale, de educaţie şi de sănătate, în situaţia în care aceste acorduri pot să perturbe în mod grav organizarea acestor servicii la nivel naţional şi să aducă atingere răspunderii statelor membre pentru prestarea acestor servicii[3].

Concluzii

Politica comercială comună stă la baza relaţiilor externe ale Uniunii Europene. Având la bază un set de reguli uniformizate ca parte a uniunii vamale şi a tarifului vamal comun, politica comercială guvernează relaţiile comerciale ale Uniunii Europene cu ţările terţe. Eliminarea barierelor in calea liberului comerţ în cadrul Uniunii Europene a contribuit în mod semnificativ la sporirea prosperităţii cetăţenilor europeni şi la întărirea rolului jucat de Uniunea Europeană pe plan mondial[4]. Cu toate acestea Uniunea Europeană va trebui să facă faţă provocării de se a adapta, permanent, schimbărilor generate de o serie de factori, atât interni (ex. adâncirea integrării, în paralel cu extinderea, îmbătrânirea şi scăderea populaţiei, necesitatea reformării instituţiilor Uniunii Europene, considerate prea birocratice, precum şi a legislaţiei, uneori prea stufoase etc.), cât şi externi (criza economică globală, ameninţările teroriste, epuizarea într-un interval nu prea îndepărtat a unor importante resurse terestre, schimbările climatice etc.)[5], iar în acest context politica comercială comună poate cunoaşte transformări importante.

[1] Comitetul pentru Politică Comercială (“Trade Policy Committee - TPC”). TPC este compus din reprezentanţi statelor membre şi din Comisia Europeană. Principala lui funcţie este aceea de a coordona politica comercială a Uniunii Europene. În cadrul acestuia se discută întreaga problematică de politică comercială ce afectează Uniunea, de la probleme strategice ale rundelor de negocieri din Organizaţia Mondială a Comerţului până la probleme specifice ale exporturilor de produse individuale (http://www.dce.gov.ro/poli_com/Cadrul_general.htm).

[2] Art. 207, alin. (3) din Tratatul privind funcţionarea Uniunii Europene (ex-articolul 133 TCE).

[3] Art. 207, alin. (4) din Tratatul privind funcţionarea Uniunii Europene (ex-articolul 133 TCE).

[4] http://www.euractiv.ro/uniunea-europeana/articles|displayArticle/articleID_12577/Politicile-Uniunii-Europene.html.

[5] A. Giurgiu, *op. cit.*, p. 336.

Bibliografie

1. O. Bibere, Uniunea Europeană între real şi virtual, Editura ALL Beck, Bucureşti, 1999
2. Fl. Bonciu (coord.), Ghidul politicilor Uniunii Europene – Politica comercială comună, Institutul European din România, Bucureşti, 2012
3. D.A. Crăciunescu, Drept instituţional comunitar european, Editura Pro Universitaria, Bucureşti, 2009
4. D.C. Dănuleţiu, Aspecte privind politica comercială a Uniunii Europene – (http://www.oeconomica.uab.ro/upload/lucrari/820063/17.pdf)
5. N. Diaconu, Sistemul instituţional al Uniunii Europene, Editura Lumina Lex, Bucureşti, 2001
6. N. Diaconu, D. A. Crăciunescu, Dreptul Uniunii Europene privind politicile economice, Editura Universul Juridic, Bucureşti, 2010
7. A. Dobre, Politica comercială comună a Uniunii Europene, Editura Universul Juridic, Bucureşti, 2010
8. A. Giurgiu, Comerţul intraeuropean – o nouă perspectivă asupra comerţului exterior al României, Editura Economică, Bucureşti, 2008
9. O. Manolache, Tratat de drept comunitar - ediţia 5, Editura C. H. Beck, Bucureşti, 2006,
10. N. Sută, S. Sută-Selejan, Istoria comerţului mondial şi a politicii comerciale, Editura All, Bucureşti, 1997
11. D. D. Şaguna, M.R. Nicolescu, Societăţi comerciale europene, Editura Oscar Print, Bucureşti, 1996
12. Versiunea consolidată a Tratatului privind funcţionarea Uniunii Europene din 2009
13. http://cronicaeuropeana.ro/croatia-este-foarte-aproape-de-intrarea-in-ue-germania-a-ratificat-tratatul-de-aderare.html
14. http://ec.europa.eu/economy_finance/euro/index_ro.htm
15. http://europa.eu/pol/comm/index_ro.htm
16. http://www.dce.gov.ro/poli_com/Cadrul_general.htm
17. http://ro.wikipedia.org/wiki/Tratatul_de_la_Roma
18. http://www.dce.gov.ro/poli_com/Cadrul_general.htm
19. http://www.consilium.europa.eu/policies/common-commercial-policy?lang=ro
20. http://www.euractiv.ro/uniunea-europeana/articles|displayArticle/articleID_12577/Politicile-Uniunii-Europene.html

Rolul jurisprudenţei internaţionale în determinarea normelor de drept

Maria-Irina ***GRIGORE-RĂDULESCU***[*]
Corina-Florenţa ***POPESCU***[**]

Abstract: *Pentru soluţionarea conflictelor în materia dreptului internaţional, comunitatea internaţională a creat o serie de instanţe, a căror natură juridică este diferită, iar domeniul de competenţă şi efectul obligatoriu al jurisprudenţei acestora sunt determinate de actele constitutive ce stau la baza înfiinţării, organizării şi funcţionării lor.*

Cuvinte cheie: *jurisprudenţa internaţională, instanţe internaţionale, jurisdicţie.*

1. Precizări prealabile

Dreptul internaţional este, în prezent, caracterizat de existenţa unui număr mare de instanţe internaţionale şi arbitrale cu caracter universal, regional sau subregional[1], fenomen determinat de o serie de factori, precum[2]:

- crearea unor norme internaţionale care reglementează raporturi juridice noi în domenii variate şi extrem de aplicate[3];
- diversitatea părţilor ce se pot regăsi în cadrul procedurilor specifice diferitelor instanţe jurisdicţionale şi arbitrale;
- nevoia „specializării" instanţelor jurisdicţionale şi arbitrale în vederea asigurării unui echilibru între globalizare şi specificitate la nivel internaţional, regional sau subregional;
- reducerea duratei în timp a procedurilor jurisdicţionale şi arbitrale şi necesitatea minimizării costurilor prilejuite de aceste proceduri.

Scopul ONU, precizat încă din art. 1 al Cartei acestei organizaţii, este „să înfăptuiască, prin mijloace paşnice şi în conformitate cu principiile justiţiei şi dreptului internaţional, aplanarea ori rezolvarea diferendelor sau situaţiilor cu caracter internaţional care ar putea duce la o încălcare a păcii".

Aplicarea principiului soluţionării paşnice a diferendelor internaţionale impune respectarea libertăţii părţilor de alegere a modalităţilor acestei soluţionări. Rezultă că, părţile unui diferend au dreptul de a alege, prin consimţământ reciproc, acele mijloace de reglementare paşnică adecvate naturii diferendului, precum şi de a combina, în contextul aceluiaşi diferend, modalităţile diplomatice între ele sau cu acelea de tip

---

[*] Lector universitar doctor, Universitatea Ecologică din Bucureşti.
[**] Lector universitar doctor, Universitatea Ecologică din Bucureşti.

[1] În prezent, sunt peste 30 de instanţe jurisdicţionale şi arbitrale.

[2] Pentru o argumentare a fenomenului de creştere a numărului instanţelor internaţionale, a se vedea, B. Aurescu, *Sistemul jurisdicţiilor internaţionale*, Ed. All Beck, Bucureşti, 2005, p. 263.

[3] Asemenea noi raporturi internaţionale regăsim în domeniul mediului, transporturilor, medicinii, telecomunicaţiilor, securităţii internaţionale şi regionale.

jurisdicţional, cu atât mai mult cu cât în doctrină se afirmă regula anteriorităţii mijloacelor diplomatice în raport cu mijloacele jurisdicţionale[1].

Pe cale de consecinţă, obligaţia de a soluţiona orice diferend sau situaţie prin mijloace paşnice nu poate fi considerată incompatibilă cu exercitarea suveranităţii statelor, ci dimpotrivă constituie o garanţie a respectării principiului egalităţii suverane a statelor.

În ansamblul mijloacelor paşnice de soluţionare a diferendelor internaţionale, cele de natură jurisdicţională, în special soluţionarea judiciară realizată de Curtea Internaţională de Justiţie[2], ocupă un loc important. Potrivit art. 33 din Carta ONU, care enumeră mijloacele pentru reglementarea paşnică a diferendelor internaţionale, statele părţi la orice diferend a cărui prelungire ar putea pune în primejdie menţinerea păcii şi securităţii internaţionale, au obligaţia să-l rezolve exclusiv prin mijloace paşnice, respectiv prin mecanisme politico-diplomatice, dar şi „pe calea arbitrajului şi reglementării judiciare", abţinându-se, totodată, de la orice act de natură a agrava situaţia existentă.

Necesitatea respectării principiului soluţionării paşnice a diferendelor internaţionale şi a principiului egalităţii suverane a statelor impune afirmarea unui sistem judiciar internaţional pentru toate naţiunile, având în vedere că securitatea internaţională este un obiectiv fundamental al societăţii internaţionale, în general şi al ONU, în particular.

2. Importanţa jurisdicţiei Curţii Internaţionale de Justiţie în sistemul mijloacelor paşnice de soluţionare a diferendelor internaţionale

Justiţia internaţională şi mecanismele de punere în acţiune ale acesteia, respectiv instanţele jurisdicţionale şi arbitrale, constituie o modalitate foarte importantă de aplicare a dreptului internaţional, de influenţare a creării, dezvoltării şi evoluţiei acestuia. În egală măsură, contribuie la realizarea şi consolidarea ordinii juridice internaţionale.

Totodată, însă, multiplicarea instanţelor internaţionale şi a numărului de diferende supuse acestora spre soluţionare, ridică şi problema fragmentării dreptului internaţional[3], ca rezultat al unor soluţii diferite de interpretare şi aplicare a dreptului internaţional unor situaţii de fapt similare, şi care are, ca potenţial efect, alegerea instanţei cu jurisprudenţă mai favorabilă dintre mai multe instanţe cu competenţă concurentă[4] (forum shopping).

Pornind de la această idee vom argumenta, prin comparaţie cu mijloacele politico-diplomatice, dar şi cu arbitrajul, avantajele recurgerii la soluţionarea diferendelor de către C.I.J., considerat a fi cel mai elaborat şi complex mijloc[5].

---

[1] R. Miga-Beşteliu, *Drept internaţional public, Curs universitar*, vol. II, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2008, p. 4.

[2] Denumită în continuare C.I.J.

[3] A se vedea, B. Aurescu, *op. cit.*, p. 6.

[4] Ca regulă, instanţele internaţionale îşi menţin practica pe care şi-o consolidează de la caz la caz (de exemplu, practica Curţii Internaţionale de Justiţie), fapt ce poate conduce la apariţia unor riscuri pentru ordine judiciară internaţională partajată, dacă tendinţele jurisprudenţiale ale instanţelor internaţionale diferă.

[5] B. Aurescu, *op. cit.*, p. 4.

Rolul principal al C.I.J. este acela de soluţionare a diferendelor internaţionale, având în vedere că hotărârea pronunţată este obligatorie pentru părţi, în vreme ce în cazul mijloacelor politico-diplomatice soluţia, reciproc convenită, nu are forţă obligatorie[1].

Potrivit art. 36 alin. (1) lit. a) din Statutul C.I.J., în competenţa acesteia intră „toate diferendele de ordin juridic având ca obiect: a) interpretarea unui tratat….". Aşadar, unul dintre rolurile C.I.J. este acela de a interpreta dreptul internaţional în scopul soluţionării judicioase a diferendelor ce-i sunt deduse, fapt ce nu se întâlneşte în cazul mijloacelor politico-diplomatice.

Între state pot apare diferende în cadrul cărora o parte pretinde în contradictoriu cu cealaltă că o dispoziţie a unui tratat a fost încălcată şi, ca urmare, cere restabilirea ordinii juridice tulburate.

Pornind de la ideea că, în dreptul internaţional, normele se formează pe baza acordului de voinţă al subiectelor de drept internaţional, încălcarea unei dispoziţii a unui tratat este un fenomen negativ, ţinând seama că una dintre sarcinile statelor şi organizaţiilor internaţionale este de a respecta obligaţiile asumate la nivel internaţional. Aşa cum pe plan intern s-a constatat necesitatea existenţei unor instanţe şi a căilor de atac, în plan internaţional, trebuie să observăm că subiectele de drept internaţional sunt creatoare şi, în acelaşi timp, destinatare/beneficiare a normelor create pe baza acordului lor de voinţă, iar în caz de încălcare trebuie acţionat în mod corespunzător.

Intervenţia Curţii Internaţionale de Justiţie este ulterioară procedurii actului sau faptului contrar dispoziţiilor asumate, însă printr-o jurisdicţie obligatorie a C.I.J. s-ar putea crea o aplicabilitate şi mai mare a principiului fundamental de drept internaţional prevăzut în Declaraţia nr. 2526/1970 a ONU, respectiv egalitatea suverană a statelor.

Rezultă că, un rol important revine C.I.J. în aplicarea dreptului internaţional existent, precum şi în identificarea dreptului internaţional existent aplicabil. Potrivit art. 38 alin. (1) lit. d) din Statutul C.I.J., hotărârile acestei instanţe sunt considerate „mijloace auxiliare pentru determinarea regulilor de drept". Pe cale de consecinţă, este vorba nu numai despre stabilirea dreptului pozitiv aplicabil, ci şi despre identificarea normelor cutumiare noi[2], deoarece C.I.J. are un rol important în constatarea existenţei elementelor material şi subiectiv ale unei cutume şi a caracteristicilor sale, sentinţele acesteia devenind adevărate probe ale cutumei[3]. Desigur, în cazul mijloacelor politico-diplomatice de soluţionare paşnică a diferendelor internaţionale nu se poate reţine un asemenea rol.

De asemenea, un alt argument în favoarea jurisdicţiei C.I.J., pe care nu îl putem reţine în cazul mijloacelor politico-diplomatice, îl constituie faptul că această instanţă contribuie la identificarea relaţiilor internaţionale rămase în afara sferei de reglementare a dreptului internaţional, dar care se cer a fi reglementate de acesta. În acest fel, este stimulat procesul de creare a dreptului internaţional şi, în egală măsură de modificare sau a celui existent[4].

---

[1] A se vedea, pentru detalii, R. Miga-Beşteliu, *op. cit.,* pp. 4-7.

[2] Pentru exemple de cazuri, în acest sens, a se vedea, „Dreptul de trecere prin teritoriul indian" (Portugalia c. India, 1960), „Templul Preah Vihear" (Cambogia c. Thailanda, 1962), „Platoul continental al Mării Nordului" (Danemarca ţi Olanda c. Germania, 1969).

[3] B. Aurescu, *op. cit.*, p. 2.

[4] Raţionamentele CIJ în cazul „Platoul continental al Mării Nordului" (Danemarca şi Olanda c. Germania) au influenţat dezbaterile celei de-a treia conferinţe privind dreptul mării, finalizată cu adoptarea Convenţiei de la Montego Bay.

Dar poate cel mai important rol al C.I.J. este acela de a contribui la realizarea funcţiei dreptului internaţional de ordonare a relaţiilor internaţionale prin creşterea încrederii în jurisdicţia acestei instanţe şi, implicit, în dreptul internaţional, dar mai ales prin eliminarea argumentelor politice, frecvent întâlnite în cazul mijloacelor politico-diplomatice, în favoarea recurgerii la norme de drept internaţional[1] pentru asigurarea şi menţinerea păcii şi securităţii internaţionale.

Aşa cum am menţionat anterior, recurgerea la jurisdicţia C.I.J. prezintă avantaje şi raport cu arbitrajul. Astfel, sub aspectul modului de constituire, tribunalul arbitral este constituit de către părţi pentru soluţionarea diferendului respectiv, încetându-şi apoi activitatea, pe când C.I.J. are la bază un Statut, parte integrantă a Cartei ONU, având caracter permanent.

Faţă de arbitraj, unde dreptul aplicabil se stabileşte de către părţi, C.I.J. beneficiază de o mai mare autonomie în identificarea, interpretarea şi aplicarea normelor, fapt ce conduce la existenţa unei jurisprudenţe constante şi uniforme, care nu poate fi întâlnită în cazul arbitrajului, întrucât tribunalul ad-hoc se desfiinţează şi dispare. De asemenea, procedura aplicabilă se stabileşte de către părţi, în cazul arbitrajului, de vreme ce, în cazul C.I.J. aceasta este permanentă şi identică pentru toate cazurile.

Un alt avantaj al recurgerii la soluţionarea paşnică diferendelor internaţionale pe calea judiciară a C.I.J. îl reprezintă faptul că sentinţa arbitrală nu este executorie, ci voluntară şi bazată pe buna-credinţă a părţilor, de vreme ce în cazul sentinţelor pronunţate reglementării judiciare ce formează obiectul analizei noastre, neexecutarea sentinţei poate atrage sancţiunile prevăzute de art. 94 alin. (2) din Carta ONU, potrivit căruia „Dacă oricare dintre părţile la o cauză nu va executa obligaţiile ce-i revin în temeiul unei hotărâri a Curţii, cealaltă parte se va putea adresa Consiliului de Securitate care poate, în caz că socoteşte necesar, să facă recomandări sau să hotărască măsurile de luat pentru aducerea la îndeplinire a hotărârii”. Mai mult, sentinţa arbitrală poate fi contestată pentru nulitate. Totodată, cheltuielile necesare funcţionării tribunalului cad în sarcina statelor părţi, putând apare dificultăţi atunci când o parte nu plăteşte la timp sau refuză să plătească.

3. Influenţa jurisprudenţei Curţii Internaţionale de Justiţie asupra dezvoltării normelor dreptului internaţional

C.I.J. este organul judiciar principal al ONU, alcătuită din 15 judecători, aleşi concomitent şi separat de Adunarea Generală şi de Consiliul de Securitate al ONU, fapt ce ne determină să considerăm că ne aflăm în faţa unei recunoaşteri unanime a competenţelor acestor specialişti. Trebuie subliniat că, membrii Consiliului de Securitate recunosc această instanţă, chiar dacă au existat cazuri când nu i-au recunoscut competenţa.

Curtea poate judeca numai diferende între state, neputând fi sesizată de persoane fizice şi juridice, iar organizaţiile internaţionale (cele indicate în Statutul Curţii) pot solicita numai avize consultative. Ea poate judeca numai cauzele supuse prin acordul statelor, competenţa ei fiind facultativă pentru state.

Obligaţia statelor de a recurge la jurisdicţia ei obligatorie poate decurge din[2]:

- tratatele privind reglementarea paşnică a diferendelor;

[1] B. Aurescu, *op. cit.*, p. 4.

[2] I. Diaconu, *Manual de drept internaţional public*, ed. a III-a, revăzută, Ed. Lumina Lex, Bucureşti, 2010, p. 360.

- clauze compromisorii, înscrise în tratate privind subiecte determinate, care prevăd jurisdicţia Curţii pentru toate litigiile sau unele din ele;

- compromisurile, care sunt acorduri încheiate între state pentru a supune unul sau mai multe diferende Curţii;

- forum prorogatum, respectiv realizarea unui compromis prin scrisori sau acte paralele de acceptare a jurisdicţiei Curţii.

Declaraţiile de acceptare sunt adesea însoţite de rezerve, care reduc în mod considerabil, în unele cazuri, competenţa Curţii, ţinând cont de faptul că aproape toate statele formulează astfel de rezerve, acceptarea pură şi simplă fiind foarte rară. Unele rezerve se referă la „competenţa naţională" a statului în cauză, în sensul că acesta decide el însuşi ce ţine de competenţa sa naţională şi, deci, poate exclude un caz din competenţa Curţii; alte rezerve exclud din competenţa Curţii problemele care privesc securitatea, problemele teritoriale, diferendele care survin în cadrul unui acord regional, cele pe care părţile convin să le supună altui mijloc de reglementare paşnică.

Declaraţiile de acceptare a jurisdicţiei Curţii vizează litigiile prezente şi viitoare, afară de cazul în care un stat parte exclude litigiile existente, pe cele care decurg din fapte anterioare sau anumite categorii de litigii; unele declaraţii au durată de timp limitată, se prelungesc prin notificare ulterioară sau automat, dacă nu se notifică încetarea valabilităţii lor.

Competenţa Curţii se întemeiază pe echivalenţa şi reciprocitatea generală a declaraţiilor statelor în diferend; pentru a accepta să judece un diferend, declaraţiile celor două state în diferend trebuie să fie în vigoare şi să conţină angajamente similare, astfel încât Curtea să fie competentă să judece diferendul respectiv faţă de ambele state. Aşadar, competenţa Curţii se stabileşte la nivelul cel mai redus al declaraţiilor de acceptare a jurisdicţiei sale.

Curtea aplică, potrivit art. 38 din Statut, convenţiile internaţionale, generale sau speciale, care stabilesc reguli recunoscute în mod expres de statele în litigiu; cutuma internaţională, ca dovadă a unei practici generale acceptate ca drept; principiile generale de drept recunoscute de naţiunile civilizate; deciziile jurisdicţionale; doctrina celor mai calificaţi specialişti în drept public ai diferitelor naţiuni, ca mijloace auxiliare de determinare a regulilor de drept; sentinţele considerate *ex aequo et bono* cu acordul statelor în litigiu[1].

Hotărârea Curţii este definitivă, fiind, însă, permisă interpretarea de către Curte, la cererea oricăreia din părţi, în caz de divergenţă cu privire la sensul şi conţinutul hotărârii. De asemenea, este admisă revizuirea unei hotărâri, cu respectarea următoarelor condiţii extrem de stricte: dacă a fost descoperit un fapt nou, care este de natură să exercite o influenţă decisivă în ceea ce priveşte hotărârea, fapt care nu a fost cunoscut nici de Curte, nici de partea care cere revizuirea, în momentul pronunţării hotărârii, iar necunoaşterea faptului nou să nu fi fost din culpa părţii respective. Dacă una din părţi nu satisface obligaţiile care îi revin ca urmare a hotărârii, cealaltă parte se poate adresa Consiliului de Securitate, care poate face recomandări sau decide măsurile pe care le poate lua pentru executarea hotărârii[2], astfel de practici putând da naştere unor norme cutumiare pentru statele terţe[3].

---

[1] I. M. Anghel, *Drept diplomatic şi consular*, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2011, p. 25-35.

[2] Al. Bolintineanu, A. Năstase, B. Aurescu, *Drept internaţional contemporan*, ed. a 2-a, revăzută şi adăugită, Ed. All Beck, Bucureşti, 2000, p. 205.

[3] În Afacerea pescăriilor anglo-norvegiene (ICJ Reports, 1951, p. 191), C.I.J. a găsit nu numai că un sistem de linii drepte este permis în dreptul internaţional, dar a şi statuat că legea a plasat limitele

Potrivit Statutului, Curtea poate da avize consultative asupra oricărei probleme juridice, la cererea Adunării Generale, Consiliului de Securitate, instituţiilor specializate ale ONU şi organelor ONU anume autorizate de către Adunarea Generală în acest sens[1]. Statele nu pot solicita avize consultative.

Prin hotărârile şi avizele sale consultative, Curtea a adus contribuţii importante la dezvoltarea normelor de drept aplicabile în raporturile internaţionale, căci concluziile sale nu se referă numai la diferendul în cauză.

Carta ONU garantează autonomia Curţii în cadrul sistemului, ca şi exercitarea independentă a funcţiilor sale judiciare. La Statutul Curţii sunt părţi *ipso facto* toate statele membre ale ONU, iar statele nemembre pot deveni părţi.

Cât priveşte măsurile conservatorii, potrivit Statutului C.I.J., Curtea este autorizată, dacă apreciază că împrejurările cer acest lucru, să indice măsurile conservatorii care ar trebui luate şi să informeze despre aceasta Consiliul de Securitate al ONU.

CIJ este foarte diferită de celelalte tribunale existente atât în dreptul internaţional, cât şi în dreptul intern. Acest lucru reiese mai ales din faptul că doar statele pot compărea în faţa CIJ. Important este şi faptul că statele nu trebuie să se supună jurisdicţiei C.I.J. Caracterul comunitar al dreptului popoarelor cere, ca părţile să se înţeleagă cu privire la supunerea faţă de un tribunal internaţional. Dacă un singur stat nu este de acord cu acest lucru, CIJ nu poate interveni în cazul unui conflict. În plus, sentinţele C.I.J. au caracter obligatoriu doar în ceea ce priveşte părţile implicate în cauza judecată, ele nu au efecte generale.

Pornind de la realitatea că principalul organ judiciar al ONU a avut succese remarcabile în domeniile în care s-a implicat şi a contribuit la dezvoltarea dreptului popoarelor, este evident că această instituţie trebuie lăsată să joace un rol activ în plan internaţional.

Astfel, Curtea a manifestat un rol important în clarificarea, dezvoltarea şi aplicarea dreptului cutumiar şi convenţional al mării[2], având în vedere aici Afacerea Corfu din 1949, apoi Afacerea pescăriilor anglo-norvegiene din 1951 şi Afacerea privind Platoul continental al Mării Nordului din 1969[3]. Art. 6 din Convenţia de la Geneva privind platoul continental prevede că delimitarea între două platouri adiacente se realizează, în principiu, după metoda echidistanţei. Curtea a statuat că această prevedere nu codifica un principiu existent, însă a dat naştere unei reguli de drept internaţional cutumiar[4]. Astfel, C.I.J. a admis că alte dispoziţii ale Convenţiei au consacrat reguli ale dreptului cutumiar, cum ar fi cele în legătură cu platoul continental.

Jurisprudenţa C.I.J. este semnificativă şi în materia dreptului diplomatic, C.I.J. caracterizând domeniul privind imunităţile şi privilegiile diplomatice drept un domeniu de o importanţă fundamentală a sistemului de drept internaţional[5].

---

unor asemenea linii de bază drepte la discreţia statelor de coastă. Nici una dintre cerinţele stipulate în hotărâre nu a fost în mod clar recunoscută de către comunitatea internaţională înainte de hotărârea Curţii (a se vedea, D. J. Harris, *Cases and Materials on International Law*, 6th Edition, Lomdon, Thomson-Sweet&Maxweel, 2004, p. 23).

[1] Cu excepţia Adunării Generale şi Consiliului de Securitate, organele ONU şi instituţiile specializate pot cere avize doar asupra unor chestiuni juridice din domeniul lor de activitate.

[2] D.J. Harris, *op. cit.*, 2004, p. 381.

[3] A se vedea ICJ Reports, 1969, p. 3.

[4] ICJ Reports, 1969, p. 29-46.

[5] A se vedea speţa Statele Unite ale Americii c. Iran privind luarea de ostateci a corpului diplomatic şi consular în Theran, ICJ Reports, 1979, p. 7-19.

În cazul Personalului diplomatic al S.U.A. la Teheran, declanşarea răspunderii a avut loc datorită omisiunii autorităţilor iraniene de a lua toate măsurile pentru a apăra personalul diplomatic şi consular al S.U.A.[1], fiind încălcat unul dintre cele mai vechi principii, iar C.I.J. a statuat că Iranul era obligat să respecte obligaţiile sale ca stat primitor şi să asigure în mod corespunzător protecţia Ambasadei şi Consulatului SUA, a personalului acestora, a mijloacelor de comunicare i libertatea de mişcare a personalului[2].

Sub aspectul naturii şi scopului imunităţilor diplomatice care protejează oficialii, C.I.J. s-a pronunţat în speţa Congo c. Belgia[3], statuând că nu poate fi pus sub acuzare de către instanţele din altă ţară în baza unui mandat de arestare[4] emis de către instanţele judecătoreşti sau funcţionarii executivi ai unei ţări, un ministru de externe din altă ţară, aceasta fiind, de fapt, o încălcare a dreptului internaţional.

Un al domeniu important asupra căruia influenţa manifestă a jurisprudenţei C.I..J. se remarcă este cel al modului de formare al cutumei moderne, caracterizat printr-un anumit dinamism care adaptează normele dreptului internaţional la realităţile cu care se confruntă societatea internaţională contemporană.

În acest sens, C.I.J. a arătat că „substanţa dreptului cutumiar internaţional trebuie căutată cu precădere în practica actuală şi *opinio juris* a statelor”[5], o dovadă fiind Avizul consultativ privind Legalitatea ameninţării cu sau a folosirii armelor nucleare[6].

4. Concluzii

Dreptul internaţional public este respectat de subiectele sale pe baza principiului bunei-credinţe (*pacta sunt servanda*), ceea ce nu exclude constrângerea exercitată de către aceste subiecte în mod individual sau colectiv. Jurisdicţia C.I.J. contribuie la respectarea şi aplicarea normelor de drept internaţional într-o societate bazată pe globalizare, unde diminuarea resurselor ar putea să facă unele state dezvoltate să îşi impună forţa în raport cu celelalte.

Trebuie menţionat şi argumentul conform căruia hotărârile C.I.J. sunt obligatorii, iar din ce in ce mai multe state au supus diferendele jurisdicţiei Curţii. Acest fapt subliniază încrederea în capacitatea şi imparţialitatea celor 15 judecători pe care statele în diferend o manifestă.

Litigiile apărute între state nu au un fundament minor, ci acestea ridică probleme speciale de drept internaţional şi implicit, aceste diferende nu au loc frecvent. Orice hotărâre conţine sinteza elementelor de fapt şi de drept ale cazului supus spre soluţionare – contextul geografic al delimitării, poziţiile părţilor cu privire la interpretarea contextului geografic şi referitoare la normele care, în viziunea fiecărei părţi, ar trebui aplicate şi la interpretarea care ar trebui, în opinia părţilor, să fie dată

---

[1] F. Maxim, *Dreptul răspunderii statelor pentru fapte internaţionale ilicite,* Ed. Renaissance, Bucureşti, 2011, p. 155.

[2] ICJ Reports, 1980, p. 31-32; A se vedea L. Gross, *The Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Teheran: Phase of Provisional Measures*, AJIL, no.74, 1980, p. 395.

[3] Republica Democrată Congo c. Belgia, ICJ Reports, 2002. Pentru o analiză detaliată a cauzei menţionate, a se vedea, C. F. Popescu, *Cutuma în dreptul internaţional public*, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2012, p. 286-297.

[4] Mandat de arestare emis în 11 aprilie 2000.

[5] Cauza privind Platoul Continental dintre Libia şi Malta, ICJ Reports 1985, p. 29, p. 30.

[6] Avizul consultativ privind legalitatea ameninţării sau a folosirii armelor nucleare, ICJ Reports 1996, par. 64.

acestora, inclusiv modul de aplicare a acestora şi, în special, ceea ce Curtea reţine în privinţa elementelor de fapt şi de drept pe care îşi bazează raţionamentul juridic, inclusiv argumentele juridice ale Curţii care fundamentează acest raţionament.

În ceea ce priveşte presiunea internaţională, judecătorii C.I.J. nu s-au lăsat influenţaţi în luarea deciziilor lor. Astfel, C.I.J. a recunoscut independenţa Kosovo, deşi Serbia nu va recunoaşte niciodată independenţa acestei provincii. Avizul CIJ este neconstrângător, dar se aşteaptă să intensifice presiunile pentru avansarea negocierilor dintre Belgrad şi Pristina despre viitorul statut al fostei provincii sârbe. Ne putem întreba, cum ar fi existat independenţa Kosovo în contextul în care diferendul nu ar fi fost adus în faţa CIJ?

Dacă respectarea întocmai a unei hotărâri este specificată în Carta ONU, considerăm că toate statele între care apare un diferend trebuie să îl supună Curţii, deoarece se recunoaşte capacitatea acestei instanţe de a soluţiona cu profesionalism şi imparţialitate cauzele care îi sunt supuse. Observăm rolul pe care l-a avut C.I.J. în menţinerea stabilităţii relaţiilor internaţionale, recunoaşterea sa în faţa cât mai multor state şi faptul că deciziile sale nu au fost contestate de părţile care au avut alt rezultat decât cel propus la momentul sesizării instanţei.

Ultimele două secole au impus la nivel global o serie întreagă de concepte, sisteme şi realităţi. Toate acestea pe fondul naşterii sistemelor politice organizate, dar şi al unor constrângeri de natură istorică şi conceptuală. Trăim într-o lume a extremelor, în care cel mai mult contează ziua de astăzi. Niciodată istoria şi viaţa nu au fost mai reduse la prezent ca acum.

Pentru ca organismele internaţionale create teoretic pentru a asigura stabilitatea, pacea la nivelul lumii, să nu fie altceva decât organisme supuse jocului puterii celor mai importanţi actori de pe scena internaţională, jurisdicţia CIJ păstrează un echilibru la nivel internaţional. Statele, indiferent de mărime, resurse, tehnică şi bogăţie, vor şti că îşi pot apăra drepturile, că nu li se vor încălca normele cutumiare apărute în raport cu unele state şi că va exista un organism competent şi imparţial care să le judece cauza.

Un alt argument ar fi cel potrivit căruia statele sunt dornice de expansiune, iar în cazul în care resursele se vor reduce, ţările cu putere militară vor putea oricând duce acţiuni de cucerire asupra tarilor cu resurse mai multe. S-a recunoscut la nivel internaţional că egalitatea statelor stă la baza dreptului internaţional, însă actualitatea confirmată de numeroase convenţii de dreptul mediului subliniază că statele trebuie să ducă politici de mediu, de dezvoltare durabilă.

În prezent, societatea internaţională se confruntă cu diferende care au ca obiect delimitările teritoriale, dreptul popoarelor la autodeterminare, intervenţia în trebuirile interne ale statelor mai puţin dezvoltate etc.

După cum ştim, ciclul istoriei se repetă şi trebuie evitat ca eforturile tuturor specialiştilor şi practicienilor în drept internaţional, ale statelor să se facă uitate. Dreptul internaţional public este prin excelenţă un drept al păcii, iar efectele negative ale războiului s-au simţit şi în zilele noastre.

O dovadă în acest sens este Curtea Permanentă Internaţională de Justiţie, care şi-a încheiat misiunea odată cu începerea războiului mondial. Cu alte cuvinte, rolul C.I.J. este de a interpreta normele cutumiare şi regulile de drept internaţional public în scopul menţinerii păcii şi securităţii internaţionale.

Jurisdicţia C.I.J. îşi dovedeşte utilitatea în scopul menţinerii păcii şi pentru considerentele istorice, căci al doilea război mondial a început în momentul în care

acţiunile agresive ale Germaniei şi Japoniei au devenit de netolerat pentru vecinii lor sau pentru ţările cu care intrau în competiţie pentru sferele de influenţă.

Bibliografie

1. Anghel, I. M., *Drept diplomatic şi consular*., Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2011;

2. Aurescu, B, *Sistemul jurisdicţiilor internaţionale*, Ed. All Beck, Bucureşti, 2005;

3. Bolintineanu, Al., Năstase, A., Aurescu, B., *Drept internaţional contemporan*, ed. a 2-a, revăzută şi adăugită, Ed. All Beck, Bucureşti, 2000

4. Diaconu, I., *Manual de drept internaţional public*, Ediţia a III-a, revăzută, Ed. Lumina Lex, Bucureşti, 2010;

5. Gross, L., *The Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Teheran: Phase of Provisional Measures*, AJIL, no.74, 1980

6. Harris, D. J., *Cases and Materials on International Law*, 6th Edition, Lomdon, Thomson-Sweet&Maxweel, 2004;

7. Maxim, F., *Dreptul răspunderii statelor pentru fapte internaţionale ilicite,* Ed. Renaissance, Bucureşti, 2011

8. Mazilu, D., *Dreptul internaţional public*, Ediţia a V-a, vol. II, Ed. Lumina Lex, Bucureşti, 2010;

9. Miga-Beşteliu, R., *Drept internaţional public*, Curs universitar, vol. II, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2008;

10. Popescu, C. F., *Cutuma în dreptul internaţional public*, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2012.

Securitatea cibernetică, prioritate absolută a prezentului

Adriana ***VOICU****

Abstract: *Trăim într-o lume care se reașează pe coordonate încă dificil de fixat, pentru că starea generală a statelor și națiunilor este una de pronunțată nervozitate și neliniște accentuată de reînviere a marilor dispute și confruntări dintre marile puteri. Vorbim despre anotimpuri politice, despre sisteme de putere care se clatină și despre o nouă configurație geopolitică. Tehnologiile moderne de informații și telecomunicații exercită o presiune extraordinară asupra societățilorconsecințele fiind evidente sub aspectul filozofiei de organizare și funcționare a economiilor, politicilor și culturilor acestora. Într-un asemenea context, se impune cu necesitate dezvoltarea unei culturi de securitate cibernetică, pe care trebuie să o dobândească utilizatorii sistemelor informatice și de comunicații. Aceștia trebuie să fie informați în legătură cu riscurile, amenințările și vulnerabilitățile existente în acest domeniu, precum și soluțiile de contracarare a acestora.*

Cuvinte cheie: *securitate cibernetică, criminalitate cibernetică, vulnerabilitate, amenințare, strategie*

Capitolul I: Strategia României privind securitatea cibernetică

Segmentul de timp pe care îl parcurge civilizaţia umană aproape de prima jumătate a celui de-al doilea deceniu din mileniul III este unul extrem de complex, cu o dinamică şi combustie nemaicunoscute până în prezent.

Trăim într-o lume care se reaşează pe coordonate încă dificil de fixat, pentru că starea generală a statelor şi naţiunilor este una de pronunţată nervozitate şi neliniște accentuată de reînvierea marilor dispute şi confruntări dintre marile puteri.

Asistăm la instalarea anotimpurilor politice: primăvara arabă venită în urmă cu doi ani în Algeria, Tunisia, Libia, Egipt, Yemen, a fost urmată de o succesiune de anotimpuri marcate de o maximă violenţă în Siria (de peste doi ani – peste 90.000 victime), cuplată cu proteste violente în Turcia, Brazilia și Ucraina

Sistemele de putere, impregnate de tiranie şi despotism, se clatină sub presiunea forţelor aflate în opoziţie, efectul fiind o nouă configuraţie geopolitică.

Tehnologiile moderne de informaţii şi comunicaţii exercită o presiune extraordinară asupra societăţilor, începând cu cele dezvoltate şi terminând cu cele emergente, consecinţele fiind evidente sub aspectul filozofiei de organizare şi funcţionare a economiilor, politicilor şi culturilor acestora.

În viaţa de zi cu zi, oamenii din toate secvenţele socio-profesionale şi de vârstă biologică sunt conectaţi la noua tehnologie, pentru simplul fapt că spaţiul cibernetic se caracterizează prin dispariţia frontierelor şi anonimat, generând atât oportunităţi de dezvoltare a societăţii informaţionale, dar şi riscuri la adresa funcţionării acesteia, manifestate la nivelul individului, al statului şi, evident, la nivel transfrontalier.

* Lector Universitar Doctor, Universitatea "Spiru Haret", Facultatea de Drept, Bucureşti.

Ca orice construct uman, informatizarea are propriile imperfecţiuni, împrejurare care se materializează în existenţa vulnerabilităţilor, respectiv a slăbiciunilor existente în funcţionarea sistemelor informatice localizate la nivelul individului şi al instituţiilor publice ori private.

Într-un asemenea context, se impune cu necesitate *dezvoltarea unei culturi de securitate cibernetică, pe care trebuie să o dobândească utilizatorii sistemelor informatice şi de comunicaţii; aceştia trebuie să fie informaţi în legătură cu riscurile, ameninţările şi vulnerabilităţile existente în acest domeniu, precum şi soluţiile de contracarare a acestora.*[1]

Plecând de la importanţa acestui domeniu în viaţa societăţii, Guvernul României a adoptat Hotărârea nr. 271 din 23 mai 2013, prin care aprobă „Strategia de securitate cibernetică a României şi a Planului de acţiune la nivel naţional privind implementarea Sistemului naţional de securitate cibernetică" (publicată în Monitorul oficial al României, partea I, nr. 296/23 mai 2013).[2]

În capitolul introductiv al acestui act normativ se precizează faptul că „statul român îşi asumă rolul de coordonator al activităţilor desfăşurate la nivel naţional pentru asigurarea securităţii cibernetice, în concordanţă cu demersurile iniţiate la nivelul U.E. şi NATO" (pag. 9).[3]

Constatăm, aşadar, faptul că la nivelul U.E. şi NATO au fost elaborate strategii de securitate cibernetică, motivate de „incidentele de securitate cibernetică şi atacurile cibernetice majore cu care s-au confruntat în ultimii ani unele state şi organizaţii internaţionale".[4]

Potrivit strategiilor U.E. şi NATO, este imperios necesar a fi implementate măsuri de securitate apte a asigura un ridicat nivel de protecţie a infrastructurilor cibernetice, indiferent de mărimea acestora, dar cu deosebire a celor care susţin infrastructurile critice naţionale.

Este foarte important de subliniat faptul că, la nivelul U.E., s-au adoptat politici privind lupta împotriva criminalităţii informatice, acţiuni determinate de creşterea numărului de infracţiuni informatice, implicarea grupurilor de criminalitate organizată în criminalitatea informatică şi amplificarea atacurilor cibernetice direcţionate către infrastructurile cibernetice critice ale statelor.

Semnalul lansat de U.E. este unul categoric: trebuie sporită capacitatea de luptă a fiecărui stat membru împotriva criminalităţii informatice, motiv pentru care acţiunea se focalizează pe trei mari direcţii:

a) creşterea gradului de cooperare şi coordonare între unităţile responsabile cu combaterea criminalităţii informatice, alte autorităţi şi experţi din cadrul U.E.;

b) dezvoltarea unui cadru de reglementare coerent, la nivelul U.E., privind lupta împotriva criminalităţii informatice, în coordonarea cu statele membre, precum şi cu autorităţile europene şi internaţionale cu relevanţă în domeniu;

c) creşterea nivelului de conştientizare a costurilor şi pericolelor pe care le implică criminalitatea informatică.

---

[1] Răducu (Dogaru) Olguța, *Criminalitatea cibernetică,* teză de doctorat susținută la Academia de Poliție *Al. I. Cuza, 2013.*

[2] Hotărârea Guvernului României nr. 271/2013, publicată în Monitorul Oficial nr. 296/23 mai 2013.

[3] *Idem*, p. 9.

[4] Răducu (Dogaru) Olguța, *op. cit.*, p. 204.

În contextul politicilor promovate la nivel internaţional şi european, Strategia de securitate cibernetică a României îşi propune drept scop: „să definească şi să menţină un mediu virtual **sigur**, bazat pe infrastructurile cibernetice naţionale, care să constituie un important suport pentru securitatea naţională şi buna guvernare”.[1]

Pentru asigurarea securităţii cibernetice a României, strategia fixează următoarele obiective principale:

a) adaptarea permanentă a cadrului normativ şi instituţional la realitatea socială, marcată de o dinamică remarcabilă a ameninţărilor specifice spaţiului cibernetic. În cuprinsul acestui obiectiv regăsim corelaţia ce trebuie realizată între datul social (realitatea socială) şi construitul juridic (modelarea actelor normative şi reproiectarea instituţiilor de aplicare a legii);

b) stabilirea cerinţelor minime de securitate pentru infrastructurile cibernetice naţionale;

c) asigurarea rezilienţei infrastructurilor critice, adică nivelul de rezistenţă pe care trebuie să îl posede componentele infrastructurilor cibernetice în faţa unui incident sau atac cibernetic;

d) efortul permanent de a identifica şi cunoaşte operativ vulnerabilităţile, riscurile şi ameninţările la adresa securităţii cibernetice a României, pentru a le preveni şi contracara;

e) dezvoltarea continuă a cooperării între sectorul public şi cel privat în plan naţional, precum şi a cooperării internaţionale în acest domeniu;

f) dezvoltarea culturii de securitate a populaţiei prin conştientizarea faţă de vulnerabilităţile, riscurile şi ameninţările provenite din spaţiul cibernetic şi necesitatea asigurării protecţiei sistemelor informatice proprii.

Cu siguranţă, cel mai dinamic şi imprevizibil spaţiu în care trăim astăzi este spaţiul cibernetic: fiecare individ, fiecare persoană juridică, instituţie publică ori privată, corporaţie sau gospodărie mică, guverne şi entităţi regionale ori internaţionale sunt cuprinşi în turbionul dezlănţuit al informaţiilor şi comunicării.

Pare, la prima vedere, un domeniu imposibil de monitorizat, ce poate fi uşor de scăpat de sub necesarul control pe care îl reclamă dinamica şi complexitatea sa.

Iată de ce, în capitolul II al Strategiei de securitate cibernetică a României sunt prezentate „provocările şi oportunităţile”. În categoria provocărilor sunt incluse ameninţările, vulnerabilităţile şi riscurile.

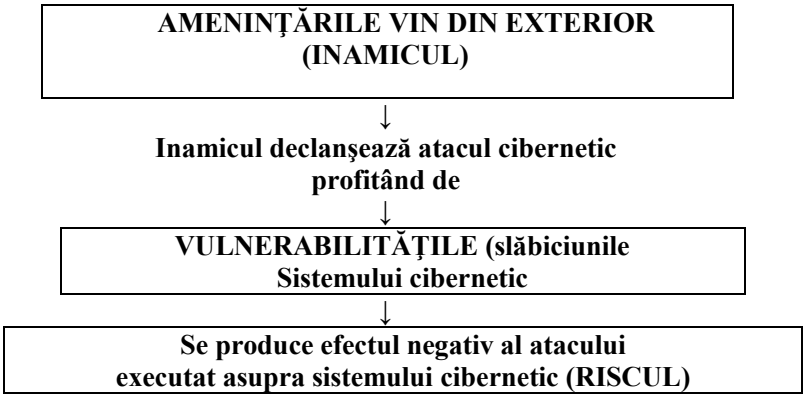
Prin **ameninţare cibernetică** se înţelege orice circumstanţă (împrejurare) sau eveniment care constituie un pericol potenţial la adresa securităţii cibernetice.

Prin **vulnerabilitate în spaţiul cibernetic** este definită orice imperfecţiune sau slăbiciune în proiectarea şi implementarea infrastructurilor cibernetice sau a măsurilor de protecţie aferente, care poate fi exploatată de către o ameninţare.

Riscul de securitate cibernetică este definit ca posibilitatea ca o ameninţare să se materializeze, exploatând o anumită vulnerabilitate specifică infrastructurilor cibernetice.

Într-o reprezentare grafică simplificată schema este următoarea:

[1] Hotărârea Guvernului României nr. 271/2013, p. 3.



Ameninţările specifice spaţiului cibernetic au un caracter global, caracterizându-se prin asimetrie şi dinamică accentuată, fiind dificil de identificat. Se spune că duşmanii sunt peste tot, începând cu indivizi pasionaţi de pătrunderea în serverele unor mari instituţii şi corporaţii, până la structuri statale sau actori non-statali specializaţi în spionajul cibernetic şi terorismul cibernetic.

În prezent, România se confruntă cu ameninţări provenite din spaţiul cibernetic, la adresa infrastructurilor critice, având în vedere interdependenţa între acestea şi infrastructurile din sectoarele de transport, energie, apărare naţională şi financiar-bancară.

Riscul, în asemenea manifestări (atacuri) este devastator asupra cetăţenilor, mediului de afaceri şi guvernelor, fiind afectată securitatea naţională.

Plecăm de la constatarea faptului că ameninţările din spaţiul cibernetic se materializează – prin exploatarea vulnerabilităţilor de natură umană, tehnică şi procedurală – cel mai adesea în:

- atacurile cibernetice împotriva infrastructurilor care susţin funcţii de utilitate publică ori servicii informaţionale a căror întrerupere sau afectare ar putea constitui un pericol la adresa securităţii naţionale;
- accesarea neautorizată a infrastructurilor critice;
- spionajul cibernetic, definit ca acţiuni desfăşurate în spaţiul cibernetic, cu scopul de a obţine neautorizat informaţii confidenţiale în interesul unei entităţi statale sau nonstatale;
- modificarea, ştergerea sau deteriorarea neautorizată de date informatice ori restricţionarea ilegală a accesului la aceste date;
- cauzarea unui prejudiciu patrimonial, hărţuirea şi şantajul persoanelor fizice şi juridice, de drept public sau privat.

Analiza complexă a criminalităţii informatice a permis evidenţierea celor mai importanţi actori care generează ameninţări în spaţiul cibernetic. Cu alte cuvinte, inamicii cei mai redutabili ai spaţiului cibernetic sunt:

a) persoane sau grupuri de crimă organizată care exploatează vulnerabilităţile spaţiului cibernetic în scopul obţinerii de avantaje patrimoniale sau nepatrimoniale;

b) terorişti sau extremişti care utilizează spaţiul cibernetic pentru organizarea, desfăşurarea şi coordonarea unor atacuri teroriste;

c) state sau actori nonstatali care iniţiază şi desfăşoară operaţiuni ilicite în spaţiul cibernetic, în scopul culegerii de informaţii de interes militar, economic şi guvernamental.

Este limpede faptul că spaţiul cibernetic, definit de actul normativ citat (H.G. nr. 271/23 mai 2013) drept: „mediul virtual, generat de infrastructurile cibernetice, incluzând conţinutul informaţional procesat, stocat sau transmis, precum şi acţiunile derulate de utilizatori în acesta", este mult mai vulnerabil decât spaţiul aerian, terestru sau maritim al unui stat.

Aşadar, **conceptul de spaţialitate statală** este, astăzi, diferit de cel promovat cu câteva decenii în urmă.

Orice spaţiu trebuie apărat. Iată cum defineşte legiuitorul „apărarea cibernetică": „acţiuni desfăşurate în spaţiul cibernetic în scopul protejării, monitorizării, analizării, detectării, contracarării agresiunilor şi asigurării răspunsului oportun împotriva ameninţărilor asupra infrastructurilor cibernetice specifice apărării naţionale" (H.G. nr. 271/2013 pag.10, pct. 3).

Spaţiul cibernetic, protejat prin mijloace inteligente, poate şi trebuie să ofere oportunităţi pe care România le are la îndemână, astfel:

- susţinerea politicilor şi promovarea intereselor naţionale;
- dezvoltarea şi susţinerea mediului de afaceri;
- creşterea calităţii vieţii prin dezvoltarea serviciilor oferite de societatea informaţională;
- ridicarea nivelului de cunoaştere şi a capacităţii predicţie în scopul avertizării timpurii privind riscurile şi ameninţările la adresa securităţii naţionale.

Identificând provocările, dar şi oportunităţile specifice spaţiului cibernetic, România îşi propune asigurarea stării de normalitate în acest spaţiu, materializată în reducerea riscurilor şi valorificarea oportunităţilor, precum şi instituirea unor eficiente mecanisme de decizie şi monitorizare.

Rolul cel mai important în cadrul Strategiei de securitate cibernetică îl are Sistemul Naţional de Securitate Cibernetică (pct. IV din H.G. nr. 271/2013).

Sistemul Naţional de Securitate Cibernetică (SNSC) are competenţa de a acţiona pe următoarele componente:

- componenta de cunoaştere, care furnizează suportul informaţional necesar elaborării măsurilor proactive şi reactive în scopul asigurării securităţii cibernetice;
- componenta de prevenire, care reprezintă principalul mijloc de asigurare a securităţii cibernetice prin crearea şi dezvoltarea capabilităţilor necesare analizei şi prognozei evoluţiei stării acesteia;
- componenta de cooperare şi coordonare, prin care se asigură mecanismul unitar de relaţionare în cadrul SNSC;
- componenta de contracarare, care asigură reacţia eficientă la ameninţările sau atacurile cibernetice, prin identificarea şi blocarea manifestării acestora.

Măsurile proactive se concentrează, în principal, pentru:

- actualizarea şi armonizarea reglementărilor normative în domeniul securităţii cibernetice în deplină concordanţă cu evoluţiile ce se înregistrează în mediul de referinţă;
- elaborarea şi implementarea de concepte, standarde, politici şi ghiduri de securitate specifice domeniului cibernetic;
- punerea la punct şi dezvoltarea unui sistem pentru colectarea de date şi informaţii referitoare la ameninţări, vulnerabilităţi şi riscuri, identificate în spaţiul cibernetic;

- perfecţionarea continuă a parteneriatului public-privat specific securităţii spaţiului cibernetic;
- ridicarea nivelului de instruire şi conştientizare a populaţiei asupra riscurilor derivate din utilizarea spaţiului cibernetic;
- asigurarea confidenţialităţii, integrităţii, disponibilităţii şi autenticităţii informaţiilor din spaţiul cibernetic.

Măsurile reactive urmăresc, în principal, aplicarea operativă a planurilor menite a minimiza efectele atacurilor cibernetice şi asigurarea continuităţii fluxurilor informaţionale şi decizionale.

Recuperarea şi restaurarea datelor, precum şi investigarea completă a cazurilor de atacuri cibernetice reprezintă un set de activităţi complexe integrate conceptului de securitate cibernetică.

Este cunoscut faptul că în spaţiul cibernetic se întâlnesc trei mari infrastructuri: cele deţinute de administraţia de stat, cele aparţinând entităţilor juridice private, precum şi cele localizate la nivelul persoanelor fizice. Acest **dat social** obligă la gândirea şi punerea în aplicare a conceptului de parteneriat public-privat, ale cărui linii directoare trebuie orientate spre realizarea unei cooperări bazate pe încredere în stat şi mediul de afaceri, la toate nivelurile.

Trebuie înţeles faptul că responsabilitatea asigurării securităţii cibernetice revine tuturor actorilor implicaţi, plecând de la interesele complementare în acest domeniu pentru asigurarea legalităţii operaţiunilor desfăşurate, combaterea criminalităţii informatice şi protecţia infrastructurilor critice aflate în regim de interconectare.

Cooperarea între sectorul public şi cel privat trebuie centrată pentru realizarea următoarelor obiective:

- schimbul permanent de date, informaţii şi concluzii privind ameninţările, vulnerabilităţile şi riscurile specifice;
- dezvoltarea şi ţinerea în actualitate a programelor educaţionale şi de cercetare în domeniul spaţiului cibernetic, menite a realiza o veritabilă cultură de securitate;
- creşterea calităţii acţiunilor de avertizare timpurie şi de răspuns la incidentele şi atacurile cibernetice;
- configurarea reacţiei comune în situaţiile privind atacurile cibernetice comune.

Capitolul II: Strategia Uniunii Europene privind securitatea cibernetică

Dovadă a faptului că ameninţările cibernetice reprezintă o problemă globală, interesul instituţiilor europene, şi nu numai, se îndreaptă spre elaborarea unor strategii care să gestioneze şi promoveze politicile de securitate în domeniu.

Astfel, **Comisia Europeană** a publicat, la începutul anului 2013, împreună cu **Înaltul Reprezentant al Uniunii** pentru afaceri externe şi politică de securitate, o **Strategie în domeniul securităţii cibernetice**, precum şi o propunere de **Directivă a Comisiei privind securitatea reţelelor şi a informaţiei** (NIS).

Strategia în domeniul securităţii cibernetice: „**Un spaţiu cibernetic deschis, sigur şi securizat**" reprezintă viziunea globală a U.E. asupra celor mai bune modalităţi de a preveni şi de a gestiona perturbările şi atacurile cibernetice. Scopul său este acela de a promova valorile europene de libertate şi democraţie şi de a garanta o creştere a economiei digitale în condiţii de siguranţă. Sunt prevăzute o serie de acţiuni specifice care au ca obiectiv creşterea nivelului de rezilienţă a infrastructurilor cibernetice,

reducerea criminalităţii informatice şi consolidarea politicii internaţionale a U.E. în materie de securitate cibernetică şi de apărare împotriva atacurilor cibernetice.

Strategia defineşte viziunea U.E. în materie de securitate cibernetică prin intermediul a cinci priorităţi:

- obţinerea unei rezilienţe a infrastructurilor cibernetice;
- reducerea drastică a criminalităţii informatice;
- dezvoltarea unei politici de apărare împotriva atacurilor cibernetice şi a capacităţilor necesare în contextul politicii de securitate şi apărare comună (PSAC);
- dezvoltarea resurselor industriale şi tehnologice necesare pentru securitatea cibernetică;
- stabilirea unei politici internaţionale coerente a Uniunii Europene privind spaţiul cibernetic şi promovarea valorilor fundamentale ale U.E.

Politica internaţională a U.E. privind spaţiul cibernetic promovează respectarea valorilor fundamentale ale U.E., stabileşte norme aplicabile comportamentului responsabil, sprijină aplicarea în spaţiul cibernetic a legislaţiei internaţionale existente, acordând, în acelaşi timp, asistenţă ţărilor din afara U.E. în ceea ce priveşte consolidarea capacităţilor în materie de securitate cibernetică şi promovând cooperarea internaţională în acest domeniu.

Strategia urmăreşte dezvoltarea şi finanţarea unei reţele de centre naţionale de excelenţă pentru combaterea criminalităţii informatice, iar în *Directivă* se propune, printre alte măsuri, crearea unui mecanism de cooperare între statele membre şi Comisie pentru emiterea din timp a unor avertismente referitoare la riscuri şi incidente printr-o infrastructură securizată.

Comisia Europeană notează că U.E. a făcut progrese importante în materie de protejare a cetăţenilor împotriva infracţiunilor on-line, inclusiv prin instituirea unui **Centru european de combatere a criminalităţii informatice**, prin propuneri legislative privind atacurile împotriva sistemelor informatice şi prin lansarea unei alianţe mondiale împotriva abuzurilor sexuale asupra copiilor comise prin intermediul internetului.

Directiva propusă în materie de securitate a reţelelor şi a informaţiei (NIS) *reprezintă componenta-cheie a strategiei globale* şi ar impune tuturor statelor membre, principalilor operatori de servicii internet, operatorilor de infrastructură critică (de exemplu, platformele de comerţ electronic şi reţelele sociale) şi operatorilor de servicii în domeniile energiei, transporturilor, asistenţei medicale, precum şi în domeniul bancar, obligaţia de a asigura un mediu digital securizat şi fiabil în întreaga U.E. Printre **măsurile prevăzute în Directiva** propusă se numără următoarele:

- statele membre trebuie să adopte o strategie în materie de securitate a reţelelor şi a informaţiei şi să desemneze o autoritate competentă naţională în acest domeniu care să dispună de resursele financiare şi umane adecvate pentru a preveni, gestiona şi soluţiona riscurile şi incidentele NIS;
- crearea unui mecanism de cooperare între statele membre şi Comisie pentru emiterea din timp a unor avertismente referitoare la riscuri şi incidente printr-o infrastructură securizată, pentru a coopera şi pentru a organiza evaluări periodice inter pares;
- operatorii de infrastructuri critice din anumite sectoare (servicii financiare, transporturi, energie, sănătate), operatorii de servicii ale societăţii informaţionale (şi anume: magazine de aplicaţii, platforme de comerţ electronic, plăţi pe internet, cloud computing, motoare de căutare, reţele sociale) şi administraţiile publice trebuie să

adopte practici de management al riscurilor şi să raporteze incidentele majore de securitate privind serviciile lor de bază.

Capitolul III: Strategia S.U.A. în domeniul cibernetic (2013)

Conform declaraţiilor Preşedintelui Barack Obama: „poate că a trecut era războaielor fizice, dar pentru S.U.A. a sosit momentul războaielor cibernetice" (ianuarie 2013).

Securitatea cibernetică a devenit o prioritate pentru S.U.A. în urma atacurilor repetate care i-au produs pagube economice de miliarde de dolari în ultimii ani. Fostul secretar al Apărării, Leon Panetta, a dat asigurări că orice eventual atac la adresa instituţiilor americane s-ar putea transforma în „viitorul Pearl Harbour". Ameninţarea este atât de serioasă încât, pentru prima dată de la atacurile de la 9/11 şi la doi ani de la capturarea liderului Al-Qaeda, Osama bin Laden, teama de a suferi un atac şi spionajul informatic au devenit principala preocupare a agenţiilor de securitate din S.U.A., depăşind, pentru prima dată, terorismul internaţional pe lista ameninţărilor pentru ţară, elaborate anual de agenţiile americane.

Imediat după atacurile grupării teroriste, americanii au înţeles pericolul pe care îl reprezintă acestea asupra infrastructurii, astfel că Preşedintele Bush, prin Ordinul Executiv 13231 din octombrie 2001, a avizat derularea unui program menit să securizeze sistemele informaţionale ale infrastructurii critice, inclusiv sistemele de comunicaţii în caz de urgenţă şi obiectivele fizice ce susţin aceste sisteme.

În anul 2003, în scopul consolidării securităţii naţionale, S.U.A. au aprobat, în premieră, o Strategie Naţională pentru Securitatea Spaţiului Cibernetic (*National Strategy to Secure Cyberspace – NSSC*).

Strategia a avut rolul de a identifica şi reduce vulnerabilităţile în faţa ameninţărilor cibernetice, precum şi asigurarea cadrului legislativ pentru diminuarea şi gestionarea lor, astfel încât să provoace cât mai puţine pagube.

Strategia NSSC a avut trei obiective principale:

1. prevenirea atacurilor cibernetice la adresa infrastructurilor critice;
2. reducerea vulnerabilităţilor în faţa acestor ameninţări;
3. minimizarea pagubelor şi a timpului de reacţie, în cazul producerii unor eventuale atacuri.

În anul 2010, administraţia Obama a adoptat Strategia Naţională de Securitate (*National Security Strategy*) care considera ameninţările la adresa securităţii cibernetice drept una dintre cele mai serioase provocări la adresa securităţii naţionale, siguranţei publice şi economiei cu care aceasta se confrunta. În acelaşi an a fost înfiinţat US CyberCom – United States Cyber Command, în subordinea Departamentului Apărării al S.U.A. cu atribuţii în supravegherea operaţiunilor derulate pe Internet.

Demersurile S.U.A. în scopul prevenirii şi combaterii atacurilor cibernetice nu se opresc la adoptarea de strategii şi înfiinţarea de instituţii în acest scop, acestea investesc în personal calificat şi echipament performant care să poată susţine ritmul alarmant al evoluţiei fenomenului.

Aşa se face că, potrivit ziarului „Washington Post", care citează oficiali americani sub protecţia anonimatului, Departamentul american al Apărării a dispus mărirea de peste cinci ori a efectivelor „Comandamentului Cibernetic" din cadrul său, de la un număr de aproximativ 900 de specialişti în prezent, la aproximativ 4900 militari şi civili, în următorii ani. Decizia a fost adoptată la sfârşitul anului 2012 de către oficiali

de rang înalt din cadrul Pentagonului, ca urmare a intensificării atacurilor în spaţiu cibernetic, efectuate de „armate cibernetice statale", în afara celor efectuate de hackeri.

În cadrul unui discurs susţinut la Washington, în luna noiembrie 2012, Panetta afirma că este necesară o consolidare a securităţii cibernetice a Statelor Unite, atât din punct de vedere financiar, cât şi uman, chiar dacă, spunea el, „avem oameni competenţi care se ocupă de acest domeniu, dar, foarte sincer, dacă vrem să fim în vârful schimbărilor în curs, este necesar să investim mai mult în acest domeniu".

Suplimentarea efectivelor va avea ca obiective principale protecţia sistemelor informatice care coordonează reţele sau centrale electrice, securizarea reţelelor Departamentului american al Apărării, ale sectorului energetic şi ale reţelelor de comunicaţii între instituţiile publice.

Statele Unite îşi întăresc securitatea împotriva atacurilor cibernetice printr-un **Decret privind infrastructurile strategice**, prin care încurajează sectorul privat să pună la dispoziţia statului informaţiile clasificate.

Conform declaraţiilor Preşedintelui Obama în Congresul american, cu ocazia discursului său privind starea Uniunii: „America trebuie să răspundă ameninţării tot mai mari reprezentate de atacurile informatice. Am semnat un nou decret care ne va întări capacitatea de apărare împotriva atacurilor informatice prin sporirea schimburilor de informaţii şi prin dezvoltarea de norme menite a ne proteja securitatea naţională, locurile de muncă şi viaţa privată. Acum Congresul trebuie să acţioneze, la rândul său, adoptând legile care să ofere guvernului o mai mare capacitate de a ne securiza reţelele şi de a preveni atacuri" (ianuarie 2013).

Decretul, adoptat după eşecul a două proiecte de lege în Congres, îndeamnă la anunţarea – de această dată voluntar şi nu obligatoriu – a ameninţărilor de atacuri informatice care ar putea viza infrastructuri precum reţelele electrice sau sistemele de distribuire a apei. Documentul oferă guvernului puterea de a coordona o reţea de informaţii, inclusiv clasificate, pe acest subiect.

Mai mult, la sfârşitul anului 2012, Preşedintele american Barack Obama a semnat **Directiva nr. 20 privind securitatea cibernetică**, care prevede o gamă largă de activităţi standard pentru agenţiile federale privind combaterea ameninţărilor din spaţiul cibernetic.

Prin **Strategia naţională de securitate în spaţiul cibernetic** elaborată de S.U.A., au fost stabilite cinci priorităţi naţionale necesare asigurării securităţii în domeniul cibernetic:

1. elaborarea unui sistem de răspuns în caz de perturbare a traficului informaţiilor;
2. întocmirea unui program naţional de reducere a vulnerabilităţilor şi ameninţărilor în spaţiu cibernetic;
3. realizarea unui program naţional de pregătire în domeniul protecţiei spaţiului cibernetic;
4. securizarea comunicaţiilor guvernamentale;
5. cooperarea internaţională în domeniul protejării spaţiului cibernetic.

Concluzii

Într-un asemenea context, marcat de iniţiative şi materializări la nivel internaţional, european şi naţional, **propunem**:

- constituirea unei subramuri a dreptului ce s-ar putea intitula „dreptul cibernetic";

- elaborarea unui „cod cibernetic”, construit pe trei componente esenţiale:
- legislaţia specială (definiţie, principii, funcţii, reglementări, incriminări);
- structurile instituţionale cu atribuţii de aplicare a legii;
- procedurile şi practicile specifice aplicării „dreptului cibernetic”.

Referințe bibliografice

1. Costică Voicu, *Strategia de Securitate Internă a UE,* Editura Sitech, 2010
2. Răducu (Dogaru) Olguța, *Criminalitatea cibernetică,* Teză de doctorat, Academia de Poliție *Alexandru Ioan Cuza*, 2013
3. H.G. nr. 271/2013, Publicată în Monitorul Oficial nr. 296/23 mai 2013

Raportul dintre dreptul Uniunii Europene şi dreptul intern în cazul unor revizuiri constituţionale naţionale

Valentin-Stelian ***BĂDESCU****

Abstract: *Orice societate modernă se caracterizează printr-o activitate normativă intensă, însă pentru ca aceasta să-şi atingă obiectivul urmărit, respectiv progresul social, trebuie să se materializeze într-un sistem legislativ stabil, unitar, corelat şi interrelaţionat. De altfel, Curtea Europeană a Drepturilor Omului, în jurisprudenţa sa constantă a statuat cu valoare de principiu importanţa asigurării accesibilităţii şi previzibilităţii legii, inclusiv sub aspectul stabilităţii acesteia. Incertitudinea, fie ea legislativă, administrativă sau legată de practicile urmate de autorităţi reprezintă un factor important pe care Curtea de la Strasbourg îl are în vedere atunci când apreciază conduita statelor din perspectiva respectării principiilor statuate de Convenţia Europeană a Drepturilor Omului, fiind subliniat de către aceasta că atunci când este vorba de o chestiune de interes general, autorităţile publice sunt obligate să reacţioneze în timp util, în mod corect şi cu cea mai mare coerenţă.*

Cuvinte cheie: *revizuirea Constituţiei, dreptul Uniunii Europene, dreptul constituţional, Tratatul de la Lisabona*

1. Argumentum

O cercetare cu privire la cele mai diverse aspecte legate de reformarea legislaţiei constituţionale în spiritul noilor curente naţionale, europene şi internaţionale se impune nu numai din perspectiva iminenţei temporale româneşti, ci şi pentru a discuta despre provocările practice întâlnite şi soluţiile posibil de adoptat, mai ales că, recent Curtea noastră Constituţională şi-a expus punctul de vedere cu privire la propunerile Comisiei de revizuire a Constituţiei.

Într-o lume în care sistemele juridice interferează tot mai mult, tradiţia juridică necesită o *upgradare* perpetuă pentru a răspunde diversităţii. Se 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.

Orice societate modernă se caracterizează printr-o activitate normativă intensă, însă pentru ca aceasta să-şi atingă obiectivul urmărit, respectiv progresul social, trebuie să se materializeze într-un sistem legislativ stabil, unitar, corelat şi interrelaţionat. De altfel, Curtea Europeană a Drepturilor Omului, în jurisprudenţa sa constantă a statuat cu valoare de principiu importanţa asigurării accesibilităţii şi previzibilităţii legii, inclusiv sub aspectul stabilităţii acesteia, mai ales când vorbim de legea fundamentală.

* Lector univ. dr. la Universitatea Europei de Sud-Est LUMINA Bucureşti şi cercetător ştiinţific asociat al Institutului de Cercetări Juridice al Academiei Române.

Incertitudinea, fie ea legislativă, administrativă sau legată de practicile urmate de autorităţi reprezintă un factor important pe care Curtea de la Strasbourg îl are în vedere atunci când apreciază conduita statelor din perspectiva respectării principiilor statuate de Convenţia Europeană a Drepturilor Omului, fiind subliniat de către aceasta că atunci când este vorba de o chestiune de interes general, autorităţile publice sunt obligate să reacţioneze în timp util, în mod corect şi cu cea mai mare coerenţă.

Realitatea normativă cu care se confruntă România în ultima perioadă nu poate fi ignorată. Numărul mare al actelor normative adoptate anual a determinat apariţia unei instabilităţi legislative accentuate, cadrul juridic fiind frecvent supus codificării şi/sau completării. Totodată, se poate constata faptul că dintre actele normative adoptate în ultima perioadă, un număr destul de mare modifică ori abrogă acte normative adoptate recent.[1]

Abordarea noastră va fi una secvenţială, cea privitoare la raportul dintre dreptul constituţional al Uniunii Europene şi unele exemple de revizuiri constituţionale naţionale mai recente care, în opinia noastră ar şi utile şi pertinente propuitorului constituţional român în ideea unui transplant juridic viabil şi de perspectivă care să respecte şi limitele revizuirii prevăzute de articolul 152.

2. Raportul dintre dreptul constituţional al Uniunii Europene şi revizuirile constituţionale naţionale

2.1. Consideraţii introductive

Uniunea Europeană reprezintă o familie de ţări democratice europene, nefiind vorba de un stat destinat să se substituie statelor existente, ci de o organizaţie internaţională, dar una care merge mult mai departe decât orice organizaţie de acest fel.[2]

Statele care o compun au creat şi pus în funcţiune instituţii comune cărora le–au delegat o parte din suveranitatea lor, precum şi deciziile asupra unor chestiuni specifice. Această punere în comun, exercitare a suveranităţii se mai numeşte şi „integrare europeană".

Accederea unei ţări la Uniunea Europeană reprezintă un act legal complex. Uniunea este o organizaţie supranaţională, adică o organizaţie cu un sistem legal autonom diferit de dreptul internaţional şi de cel naţional. Supremaţia aplicării dreptului unional este asigurată în interiorul fiecărui stat membru. Integrarea în Uniunea Europeană implică schimbări profunde în competenţa organelor de stat, ca şi în legislaţia naţională şi implicit în Constituţia ţării.

Document juridic şi politic, Constituţia unei ţări este tributară ansamblului valorilor, principiilor şi teoriilor moştenite, ca şi mediului cultural şi raţiunilor politice ale celor care au redactat-o. Ea transmite spre viitor mărturia circumstanţelor dominante ale epocii în care a fost adoptată şi când lumea exterioară evoluează se produce o situaţie tensionată între cadrul normativ şi realitatea politică care tinde s-o lumineze.

[1] În acest context, a fost realizată o analiză cu privire la evoluţia cadrului normativ începând cu anul 2000 şi până în prezent. În urma acestei analize s-a constatat că în perioada menţionată au fost adoptate aproximativ 49.000 de acte normative, dintre care: 5.881 legi; 2.154 ordonanţe de urgenţă ale Guvernului; 821 ordonanţe ale Guvernului; 20.528 hotărâri ale Guvernului; 19.616 ordine, fără a mai lua în calcul alte acte normative ale autorităţilor administraţiei publice locale şi centrale.

[2] Dominiques Colas, *Textes constitutionnels françaiset étrangers*, Paris, Larousse, 1994, p. 327.

Orice Constituţie prevede că dispoziţiile sale pot fi modificate, completate sau suprimate. Oricât de mândri ar fi de opera lor, constituanţii sunt destul de înţelepţi pentru a şti că lucrarea lor nu este niciodată perfectă, că folosirea textului poate să facă să apară dificultăţi inedite sau imprevizibile la momentul conceperii sale sau că trecerea timpului şi evoluţia societăţii pot suscita noi exigenţe constituţionale.

2.2. Scurte repere istorice ale revizuirilor constituţionale

2.2.1 Europa celor şase şi revizuirile constituţionale

Este cunoscut că la fondarea sa, Uniunea Europeana (pe atunci, Comunităţile Europene) se compunea din şase state: Belgia, Franţa, Germania, Italia, Luxemburg şi Olanda. Cele şase state s-au angajat în construcţia comunitară de la intrarea în vigoare în 1952 a Tratatului de la Paris din 1951 privind crearea Comunităţii Europene a Cărbunelui şi Oţelului, urmat de Tratatul de la Roma din 1957, intrat în vigoare în 1958, ce instituia CEE[1] şi CEEA[2] (Euratom). Aceste tratate comunitare au transferat instituţiilor europene competente în numeroase domenii economice ce ţineau înainte de puterile publice naţionale. Transferurile de competente au fost ulterior extinse prin saltul spre noile etape în construcţia europeană: Actul Unic European din 1987, Tratatul asupra Uniunii Europene din 1992, intrat în vigoare în 1993, apoi Tratatul de la Amsterdam din 1997, Tratatul de la Nisa din 2001 şi tratatul de la Lisabona pentru vremurile noastre.

Începând cu Tratatul asupra Uniunii Europene, competenţelor economice li s-au adăugat competente non-economice atât în cadrul comunitar, cât şi în cadrul celor doi „piloni" stabiliţi de tratat, respectiv politica externă şi securitatea comună, precum şi cooperarea în domeniile justiţiei şi afacerilor interne.

Afirmarea de către Curtea de Justiţie a Uniunii Europene a primordialităţii dreptului unional asupra dreptului naţional, inclusiv a dreptului constituţional demonstrează o tendinţă care poate fi calificată, cu prudenţă şi cu o rezervă ce se impune, ca fiind federală, chiar dacă cuvântul rămâne absent în documente şi în vocabularul oficial. Este surprinzător că la toate cele şase state Constituţiile au ignorat în întregime această realitate până spre anii '90, mai precis până la intrarea în vigoare a Tratatului de la Maastricht (1992). Vom opera doar cu câteva referiri la unele ţări membre mai vechi sau mai noi ale Uniunii Europene.

În *Belgia,* Constituţia datează din 1831 şi a cunoscut mai multe revizuiri, extrem de rare în primii 150 de ani[3]. Prin revizuirea din 1970 a fost introdus un articol ce prevedea că exercitarea anumitor puteri poate fi atribuită printr-un tratat sau printr-o lege unor instituţii de drept internaţional public. Au urmat, apoi revizuirile din 1984, 1988, 1989, iar din 1993, Constituţia a suferit mai multe modificări, chiar trei sau patru pe an, datorită noii împărţiri administrative şi lingvistice a ţării. Singura referire la Uniunea Europeană s-a operat prin revizuirea constituţională din 1998, când articolului 8 i s-a adăugat un nou alineat referitor la dreptul de vot al cetăţenilor Uniunii Europene ce nu au naţionalitatea belgiană.[4]

---

[1] Este vorba despre Comunitatea Economică Europeană.

[2] Euratom – Comunitatea Europeană a Energiei Atomice.

[3] Vezi: Dominiques Colas, *Textes constitutionnels francais et etrangers*, Paris, Larousse, 1994, p. 327.

[4] Pentru detalii cu privire la regimul politic al Finlandei, a se vedea Cristian Ionescu, *Drept constituţional comparat*, Ed. CHBeck, Bucureşti, 2008, p. 256-271.

Constituţia *Franţei* a cunoscut din 1958 până în 2003 şaptesprezece revizuiri, dar până în 1992 niciuna nu se referea la Comunităţile Europene. Este drept că, în subtext, se poate bănui existenţa unei construcţii europene la care participa Franţa. Astfel, Constituţia[1] prevede posibilitatea pentru Preşedintele Republicii de a supune unui referendum ratificarea unui tratat care, fără să fie contrar Constituţiei, ar avea incidenţe asupra funcţionarii instituţiilor. La fel, ea permite ca, înaintea ratificării unui tratat sau aprobării unui acord internaţional, acesta să fie examinat din punctul de vedere al compatibilităţii cu Constituţia de către Consiliul Constituţional[2]. În absenţa unor dispoziţii constituţionale explicite, Consiliul Constituţional a fost cel care a interpretat prevederile Constituţiei pentru a defini relaţiile între Constituţia Franţei şi Comunităţile Europene.[3]

Decizia sa din 1992 asupra Tratatului Uniunii Europene (Tratatul de la Maastricht) a făcut necesară adoptarea unor dispoziţii constituţionale explicite. Aşa se face că prin revizuirea constituţională din 1992 a fost adăugat un nou titlu „Despre Comunităţile Europene şi Uniunea Europeană" (articolele 88-1 la 88-4), care statuează transferul de competenţe necesar stabilirii uniunii economice şi monetare europene, dreptul de vot şi de eligibilitate în alegerile locale pentru cetăţenii Uniunii Europene, precum şi noile competenţe în ceea ce priveşte propunerile de acte legislative comunitare. Legea constituţională din 1999[4], pentru a ratifica Tratatul de la Amsterdam, a permis, în special, transferuri de competenţe în domeniul liberei circulaţii a persoanelor. De asemenea, modificarea din 1999 a autorizat Republica Franceză să recunoască jurisdicţia Curţii Penale Internaţionale. La fel, modificarea constituţională din martie 2003 a completat art.88-2 referitor la mandatul european de arestare şi la procedurile de extrădare între statele membre U.E.

O situaţie aparte o reprezintă *Germania*, care, în 1989, unindu-se cu Republica Democrată, a păstrat Constituţia Republicii Federale a Germaniei din 1949, revizuită în 1990, prin care se instaurează un nou ciclu în istoria germană. De abia, în 1993 a avut loc o modificare constituţională, introducându-se un nou şi amplu articol 23, intitulat "Uniunea Europeană", ceea ce demonstrează importanţa pe care constituantul vrea să o dea integrării Republicii federale în Europa. El prevede că, pentru realizarea unei Europe Unite, Republica Federală Germania cooperează la dezvoltarea Uniunii Europene, care promovează principiile statului de drept. Federaţia poate să transmită drepturi de suveranitate prin lege, cu încuviinţarea Consiliului Federal (Bundesrat). În problemele Uniunii Europene cooperează Bundestagul şi Bundesratul, care trebuie să fie informate de Guvern cât mai amplu şi cât mai rapid. În plus, Camera Inferioară (Bundestagul) transmite Guvernului punctele sale de vedere

înainte de participarea acestuia la dezbaterile juridice ale Uniunii Europene. Art.24 intitulat *Organizaţii internaţionale* prevede că Federaţia poate transmite prin lege drepturi de suveranitate unor organizaţii internaţionale.

Constituţia *Italiei* a intrat în vigoare în 1948. Trebuie spus că împreuna cu Acordurile de la Lateran, din 1929, (încheiate între Sfântul Scaun şi statul italian), tratatele ce instituie Comunităţile europene sunt singurele surse convenţionale internaţionale care ocupă o poziţie specială. Într-adevăr, deşi au fost făcute aplicabile în Italia prin legi ordinare, tratatele comunitare se bucurau de o „acoperire constituţională"

[1] Vezi: Constituţia Republicii Franceze, articolul 8.
[2] *Idem*, articolul 54.
[3] Pentru detalii cu privire la regimul politic al Franţei, a se vedea C. Ionescu, *op. cit.,* p. 337-379.
[4] Prin modificarea articolelor 88-2 şi 88-4.

specială oferită de art.11 al Constituţiei. Aceasta prevede că Italia consimte, în condiţii de egalitate cu celelalte state, să accepte limitările de suveranitate necesare unui sistem care să asigure pacea şi justiţia între naţiuni; ea sprijină şi favorizează organizaţiile internaţionale care vizează acest scop. Deşi această dispoziţie a fost adoptată în vederea aderării la Organizaţia Naţiunilor Unite, accentul pus pe limitarea suveranităţii a permis aderarea la Comunităţile Europene şi la Uniunea Europeană, ca şi ratificarea tratatelor modificatoare, fără alte revizuiri constituţionale. Conform Curţii Constituţionale, această dispoziţie atribuie tratatelor Comunităţilor Europene o forţă particulară, atât activă cât şi pasivă. În general, jurisprudenţa constituţională italiană s-a orientat în sensul unei recunoaşteri mai mari a suveranităţii dreptului comunitar.[1]

În prezent, este larg răspândită ideea unei reforme a Constituţiei, părerile fiind împărţite însa între o revizuire radicală şi o modificare doar a sistemului electoral, aducându-se câteva ajustări minore ale textului constituţional.

2.2.2. Evoluţii după anul 1973 în Europa celor nouă

La 1 ianuarie 1973 se înregistrează primul val de admiteri în Comunitatea Europeană, care numără acum nouă membri. La această dată au intrat Danemarca, Irlanda şi Marea Britanie; a patra ţară candidată care semnase tratatul de adeziune, Norvegia, a înregistrat un rezultat negativ la referendumul organizat în acest scop.

Actuala Constituţie a *Danemarcei* a intrat în vigoare la 5 iunie 1953. Conform acesteia, politica internaţională este o prerogativă regală şi, ca atare, cade în competenţa Guvernului. Totuşi, Guvernul nu poate să ia nicio măsură care ar aduce atingere frontierelor regatului fără asentimentul Parlamentului.

Constituţia conţine o procedură specială pentru transferul de suveranitate spre organizaţiile internaţionale. Această procedură a fost utilizată, conform art. 20 din Constituţie, atunci când Danemarca a decis să intre în Comunitatea Europeană, prin referendumul din 1972 şi, la fel, cu ocazia referendumurilor populare asupra Actului Unic European (1986) şi asupra Tratatului de la Maastricht (în 1992 şi în 1993) ori a celui de la Amsterdam (1998)[2].

De la adoptarea sa în 1953, Constituţia daneză s-a dovedit suficient de flexibilă pentru a oferi un cadru adecvat pentru o societate democratică modernă. Ea nu provoacă decât puţine dezbateri şi doar în puţine cazuri s-a pledat pe baza dreptului constituţional. Până în prezent nu a avut loc nicio reformă constituţională. Având în vedere exigenţele extrem de stricte în materie de revizuire a Constituţiei, o asemenea revizuire ar necesita un larg suport popular.

În *Irlanda*, Constituţia în vigoare datând din 1937 a avut ca scop să proclame în mod clar existenţa unui stat suveran separat ce posedă o cultură şi o moştenire naţională unică. Până la intrarea Irlandei în Comunitatea Europeană, permisă printr-o revizuire constituţională în 1972, n-au existat decât două modificări ale Constituţiei: una în 1939 referitoare la starea de urgenţă şi la salvarea statului în timp de război sau de rebeliune armată şi cealaltă în 1941, când au fost modificate mai multe articole pentru a statua experienţa acumulată de la adoptarea Constituţiei[3].

După 1972 au urmat mai multe revizuiri, printre cea de a zecea (1987) a permis statului să ratifice Actul Unic European; a unsprezecea (1992) a permis statului să

[1] Pentru detalii cu privire la regimul politic al Italiei, a se vedea C. Ionescu, *op. cit.,* p. 160-188.

[2] A se vedea articolul 20 din Constituţia Danemarcei.

[3] De-a lungul vremurilor au avut loc 26 de revizuiri constituţionale, multe dintre ele afectând doar un singur articol.

ratifice Tratatul asupra Uniunii Europene (Maastricht) şi să devină un membru al acestei Uniuni; a optsprezecea (1998) a permis statului să ratifice Tratatul de la Amsterdam; a douăzeci şi una (2001) a interzis pedeapsa cu moartea; a douăzeci şi treia (2001) a permis statului să ratifice Statutul de la Roma al Curţii Internaţionale Penale, iar a douăzeci şi şasea (2002) a permis statului sa ratifice Tratatul de la Nisa.

Au existat însă cazuri în care amendamentele la Constituţie au fost respinse, fie de Parlament (al 22-lea amendament din 2001 referitor la investigarea conduitei judecătorilor corupţi), fie de populaţie (al 24-lea, în 2001, referitor la Tratatul de la Nisa, fiind apoi reluat şi acceptat în 2002 ca a douăzeci şi şasea revizuire).

În ansamblul statelor europene, *Marea Britanie* este singura care nu posedă un text constituţional, nici legi având un statut special, cărora curţile şi tribunalele să le recunoască valoarea quasi-constituţională. Neexistând o constituţie scrisă, nu există nici jurisdicţie constituţională, ale cărei decizii să fie susceptibile de a îndeplini aceeaşi funcţiune.

Dezbaterile asupra Constituţiei britanice datează de peste 40 de ani. În perioada anilor '60 şi la începutul anilor '70 accentul era pus pe reforma procedurilor parlamentare, scopul fiind acela de a întări controlul Parlamentului asupra executivului. În anii '70 are loc o lărgire a dezbaterilor; Comisia Regală privind Constituţia a studiat argumentele în favoarea unei descentralizări mai accentuate în raport cu Londra şi a propus într-un raport să se recunoască anumite puteri Adunărilor din Ţara Galilor şi Scoţia[1]. În acelaşi timp, a apărut un curent nou în favoarea adoptării unei carte a drepturilor cetăţenilor, poate prin incorporarea Convenţiei europene a drepturilor omului în legislaţia britanică, întrucât deciziile Curţii Europene a Drepturilor Omului nu au forţa obligatorie pentru judecătorul britanic. De aceea Marea Britanie s-a obligat, prin tratat, să modifice dreptul britanic contrar Convenţiei Drepturilor Omului, în conformitate cu deciziile Curţii, iar Parlamentul a respectat întotdeauna această obligaţie, dar tratatele internaţionale nefiind recunoscute de jurisdicţiile engleze, obligaţia de a modifica legislaţia nu poate fi impusă Guvernului prin intermediul judecătorului. Se constată o creştere crescândă pentru o Constituţie scrisă demnă de acest nume şi, ca în celelalte ţări europene, ierarhic superioară celorlalte legi.[2]

Mai multe grupuri de presiune au îmbrăţişat ideea, dar partizanii acesteia trebuie, încă, să se înţeleagă asupra mijloacelor prin care să-i fie garantat respectul. S-a afirmat adesea că singura modalitate de a da o Constituţie stabilă ar fi să se procedeze la o "revoluţie paşnică", adică să se instaureze un nou Parlament, care să nu se mai bazeze pe vechiul principiu al suveranităţii parlamentare şi ale cărei puteri să se fundamenteze pe o Constituţie adoptată prin referendum popular. Aceasta ar însemna acceptarea unei idei, noi în orice caz pentru britanici, a unei puteri constituţionale, în acest caz, al "voinţei poporului" care ar legitima noua Constituţie. Există, totuşi, o altă posibilitate: ea se bazează pe experienţa Comunităţii Europene. Dacă judecătorii britanici tocmai au acceptat ideea ca Tratatul de la Roma implică "de o manieră permanentă o restrângere a drepturilor suverane ale statelor membre" şi că "actele unilaterale subsecvente din legislaţiile naţionale incompatibile cu dreptul comunitar nu pot avea întâietate" (cazul Costa), atunci ei vor fi constatat o eroziune a principiului general al suveranităţii parlamentare. Astfel, European Communities Act adoptat în 1972 de către Parlamentul

[1] Referendumul din 1979 din aceste două ţări n-a permis să se ajungă la un consens în favoarea acestei descentralizări.

[2] Pentru detalii cu privire la regimul politic al Marii Britanii, a se vedea C. Ionescu, *op. cit.,* p. 73-112.

britanic va fi considerată atunci ca o veritabilă lege constituţională, ierarhic superioară şi al cărei respect este garantat. Şi dacă acest lucru este tolerat de către judecători şi aceştia îşi modifică "regula de recunoaştere" a ceea ce înseamnă dreptul, atunci s-ar putea recunoaşte şi un statut constituţional unei legislaţii parlamentare care manifestă în mod clar în preambul intenţia de a avea acest caracter[1].

2.2.3. Revizuiri constituţionale în Europa celor zece

În 1981 a fost primită Grecia ca membră a Comunităţii Europene. În acel moment era şi mai este încă în vigoare Constituţia din 1975. Aceasta cuprindea o serie de drepturi individuale şi sociale, care răspundeau nevoilor acelui timp. Statul de drept era protejat în mod efectiv şi exista o prevedere privind participarea ţării la organizaţiile internaţionale şi – indirect - la Comunitatea Economică Europeană.

Din 1975, Constituţia a suferit două revizuiri: una în 1986 si alta în 2001. Specific este faptul că revizuirea constituţională este limitată în timp: se prevede că nicio revizuire a Constituţiei nu este permisă înainte de 5 ani de la precedenta revizuire.

La 6 martie 1986, conform art.110 al Constituţiei[2] au fost amendate unsprezece articole şi votate. Prin această revizuire, responsabilităţile preşedintelui republicii au fost micşorate în mod semnificativ. În ciuda tensiunilor constituţionale şi politice, Constituţia revizuită din 1986, care introducea un sistem guvernamental pur, a fost acceptată de toate puterile politice.

În primăvara anului 2001 o nouă şi mai extinsă revizuire a Constituţiei a fost votată într-un climat consensual. Este de remarcat că în ciuda faptului că, au fost amendate şaptezeci şi nouă de articole ale Constituţiei.[3] Constituţia revizuită a introdus noi drepturi individuale (cum ar fi protecţia identităţii genetice sau protecţia datelor personale din procesarea electronică), a introdus noi reguli privind transparenţa în viaţa politică (referitor, de exemplu, la finanţele partidelor politice, cheltuielile electorale, relaţiile proprietarilor media cu statul etc.), a reorganizat funcţionarea Parlamentului şi a întărit descentralizarea. Cu toate acestea, revizuirea din 2001 nu a privit nicio dispoziţie majoră referitoare la forma de guvernământ şi acest lucru o diferenţiază de cea din 1986.

Totuşi, în domeniul integrării europene, trei modificări prezintă o importanta specială: clauza interpretativă de la art.28 conform căreia această dispoziţie constituţională funcţionează ca temei constituţional pentru participarea Greciei la procesul de integrare europeană; clauza interpretativa de la art.80 se referă în mod expres la participarea Greciei la uniunea economică şi monetară şi la zona euro; în sfârşit, noul paragraf 8 al articolului 70 impune ca Guvernul să informeze Parlamentul asupra procedurii cu caracter legislativ care se derulează în cadrul Uniuni Europene şi în special la nivelul Consiliului European.

2.2.4. Dezvoltări constituţionale naţionale în Europa celor doisprezece

În 1986, Comunitatea Europeană primeşte doi noi membri: Spania şi Portugalia. Constituţia din *Portugalia* a intrat în vigoare la 25 aprilie 1976. De atunci au fost

[1] Notăm că *European Communities Act* poate să amendeze sau să înlocuiască legislaţia britanică *anterioară*, dar rămâne vagă asupra soluţiei în cazul conflictului între dreptul comunitar şi o lege britanică *posterioară*.

[2] Articolul 10 al Constituţiei Greciei prevede că dispoziţii ale Constituţiei pot fi revizuite cu excepţia acelora care determină forma de guvernământ ca republică parlamentară.

[3] În majoritatea cazurilor amendamentele au fost acceptate de patru cincimi din totalul parlamentarilor, astfel că sintagma de „*revizuire consensuală*" reflectă realitatea politică.

aprobate cinci legi constituţionale de revizuire[1]. Pe ansamblu, revizuirea din 1982 s-a axat pe eliminarea aproape completă a trăsăturilor sau expresiilor ideologice rezultate din conjunctura revoluţionară, perfecţionarea drepturilor fundamentale şi clarificarea părţii economice în perspectiva unei economii pluraliste, încheierea funcţiilor politice deţinute de forţele armate, precum şi crearea unui Tribunal Constituţional. Cele mai multe amendamente a cunoscut a doua revizuire constituţională din 1989, legea de revizuire conţinând 202 articole de modificare a Constituţiei si 6 dispoziţii finale şi tranzitorii.

Principalele modificări s-au referit la suprimarea aproape completă a menţiunilor ideologice care mai subzistau în urma revizuirii din 1982, aprofundarea câtorva drepturi fundamentale, în special cele ale administraţiilor, suprimarea regulii ireversibilităţii naţionalizărilor decretate după 1974, crearea unei noi categorii de acte normative, aceea a legilor organice, introducerea referendumului politic la nivel naţional, deşi sub o formă foarte prudentă.

Revizuirea din 1992 prevede, în raport cu ratificarea Tratatului de la Maastricht, posibilitatea unei exercitări în comun a puterilor necesare construcţiei unităţii europene. Ea modifica un însemnat număr de dispoziţii constituţionale referitoare în special la dreptul de vot şi de eligibilitate[2].

Spania a adoptat în 1978 o Constituţie democratică după decenii de dictatură fascistă, constituţie ratificată prin referendum popular şi care permitea dezvoltarea unui stat democratic, social şi regional. Drepturile fundamentale sunt riguros reglementate şi sunt în conformitate cu Declaraţia Universală a Drepturilor Omului, cu Convenţia europeană pentru apărarea drepturilor omului şi a libertăţilor fundamentale şi cu normele Uniunii Europene, cu care Constituţia se armonizează continuu. Astfel, art.13 alin. (2), care, în prima sa redactare prevedea ca, pe bază de reciprocitate, cetăţenii străini rezidenţi pe teritoriul Spaniei pot avea în alegerile municipale, în baza unui tratat sau a unei legi, dreptul de sufragiu activ (de a alege), a fost revizuit la 27 august 1992, conferindu-li-se acestora şi dreptul de sufragiu pasiv (de a fi aleşi)[3].

În privinţa revizuirii constituţionale, există o importantă deosebire între Constituţia Spaniei şi constituţiile altor ţări europene, în sensul că prima nu a impus limite materiale revizuirii sale. În timp ce unele state impun mai multe limite materiale, Franţa şi Italia au prevăzut o singură limită, interzicerea schimbării formei de guvernământ republicane. Spania ar fi putut prevedea interzicerea schimbării formei de guvernământ monarhice, totuşi poporul spaniol nu a impus generaţiilor viitoare propria sa opţiune politică, lăsându-le să hotărască ele însele în funcţie de evoluţia societăţii civile[4].

2.4.5. Situaţia revizuirilor constituţionale în Europa celor cincisprezece

La 1 ianuarie 1995 a avut loc intrarea oficială în Uniunea Europeană a Austriei, Finlandei şi Suediei, după ce la mijlocul anului 1994 cele trei state, precum şi Norvegia semnaseră tratate de adeziune la Comunitatea Europeana, dar, din nou, consultat prin referendum poporul norvegian a respins aderarea.

[1] Ele au avut loc în 1982, 1989, 1992, 1997 şi 2001.

[2] Pentru detalii cu privire la regimul politic al Portugaliei, a se vedea C. Ionescu, *op. cit.,* p. 381-405.

[3] Pentru detalii cu privire la regimul politic al Spaniei, a se vedea C. Ionescu, *op. cit.,* p. 215-236.

[4] În schimb, sunt impuse limitele formale ale revizuirii Constituţiei, care nu pot avea loc în timp de război sau în stare de alarmă, de excepţie ori de asediu.

Austria se conduce după Constituţia din 1929, care este rezultatul unei refaceri a Constituţiei din 1920, redactată în cea mai mare parte de Hans Kelsen, marele teoretician austriac al pozitivismului juridic şi al statului de drept. În perioada războiului continuitatea constituţională a fost întreruptă, apoi Legea constituţională din 1 martie 1945 a repus în vigoare Constituţia din 1929 şi astfel, aceasta a creat a II-a Republică după sfârşitul nazismului. În octombrie 1945, Consiliul Naţional a votat neutralitatea permanentă a Austriei. În mai 1955 a fost semnat la Viena un tratat care angaja Republica Austria în constituţionalizarea neutralităţii sale sub forma unui tratat de stat (*Staatsvertrag*) şi nu a unui simplu tratat de pace. Acest fapt n-a însemnat totuşi interzicerea semnării tratatului de adeziune a Austriei la Uniunea Europeană în 1994, situaţia internaţională modificându-se radical din cauza dispariţiei blocului comunist. De remarcat că, între 1983 şi octombrie 1995 (deci la peste un an de la semnarea Tratatului de aderare) au fost aduse Constituţiei 23 de amendamente pentru a face ţara compatibilă cu statutul de membru al Uniunii Europene.

Modificările se referau în special la participarea diferitelor organe ale statului la procesul de decizie al Uniunii. Fundamentele statului independent Finlandez au fost puse prin măsurile legislative luate în anii 1917-1922. În acea perioadă a fost adoptată legea constituţională numită „Forma de guvernământ" şi celelalte legi constitutive ale statului. Drepturile fundamentale democratice ale cetăţenilor incluse în „Forma de guvernământ" au fost precizate prin legi ulterioare. „Forma de guvernământ" din 1919 a fost redactată şi adoptată într-o conjunctură caracterizată prin violente înfruntări ideologice şi de interese în comunitatea naţională. Rezultatul a fost că în Constituţie figurau simultan dispoziţii structurale extrem de progresiste pentru epoca aceea, dar şi dispoziţii retrograde.

Şansa a fost că la începuturi ea a satisfăcut aşteptările contradictorii în materie de exercitare a puterii şi astfel a rezistat timp de 80 de ani fără să fie niciodată cu adevărat ameninţată. Abia în anii '80 au fost aduse corecţii parţiale legilor constituţionale, pentru ca, în 1990, Parlamentul să ceară Guvernului reforma legilor constituţionale pentru a se găsi un echilibru între prerogativele Parlamentului, Preşedintelui Republicii şi ale Guvernului şi astfel sa întărească poziţia Parlamentului. De altfel, preşedintele Martti Ahtisaari, în timpul mandatului căruia (1994-2000), Finlanda a intrat în Uniunea Europeană (1 ianuarie 1995), a adaptat sistemului parlamentar insistând ca, mai ales în materie de politică externă, să existe cooperare între Parlament, Guvern şi Preşedinte, în cadrul căreia şeful statului să participe cu drepturi depline conform prerogativelor recunoscute de legile constituţionale.

Dar, în acelaşi timp, adversarii şi-au strâns rândurile în vederea viitoarei reforme de ansamblu a legilor constituţionale. Această reformă a legilor constituţionale avea mai multe motivaţii şi obiective: codificarea legilor electorale, armonizarea şi actualizarea structurii normelor şi revizuirea separării puterilor în vigoare[1]. La capătul a trei decenii de dezbateri constituţionale şi de lucrări pregătitoare, Parlamentul a adoptat noua constituţie aproape în unanimitate, votând 175 pentru şi 2 contra. În acest fel, după ce a fost sancţionată de Preşedintele Republicii, Constituţia a putut să intre în vigoare la 1 mai 2000.

Primele trei articole definesc sistemul politic al Finlandei: o democraţie - republica neparlamentară. Articolul referitor la suveranitatea statului trebuie plasat, în circumstanţele actuale, în contextul angajamentelor internaţionale, în special în cadrul

[1] Pentru detalii cu privire la regimul politic al Finlandei, a se vedea C. Ionescu, *op. cit.,* p. 406-436.

Uniunii Europene. Cantonându-se pe o linie naţională prudentă, textul nu citează explicit aceste angajamente şi adeziuni în alineatul privind bazele regimului statal: articolul 1 exprimă de manieră generală o atitudine pozitivă faţă de cooperarea internaţională. Luarea deciziilor în materia relaţiilor internaţionale fac obiectul dispoziţiilor Capitolului VIII.

Puterea guvernamentală în materie de chestiuni europene a fost înscrisă de o manieră durabilă în noua Constituţie, Guvernului revenindu-i domeniul referitor la politica externă şi de securitate comună a Uniunii Europene, urmând ca, în mod logic, primul-ministru să reprezinte Finlanda în Consiliul European. Acest sistem este completat prin dispoziţii privind participarea Parlamentului la examinarea textelor şi măsurilor decise de Uniunea Europeană şi care, conform Constituţiei, sunt de competenţa Parlamentului[1].

Ca multe alte democraţii, *Suedia* are o Constituţie scrisă care statuează regulile pentru implementarea deciziilor politice. Dar, în loc de un document, Suedia are patru legi fundamentale: Lege privind regimul de guvernare, intrată în vigoare la 1 ianuarie 1975, Legea privind succesiunea, din 1810, Lege privind libertatea presei, din 1949, precum şi Legea fundamentală privind libertatea de expresie, din 1992. A cincea, Legea privind Parlamentul, din 1974, este de fapt un regulament de funcţionare şi ocupă o poziţie intermediară între legislaţia constituţională şi legislaţia ordinară. Aceste legi servesc ca bază pentru guvernarea suedezilor şi protejează drepturile şi libertăţile cetăţeneşti.

Accederea Suediei în Uniunea Europeană a produs schimbări constituţionale în principalul act constituţional Legea privind regimul de guvernare (*Regerinsformen*). Suedia a început negocierile cu Comunităţile Europene (Uniunea Europeana încă nu fusese constituită) în 1991 şi actul de adeziune a fost semnat în 1994. Activitatea de pregătire legislativă a aderării a mers în paralel cu procesul de negociere. În 1991 a fost numită o comisie parlamentară care să analizeze ce modificări constituţionale sunt necesare pentru aderare. Proiectul elaborat a fost adoptat, prima dată, în aprilie 1994 şi a rămas în suspensie până după alegeri. În timpul deliberărilor asupra proiectului s-a ajuns la concluzia că integrarea în Uniunea Europeană (aceasta se constituise la 1 noiembrie 1993) trebuia supusă unui referendum. Ca urmare, în primăvara următoare, Parlamentul a adoptat o lege ce prevedea un referendum în materie, referendum ce a avut loc la 13 noiembrie 1994, o dată cu alegerile generale.

Deîndată ce au fost cunoscute rezultatele, proiectul de revizuire constituţională a fost supus noului Parlament pentru aprobare finală, iar legea fundamentală modificată a intrat în vigoare la 1 decembrie 1994. Statele membre ale Uniunii Europene au ratificat tratatul de aderare în decembrie 1994 şi astfel, Suedia a fost integrată la începutul anului 1995, alături de Austria şi Finlanda. O importantă condiţie privind transferul competenţei luării deciziilor spre organismele Comunităţii Europene înserată în Actul fundamental a fost ca Uniunea să garanteze ca drepturile şi libertăţile corespund celor din Legea privind regimul de guvernare şi din Convenţia Europeană pentru apărarea drepturilor omului şi a libertăţilor fundamentale.

[1] Comisiile şi întregul Parlament dispun de dreptul ce le este garantat prin Constituţie să primească informaţii şi rapoarte asupra afacerilor în curs, asupra ordinii de zi şi asupra rezultatelor summit-urilor europene.

2.4.6. Evoluţii ale revizuirilor constituţionale în Europa celor 25

În 1998 are loc lansarea procesului de aderare a 2 state din Europa Centrală şi de Est, dintre care, la 16 aprilie 2003 zece au semnat Tratatul de aderare la Uniunea Europeană şi, după ratificarea lui de către toate statele membre, cele zece (Cehia, Estonia, Letonia, Lituania, Polonia, Slovenia, Slovacia, Ungaria, plus Cipru şi Malta) au devenit membre cu drepturi depline ale Uniunii Europene la 1 mai 2004.

Polonia, cea mai mare ca suprafaţă dintre ele, a reuşit să adopte o nouă constituţie abia după 7 ani de la constituirea, în 1990, a unei Comisii însărcinate cu redactarea unei noi legi fundamentale, comisie care a primit nu mai puţin de şapte proiecte, din care unul aparţinea sindicatului „Solidaritatea”[1]. A fost nevoie de adoptarea unei Legi constituţionale în 1992 referitoare la modul de elaborare şi de adoptarea Constituţiei Poloniei, pentru a mai clarifica lucrurile, dar lipsa unui regulament al Adunării Naţionale referitor la procedura de urmat în cazul lucrărilor asupra Constituţiei a mai tergiversat începutul dezbaterilor până la adoptarea acestui regulament în septembrie 1994. De aceea, abia la 2 aprilie 1997 Adunarea Naţională a adoptat noua Constituţie care a fost confirmată prin referendumul din 25 mai 1997, primul referendum constituţional din istoria Poloniei.[2]

Polonia a depus cererea de aderare la Uniunea Europeană la 8 aprilie 1994 şi a început să se pregătească pentru acest proces, inclusiv prin prevederile constituţionale. Pentru aceasta, s-au urmărit două obiective prioritare. Unul consta în definirea în avans a unui anumit număr de obligaţii ce ar trebui asumate în momentul în care calitatea de membru ar fi câştigată, pentru a nu complica situaţia în momentul aderării prin dezbateri pe marginea schimbărilor constituţionale necesare. Altul, orientat spre exterior, spre Uniunea Europeană şi organele sale, era acela de a da un semnal şi de a confirma voinţa de a intra în structurile integrate europene. Articolele 89-92 ale Constituţiei Poloniei sunt cele pe care se bazează trei elemente fundamentale ale procesului de integrare europeană:

1) Decizia autorităţilor statului polonez de aderare la o organizaţie supranaţională – Uniunea Europeana. Se avea în vedere ca o astfel de decizie să fie exprimată în Tratatul de aderare al Poloniei cu Uniunea Europeană, la un nivel internaţional. Pe de altă parte, la nivel naţional, condiţia specifică necesară privind aprobarea actului de către Parlament prin care se autorizează Preşedintele să ratifice acest tratat ar asigura o puternică legitimitate democratică a acestei decizii. Exprimarea autorizării de a ratifica acest tratat putea fi adoptată prin referendum naţional. Alegerea procedurii privind autorizarea de ratificare este luată de Seim cu majoritate absolută a voturilor.

2) Ca rezultat al acestei decizii, competenţa autorităţii statului în anumite materii va fi delegată Uniunii Europene, asemenea materii fiind stabilite în Tratatul de aderare.

3) Delegarea competenţei organelor autorităţii de stat să fie însoţită de renunţarea la exclusivitatea exercitării unor astfel de competente în sfera naţională pentru domeniile acoperite prin delegare şi deschiderea spre legile "străine" ale organizaţiei supranaţionale.

Din prevederile art. 90 rezultă că poate fi decis referendumul asupra adeziunii la Uniunea Europeană, dar el nu reprezintă o necesitate. Particularitatea acestui

[1] Problema era că multă vreme s-a oscilat asupra procedurii ce trebuia urmată: să se supună dezbaterii proiectului Comisiei sau să fie prezentate toate proiectele propuse;

[2] A se vedea, pentru dezvoltări, Janina Zakrzewska, *La constitution – cinq ans plus tard*, în Droit polonais contemporain, nr. 1-4, 1996.

referendum rezidă în faptul că el ar înlocui legea (în acest caz o lege de autorizare a ratificării), în timp ce, de exemplu, referendumul din mai 1997 nu a înlocuit votul Adunării Naţionale, ci a servit la aprobarea Constituţiei votate de Parlament. Acest referendum a avut loc în iunie 2003 şi a confirmat orientarea pro-europeană a societăţii poloneze, apoi la 23 iulie 2003 preşedintele ţării a ratificat Tratatul de aderare al celor 10 ţări, printre care şi Polonia, la Uniunea Europeană.

Un alt element de deschidere a Constituţiei spre viitoarele obligaţii de membru al Uniunii Europene se găseşte în autorizarea aplicării dreptului comunitar, în virtutea art. 91, alin.3. Pe ansamblu, se poate afirma că erau stabilite bazele constituţionale ale aderării Poloniei la Uniunea Europeană, ca şi acelea ale acceptării Acquis-ului comunitar.

Cehia, după separarea de Slovacia, a adoptat noua Constituţie la 16 decembrie 1992, care a intrat în vigoare la 1 ianuarie 1993. Cererea de aderare la Uniunea Europeană a depus-o la 17 ianuarie 1996, semnând Tratatul de aderare împreuna cu grupul celor 10 state la 16 aprilie 2003. În zilele de 13-14 iunie 2003 a avut loc un referendum asupra aderării Republicii Cehe la Uniunea Europeană, pronunţându-se pentru peste 77% din cei ce s-au prezentat la vot.

Constituţia din 1992 a fost revizuită prin mai multe legi constituţionale în 1997, 1998, 2000, 2001 şi 2002, ultima revizuire fiind Legea asupra aderării Republicii Cehe la Uniunea Europeană. Celelalte modificări s-au referit la securitatea ţării, la atribuţiile Parlamentului şi Guvernului pe timp de război, la procedura parlamentară de adoptare a unei legi constituţionale.

Slovacia a adoptat o noua Constituţie la 1 septembrie 1992, în august 1998 având loc prima revizuire, în februarie 1999 a doua revizuire şi la 23 februarie 2001 a treia revizuire.

Articolul 7 prevede ca Republica Slovacă poate să intre într-o uniune de state, conform unei legi constituţionale, confirmate printr-un referendum. De asemenea, statuează asupra transferului de puteri spre Uniunea Europeană şi asupra întâietăţii legislaţiei comunitare faţă de cea naţională.

Ungaria a organizat un referendum asupra aderării sale la Uniunea Europeană, în urma căruia a semnat Tratatul de aderare la Uniunea Europeană, la 16 aprilie 2003. Constituţia, în forma sa actuală, reprezintă o compilaţie şi o regrupare a modificărilor unei constituţii mai vechi (din 1949) într-o structură coerentă, rezultând o nouă Constituţie ce a intrat în vigoare la 23 octombrie 1989. Prin Legea nr.40 din 1990 i s-au adus noi modificări.

Pe 25 iunie 1991, Parlamentul *Sloveniei* a declarat independenta ţarii faţă de R.S.F. Iugoslavia şi a adoptat Carta constituţională de bază privind suveranitatea şi independenţa Republicii Slovenia. Prin adoptarea la 23 decembrie 1991 a Legii constituţionale pentru implementarea Constituţiei Republicii Slovenia a fost instaurată noua Constituţie. De atunci, aceasta a suferit mai multe modificări: în 1997, când s-a introdus paragraful 2 la art. 68; în 2000, când s-a introdus paragraful 5 la art. 80; în sfârşit, în martie 2003, când s-a introdus art.3a şi s-au refăcut articolele 47 şi 68.

Articolul 3a, intitulat *Uniunea Europeană*, prevede condiţiile în care poate avea loc transferul unei părţi a drepturilor suverane spre organizaţii internaţionale. Acest transfer trebuie să se bazeze pe respectul drepturilor umane şi libertăţilor fundamentale, pe democraţie şi principiile statului de drept. Înainte de ratificarea unui tratat internaţional prin care are loc un astfel de transfer trebuie organizat un referendum. Acest referendum deja s-a ţinut în 23 martie 2003, aşa încât după ce a semnat Tratatul de aderare la 16

aprilie 2003 şi după ratificarea lui de către toate statele membre, Slovenia a devenit membru cu drepturi depline al Uniunii Europene la 1 mai 2004.

Art. 47 reglementează problema extrădării în noile condiţii create de aderarea europeană, iar art.68 prevede că străinii pot avea drept de proprietate asupra terenurilor în condiţiile legii sau ale unui tratat ratificat de Adunarea Naţională.

Estonia, ca şi Letonia şi Lituania, şi-a câştigat independenţa fată de Uniunea Sovietică la 6 septembrie 1991. La 28 iunie 1992 a fost adoptată noua Constituţie a Estoniei.

Letonia a amendat în 1991 Constituţia din 1922, iar în 1998 a introdus un nou Capitol VIII referitor la drepturi fundamentale.

Lituania a adoptat o noua Constituţie la 25 octombrie 1992.

2.4.7. Revizuirile constituţionale din România şi Bulgaria

În ceea ce priveşte cele două ţări care au aderat la Uniunea Europeană în 2007, Bulgaria încă nu făcuse modificări constituţionale exprese referitoare la aderare, în timp ce România a încheiat în 2003 o astfel de acţiune.

Bulgaria are o Constituţie adoptată la 12 iulie 1991, care a fost revizuită în 2003, modificările referindu-se la statutul magistraţilor de la Curtea Supremă de Casaţiei şi de la Consiliul Suprem Judiciar. Art. 5 al Constituţiei prevede că orice instrumente internaţionale care au fost ratificate şi intrate în vigoare sunt considerate ca făcând parte din legislaţia internă a ţării, dar având o forţa juridică superioară.

Pentru *România* integrarea a presupus şi instituirea temeiurilor constituţionale. Este un proces pe care l-au parcurs şi alte ţări, tocmai în vederea integrării şi de aceea a fost necesară revizuirea Constituţiei din 1991. În 2003, această a fost modificată şi completată prin Legea de revizuire a Constituţiei, aprobată prin referendumul naţional din 18-19 octombrie 2003 şi cuprinde numeroase prevederi referitoare la viitoarea integrare a României în Uniunea Europeană.

În ceea ce priveşte drepturile, libertăţile şi îndatoririle fundamentale, a fost modificat şi completat art.16 prin garantarea egalităţii de şanse între femei şi bărbaţi pentru ocuparea funcţiilor publice (ştiindu-se că Tratatul instituind Comunitatea Europeană se referă expres în art. 13 la combaterea discriminărilor bazate pe sex), precum şi acordarea cetăţenilor Uniunii Europene a dreptului de a alege şi de a fi aleşi în autorităţile administraţiei publice locale, în condiţiile aderării României la UE. O astfel de prevedere răspunde cerinţelor consacrate prin art. 19 din Tratatul instituind Comunitatea Europeană, precum şi prin Directiva Consiliului Uniunii Europene nr.80/1994 CEE, care stabileşte dreptul cetăţenilor europeni de a alege şi de a candida la alegerile locale organizate în statul membru pe al cărui teritoriu îşi au reşedinţa, în aceleaşi condiţii ca şi cetăţenii acelui stat.

Principiul universalităţii alegerilor pentru Parlamentul European şi cerinţa de a asigura o reprezentare în acest for a tuturor popoarelor care fac parte din Uniunea Europeană, stabilite prin art. 19 din Tratatul instituind Comunitatea Europeană, au determinat introducerea unui nou articol 351, care reglementează dreptul cetăţenilor români de a alege şi de a fi aleşi în Parlamentul European.

Referindu-se la dreptul de stabilire,Tratatul instituind Comunitatea Europeană prin art. 44 prevede că instituţiile comunitare exercită atribuţii în acest domeniu astfel încât "să permită achiziţionarea şi exploatarea proprietăţilor funciare situate pe teritoriul unui stat membru, de către resortisantul unui alt stat membru". Noua redactare a art.41 alin. (2) al Constituţiei României este concordanţă cu această prevedere şi stabileşte că cetăţenii străini şi apatrizii pot dobândi dreptul de proprietate privată asupra terenurilor

numai în condiţiile rezultate din aderarea României la Uniunea Europeană şi din alte tratate internaţionale la care România este parte, pe baza de reciprocitate.

În ceea ce priveşte justiţia, un aspect deosebit de important reglementat de Constituţie se referă la organizarea şi funcţionarea Consiliului Superior al Magistraturii, instituţie cu rolul de garant al independentei justiţiei, după cum reiese din art. 132 alin (1). Prevederile constituţionale reprezintă o materializare a eforturilor de reformare a sistemului judiciar cerut de angajamentele aferente capitolului 24 – Justiţie şi afaceri interne, asumate în cadrul procesului de negociere cu UE în vederea aderării. De asemenea, art. 133 aduce o precizare importanta sub aspectul garantării independenţei justiţiei, în sensul ca ministrul justiţiei, preşedintele Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie, precum şi procurorul general nu au drept de vot în acele situaţii în care Consiliul Superior al Magistraturii îndeplineşte rolul de instanţă disciplinară a judecătorilor şi procurorilor.

În ceea ce priveşte economia şi finanţele publice, art. 134 prevede că economia României este economie de piaţă, bazată pe libera iniţiativă şi concurenţă. Libera iniţiativă şi economia concurenţială nu existau în textul Constituţiei din 1991, dar ele reprezintă aspecte esenţiale pentru realizarea criteriilor economice de aderare a României la UE. Noua prevedere de la art.134, alin.(2) lit. g) referitoare la obligaţia statului de a asigura aplicarea politicilor de dezvoltare regională în concordanţă cu obiectivele Uniunii Europene oferă baza constituţională pentru o dezvoltare economică durabilă.

Art.136, alin. (2) consacră posibilitatea de înlocuire a monedei naţionale cu aceea a Uniunii Europene, în condiţiile aderării la Uniunea Europeana şi a recunoaşterii faptului că aceasta presupune un spaţiu economic comun şi o monedă unică, care a şi fost acceptată în majoritatea ţărilor din Uniune, iar art.139 statorniceşte deplina independenţă a Curţii de Conturi, precum şi limitarea atribuţiilor sale la cele de control financiar, ilustrând un angajament asumat de România în procesul de negocieri pentru aderarea la UE, pe Capitolul 28 - Controlul financiar.

Un element de noutate este dat de introducerea unui titlu distinct în Constituţie referitor la "Integrarea euro-atlantică" (Titlul V/1). Art.145/1 intitulat Integrarea în Uniunea Europeană reprezintă baza juridică pentru aderarea României la Uniunea Europeană, prin semnarea tratatului de aderare, cu toate implicaţiile acesteia, inclusiv transferul anumitor competenţe de la nivel naţional la nivel comunitar. Un aspect deosebit de important se regăseşte în alineatul 2 al acestui articol, care stabileşte prioritatea prevederilor tratatelor constitutive ale Uniunii Europene, precum şi a celorlalte reglementări comunitare cu caracter obligatoriu faţă de dispoziţiile contrare din legile interne. Se regăseşte, astfel, la nivel constituţional un principiu fundamental al dreptului comunitar consacrat pe cale jurisprudenţială, prin hotărârea CJCE în speţă Costa vs. ENEL din 15 iulie 1964(C 6/64). Proiectul Tratatului instituind o Constituţie pentru Europa introduce, în art. 10, principiul priorităţii dreptului Uniunii Europene asupra dreptului intern. Constituţia României utilizează astfel o formulare similară celei din proiectul de Tratat menţionat. Ca expresie a principiului transparenţei decizionale, se remarcă dispoziţia de la alin (5) a aceluiaşi articol conform căreia Guvernul transmite celor două Camere ale Parlamentului proiectele actelor cu caracter obligatoriu înainte ca acestea să fie supuse aprobării instituţiilor Uniunii Europene.

Dintr-o perspectivă apropiată, în România, în perioada imediat următoare se va revizui din nou legea fundamentală. Iată de ce şi acest demers de cercetare ştiinţifică ar pute constitui un util element de drept comparat pentru decidenţii noştri, mai ales că

tratatul de la Lisabona, „Constituţia Uniunii Europene" este un reper la care suntem obligaţi să ne raportăm, inclusiv în acest domeniu.

3. Concluzii privind revizuirea textelor constituţionale

Evoluţia pe care a cunoscut-o construcţia europeană de la naşterea sa, acum peste o jumătate de secol, şi-a pus amprenta şi asupra Constituţiilor statelor membre. Le fel vor evolua lucrurile şi în continuare, Tratatul de la Lisabona şi Strategia Europa 2012, vor jalona destinul multor popoare în continuare o bună perioadă.

Comunitatea Europeană a Cărbunelui şi Oţelului (CECA), ca şi celelalte trei Comunităţi fondate de către şase state europene au încetat să se dezvolte atingându-şi gradual obiectivele, primind noi competenţe, lărgindu-se în etape distincte, pentru a atinge astăzi cifra de 28 state membre, devenind Uniunea Europeană şi pregătindu-se în prezent pentru o aprofundare şi chiar o nouă extindere.

Uniunea Europeană este desigur o organizaţie internaţională, dar ordinea juridică unională rezultată din tratatele europene nu poate fi considerată ca un simplu sistem de drept internaţional convenţional. Deoarece ordinea juridică a Uniunii Europene reprezintă o ordine juridică superioară ordinii juridice interne a statelor membre, iar o serie dintre prevederile sale sunt, totodată, direct aplicabile acestora, ţările Uniunii Europene au recurs la adoptarea unor modificări constituţionale tocmai în scopul de a asigura o compatibilitate deplină între prevederile ordinii juridice naţionale şi ordinea juridică unională.

Primul Tratat European instituind Comunitatea Europeană a Cărbunelui şi Oţelului n-a antrenat revizuiri constituţionale în cele şase state membre fondatoare. De abia tratatele care au urmat şi mai ales amploarea noii realităţi unionale au scos la lumină oportunitatea sau necesitatea, după caz, a unei asemenea revizuiri. Dar între soluţiile juridice adoptate de statele fondatoare existau deosebiri importante. Astfel, înainte de ratificarea Tratatului de la Maastricht, deşi atât Franţa, cât şi Germania recunoşteau în principiu superioritatea angajamentelor internaţionale, prevederile cu privire la suveranitatea naţională şi independenţa erau mai puternice în Constituţia franceză decât în cea germană, care încă de la început a adoptat formulări mult mai largi decât prevederile constituţionale franceze. Articolul 25 din Legea fundamentala din 1949 din Germania stabileşte că regulile generale ale dreptului internaţional public fac parte integrantă din dreptul federal, dar consacră principiul că ele „au prioritate asupra legilor şi creează în mod direct drepturi şi obligaţii pentru locuitorii teritoriului federal"[1].

Statele membre fondatoare au operat modificări constituţionale în ritmuri variate - Tratatul asupra Uniunii Europene (1992) putând fi considerat pentru ele drept momentul determinant - în timp ce membrii mai recenţi, care nu făcuseră schimbările necesare la momentul aderării, le-au făcut pe parcurs. Se poate spune că prima extindere, în 1973, a avut repercusiuni constituţionale clare mai ales pentru Irlanda, dar a doua, în 1981, nu a însemnat acelaşi lucru pentru Grecia. A treia a coincis cu Actul Unic European din 1986, ceea ce a avut

drept consecinţă ca cele două ţări iberice, care au fost implicate în negocierile Actului Unic, erau deja pregătite. A patra extindere în 1995 a deschis Austriei, Finlandei şi Suediei porţile unei Comunităţi devenite Uniune Europeana şi a antrenat un

[1] Pentru detalii cu privire la regimul politic al Republicii Federale Germania, a se vedea C. Ionescu, *op. cit.,* pp. 134-159.

impact mai direct. Au urmat celelalte extinderi, fiecare antrenând mecanisme specifice, dar şi transplanturi juridice, mai mult sau mai puţin reuşite.

Nu e lipsit de interes să reamintim că Marea Britanie nu are o Constituţie scrisă, iar Danemarca şi Italia nu au simţit nevoia nici unei reforme constituţionale. Pentru ţările aflate în ultimele etape, ţări ieşite din lagărul comunist, inclusiv Croaţia cel mai nou membru al Uniunii europene, şi având Constituţii adoptate după 1990, au fost necesare revizuiri constituţionale pentru a permite cedarea unei părţi a suveranităţii statului, suveranitate care la data elaborării şi adoptării Constituţiei părea de neatins.

Bibliografie

1. Augustin Fuerea, *Manualul Uniunii Europene Ediţia. 5,* Editura Universul Juridic, Bucureşti, 2012;

2. Tudorel Ştefan, Beatrice Andreşan Grigoriu, *Drept comunitar*, Editura CH Beck, Bucureşti, 2012;

3. Gilbert Gorning, Ioana Eleonora Rusu, *Dreptul Uniunii Europene, Ediţia 3,* Editura CH Beck, Bucureşti, 2012;

4. Oana-Măriuca Petrescu, *Drept procesual al Uniunii Europene*, Editura CH Beck, Bucureşti, 2012;

Un sfârșit fericit al poveștii celor două curți? Aderarea Uniunii Europene la Convenția Europeană a Drepturilor Omului și crearea sistemului european integrat de protecție a dreptului omului

Dr. Tudor ***CHIUARIU****

Abstract: *Prezentul studiu are două părți. Prima parte analizează sistemul dezvoltat după cel de-al doilea război mondial pentru protecția drepturilor omului, bazat pe interacțiunea dintre trei niveluri de jurisdicție: cele două ordini juridice transnaționale nou create (jurisdicția drepturilor omului – sistemul Convenției Europene a Drepturilor Omului, respectiv jurisdicția integrării economice – ordinea juridică a Comunității Economice Europene) și ordinile juridice naționale pre-existente. În consecință, sistemul european de protecție a drepturilor omului a îmbrăcat forma dialogului judiciar între instanțele naționale, Curtea Europeană a Drepturilor Omului și Curtea Europeană de Justiție, bazat pe metoda cooperării condiționate și pe doctrina protecției echivalente.*

Rezultatul a fost un sistem de protecție imperfect, caracterizat de suprapuneri și lacune.

Cea de-a doua parte a studiului analizează încercarea de a da acestui sistem coerență și certitudine juridică, prin aderarea UE la CEDO. Filozofia aderării este aceea de a păstra un echilibru între caracteristicile specifice ale dreptului UE și trăsăturile esențiale ale sistemului Convenției. Arhitectura juridică a noului model de cooperare conține proceduri inovatoare, cuprinse în Proiectul Acordului de Aderare.

Cuvinte-cheie: *Aderarea UE la CEDO, Curtea Europeană a Drepturilor Omului, Curtea Europeană de Justiție, drepturile omului, curți internaționale*

1. Europa drepturilor omului şi Europa pieței comune. CEDO şi CEJ. Delimitări de competență

Apariţia, la începutul anilor ’50, a două curţi de justiţie cu vocaţie europeană, Curtea Europeană a Drepturilor Omului (în continuare, denumită **CEDO**) şi Curtea de Justiţie a Comunităţilor Europene (în continuare, denumită Curtea Europeană de Justiţie sau **CEJ**), nu a dat naştere iniţial îngrijorării privind o posibilă concurenţă jurisdicţională, cele două instanţe având competenţe separate, clar delimitate.

CEDO, instanţa de la Strasbourg, era o jurisdicţie supranaţională, având drept unic domeniu de competenţă, respectarea drepturilor omului protejate de Convenţia Europeană a Drepturilor Omului, pe teritoriul Statelor Contractante care ratificaseră Convenţia.

* Lector universitar, Facultatea de Drept, Universitatea „Titu Maiorescu” București.

Articolul 55 consacră principiul autonomiei sistemului Convenţiei: ca organ de control instituit de Convenţie, Curtea Europeană a Drepturilor Omului este singura competentă a interpreta şi aplica dispoziţiile sale.

„Cu excepţia unor Acorduri speciale, Înaltele Părţi Contractante renunţă să se prevaleze de tratate, convenţii sau declaraţii în vigoare încheiate între ele în scopul de a supune, ca plângere, un diferend născut din interpretarea sau aplicarea prezentei Convenţii, unui mod de reglementare altul decât cele prevăzute în susnumita Convenţie."[1]

CEJ, instanţa de la Luxembourg, era o jurisdicţie supranaţională care urmărea să asigure aplicarea şi interpretarea unitară a Tratatelor constitutive ale celor trei Comunităţi Europene[2], acoperind toate domeniile de acţiune comunitară, pe teritoriul celor şase State Membre (denumite în continuare şi **SM**) fondatoare ale Comunităţilor[3].

Aşadar, CEJ nu avea, iniţial, competenţe exprese privind protecţia drepturilor omului, domeniile de competenţă comunitară fiind expres şi limitativ prevăzute în Tratatele constitutive.

Situaţia s-a complicat, începând cu sfârşitul deceniului 6 şi începutul deceniului 7, când, confruntată fiind cu o serie de acţiuni ce reclamau pretinse încălcări ale drepturilor fundamentale, prin măsuri ale instituţiilor comunitare, CEJ a început să asume o competenţă privind protecţia drepturilor omului în cadrul ordinii juridice comunitare, instituind, pe cale jurisprudenţială, o jurisdicţie de drept comunitar al drepturilor omului.

CEJ nu a avut o bază legală expresă pentru a anula actele comunitare care încălcau drepturile omului până la intrarea în vigoare a Tratatului de la Amsterdam, la 1 mai 1999. Acesta a modificat art. 46 TUE, astfel încât competența CEJ este aplicabilă și art. 6, alin. (2) TUE, în privința activității instituțiilor, în măsura în care Curtea este competentă în baza Tratatelor fondatoare ale Comunităților și a Tratatului instituind Uniunea Europeană.

CEJ a introdus problematica drepturilor fundamentale în dreptul comunitar și a modelat consecințele protecției acestora în ordinea juridică comunitară. Motivația care a stat la baza acestei dezvoltări este aceea a prezervării supremației dreptului comunitar asupra dreptului național, și a evitării posibilelor contestări/conflicte de competență din partea curților constituționale sau supreme ale statelor membre.

Inițiativa CEJ a fost susținută explicit printr-o Declarație comună a Parlamentului, Consiliului și Comisiei, adoptată la 5 aprilie 1977.

Prima referire la Convenție, din partea CEJ, a fost făcută în hotărârea din Cauza *Rutili* (36/75). Dar CEJ a subliniat, în mod repetat, că nu este legată de Convenție într-un sens substanțial, și nu e legată nici de jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului. Cu alte cuvinte, CEJ ia în considerare principiile drepturilor fundamentale, într-un mod distinct față de prevederile substanțiale ale Convenției.

[1] Art. 55 din Convenţie.

[2] Comunitatea Europeană, denumită până în 1993 Comunitatea Economică Europeană, înfiinţată prin Tratatul privind constituirea Comunităţii Europene (Roma, 1957); Comunitatea Europeană a Energiei Electrice (EURATOM), înfiinţată prin al doilea Tratat de la Roma în 1957; Comunitatea Europeană a Cărbunelui şi Oţelului, înfiinţată prin Tratatul de la Paris semnat în 1951 (în 2002 se desfiinţează, responsabilităţile şi bunurile fiind preluate de Comunitatea Europeană). Cele trei Comunităţi au fuzionat în 1965, tratatul de fuziune intrând în vigoare în 1967.

[3] Franţa, Germania, Italia, Belgia, Olanda, Luxemburg.

CEJ a precizat în mod constant că nu consideră Convenţia Europeană a Drepturilor Omului un act cu forţă juridică obligatorie, de aplicarea căruia să fie legată, ci că acest instrument prezintă „*o semnificaţie specială*" în dezvoltarea conceptului propriu al drepturilor fundamentale[1]. Aceeaşi poziţie a fost exprimată şi de Tribunalul de Primă Instanţă, care a statuat că CEDO „*nu este parte a dreptului comunitar*"[2].

2. Dezvoltarea jurisprudenţială a dreptului comunitar al drepturilor omului

Distingem, în jurisprudenţa CEJ, două orientări în privinţa recunoaşterii jurisdicţiei sale în materia drepturilor fundamentale ale omului.

Într-o primă orientare, la sfârşitul deceniului 5 şi începutul deceniului 6, CEJ nu a acceptat teza potrivit căreia noua organizaţie internaţională era ţinută să respecte drepturile fundamentale garantate de constituţiile Statelor Membre[3]. Atitudinea iniţială a Curţii, într-o perioadă în care aceasta căuta să-şi consolideze legitimitatea în arhitectura jurisdicţională continentală, a fost determinată de încercarea de a evita subordonarea Tratatelor comunitare legislaţiilor (îndeosebi constituţionale) Statelor Membre, şi astfel să compromită eficienţa dreptului comunitar.

Cea de-a doua orientare, de recunoaştere şi de protecţie a drepturilor fundamentale în cadrul ordinii juridice comunitare, a cunoscut, la rândul său, mai multe etape.

Într-o *primă etapă*, protecţia drepturilor omului a fost recunoscută ca fiind unul dintre principiile generale ale dreptului comunitar, în hotărârea pronunţată în *Cauza 26/69 Stauder c. Oraşului Ulm*[4]. O decizie a Comisiei a instituit un sistem prin care se asigura vânzarea de unt la preţuri reduse către persoanele care beneficiau de asistenţă socială. Versiunile germană şi olandeză ale deciziei prevedeau, ca o condiţie a Acordării reducerii, prezentarea unui cupon cu numele beneficiarului. Dl. Stauder, un cetăţean german, a reclamat că dezvăluirea identităţii, pentru a beneficia de acest ajutor, ar fi contravenit drepturilor sale fundamentale, afectând dreptul la demnitate al persoanei. Analizând şi versiunile în limba italiană şi franceză, şi dând prioritate interpretării celei mai liberale, Curtea a stabilit că decizia nu impunea identificarea beneficiarilor cu numele, deşi nici nu o interzicea. În tot cazul, după sesizarea Curţii, dar în timpul judecăţii, Comisia a modificat decizia iniţială, lăsând la alegerea Statelor Membre mai multe modalităţi de identificare a beneficiarului ajutorului.

În consecinţă, Curtea a decis că respectiva prevedere nu conţinea niciun element care ar fi putut aduce atingere „*drepturilor fundamentale care fac parte dintre principiile generale ale dreptului comunitar şi a căror respectare Curtea o asigură*" (parag. 7).

Într-o *a doua etapă*, Curtea a reuşit reconcilierea principiului priorităţii dreptului comunitar cu principiul protecţiei drepturilor omului, prin încorporarea tradiţiilor constituţionale comune ale Statelor Membre în ordinea juridică comunitară. Astfel, „*protecţia drepturilor fundamentale, deşi inspirată de tradiţiile constituţionale comune ale Statelor Membre, este asigurată în cadrul structurii şi obiectivelor Comunităţii*"[5].

[1] Emesa Sugar, parag. 8; Connolly, parag. 37.
[2] Mannesmannröhren-Werke, parag. 36-7.
[3] Stork c. Înaltei Autorităţi; Geitling c. Înaltei Autorităţi; Sgarlata c. Comisiei.
[4] Stauder.
[5] Internationale Handelsgesellschaft mbH, parag. 4.

În *a treia etapă*, Curtea a stabilit standardele comunitare pentru protecţia drepturilor fundamentale. În concepţia instanţei de la Luxembourg, ordinea juridică comunitară trebuie să asigure acelaşi nivel de protecţie ca şi constituţiile Statelor Membre: „(...) *Curtea nu va admite măsuri care sunt incompatibile cu drepturile fundamentale recunoscute şi protejate de constituţiile Statelor Membre*"[1]. De asemenea, CEJ a identificat cea de-a doua sursă de inspiraţie, pe lângă tradiţiile constituţionale ale Statelor Membre, în cadrul acestei protecţii: „*În mod similar, tratatele internaţionale privind protecţia drepturilor omului la adoptarea cărora Statele Membre au colaborat sau la care au aderat pot furniza indicaţii de urmat în cadrul dreptului comunitar.*" (loc. cit.).

În *a patra etapă*, Curtea a început să facă referire la CEDO şi şi-a întemeiat soluţia pornind de la prevederile Primului Protocol la CEDO şi de la normele constituţionale ale Statelor Membre: „*Dreptul de proprietate este garantat în ordinea juridică comunitară în conformitate cu concepţiile comune Constituţiilor Statelor Membre, reflectate şi în Primul Protocol adiţional la Convenţia europeană a drepturilor omului*."[2]

În concluzie, hotărârile din *Cauzele Nold şi Hauer* au conturat abordarea CEJ în ceea ce priveşte protecţia drepturilor omului în dreptul comunitar:

- Pe de o parte, instituţiile Comunităţii sunt ţinute să respecte drepturile omului.
- Pe de altă parte, o eventuală încălcare va fi examinată numai în contextul dreptului comunitar şi poate fi constatată numai de instanţa comunitară. Altfel, dacă încălcarea ar fi evaluată de instanţele naţionale ale unui Stat Membru, conform criteriilor speciale din legislaţia acestuia (aşadar, ceea ce excede „*concepţiilor constituţionale comune*", diferenţa specifică), uniformitatea dreptului comunitar şi coeziunea Comunităţii ar fi compromise.

Schimbarea de jurisprudenţă adusă de Nold şi Hauer a fost determinată şi de reacţia Curţii Constituţionale Federale Germane la hotărârea din *Cauza Internationale Handelsgesellschaft*. Într-o hotărâre pronunţată în cadrul aceleiaşi afaceri judiciare, în 1974, şi denumită Solange I, Curtea Constituţională Federală Germană a reţinut că drepturile fundamentale erau insuficient protejate de dreptul comunitar, dat fiind că nu exista un catalog codificat al acestora şi Comunitatea nu avea (la acea dată) un Parlament ales în mod direct. În acelaşi timp, a considerat că jurisprudenţa Curţii de la Luxembourg nu putea oferi o astfel de protecţie, din moment ce este schimbătoare şi nu satisface exigenţele certitudinii juridice[3]. De aceea, CCFG a recunoscut dreptul instanţelor germane de a solicita, după ce au făcut o cerere de hotărâre preliminară către CEJ, să sesiseze şi instanţa constituţională germană, asupra compatibilităţii actelor comunitare cu Constituţia Germaniei.

Ulterior, în 1986, în hotărârea Solange II, CCFG a revenit şi a decis că nu va mai exercita un astfel de control, „*atât timp cât*" („*solange*", în lb.germ.) CEJ va continua să protejeze drepturile fundamentale împotriva actelor comunitare, într-un mod comparabil cu cel instituit de mecanismul constituţional intern.

[1] Nold, parag. 13.
[2] Hauer, parag. 17.
[3] Cf. Tudor Chiuariu, *Principiul supremaţiei dreptului comunitar în jurisprudenţa Curţii Constituţionale Federale Germane*, Jurnalul de Studii Juridice, nr. 1, 2006, p. 40-51.

3. Dialogul judiciar, formă a protecţiei drepturilor omului în statele membre UE. Metoda cooperării condiționate. Doctrina protecției echivalente

În încercarea de a identifica posibilele suprapuneri de jurisdicţie între cele două curţi europene de justiţie, pot fi identificate următoarele patru situaţii[1]:

1. CEDO soluţionează cauze privind încălcarea Convenţiei de către State Membre ale UE, fără nicio legătură cu dreptul UE.
2. CEJ soluţionează cauze privind încălcarea drepturilor fundamentale de către instituţiile UE.
3. CEJ soluţionează cauze privind încălcarea drepturilor fundamentale de către Statele Membre UE, în procesul de implementare a legislaţiei UE.
4. CEDO soluţionează cauze de încălcare a drepturilor fundamentale de către instituţiile UE sau de către Statele Membre UE, în procesul de implementare a legislaţiei UE.

Ultimele trei situaţii pun, toate, problema suprapunerii de jurisdicţie, fie că este vorba despre suprapunerea jurisdicţiei CEJ peste jurisdicţia CEDO (situaţiile 2 şi 3), fie că este vorba de suprapunerea jurisdicţiei CEDO peste jurisdicţia CEJ (situaţia 4).

În privinţa primei ipoteze de suprapunere, CEJ peste CEDO (situaţiile 2 şi 3), după cum am văzut mai sus, CEJ a dezvoltat **teoria autonomiei dreptului comunitar al drepturilor omului**, parte a ordinii juridice comunitare, configurat prin încorporarea, de la un nivel inferior, a standardelor comune ale constituţiilor Statelor Membre, şi, de la un nivel superior, a standardelor CEDO.

Astfel, în *Cauza ERT*[2], CEJ a distins între situaţia în care presupusele încălcări ale drepturilor fundamentale au sau nu legătură cu legislaţia comunitară. Dacă nu au, CEJ nu are competenţa de a examina conformitatea acestora cu drepturile fundamentale derivate din Convenţie. Dacă au, atunci CEJ „*are obligaţia de a oferi instanţei naţionale toate elementele necesare pentru a determina compatibilitatea normelor naţionale cu drepturile fundamentale a căror respectare Curtea o asigură, şi care derivă în special din Convenţia Europeană a Drepturilor Omului.*”[3]

În privinţa celei de-a doua ipoteze de suprapunere, CEDO peste CEJ (situaţia 4), având în vedere că nici Comunitatea, nici Uniunea Europeană, nu sunt semnatare ale Convenţiei, ele nu pot fi pârâte în cadrul unei proceduri în faţa CEDO[4]. Cu toate acestea, Comisia Europeană a Drepturilor Omului, în *Cauza X. & X. c. Germaniei*, a statuat că, dacă din cauza unei obligaţii internaţionale, un Stat Contractant nu-şi poate îndeplini obligaţiile decurgând din Convenţie, acesta va fi ţinut răspunzător în baza CEDO. În *Cauza M & Co c. Germaniei*[5], în cadrul căreia reclamantul pretindea o încălcare a dreptului la un proces echitabil garantat de art. 6 din Convenţie în cursul executării unei hotărâri a CEJ în materie de concurenţă, Comisia Europeană a Drepturilor Omului a statuat că „*Statele Contractante sunt responsabile pentru toate acţiunile şi omisiunile, indiferent dacă acestea sunt consecinţa legislaţiei interne sau*

[1] Adaptat după Sionaidh Douglas-Scott, *A Tale of Two Courts: Luxembourg, Strasbourg and the Growing European Human Rights Acquis*, Common Market Law Review 43, 2006, p. 632 ș.u.
[2] ERT.
[3] Loc.cit., para. 42.
[4] CFDT.
[5] M & Co.

necesităţii de a se conforma unor obligaţii internaţionale" şi că un transfer de competenţe al Statelor Contractante către organizaţii internaţionale nu este incompatibil cu obligaţiile impuse de Convenţie, cu condiţia ca, în cadrul organizaţiei internaţionale, drepturile fundamentale să se bucure de o „*protecţie echivalentă*"[1]. În speţă, Comisia a stabilit că sistemul juridic comunitar asigura o protecţie echivalentă şi a declarat acţiunea inadmisibilă.

În acest mod, CEDO a recunoscut jurisdicţia exclusivă asumată de CEJ în domeniul protecţiei drepturilor omului în legătură cu ordinea juridică comunitară, şi, implicit, existenţa unui drept comunitar al drepturilor omului, separat, autonom de prevederile convenţionale. În privinţa actelor care nu sunt supuse acestei jurisdicţii, cum ar fi legislaţia comunitară primară[2], sau actele de transpunere a directivelor[3] (directivele neputând fi atacate de particulari în faţa CEJ[4]), CEDO a continuat să exercite un control jurisdicţional.

În *Cauza Matthews*, un resortisant britanic a contestat legea britanică prin care s-a decis aderarea la Comunitatea Europeană, şi care reglementa şi alegerile pentru Parlamentul European. Potrivit acestei legi, Gibraltarul, teritoriu care face parte din Regatul Unit, nu era reprezentat în Parlamentul European. Denise Matthews a chemat în faţa CEDO Marea Britanie, pentru încălcarea art. 3 din Protocolul nr. 1 la Convenţie, care garantează dreptul la alegeri libere. În acest caz, CEDO a constatat că UE nu a reuşit să ofere o protecţie echivalentă şi a încălcat dreptul la vot al reclamantului, garantat de Primul Protocol la Convenţie. Marea Britanie a executat hotărârea, Acordând rezidenţilor din Gibraltar dreptul de a vota în alegerile pentru Parlamentul European. Acţiunea Spaniei împotriva acestei măsuri legislative, în faţa CEJ, a fost respinsă.[5]

În *Cauza Bosphorus*[6], reclamanta, o companie turcească a închiriat în 1992 două aeronave de la compania naţională aeriană iugoslavă. În 1993, Consiliul de Securitate al Naţiunilor Unite a adoptat o rezoluţie, prin care solicita tuturor statelor să pună sub sechestru aeronavele care erau sub controlul unei persoane fizice sau juridice din Iugoslavia şi care pătrund pe teritoriul lor. Comunitatea Europeană a implementat rezoluţia în ordinea juridică comunitară printr-un regulament. În mai 1993 societatea reclamantă a contractat pentru ca una dintre aeronavele închiriate să fie reparată de o companie în Irlanda. După efectuarea reparaţiilor şi a plăţii contravalorii serviciilor către reclamant, Ministerul Transporturilor irlandez a pus aeronava sub sechestru, în conformitate cu Regulamentul Comunităţii Europene. Reclamantul a atacat decizia în faţa instanţelor irlandeze, care au făcut o cerere de hotărâre preliminară către CEJ, pentru ca aceasta să se pronunţe dacă regulamentul era aplicabil în acest caz, şi dacă operaţiunea de sechestrare a avionului încalcă drepturile fundamentale. CEJ a statuat că aeronava intra sub incidenţa regulamentului comunitar, că sechestrul a fost instituit pentru atingerea unor scopuri importante ale comunităţii internaţionale şi că nu reprezintă, cu referire la aceste scopuri, o măsură disproporţionată. În consecinţă, Curtea Supremă Irlandeză a confirmat legalitatea măsurii.

[1] Apud Sionaidh Douglas-Scott, *op. cit.*, p. 636.
[2] Matthews.
[3] Cantoni.
[4] Conform art. 230 TCE.
[5] Spania c. Marii Britanii.
[6] Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Sirketi.

Compania reclamantă s-a adresat CEDO, pentru a constata încălcarea art. 1 din Protocolul nr. 1 la Convenţie, dreptul la proprietate.

CEDO nu a avut reţineri în a-şi afirma competenţa, considerând că Irlanda era răspunzătoare, în virtutea art. 1, pentru toate actele sau omisiunile comise pe teritoriul său.

Pe fondul cauzei, Curtea a reafirmat doctrina „*protecţiei echivalente*", a admis însă că existenţa acesteia este o prezumţie relativă, care poate fi răsturnată, de la caz la caz, şi a subliniat că, dacă protecţia drepturilor garantate de CEDO este „*vădit deficientă*", atunci rolul Curţii de la Strasbourg, în calitatea sa de „*instrument constituţional al ordinii publice europene*" va prevala asupra intereselor cooperării internaţionale. În speţă, Curtea nu a considerat că ar exista elemente pentru ca această prezumţie să fie răsturnată.

După cum se poate observa, **pe teritoriul UE, s-a constituit un sistem de protecție a drepturilor omului prin dialogul judiciar dintre CEDO, CEJ și instanțele naționale, dialog bazat pe metoda „Solange" (sau metoda cooperării condiționate) și pe doctrina protecției echivalente**.

Astfel, instanțele naționale din SM ale UE recunosc autonomia dreptului comunitar/unional al drepturilor omului „*atât timp cât*" – „so long as"(engl.), „solange" (germ) – CEJ protejează aceste drepturi în Acord cu tradițiile constituționale comune ale SM. Aceasta este forma ***dialogului judiciar vertical.***

Pe de altă parte, CEDO dă dovadă de reținere judiciară ("*judicial restraint*") și nu încalcă aceeași autonomie a dreptului comunitar/unional „*atât timp cât*" CEJ asigură un nivel de protecție echivalentă cu cea oferită de CEDO. Aceasta reprezintă forma ***dialogului judiciar orizontal***.

4. Integrarea celor două sisteme europene de protecție a drepturilor omului – UE și CEDO. Aderarea UE la CEDO

Sistemul european de protecție a drepturilor omului, dezvoltat pe baza metodei dialogului judiciar, descris în secțiunea anterioară, prezintă deficiențe legate de apariția unor lacune de protecție, care pot conduce la protecția ineficientă sau întârziată a drepturilor fundamentale, precum și de incertitudinea juridică, cauzată de lipsa de previzibilitate a acestui sistem. De aceea, în contextul discuțiilor privind reforma Uniunii Europene, a fost reluată ideea mai veche a integrării celor două sisteme de protecție a drepturilor omului – UE și CEDO, prin aderarea UE la CEDO, această idee fiind încorporată în textul Tratatului de Reformă a UE (Tratatul de la Lisabona).

Articolul 6 alineatul (2) prima teză din Tratatul Uniunii Europene, în varianta post-Lisabona, prevede că Uniunea Europeană aderă la Convenția Europeană a Drepturilor Omului.

Astfel cum reiese din „*Protocolul cu privire la articolul 6 alineatul (2) din Tratatul privind Uniunea Europeană referitor la aderarea Uniunii la Convenția europeană pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale*", anexat la TUE și la TFUE (denumit în continuare „*Protocolul nr. 8*"), aderarea trebuie realizată prin intermediul încheierii unui Acord internațional, denumit în continuare „*Acordul de aderare*". Acesta trebuie să fie încheiat între Uniune, pe de o parte, și părțile existente la Convenție, și anume cele 47 de state membre ale Consiliului Europei, pe de altă parte.

La 5 aprilie 2013 a fost încheiat un Acord la nivelul negociatorilor reprezentând Consiliul Europei, respective Comisia Europeană, cu privire la cinci proiecte de

instrumente referitoare la aderarea Uniunii la Convenție, și anume cu privire la un „*Proiect de Acord privind aderarea Uniunii Europene la Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale*" (denumit în continuare „Acordul"), un „*Proiect de declarație a Uniunii Europene în momentul semnării Acordului de aderare"*, un „*Proiect de regulă de adăugat la Regulamentul Comitetului de Miniștri privind supravegherea executării hotărârilor și a clauzelor de soluționare pe cale amiabilă în cauzele în care Uniunea este parte"*, un „Proiect de Memorandum de înțelegere între *Uniunea Europeană* și X" și un „*Proiect de raport explicativ la Acordul privind aderarea Uniunii Europene la Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale" (denumit în continuare „raportul explicativ").* Negociatorii au convenit asupra faptului că toate aceste texte constituie un ansamblu unitar și că toate sunt în mod egal necesare pentru aderarea Uniunii la Convenție.

Forma finală a proiectului de Acord de aderare al UE la CEDO este acum supusă avizului consultativ al CEJ. Astfel, Comisia Europeană a solicitat CEJ, în temeiul articolului 218 alineatul (11) TFUE, Avizul 2/13, întrebarea adresată Curții fiind: „*Este compatibil cu tratatele proiectul de Acord privind aderarea Uniunii Europene la Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale?*"

4.1. Obiectivele aderării

Aderarea UE la CEDO reprezintă un mecanism de integrare/ordonare/formalizare a raporturilor dintre cele două jurisdicții pe baza principiului subordonării jurisdicției unionale în materia drepturilor omului față de cea convențională și a principiului autonomiei de interpretare a dreptului UE de către instanțele specializate ale Uniunii.

Pe de o parte, sistemul judiciar al UE va deveni parte a sistemului CEDO, consolidând poziția acesteia din urmă de „*capitală europeană a drepturilor omului*". Ordinea juridică unională se supune sistemului de control instaurat de Convenție în materia drepturilor omului, subordonând jurisdicția sa în materie celei convenționale.

Pe de altă parte, CEDO nu va interpreta dreptul UE, în temeiul principiului autonomiei de interpretare a dreptului UE de către instanțele unionale. Acest principiu va fi pus în practică prin câteva măsuri concrete.

UE va desemna un judecător în cadrul Curții, ca și celelalte părți contractante. De asemenea, va participa la procedura de desemnare a celorlalți judecători. În acest scop, o delegație a Parlamentului European are dreptul de a participa, cu drept de vot, la ședințele Adunării Parlamentare a Consiliului Europei atunci când Adunarea își exercită funcțiile referitoare la alegerea judecătorilor CEDO, în conformitate cu articolul 22 din Convenție, această delegație având același număr de membri ca delegația statului membru al Consiliului Europei cu cel mai mare număr de reprezentanți. Totodată, mai multe dispoziții reglementează participarea Uniunii la deliberările Comitetului de Miniștri al Consiliului Europei.

Aderarea UE la CEDO presupune introducerea unei instituții noi, mecanismul co-pârâtului, care creează posibilitatea ca Uniunea să intervină în procedurile pornite împotriva unui Stat Membru al UE, inovație de o importanță specială mai ales atunci când presupusa încălcare privește un act pe care SM l-au adoptat în realizarea unei obligații decurgând din dreptul UE și care ar fi putut fi evitată numai prin nesocotirea

acestei obligații[1]. Prin intervenția în calitate de co-pârât, hotărârea CEDO îi va fi opozabilă şi Uniunea va trebui să o pună în executare, inclusiv prin modificarea prevederii dreptului UE care a determinat încălcarea.

Pentru a da efect deplin principiului interpretării autonome a dreptului UE, Uniunea va putea interveni în orice cauză îndreptată împotriva unui SM, şi nu exclusiv în cazurile în care este co-pârât.

În fine, **aderarea nu va modifica competențele stabilite prin Tratatele UE, aspect reafirmat expres de Acordul de aderare**. Având în vedere faptul că Uniunea, în temeiul principiului atribuirii prevăzut la articolul 5 alineatul (2) din TUE, acționează numai în limitele competențelor care i-au fost atribuite de statele membre prin tratate pentru realizarea obiectivelor stabilite prin aceste tratate, articolul 1 alineatul (3) cea de a doua teză din proiectul de Acord stipulează că niciuna dintre dispozițiile Convenției sau ale protocoalelor sale nu poate impune Uniunii obligația de a realiza un act sau de a adopta o măsură pentru care aceasta nu este competentă în temeiul dreptului Uniunii.

4.2. Exigențele Acordului de aderare

Articolul 6 alineatul (2) din TUE, precum şi Protocolul nr. 8 conțin o serie de cerințe referitoare la conținutul Acordului de aderare.

În primul rând, competențele Uniunii nu trebuie să fie afectate de aderarea acesteia la Convenție [articolul 6 alineatul (2) a doua teză din TUE şi articolul 2 prima teză din Protocolul nr. 8].

În al doilea rând, atribuțiile instituțiilor Uniunii nu trebuie să fie afectate de aderarea acesteia la Convenție (articolul 2 prima teză din Protocolul nr. 8).

În al treilea rând, Acordul de aderare trebuie să reflecte necesitatea de a conserva caracteristicile specifice ale Uniunii şi ale dreptului Uniunii, în special în ceea ce privește modalitățile speciale ale participării eventuale a Uniunii la autoritățile de control ale Convenției [articolul 1 litera (a) din Protocolul nr. 8] şi mecanismele necesare pentru a garanta că acțiunile formulate de statele nemembre şi acțiunile individuale sunt îndreptate în mod corect împotriva statelor membre şi/sau, după caz, împotriva Uniunii [articolul 1 litera (b) din Protocolul nr. 8]. Necesitatea de a conserva particularitățile ordinii juridice a Uniunii este subliniată, de asemenea, în Declarația nr. 2 anexată la actul final al Conferinței interguvernamentale care aadoptat Tratatul de la Lisabona semnat la 13 decembrie 2007.

În al patrulea rând, situația specială a statelor membre cu privire la Convenție şi, în special, la protocoalele sale, măsurile luate de statele membre prin derogare de la Convenție, în conformitate cu articolul 15 din aceasta şi rezervele în legătură cu dispozițiile Convenției formulate de statele membre în conformitate cu articolul 57 din aceasta nu trebuie să fie afectate de aderarea Uniunii la Convenție (articolul 2 a doua teză din Protocolul nr. 8).

În al cincilea rând, Acordul de aderare nu trebuie să afecteze articolul 344 din TFUE (articolul 3 din Protocolul nr. 8) cu privire la diferendele între statele membre cu privire

[1] Viviane Reding, *The EU's accession to the European Convention on Human Rights: Towards a stronger and more coherent protection of human rights in Europe*, Hearing of the European Parliament's Constitutional Affairs Committee, Brussels, 18 March 2010.

la interpretarea sau aplicarea tratatelor, care nu vor fi supuse unui alt mod de soluționare decât cele prevăzute de tratate.

În sfârșit, Acordul de aderare trebuie să respecte autonomia ordinii juridice a Uniunii în atingerea obiectivelor care îi sunt specifice. Astfel, intervenția organelor învestite cu competențe decizionale prin Convenție (Curtea sau Comitetul de Miniștri) nu trebuie să aibă efectul de a impune Uniunii și instituțiilor sale, în exercitarea competențelor lor interne, o anumită interpretare a normelor de drept ale Uniunii[1].

4.3. Conținutul Acordului de aderare

Filozofia care stă la baza Acordului este aderarea UE la Convenție în condiții de egalitate cu celelalte părți contractante, în ceea ce privește atât îndeplinirea de către Uniune a obligațiilor fundamentale care îi revin în temeiul Convenției, cât și participarea sa în cadrul mecanismului de control instituit de aceasta.

Prin articolul 1 alineatul (1) din Acord, Uniunea aderă la Convenție, la Protocolul adițional și la Protocolul nr. 6 la Convenție. În acest sens, articolul 10 alineatul (4) din Acord precizează că Uniunea va deveni parte a acestor trei instrumente la data intrării în vigoare a Acordului de aderare.

În ceea ce privește aderarea Uniunii la protocoalele la Convenție, articolul 1 alineatul (2) din Acord modifică articolul 59 alineatul (2) din Convenție în sensul că, noua literă (a) de la acest alineat va face trimitere în mod expres la această aderare, care va fi reglementată, *mutatis mutandis*, de dispozițiile relevante din fiecare dintre protocoalele în cauză. Astfel, aderarea ulterioară a Uniunii și la alte protocoale decât la Protocolul adițional și la Protocolul nr. 6 va necesita depunerea unor instrumente de aderare separate[2].

În conformitate cu noul alineat (2) litera (b) de la articolul 59 din Convenție, inserat, de asemenea, prin articolul 1 alineatul (2) din proiectul de Acord, acesta din urmă „*face parte integrantă din* […] *Convenție*". În acest sens, la punctul 21 din Raportul explicativ se precizează că a fost astfel posibil să se limiteze numărul de modificări ale Convenției și că, în măsura în care Acordul de aderare va continua să producă efecte juridice după aderarea Uniunii, dispozițiile acestuia sunt supuse interpretării de către CEDO. Astfel, în temeiul articolului 32 din Convenție, CEDO va avea competența de a interpreta și de a aplica Acordul în exercitarea competențelor sale jurisdicționale. În plus, astfel cum reiese de la punctul 104 din Raportul explicativ, un stat care devine parte contractantă a Convenției după intrarea în vigoare a Acordului de aderare va trebui să respecte dispozițiile acestui Acord.

Uniunea poate, în momentul semnării sau al exprimării consimțământului său de a respecta dispozițiile Acordului, să formuleze rezerve cu privire la Convenție și la Protocolul adițional la aceasta (articolul 2 din Acord), în conformitate cu articolul 57 din Convenție, în măsura în care o dispoziție din dreptul Uniunii în vigoare la momentul respectiv nu este conformă cu această dispoziție.

Pe de altă parte, articolul 11 („*Rezerve*") din Acord precizează că nu este admisă nicio rezervă formulată în legătură cu dispozițiile Acordului.

---

[1] Avizul CEJ nr. 1/91 din 14 decembrie 1991, punctele 30 – 34 și Avizul CEJ nr. 1/00 din 18 aprilie 2002, punctul 13.

[2] Pct. 17 din Raportul explicativ (Draft explanatory report to the Agreement on the Accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms), http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Accession/Working_documents/47_1(2013)007_EN.pdf

Aderarea la Convenție și la protocoalele sale nu impune obligații Uniunii Europene decât în ceea ce privește actele, măsurile sau omisiunile instituțiilor, oficiilor, organismelor sau agențiilor sale sau ale persoanelor care acționează în numele lor[1]. În sensul Convenției, al protocoalelor sale și al Acordului, un act, o măsură sau o omisiune a organelor unui stat membru sau a persoanelor care acționează în numele său sunt imputate statului respectiv, chiar și în cazul în care actul, măsura sau omisiunea respectivă survin atunci când statul pune în aplicare dreptul Uniunii, inclusiv deciziile adoptate în baza TUE și a TFUE [articolul 1 alineatul (4) teza întâi din Acord]. Cea de a doua teză de la același alineat precizează faptul că acest lucru nu înseamnă că Uniunea nu poate fi responsabilă, în calitate de co-pârât, pentru o încălcare rezultată dintr-un astfel de act, măsură sau omisiune, în conformitate cu articolul 36 alineatul (4) din Convenție și cu articolul 3 din Acordul de aderare.

În conformitate cu alineatul (1) de la articolul 9 („*Relații cu alte Acorduri*") din Acord, Uniunea se angajează să respecte, în limitele competențelor sale, anumite dispoziții ale unor Acorduri accesorii Convenției, și anume articolele 1-6 din Acordul european privind persoanele participante la proceduri în fața Curții Europene a Drepturilor Omului din 5 martie 1996, articolele 1-19 din Acordul general privind privilegiile și imunitățile Consiliului Europei din 2 septembrie 1949, articolele 2-6 din Protocolul adițional la acesta din 6 noiembrie 1952, în măsura în care acestea sunt relevante în scopul funcționării Convenției, precum și articolele 1-6 din cel de al șaselea Protocol adițional la Acordul general privind privilegiile și imunitățile Consiliului Europei din 5 martie 1996. În schimb, alineatul (2) al aceluiași articol prevede că, în vederea aplicării fiecăruia dintre instrumentele respective, părțile contractante la acesta se angajează să trateze Uniunea ca o parte contractantă. Alineatele (3) și (4) de la același articol reglementează consultarea Uniunii în momentul modificării acestor instrumente și, respectiv, notificarea Uniunii cu privire la evenimentele ulterioare legate de acestea.

4.4. Mecanismul co-pârâtului

Mecanismul co-pârâtului este un mecanism nou introdus, având în vedere natura dreptului UE, a cărui aplicare presupune implicarea atât a instituțiilor UE, cât și a autorităților SM ale UE.

Mecanismul co-pârâtului va permite UE, respectiv SM ale UE, chiar în situația în care plângerea nu este îndreptată împotriva lor, să fie parte în procedurile în fața CEDO, și să-și exercite drepturile procedurale în vederea unei mai bune administrări a justiției, iar hotărârile pronunțate să le fie opozabile.

În lipsa acestui mecanism, sistemul Convenției nu conținea o soluție de stabilire a răspunderii pentru situația în care un act juridic este adoptat de una dintre Părțile Contractante și este pus în aplicare de o altă Parte Contractantă.

Cu ajutorul procedurii co-pârâtului, se vor evita orice lacune în asigurarea protecției drepturilor omului în spațiul european.

4.4.1. Formele mecanismului co-pârâtului

[1] Articolul 1 alineatul (3) prima teză din Acord.

Mecanismul co-pârâtului poate îmbrăca două forme: prin introducerea în cauză a unui co-pârât, repectiv prin schimbarea calității procesuale a unei părți, din pârât în co-pârât. La rândul ei, introducerea în cauză a unui co-pârât cunoaște, două situații: plângerea e îndreptată împotriva unuia sau mai multor SM, respectiv plângerea e îndreptată împotriva UE.

4.4.1.1. Procedura co-pârâtului, prin introducerea în cauză a unui co-pârât.

a. atunci când plângerea e îndreptată împotriva unuia sau mai multor SM (art. 3-2 Acord).

În cazul în care pârât într-o plângere adresată CEDO este un SM, UE poate deveni co-pârât în acea cauză, cu condiția ca pretinsa încălcare a Convenției să pună în discuție compatibilitatea cu drepturile garantate de Convenție a unei prevederi din dreptul UE, inclusiv ale unor decizii adoptate în baza TUE sau TFUE, mai ales în cazurile în care încălcarea putea fi evitată numai prin neîndeplinirea unei obligații decurgând din dreptul UE.

Aşadar, textul Acordului stabileşte corespunzător primei situații condițiile pentru aplicarea procedurii co-pârâtului:

i. pârâtul este un SM;

ii. cauza se referă la compatibilitatea cu Convenția a unei prevederi din legislația primară sau secundară a UE sau la o decizie adoptată în baza dreptului UE.

Dacă sunt îndeplinite aceste condiții, UE are vocație de a deveni co-pârât.

b. atunci când plângerea e îndreptată împotriva UE (art. 3-3 Acord).

În cazul în care pârâtă într-o plângere adresată CEDO este UE, un SM poate deveni co-pârât în acea cauză, cu condiția ca pretinsa încălcare a Convenției să pună în discuție compatibilitatea cu drepturile garantate de Convenție a unei prevederi din TUE, TFUE sau orice altă prevedere având aceeași valoare juridică potrivit acestor instrumente, mai ales în cazurile în care încălcarea putea fi evitată numai prin neîndeplinirea unei obligații decurgând din aceste instrumente.

Corespunzător celei de-a doua situații, o cauză, pentru a-i fi aplicabilă procedura co-pârâtului, trebuie să îndeplinească două condiții cumulative:

i. pârâtă este UE;

ii. cauza se referă la compatibilitatea cu Convenția a dreptului primar al UE, mai ales în cazurile în care încălcarea putea fi evitată numai prin neîndeplinirea unei obligații decurgând din acesta.

Dacă sunt îndeplinite aceste condiții, un SM al UE are vocație de co-pârât.

4.4.1.2. Procedura co-pârâtului, prin schimbarea calității procesuale a unei părți, din pârât în co-pârât.

Mecanismul co-pârâtului prin schimbarea calității procesuale a unei părți, din pârât în co-pârât, are loc atunci când o plângere este îndreptată împotriva UE şi a unuia sau mai multor SM, în calitate de pârâți, şi una dintre condițiile substanțiale, privind natura cauzei, descrise mai sus, este îndeplinită, şi anume: ori cauza se referă la o prevedere a dreptului primar sau secundar al UE sau la o decizie adoptată în baza dreptului UE, ori cauza se referă la o prevedere a dreptului primar al UE, mai ales în cazurile în care încălcarea putea fi evitată numai prin neîndeplinirea unei obligații decurgând din aceste instrumente.

Își poate schimba calitatea din pârât în co-pârât numai partea care nu este responsabilă pentru acțiunea sau omisiunea care reprezintă pretinsa încălcare, ci doar

acea parte care este responsabilă pentru baza legală în temeiul căreia a avut loc acțiunea sau omisiunea.[1]

4.4.2. Procedura mecanismului co-pârâtului

Dobândirea calității de co-pârât poate avea loc numai în urma manifestării de voință a Părții Cotractante cu vocație de a deveni co-pârât, așadar niciodată împotriva voinței acesteia, prin două modalități alternative: acceptarea invitației din partea CEDO sau formularea unei cereri aprobate de CEDO. Este important de subliniat că Partea Contractantă cu vocație de co-pârât nu poate fi obligată să devină co-pârât, în lipsa manifestării sale de voință, dat fiind că plângerea nu este îndreptată împotriva sa.

Acordul prevede două modalități de dobândire a calității de co-pârât (art. 3-5 Acord): în urma invitației din partea CEDO sau prin decizia CEDO, în urma formulării unei cereri în acest sens de către Partea Contractantă care are vocație.

Co-pârâtul dobândește calitatea de parte la procedura în fața CEDO, alături de reclamant și pârât (art. 3-1 Acord). În consecință, dacă CEDO va constata o încălcare a Convenției, co-pârâtul va fi ținut să îndeplinească obligațiile prevăzute de art. 46 din Convenție, referitor la forța obligatorie și executarea hotărârilor Curții.

Admisibilitatea cererii individuale în fața Curții va fi analizată fără a lua în considerare participarea co-pârâtului. Această prevedere urmărește să evite declararea cererilor ca fiind inadmisibile ca urmare a participării co-pârâtului, în special având în vedere că, în legătură cu acesta nu au fost epuizate remediile interne, în sensul art. 35-1 din Convenție.

Curtea va informa reclamantul și pârâtul asupra existenței unei invitații sau a unei cereri de a deveni co-pârât și va stabili un termen în care părțile pot face observații.

În analiza cererii de a lua parte la procedură în calitate de co-pârât, Curtea va examina dacă Partea Contractantă a adus suficiente argumente privind îndeplinirea condițiilor prevăzute în art. 3-2, respectiv în art. 3-3 din Acord.

Decizia Curții privind cooptarea co-pârâtului poate include condiții specifice (de exemplu, Acordarea unui ajutor judiciar reclamantului, pentru protejarea intereselor sale, determinat de gradul ridicat de specializare al chestiunilor juridice ce se vor ridica în cauză, în urma participării co-pârâtului), în cazul în care Curtea va considera necesar, în scopul bunei administrări a justiției[2].

Curtea va comunica decizia sa privind utilizarea procedurii co-pârâtului către solicitant și părți.

Curtea poate, în orice fază a procedurii, să decidă închiderea procedurii co-pârâtului, în mod special atunci când pârâtul și co-pârâtul susțin că sus-menționatele condiții pentru utilizarea procedurii, cuprinse în art. 3-2 și 3-3, nu mai sunt îndeplinite. În lipsa unei asemenea decizii, pârâtul și co-pârâtul vor continua să participe la procedură până la finalizarea acesteia.

Pentru a se ajunge la o înțelegere amiabilă, atât pârâtul, cât și co-pârâtul trebuie să fie de Acord cu termenii înțelegerii. De asemenea, ambii trebuie să fie de Acord cu o declarație unilaterală privind o încălcare de care sunt împreună responsabili.

[1] Pct. 56 din Raportul explicativ.
[2] *Ibidem*, pct. 55.

4.4.3. Efectele hotărârilor CEDO în proceduri cu co-pârâți. Procedura consultării prealabile a CEJ.

După cum se subliniază în Raportul explicativ, deși în cele mai multe cazuri de constatare a unei încălcări, pârâtul și co-pârâtul vor răspunde solidar, procedura co-pârâtului nu introduce o prezumție de solidaritate delictuală. Așadar, Curtea va avea posibilitatea să stabilească numai răspunderea pârâtului, sau numai răspunderea co-pârâtului[1].

Atât pârâtul, cât și co-pârâtul au dreptul de a cere, separat, fără Acordul celuilalt, trimiterea cauzei în fața Marii Camere. Dacă o astfel de cerere este admisă, Marea Cameră va rejudeca cauza în ansamblu, cu privire la toate capetele de cerere și cu privire la toate părțile.

Prin intermediul procedurii co-pârâtului, autonomia fiecăruia dintre cele două sisteme juridice – sistemul CEDO și sistemul UE – va fi prezervată.

Pe de o parte, **deciziile CEDO în cauzele în care UE este parte vor fi obligatorii pentru instituțiile UE, inclusiv pentru CEJ**[2].

Pe de altă parte**, în procedurile în care UE este introdus co-pârât, se instituie o procedură de consultare prealabilă a CEJ.** Astfel, dacă CEJ nu s-a pronunțat încă asupra compatibilității cu drepturile garantate de Convenție a unei prevederi din dreptul UE (prin intermediul procedurilor prevăzute de art. 263 TFUE – acțiunea în anulare sau 267 TFUE – trimiterea preliminară), CEDO va Acorda un timp suficient CEJ pentru a se pronunța în acest sens, iar părților posibilitatea de a înainta CEDO observații asupra poziției exprimate de CEJ (art. 3-6 din Acord). În acest mod, se asigură respectarea caracterului subsidiar al sistemului convențional și față de UE.

CEJ nu se va pronunța asupra actului sau omisiunii ce face obiectul cererii în fața CEDO, ci numai asupra bazei sale legale din dreptul UE. Intervenția CEJ nu va afecta competența CEDO, iar decizia pronunțată de CEJ în cadrul acestei proceduri nu va fi obligatorie pentru CEDO[3].

Acordul de aderare nu include reglementarea aspectelor procedurale ale consultării CEJ. În opinia noastră, procedura de consultare prealabilă va putea fi declanșată printr-o cerere adresată CEDO, formulată de Comisia Europeană, care este chemată, conform celei de-a doua teze de la articolul 17 alineatul (1) din TUE, să supravegheze punerea în aplicare a tratatelor, precum și a măsurilor adoptate de instituții în temeiul acestora. Această posibilitate, de a iniția procedura de consultare prealabilă ar putea fi Acordată și statului membru împotriva căruia este îndreptată cererea în fața CEDO. În privința participanților la procedură, sfera acestora poate fi similară – *mutatis mutandis*, având în vedere că în acest caz procedura internă este încheiată – cu cea reglementată de articolul 23 din Statutul CEJ, în cazul procedurii preliminare: instituțiile și statele membre, părțile în cadrul procedurii în fața instanței naționale a statului membru împotriva căruia este îndreptată cererea în fața CEDO.

Procedura consultării prealabile a CEJ poate îmbrăca forma procedurii accelerate, prevăzute de art. 23a din Statutul CEJ. Conform celei de-a doua teze de la articolul 3 alineatul (6) din proiectul de Acord, „*Uniunea* […] *veghează ca această examinare să se efectueze rapid astfel încât procedura în fața Curții* [CEDO] *să nu se prelungească în mod nejustificat*". În acest sens, cea de-a treia teză de la punctul 69 din Raportul

[1] *Ibidem*, pct. 62.
[2] *Ibidem*, pct. 26.
[3] *Ibidem*, pct. 67-8.

explicativ face trimitere la procedura accelerată în fața Curții, în urma căreia CEJ se pronunță într-o perioadă de 6-8 luni.

În ultimul rând, articolul 5 („*Interpretarea articolelor 35 și 55 din Convenție*") din Acord precizează că procedurile în fața Curții Europene de Justiție nu trebuie să fie interpretate nici ca reprezentând proceduri internaționale de anchetă sau de soluționare, în sensul articolului 35 alineatul (2) litera (b) din Convenție, nici ca reprezentând moduri de soluționare a litigiilor, în sensul articolului 55 din Convenție.

5. Concluzii

Mijloacele de protecție a drepturilor omului în spațiul european s-au dublat o dată ce Curtea de Justiție a Comunităților Europene (CEJ) a început să asume o competenţă privind protecţia drepturilor omului în cadrul ordinii juridice comunitare, instituind, pe cale jurisprudenţială, o jurisdicţie de drept comunitar al drepturilor omului.

CEDO a recunoscut jurisdicţia exclusivă asumată de CEJ în domeniul protecţiei drepturilor omului în cadrul ordinii juridice comunitare, şi, implicit, existenţa unui drept comunitar al drepturilor omului, distinct, autonom faţă de Convenţie, continuând să exercite un control jurisdicţional propriu doar în privinţa actelor comunitare care nu sunt supuse acestei jurisdicţii comunitare.

În acest mod, pe teritoriul UE, s-a constituit un sistem de protecție a drepturilor omului prin dialogul judiciar dintre CEDO, CEJ și instanțele naționale, dialog bazat pe metoda „Solange" (sau metoda cooperării condiționate) și pe doctrina protecției echivalente.

Astfel, instanțele naționale din SM ale UE recunosc autonomia dreptului comunitar/unional al drepturilor omului „*atât timp cât*" – „*so long as*" (engl.), „*solange*" (germ.) – CEJ protejează aceste drepturi în acord cu tradițiile constituționale comune ale SM. Aceasta este forma dialogului judiciar vertical.

Pe de altă parte, CEDO dă dovadă de reținere judiciară și nu încalcă aceeași autonomie a dreptului comunitar/unional „*atât timp cât*" CEJ asigură un nivel de protecție echivalentă cu cea oferită de CEDO. Aceasta reprezintă forma dialogului judiciar orizontal.

Sistemul european de protecție a drepturilor omului, dezvoltat pe baza metodei dialogului judiciar, prezintă deficiențe legate de apariția unor lacune de protecție, care pot conduce la protecția ineficientă sau tardivă a drepturilor fundamentale, precum și de incertitudinea juridică, cauzată de lipsa de previzibilitate a acestui sistem. De aceea, în contextul discuțiilor privind reforma Uniunii Europene, a fost reluată ideea mai veche a integrării celor două sisteme de protecție a drepturilor omului – UE și CEDO, prin aderarea UE la CEDO, această idee fiind încorporată în textul Tratatului de Reformă a UE (Tratatul de la Lisabona).

Aderarea UE la CEDO reprezintă un mecanism de integrare/ordonare/formalizare a raporturilor dintre cele două jurisdicții pe baza principiului subordonării jurisdicției unionale în materia drepturilor omului față de cea convențională și a principiului autonomiei de interpretare a dreptului UE de către instanțele specializate ale Uniunii. Se creează astfel, pe teritoriul UE, un „sistem integrat de protecție a drepturilor fundamentale ale omului".

Pe de o parte, sistemul judiciar al UE va deveni parte a sistemului CEDO. Ordinea juridică unională se supune sistemului de control instaurat de Convenție în materia drepturilor omului, subordonând jurisdicția sa în materie celei convenționale.

Pe de altă parte, CEDO nu va interpreta dreptul UE, în temeiul principiului autonomiei de interpretare a dreptului UE de către instanțele specializate unionale.

Filozofia care stă la baza Acordului de aderare este participarea UE la sistemul Convenției în condiții de egalitate cu celelalte părți contractante, în ceea ce privește atât îndeplinirea de către Uniune a obligațiilor fundamentale care îi revin în temeiul Convenției, cât și participarea sa în cadrul mecanismului de control instituit de aceasta.

Acordul de aderare se sprijină, pentru atingerea obiectivelor menționate mai sus, pe două proceduri ce vor fi introduse: mecanismul co-pârâtului și procedura de consultare prealabilă a CEJ.

Mecanismul co-pârâtului este un mecanism nou introdus, care va permite UE, respectiv Statelor Membre UE, chiar în situația în care plângerea nu este îndreptată împotriva lor, să fie parte în procedurile în fața CEDO, și să-și exercite drepturile procedurale în vederea unei mai bune administrări a justiției, iar hotărârile pronunțate să le fie opozabile.

În lipsa acestui mecanism, sistemul Convenției nu conținea o soluție de stabilire a răspunderii pentru situația în care un act juridic este adoptat de una dintre Părțile Contractante și este pus în aplicare de o altă Parte Contractantă.

Prin introducerea mecanismului co-pârâtului, se urmărește evitarea oricărei lacune în asigurarea protecției drepturilor omului în spațiul european.

În procedurile în care UE este introdus co-pârât, se instituie o procedură de consultare prealabilă a CEJ. Astfel, dacă CEJ nu s-a pronunțat încă asupra compatibilității cu drepturile garantate de Convenție a unei prevederi din dreptul UE, CEDO va acorda un timp suficient CEJ pentru a se pronunța în acest sens, iar părților posibilitatea de a înainta CEDO observații asupra poziției exprimate de CEJ. În acest mod, se asigură respectarea caracterului subsidiar al sistemului convențional și față de UE. CEJ nu se va pronunța asupra actului sau omisiunii ce face obiectul cererii în fața CEDO, ci numai asupra bazei sale legale din dreptul UE. Intervenția CEJ nu va afecta competența CEDO, iar decizia pronunțată de CEJ în cadrul acestei proceduri nu va fi obligatorie pentru CEDO.

Re-analizarea drepturilor omului în paradigmă feministă. Exempțiunea culturală. Aserțiuni în domeniul legislativ european și internațional

*Beatrice **BERNA***[*]

Rezumat: *Sfera drepturilor femeii reconfigurează conceptul de **drepturi ale omului** prin aducerea în dimensiunea publică a unor probleme asociate în mod arhetipal cu existența privată și tratate cu impasibilitate de oficialii statali. De la **Declarația Universală a Drepturilor Omului**, la **Pactele Internaționale privind drepturile civile și politice, respectiv drepturile economice, sociale** și **culturale** și până la **Convenția privind eliminarea tuturor formelor de discriminare împotriva femeilor** problematica de gen este prezentă în abordarea drepturilor omului. Reglementările juridice (europene și internaționale) au evoluat în sensul unei re-considerări a paradigmei de abordare a drepturilor omului –de la scenariul patriarhal la cel partenerial - iar consecința imediată a constat în balansarea elementelor componente ale conceptului de **drepturi ale omului** și acordarea preeminenței drepturilor femeii.*

*Legitimarea discursului asupra drepturilor femeii a simbolizat devansarea practicilor culturale sau religioase care argumentau, eufemistic, subordonarea feminină inefabilă. Momentul Beijing 1995 a lăsat în trecut **exempțiunea culturală** în aplicarea drepturilor omului, lansând premisele unei afirmări vizibile a drepturilor femeii dincolo de factorul cultural.*

Teza re-vizitării drepturilor omului din perspectiva afirmării drepturilor femeii implică idei ale feminismului. În acest sens, nu putem vorbi despre re-conceptualizarea drepturilor omului prin explorarea dimensiunii drepturilor femeii dacă nu înțelegem că, acest demers științific urmărește introducerea valorilor feministe în logica abordării problemei drepturilor omului. Teza feminismului își arondează în centrul preocupărilor atât fenomene ale discriminării petrecute în spațiul public cât și fenomene ale discriminării petrecute în spațiul privat însă, dintre cele două categorii, prima este agreată ca epifenomen. Astfel, demersului reactualizării drepturilor femeii (și a drepturilor omului) îi este implicit demersul analizării instituțiilor juridice aferente sferei private: căsătorie, familie, drepturi parentale, divorț. În spatele normei de drept formale –garante a drepturilor femeii - se ascunde un para-drept (al normelor informale) focalizat asupra valorilor umane ale echității, echilibrului social, demnității și autodeterminării individuale.

Cuvinte cheie: *drepturile omului, feminism, re-conceptualizare, normare, exempțiune culturală.*

[*] Doctorandă, Universitatea Titu Maiorescu.

Drepturile omului: Axa universalism-relativism cultural-revendicări feministe. Influențe asupra normării

Asupra conceptului de ***drepturi ale omului*** planează o dezbatere amplă în al cărei ambitus se găsesc, interconectate, aspecte care interesează deopotrivă, ***principiul universalismului***, ***principiul relativismului cultural*** sau ***pendularea individului între sfera publică și sfera privată***. Actul de conștientizare a drepturilor omului în virtutea spiritului solidarității și umanității, a reconfigurat imaginea și statutul juridic al individului, asigurând noi dimensiuni de preocupare pentru reglementările juridice internaționale. Deplina conștientizare a importanței juridice atașată conceptului de drepturi ale omului s-a produs la finele celei de-a doua Conflagrații Mondiale – moment în care, preocuparea pentru individ a încetat să fie o problemă internă, încredințată competenței statului națiune, și a devenit o chestiune internațională în bună regulă.

Extragerea individului din sfera reglementărilor interne și așezarea acestuia în context internațional a avut ca finalitatea primă îmbunătățirea protecției individuale prin consolidarea drepturilor omului – acestea din urmă dobândind vocație universală. Transferul privat-public, intern-internațional la care a fost supus individul a avut determinante mai degrabă empirice decât pur științifice: ***(1) deși moderne, sistemele statale sunt imperfecte, fiind susceptibile de a leza drepturile individului; (2) sistemul legal internațional va asigura un grad mai ridicat de protecție prin raportare la sistemul național intern – grație universalismului de care beneficiază; (3) fiecare individ are dreptul, prin umanitatea care îi este manifestă, la un ansamblu minimal de drepturi și libertăți – menit a fi respectat indiferent de particularitățile culturale sau religioase.***[1]

La nivel internațional, drepturile omului își arogă universalismul; argumentul dreptului natural transpare din reglementările internaționale, impunând drepturile omului ca veritabile norme de jus cogens care se legitimează prin evidența lucrurilor. Avem prezent faptul că, în Preambulul ***Pactului Internațional cu privire la drepturile civile și politice***, respectiv al ***Pactului Internațional cu privire la drepturile economice, sociale și culturale***[2]***,*** drepturile omului sunt recunoscute ca fundamente juridice necesare pentru desăvârșirea climatului în care să fie posibilă dezvoltarea umană: ***Considerând că, în conformitate cu principiile enunţate în Carta Naţiunilor Unite, recunoaşterea demnităţii inerente tuturor membrilor familiei umane şi a drepturilor lor egale şi inalienabile, constituie fundamentul libertăţii, dreptăţii şi păcii în lume.*** Imaginea reflectată de cele două Pacte Internaționale – poartă reminiscențele ideilor afirmate prin ***Declarația Universală a Drepturilor Omului*** [3] (la rândul său, documentul menționa în preambul că, ***recunoașterea demnității inerente tuturor membrilor familiei umane și a drepturilor lor egale și inalienabile constituie fundamentul libertății, dreptății și păcii în lume)***. O nouă reportare retrospectivă ne va duce, de această dată, la teoria dreptului natural – punctul comun al documentelor internaționale promotoare a drepturilor omului.

---

[1] Pentru mai multe detalii, a se vedea Buergenthal, Thomas., *International Human Rights in a Nutshell*, West Publishing Company, 1988; Donnelly Jack., Universal Human Rights in Theory and Practice, Cornell University Press, 1989.

[2] Adoptate şi deschise spre semnare de Adunarea Generală a Organizaţiei Naţiunilor Unite la 16 decembrie 1966.

[3] Adoptată la 10 decembrie 1948 de Adunarea Generală a Organizației Națiunilor Unite.

Teoria ***dreptului natural*** legitimează ***universalismul drepturilor omului*** susținând aserțiunea conform căreia, oamenii dețin prerogative oferite de către divinitate pe cale providențială astfel încât dreptul formal trebuie să confirme aceste prerogative și să își organizeze conținutul avându-le prezente ca repere indeniabile.[1] Deși este o paradigmă potrivită pentru explicarea universalismului drepturilor omului, teza dreptului natural devine fragilă în fața diversității culturale. În acest context, universalismul drepturilor omului necesită revizuiri, mai ales în fața argumentului experimentării drepturilor omului prin prisma particularităților culturale. ***Relativismul cultural*** chestionează universalismul drepturilor omului pe baza considerentului că, adevărul, etica și morala nu sunt concepte susceptibile de absolutizare[2]; în fapt, orice absolutizare este relativizare pentru că se realizează prin instrumentul normelor produse de un tip de cultură. Gândirea umană este prefigurată, condiționată și delimitată cultural, prin ceea ce se impune prin tradiție, o realitate obiectivă fiind exclusă din discuție deoarece ar ființa în norme trans-culturale care, în practică, sunt imposibil de obținut. În schema cadru propusă de susținătorii teoriei relativismului cultural, drepturile omului sunt produse politice occidentale menite a fi instrumentate în scopul impunerii dominației vestice și a individualimului occidental asupra ordinii instituite de culturile centrate pe comunitate.

Relativismul cultural nu este eminamente întemeiat pe punctul de vedere etnocentric[3]; atenția se întoarce către comunitate și obținerea bunăstării acesteia. De asemenea, punctul central al discursului devine garantarea drepturilor economice, sociale și culturale în timp ce ansamblul drepturilor civile și politice este trecut în subsidiar, fiind calificat precum o creație modernă, anti-solidaritate prin care doar individul poate cunoaște afirmarea și dezvoltarea. Relativismul drepturilor omului este o consecință a factorului cultural în măsura în care acesta aportă modificarea scopului normării – de la individ la comunitate prin modificarea valorilor – de la autodeterminare la solidaritate și subordonarea la interesul general al comunității.

Clivajul universalism-relativism este resimțit în paradigma generală a drepturilor omului și, cu atât mai mult, în paradigma particulară a drepturilor femeii. În doctrina drepturilor omului[4], s-a argumentat că, relativismul cultural și mișcarea feministă sunt legate prin finalitatea comună de a chestiona universalismul drepturilor omului. Dacă relativismul cultural de-montează universalitatea drepturilor omului, substituind dreptului natural conceptul de cultură, feminismul de-montează universalitatea drepturilor omului invocând neaplicarea acestora în favoarea femeilor și monopolizarea emolumentului lor de către reprezentanții masculinității. Afiliindu-se la opinia doctrinară mai sus citată, și ținând cont de postulatul relativismului cultural – care atestă că drepturile omului sunt făurite după imaginea occidentală, Kim Nancy subliniază emfatic ideea conform căreia, drepturile omului sunt făurite după nevoile și statusul masculin, fapt care reclamă includerea valorilor feminine în această paradigmă. [5]

[1] În acest sens se pronunță și Weinreb, Lloyd., *Natural Law and Justice*, Harvard University Press, 1987.

[2] Gellner, Ernest, *Relativism and Social Sciences*, Cambridge University Press, 1985.

[3] *Ibidem*.

[4] Reitman, Oonagh, Cult*ural Relativist and Feminist Critiques of International Human Rights – Friends of Foes?*, Studentlitteratur Lund, 1997.

[5] Kim, Nancy, *Towards a feminist theory of human rights: Straddling the fence between Western Imperialism and Uncritical Absolutism*, Columbia University Press, 1993.

Interpretând cele de mai sus, suntem parțial de acord. Feminismul urmărește flexibilizarea drepturilor omului de natură să acomodeze realitățile, experiențele și valorile feminine, invocând întocmai universalismul drepturilor omului. Pentru că drepturile omului se aplică tuturor ființelor umane prin grația umanității lor, drepturile femeii ca drepturi ale omului trebuie consolidate. Feminismul nu afirmă de plano neaplicarea drepturilor omului în favoarea femeilor ci militează pentru surmontarea barierelor contextuale (culturale sau religioase) care pot afecta modul, gradul și conținutul de aplicabilitate a drepturilor omului. Mai mult, universalismul drepturilor omului trebuie înțeles în termeni cantitativi (garantarea ***tuturor*** drepturilor omului în favoarea ***tuturor*** ființelor umane) dar mai cu seamă în termeni calitativi (același conținut al drepturilor rezultat ca urmare a aceluiași standard interpretativ).

Relativismul cultural nu echivalează tezei feministe. Primul operaționalizează cu factorul cultural pe care îl transformă în reper în exercițiul drepturilor omului, în timp ce, teza feministă pledează în favoarea universalismului drepturilor omului și aneantizarea factorului cultural ca argument justificativ al încălcării drepturilor femeii. Cu alte cuvinte, ceea ce relativismul cultural absolutizează, feminismul relativizează. Ca linie mediană între exigențele feministe și provocările relativismului cultural, drepturile omului trebuie să fie reconfigurate, integrând criticile dar menținându-și substanța.

Exempțiunea culturală: un caz de re-vizitare a teoriei drepturilor omului și de limitare practică a drepturilor femeii. Corespondența normativ-cultură

Adus în discursul public pe calea teoriei relativismului cultural, argumentul cultural a revizuit universalitatea drepturilor omului și, consecutiv, a afectat drepturile minoritarilor din sfera publică – cu precădere drepturile femeii. Revizuirea principiului universalității drepturilor omului nu a fost un act produs fără costuri socio-umane: instituirea ca normă universală a culturii și interdicția de a evalua normele culturale prin alți indicatori decât cei ai tradiției a congenerat, în societățile statelor în curs de dezvoltare, urmări negative asupra segmentului feminin al populației. Nu este mai puțin adevărat că, realitatea culturală este imperios a fi considerată în teoria drepturilor omului în sensul garantării diversității și respectării specificului comunităților umane, factorul cultural fiind așezat, în acest caz, în armonie cu teoria drepturilor omului. Formulată în termenii integrării aspectului cultural în teoria drepturilor omului, teza relativismului cultural ar deveni, în opinia noastră, aplicabilă și justă. Impasul apare în situarea antitetică a factorului cultural cu universalitatea drepturilor omului și în aclamarea preeminenței culturale.

Exempțiunea culturală creează o breșă în teoria drepturilor omului, servind drept premisă pentru posibile practici abuzive îndreptate împotriva demnității umane. De fapt, cazul exempțiunii culturale este un caz de re-vizitare a drepturilor omului în punctul universalismului din două considerente: ***(1) pentru că așează disjunctiv și nu integrativ variabila culturală cu cea a universalismului; (2) pentru că apreciază cultura ca singur referențial.***

Apreciem că re-vizitarea drepturilor omului prin prisma relativismului cultural ca non-genuină. În primul rând, este contradictorie conceperea monolitică, statică a factorului cultural cu transformarea culturii în referențial normativ. Relativismul cultural promovează exempțiunea culturală de la teza drepturilor omului în virtutea

instituirii normei culturale perfecte, stabile, care primează prin raportare la norma formală prin instituirea sa tradițională și consecvența aplicării sale de-a lungul timpului.[1] Nu putem nega faptul că, norma culturală trebuie să beneficieze de stabilitate pentru a avea eficacitate și, finalmente, pentru a-și atinge scopul normării; cu toate acestea, stabilitatea normei culturale nu poate fi absolutizată. Aidoma oricărei norme destinată a reglementa raporturi sociale, norma culturală ar trebui să recunoască nevoia dinamismului, a unei evoluții implicite. În aceeași ordine de idei, Rao Arati preciza că, ***factorul cultural este mai mult decât un lucru – el trimite către un ansamblu de practici identificate istoric și social – niciodată inerte sau statice ci întotdeauna disputate și reconsiderate prin negociere și revendicări sociale***.[2] În al doilea rând, exempțiunea culturală contravine curentului relativismului cultural din care se desprinde: dacă nu putem absolutiza norma de drept pe motivul divergențelor culturale, atunci cum este posibilă absolutizarea culturii dacă luăm în considerare faptul că, orice societate este stratificată și susceptibilă de a include mai mult de un curent cultural?[3] Pe de altă parte, reversul non-absolutizării normei formale este absolutizarea principiului toleranței pentru diferențele culturale – ceea ce semnifică, în ultimă instanță, o altă formă de absolutizare și de normare.

Drepturile femeii au resimțit, în evoluția istorică, cel mai acut exempțiunea culturală, solicitând, la rândul lor, o reconfigurare a teoriei drepturilor omului. În domeniul drepturilor femeii, susținătorii teoriei relativismului cultural afirmă că, în mod just, factorul cultural limitează conținutul și exercițiul unor drepturi ale omului garantate femeilor. Principala idee promovată constă în faptul că, femeile constituie un segment determinat al comunității care nu poate fi emancipat prin dobândirea unui set extins de prerogative, existând riscul desprinderii sale de comunitate și afectării echilibrului comunitar. Drepturile femeii nu pot fi desprinse de drepturile comunității în ansamblul său pentru că, un asemenea fenomen ar conduce la declinul familiei tradiționale și la estomparea caracteristicilor culturale ale comunității. [4] În fața acestui punct de vedere unele comentarii se impun: ***(1) limitarea drepturilor omului în trăsătura universalismului este evidentă în cazul relativismului cultural care impune derogarea culturală ca o ficțiune juridică potrivit căreia, deși limitate prin cultură, drepturile omului continuă să se aplice; (2) evoluția umanității a prezentat exempțiunea culturală precum cauză primă a limitării drepturilor umane ale femeilor; (3) în segregarea public-privat a vieții cotidiene, abuzurile petrecute în sferă privată sunt legitimate prin apel la cutumă și religie; (4) prin factorul cultural, drepturi pe care documentele internaționale (de la Declarația Universală a Drepturilor Omului la Pactul Internațional cu privire la drepturile civile și politice sau la Pactul Internațional cu privire la drepturile economice, sociale și culturale) le proclamau ca drepturi naturale, se transformă în excepții naturale pentru segmentul feminin.***

[1] Zechenter, Elizabeth, *In the name of culture: Cultural Relativism and the Abuse of the Individual*, New Mexico University Press, 1997.

[2] Rao Arati, *The Politics of Gender and Culture in International Human Rights Discourse*, Routledge, 1995.

[3] Zechenter, Elizabeth, *In the name of culture: Cultural Relativism and the Abuse of the Individual*, New Mexico University Press, 1997.

[4] Pentru o analiză completă, a se vedea Mayer, Ann Elizabeth, *Rhetorical Strategies and Official Policies on Women's Rights: The Merits and Drawbacks of the New World Hypocrisy*, Syracuse University Press, 1995.

Instrumentarea culturii, tradiționalismului, a practicilor religioase ca limite naturale ale drepturilor femeii a constituit o acțiune legitimată de decidenții politici, reprezentanți, în majoritate ai segmentului masculin. Este demn de observat că, stabilirea în documentele internaționale și/sau regionale a egalității în drepturi a tuturor ființelor umane constituie un standard pur formal, susceptibil de derogări în virtutea mult-uzitatului factor cultural. În această situație, ar fi pertinent să subliniem că, ambele paradigme – cea formală și cea feministă – sunt animate de un para-drept: paradigma formală este animată de norme care avantajează o anumită categorie socială (cea suplecată valorilor masculine) în timp ce paradigma feministă va fi animată de obținerea echității în raporturile sociale, deturnarea practicilor patriarhale și re-configurarea drepturilor omului în dimensiunile lor absolute, nealterate, naturale.

Accepțiuni feministe ale limitărilor drepturilor omului. Primele reacții– conturarea dimensiunii legale

Primii pași în direcția conștientizării limitelor aduse drepturilor femeii prin prisma limitărilor culturale incluse pe agenda decidenților masculini au fost marcați de două momente importante: adoptarea Declarației Universale asupra Drepturilor Femeii (1967) și adoptarea Convenției pentru Eliminarea tuturor Formelor de Discriminare împotriva Femeii (1979). Momentul adoptării Declarației Universale asupra Drepturilor Femeii a însemnat conștientizarea tiparului masculin de redactare și conceptualizare a drepturilor omului cât și prescrierea unei abordări globale a problematicilor feminine. Specializarea perspectivei de abordare a drepturilor femeii a venit mai târziu, odată cu adoptarea ***Convenției pentru Eliminarea tuturor Formelor de Discriminare împotriva Femeilor*** – document care atinge punctual drepturile femeii în domeniul educației, angajării, sănătății. [1]

În cursul pregătirilor pentru ***Conferința Internațională de la Viena asupra Drepturilor Omului (1993)***, a fost lansată o petiție socială care sublinia necesitatea de a aborda problema drepturilor femeii ca drepturi ale omului la toate nivelurile Conferinței. Contextul a fost favorabil integrării, în categoria de violări aduse drepturilor omului a violenței bazate pe criterii de gen. [2] ***Scopul Conferinței de la Viena a fost transferat pe agenda Conferinței Internaționale de la Beijing***, dobândind o altă dimensiune. În cadrul fixat de ***Conferința Internațională a Drepturilor Femeii de la Beijing***, s-a decis includerea în domeniul drepturilor omului a problemelor specifice experiențelor feminine, arătându-se faptul că, prerogativele femeilor trebuie înțelese ca probleme centrale ale drepturilor omului datorită implicațiilor pe care acestea le aduc vieții de familie și copiilor (în egală măsură categorie minoritară a discursurilor publice). [3] Pentru prima dată, argumentarea necesității re-analizării teoriei drepturilor omului din perspectivă feministă este degrevată de considerentele filosofice și prezentată în latura sa socială. Miza regăsirii înlăuntrul teoriei drepturilor omului a unui climat propice dezvoltării drepturilor femeii poartă, în primul rând, asupra menținerii echilibrului social: negarea drepturilor femeii în sfera privată conduce la

[1] Moller Okin, Susan, Feminism, *Women's Human Rights and Cultural Differences*, Hypatia Publishing, 1998.

[2] Friedman, Elisabeth, *Women's human rights: The emergence of a movement. In Women's rights, human rights: Internutiml feminist perspectives*, Routledge,1995.

[3] Peters, Julie; Wolper, Andrea, *Women's rights, human rights: International feminist Perspectives*, Routledge, 1995.

slabe performanţe în afirmarea feminină individuală în arena publică, afectând abilitatea de îngrijire, creştere şi asigurare a dezvoltării personale a copiilor, afectând viaţa de familie şi armonia socială.

În declararea drepturilor femeii, culturalul a influenţat normativul în două puncte majore: (1) sfera de acţiune care face obiectul reglementărilor este, prin tradiţie sfera publică; (2) responsabilizarea autorităţii publice este concentrată în domeniul sferei de acţiune publică. Cu elocinţă, Charlesworth arăta că, definiţia legală a torturii (în reglementările internaţionale şi europene) presupune acţiunea unui agent al forţei publice sau a unei alte persoane acţionând în această calitate. [1] Demnitatea umană – ca valoare juridică protejată prin interzicerea torturii şi a supunerii la tratamente crude, inumane sau degradante - are vocaţie diferenţiată în funcţie de gen: excluzând sfera privată din aria de incidenţă a actelor de tortură, segmentul feminin se bucură de o pseudo-garantare a valorii demnităţii. Aria vieţii private este timid acoperită de normele juridice şi, în materiile în care îşi găseşte aplicabilitatea, funcţionalitatea sa este problematică. Dacă drepturile omului au cunoscut dezvoltarea şi afirmarea în momentul transferului din sfera internă a statului naţiune, în sfera externă a comunităţii internaţionale, procesul de reformulare a drepturilor omului din perspectivă feministă mizează pe găsirea unei formule eficiente de re-alocare a drepturilor femeii din paradigma privată în cea publică. În acest sens, nimic nu este încă definit iar demersurile sunt în desfăşurare.

Prin raportare la sfera privată, drepturile femeii sunt neglijate, fiind mai degrabă obiect al inacţiunii decât al acţiunii publice. După cum afirma John Stuart Mill[2], individul poate cauza răul nu numai prin acţiunile sale ci şi prin inacţiunile sale şi, în ambele cazuri este la fel de responsabil faţă de acesta pentru prejudiciile aduse. Statele cu politici publice receptive la factorul cultural, sunt tributare unui dublu standard: aplicarea normativului formal sferei publice şi subordonarea sferei private (majoritar feminină) normativului cultural. Prin această logică, drepturi intim legate de viaţa şi experienţele feminine precum dreptul la căsătorie, drepturi reproductive şi dreptul de exercitare a autorităţii părinteşti asupra copiilor sunt subordonate, de facto, practicilor culturale şi religioase şi nu normativului formal. Cu titlu de exemplu, la nivel internaţional, drepturile reproductive ale femeii au fost stipulate în mod oficial prin Conferinţa de la Beijing asupra drepturilor femeii din 1995, în pofida opoziţiei Sfântului Scaun – subiect de drept internaţional care, de altfel, a agreat principiile statornicite în Carta Organizaţiei Naţiunilor Unite în calitate de observator, nu de membru semnatar.

În lumina conştientizării factorului cultural ca limită eufemistică a drepturilor femeii în calitate de drepturi ale omului, militantismul va fi în favoarea integrării dimensiunilor destinate drepturilor civile şi politice, respectiv drepturilor economice, sociale şi culturale. De asemenea, integrarea va avea sens în contextul depăşirii diferenţelor dintre sfera publică şi cea privată şi valorizarea lor deopotrivă în procesul normării.

[1] Charlesworth, Hilary, *What are women's international human rights? In Human rights of women: National and international perspectives*, University of Pennsylvania Press, 1994.

[2] Mill, John, Stuart, *On Liberty*, Encyclopaedia Britannica Press, 1952.

Re-configurarea drepturilor femeii urmare a exempțiunii culturale – condiție de re-configurare a drepturilor omului. Unele aserțiuni legislative internaționale și europene

Dublul standard – al normelor formale pentru sfera publică și al normelor culturale pentru sfera privată – concretizează o realitate socio-juridică inclusiv pentru state parte la documentele internaționale destinate să ocrotească drepturile femeii. Dincolo de injustețea manifestă aferentă menținerii dublului standard de reglementare a relațiilor sociale, descoperim o injustețe suplimentară, care trebuie căutată în etiologia comportamentului dual al autorităților publice.

Încălcările aduse drepturilor femeii prin teza respectării diversității culturale cunoaște o etiologie absconsă – cea a prezervării dominanței masculine. De pildă, edificatoare este poziția adoptată, într-un interview acordat ziarului New York Times, de directorul medical al spitalului din Kabul față de atrocitățile comise de regimul taliban (negarea drepturilor femeilor la educație, la muncă, la dispunerea de propriul corp): ***toate restricțiile impuse populației feminine sunt un preț minim de plătit pentru menținerea păcii oferite de regimul taliban***. În mod similar, Mali – stat semnatar al Convenției pentru Eliminarea tuturor Formelor de Discriminare împotriva Femeilor - acceptă practicile de mutilare genitală – clasându-le în categoria obiceiurilor culturale; recunoaște tutela asupra femeii necăsătorite precum o obligație de onoare a rudelor acesteia de gen masculin; neagă prerogativa femeilor de a-și decide singure viața personală și profesională. Practicarea ***sati***[1]-ului în India în pofida interzicerii legale exprese[2], interzicerea dreptului la educație al populației feminine în Algeria de către ***sfinții războinici***[3] având tragica urmare a violării și asasinării a peste 112 eleve și profesoare în primele luni ale anului 1996[4], stabilirea unui status diferențiat al femeilor în domeniul muncii, educației, sănătății în Indonezia, Malaezia, Irak și China[5] sunt ipostazieri ale încălcării drepturilor femeii care se petrec în baza criteriului cultural.

Perspectiva feministă impune reconsiderarea drepturilor omului pe criteriile echității și demnității umane – aceleași criterii care validează universalismul drepturilor omului, desconsiderând factorul cultural doar în măsura în care acesta suprimă esența drepturilor femeii. Tendința feminismului de a re-considera drepturile omului este, în mod evident o tentativă de obținerea a unei protecții sporite în favoarea segmentului feminin – minoritar în discursurile publice. Critica feministă este adresată așadar, practicilor culturale aneantizatoare a drepturilor femeii, nu o critică generalizată adresată unui model cultural particular. Cultura, în dimensiunile sale componente, poate fi interpretată ca dinamică și flexibilă – adaptabilă schimbărilor climatului social și coerentă cu exigențele unei civilizații în care deopotrivă bărbații și femeile să conviețuiască armonios. Eradicarea practicilor culturale este dorită pentru componentele

[1] Obicei integrat în cultura hindusă constând în incinerarea de vie a soției la înmormântarea soțului.

[2] Pentru mai multe detalii, a se vedea Coomaraswamy, Radhika. *To Bellow Like a Cow:Women,E thnicity and the Discourse of Rights*, University of Pennsylvania Press, 1994.

[3] Adepți ai credinței islamice fundamentaliste avându-l ca lider pe Sherif Kosami.

[4] Pentru mai multe detalii a se vedea Bhatia, Shyam, *Algerian Girls Slain If They Attend School*, Atlanta Journal Press, 1996.

[5] Pentru mai multe detalii a se vedea Cook, Rebecca, *Human Rights of Women*, University of Pennsylvania Press, 1994.

sale care se dovedesc nocive drepturilor femeii în special și drepturilor omului în general.

Deslușirea contextului și a justificărilor practicilor culturale este optim redată de cercetătorii indigeni. În această ordine de idei, protestul femeilor algeriene din 1996 îndreptat împotriva fundamentalismului islamic a fost explicat prin faptul că ***femeile au jucat în societatea autohtonă rolul schimbării; ele au contracarat tendințele islamice fundamentaliste, devenind incomode pentru liderii politici.***[1] Într-un ton mult mai tranșant și mai ferm, feminista marocană Fatma Mernisii, explică antagonismul cultură-drepturile femeii în sensul în care ***drepturile femeii constituie o problemă pentru sistemul patriarhal islamic nu din cauza factorului religios ci din cauza contradictorialității dintre această realitate socială și interesele elitelor masculine.*** [2]

Momentul Beijing și înlăturarea exempțiunii culturale a transformat statutul de patriarh internațional al unor state într-un statut incomod și blamat de societatea internațională. Din multe puncte de vedere, reconsiderarea drepturilor omului prin accesarea dimensiunii feminine începe aici. Declarația de la Bejing, împreună cu Platforma de Acțiune recunoșteau ca obiectiv esențial desăvârșirea emancipării feminine prin realizarea egalității de gen în sens substanțial și prin propunerea ca principiu internațional a recunoașterii drepturilor reproductive și sexuale ale femeii. Cele 12 arii critice de intervenție în domeniul drepturilor femeii erau proclamate: ***femeile și sărăcia; educația și pregătirea femeilor; femeile și sănătatea; violența împotriva femeilor; femeile și conflictele armate; femeile și economia; femeile și pozițiile publice decizionale; mecanisme instituționale de promovare a femeilor drepturile omului ca drepturi ale femeii; femeile și media; femeile și mediul; femeile-copii.*** Adițional celor deja enumerate, meritul special al Declarației de la Beijing constă în confirmarea oficială a rolului de îngrijitoare a familiei pe care femeia și-l asumă, fiind oferite formule oficiale pentru sprijinirea îndeplinirii acestui rol feminin. Etica grijii și a bunăvoinței[3] care, în viziunea lui Carol Gilligan, conduce acțiunile feminine, a fost afirmată oficial pe calea Conferinței de la Beijing și, totodată, dublată de o etică a drepturilor potrivit unui raționament suficient de cuprinzător: dacă genul este definit prin contingențe sociale, genul feminin având un rol preeminent în raporturile private și de familie, este just ca statusul social să fie susținut, pentru funcționalitate, prin reglementări eficiente. Evoluția reglementărilor va fi direcționată către extinderea gradului de protecție a segmentului feminin, fără a fi negată diversitatea culturală; critica în acest ultim punct devine activă doar în relație cu încălcări ale drepturilor omului, fără a aduce atingere împlinirii spirituale a individului prin accesarea dreptului la diversitate culturală.

În plan european, este sigur să afirmăm că normativul a evoluat în strânsă legătură cu factorul cultural și, mai specific, împreună cu factorul religios. În Polonia, surmontarea perioadei comuniste a semnificat reîntoarcerea către paradigma drepturilor omului și, concomitent, reafirmarea valorilor catolice și prevalența acestora în conceptualizarea și aplicabilitatea drepturilor omului. Egalitatea rolurilor de gen - a trecut, în perioada post-comunistă, într-o nouă dimensiune în care drepturile femeii resimt noi provocări sub influențe catolice. În perioada 1993-1994, legislația poloneză

[1] Bhatia, Shyam, *Algerian Girls Slain If They Attend School*, Atlanta Journal Press, 1996.

[2] Mernissi, Fatma., *The Veil and the Male Elite:A Feminist Interpretation of Women's Rights in Islam Addison* - Wesley Publishing Company, 1991.

[3] Gilligan, Carol, *In a different voice: Psychological Theory and Women's Development*, Harvard University Press, 2012.

consacra, in expresis verbis, valorile destinate femeilor – care îşi au împlinirea în planul privat, al familiei. [1] Evoluţia legislativă în domeniul drepturilor omului a urmat calea trasată de Uniunea Europeană însă situaţia socială a femeii s-a îmbunătăţit în limitele considerate oportune de Biserică. Situaţia României este mult similară celei din Polonia, cu unele specificităţi necesare. Comunismul a restructurat rolurile de gen într-un mod particular, încurajând, cel puţin la nivel discursiv, sectorul feminin al populaţiei, să se angajeze în competiţie cu bărbaţii pentru îndeplinirea celor mai solicitante şi importante activităţi ale statului, egalitatea instaurându-se aparent. Aparenţa egalităţii rezidă în faptul că, restructurarea rolurilor de gen în comunism nu viza emanciparea civilă şi politică a femeii întrucât ambele segmente –feminin şi masculin - urmau să se găsească în raport de subordonare de către stat care, în acest moment îşi asuma rolul patern. Patriarhatul migra, în domeniul sferei private, de la factorul masculin la cel statal, rolul femeii fiind trecut în subsidiar prin limitarea drastică a dreptului la autodeterminare.[2] Revizuirea contextului socio-politic întreprinsă odată cu depăşirea perioadei comuniste şi aderarea ulterioară la Uniunea Europeană a desăvârşit (cel puţin formal!) afirmarea drepturilor omului în România, aidoma raţionamentului experimentat de Polonia. Cu toate acestea, în ambele state europene, reminiscenţele comuniste şi (încă!) actualele influenţe ale Bisericii sunt, în continuare, o barieră în afirmarea deplină a drepturilor femeii. Reglementările interne al căror obiect îl constituie ocrotirea drepturilor omului şi demnităţii umane adoptă un ton abstract, general, în normarea raporturilor circumscrise sferei de interes. Cu titlu de exemplu, Legea nr. 25/2012 – privind modificarea şi completarea Legii nr. 217/2003 pentru prevenirea şi combaterea violenţei în familie, modifică art. 2 alin. (1) sub următoarea formă: ***În sensul prezentei legi, violenţa în familie reprezintă orice acţiune sau inacţiune intenţionată, cu excepţia acţiunilor de autoapărare ori de apărare, manifestată fizic sau verbal, săvârşită de către un membru de familie împotriva altui membru al aceleiaşi familii, care provoacă ori poate cauza un prejudiciu sau suferinţe fizice, psihice, sexuale, emoţionale ori psihologice, inclusiv ameninţarea cu asemenea acte, constrângerea sau privarea arbitrară de libertate.***

Surprinzător, nici sistemul legislativ al statelor nordice nu îşi dovedeşte infailibilitatea în materia prezervării echităţii de gen, cu toate că, modelul feminist şi feminin este mult mai consolidat în această regiune europeană. În raportul avansat de Amnesty International în 2010[3] sunt criticate procedurile şi practicile legale menite să ocrotească drepturile femeii dar şi normele reglatoare ale echităţii de gen pe motiv de incompletitudine în ocrotirea drepturilor sexuale şi reproductive ale femeilor.

Secţiunea prezentă subliniază intercorelarea intimă între norma de drept şi norma culturală, confirmând un dublu sens al normării. Drepturile femeii ca drepturi ale omului sunt susţinute de exigenţe care, după cum am subliniat încă din incipitul lucrării noastre, creează un para-drept. Astfel, demnitatea, echitatea, universalismul, sunt exigenţe ale feminismului în virtutea cărora se solicită perfectarea ocrotirii drepturilor femeii; ele sunt extrase din realităţi sociale şi culturale, consacrate istoric şi conţinute în prefigurarea mentală a indivizilor. Conştiinţa consacrării drepturilor femeii ca drepturi

[1] Hauser, Ewa; Heyns, Barbara; Mansbridge Jane, *Poland in Transition, in Gender, Politics, and Post-Communism:Reflections from Eastern Europe and the Former Soviet Union*, Routledge, 1993.

[2] Teampău, Petruţa, *Femeia-constructorul unei vieţi noi şi mamă de constructori. Corp, gen şi ideologie în propaganda comunistă a anilor 70*, Fundaţia pentru Studii Europene, 2008.

[3] Amnesty International, Case Closed: *Rape and human rights in the Nordic countries,* 2010.

ale omului există, la nivel individual, însă trebuie potențată prin morală și detașată de reminiscențe culturale de factură patriarhală.

Notă finală: sensul re-vizitării drepturilor omului din perspectivă feministă

Dreptul la auto-determinare evocă, în paradigmă feministă, prerogativa individului de a adopta propriile decizii în conformitate cu experiențele și valorile care îi definesc existența. Dreptul la auto-determinare, în teoria drepturilor omului ia în considerare și factorul cultural astfel încât, celebrând diversitatea culturală, prerogativele indivizilor să rămână intacte indiferent de considerente de rasă, etnie, sau gen. Cele două sensuri ale auto-determinării nu sunt contradictorii ci doar complementare: dacă fiecare individ are dreptul la auto-guvernare, limitările culturale nu sunt criterii exterioare impuse ascendent asupra individului și împotriva voinței acestuia; dreptul la diversitate culturală rămâne consecvent cu sine, ființând ca o posibilitate, ca o manifestare a spiritualității pe care individul o exersează dacă și în măsura în care dorește, iar nu o normă imperativă de jus cogens care poate înfrânge cu ușurință drepturile omului.

Ultra-invocatul factor cultural nu este punctul focus al discursului nostru deoarece nu cultura în sine constituie determinantul re-vizitării teoriei drepturilor omului; este vorba, despre incidența pe care fundamentalismul cultural sau religios o are asupra drepturilor unui segment minoritar precum cel feminin.

Feminismul este constructorul imaginii femeii de la reificare la idealizare și al drepturilor femeii de la negare la împlinire în cadrul teoriei cuprinzătoare a drepturilor omului. Experiențele culturale care, de-a lungul timpului nu s-au dovedit a opera în calitate de modelatori ai drepturilor femeii, au fost considerate de feminism în virtutea tolerării diversității umane; dimpotrivă, factorii culturali instrumentați în virtutea obținerii de derogări ale universalismului drepturilor omului raportat la situația femeii au fost marginalizați. Feminismul nu militează pentru individualism înlăuntrul teoriei drepturilor omului și deci, nu vizează segregarea dură drepturile femeii-drepturile omului; scopul normelor care suportă influențele feminismului este de a admite drepturile femeii ca drepturi ale omului și a le promova în consecință. Sensul re-vizitării drepturilor omului în paradigmă feministă este acela de a valorifica norma culturală în sens pozitiv înlăuntrul contextului juridic general al garantării drepturilor omului și, mai precis, de a concilia para-dreptul aflat în spatele normării drepturilor omului (concentrat pe sublinierea tradițiilor și cutumelor patriarhale) cu para-dreptul aflat în spatele normelor modelate de curentul feminist (concentrat pe admiterea diversității culturale fără ca, prin aceasta, să se aducă atingere sectorului feminin marginalizat din discursul public). Perspectiva feministă înțelege drepturile omului ca și realități politico-juridice libere de orice determinism (cultural, istoric, tradițional sau religios) față de care statul are responsabilitatea conservării și promovării independent de criteriul gen și în mod nediscriminator. Transformarea drepturilor omului va avea loc prin filtrul feminismului atunci când reglementările internaționale, regionale și naționale vor coborî norma de drept din abstractul impersonalului și o vor particulariza în acord cu doleanțele, experiențele și realitățile feminine.

Bibliografie

1. Amnesty International, Case Closed: Rape and human rights in the Nordic countries, 2010;

2. Bhatia, Shyam, Algerian Girls Slain If They Attend School, Atlanta Journal Press, 1996;

3. Buergenthal, T., International Human Rights in a Nutshell, West Publishing Company, 1988;

4. Charlesworth, Hilary, What are women's international human rights? In Human rights of women: National and international perspectives, University of Pennsylvania Press, 1994;

5. Cook, Rebecca, Human Rights of Women, University of Pennsylvania Press, 1994;

6. Coomaraswamy, Radhika, To Bellow Like a Cow:Women,E thnicity and the Discourse of Rights, University of Pennsylvania Press, 1994;

7. Declarația Universală a Drepturilor Omului, adoptată la 10 decembrie 1948 de Adunarea Generală a Organizației Națiunilor Unite;

8. Donnelly Jack, Universal Human Rights in Theory and Practice, Cornell University Press, 1989;

9. Friedman, Elisabeth, Women's human rights: The emergence of a movement. In Women's rights, human rights: Internutiml feminist perspectives, Routledge,1995;

10. Gellner, Ernest., Relativism and Social Sciences, Cambridge University Press, 1985;

11. Gilligan, Carol, In a different voice: Psychological Theory and Women's Development, Harvard University Press, 2012;

12. Hauser, Ewa; Heyns, Barbara; Mansbridge Jane, Poland in Transition, in Gender, Politics, and Post-Communism:Reflections from Eastern Europe and the Former Soviet Union, Routledge, 1993;

13. Kim, Nancy, Towards a feminist theory of human rights: Straddling the fence between Western Imperialism and Uncritical Absolutism, Columbia University Press, 1993;

14. Mayer, Ann Elizabeth, Rhetorical Strategies and Official Policies on Women's Rights: The Merits and Drawbacks of the New World Hypocrisy, Syracuse University Press, 1995;

15. Mernissi, Fatma., The Veil and the Male Elite:A Feminist Interpretation of Women's Rights in Islam Addison-Wesley Publishing Company, 1991;

16. Mill, John, Stuart, On Liberty, Encyclopaedia Britannica Press, 1952

17. Moller Okin, Susan, Feminism, Women's Human Rights and Cultural Differences, Hypatia Publishing, 1998;

18. Pactul Internațional cu privire la drepturile civile și politice, Pactul Internațional cu privire la drepturile economice, sociale și culturale, adoptate de Adunarea Generală a Organizației Națiunilor Unite la 16 decembrie 1966;

19. Peters, Julie; Wolper, Andrea, Women's rights, human rights: International feminist Perspectives, Routledge, 1995;

20. Rao Arati, The Politics of Gender and Culture in International Human Rights Discourse, Routledge, 1995;

21. Reitman, Oonagh, Cultural Relativist and Feminist Critiques of International Human Rights – Friends of Foes?, Studentlitteratur Lund, 1997;

22. Teampău, Petruța, Femeia-constructorul unei vieți noi și mamă de constructori. Corp, gen și ideologie în propaganda comunistă a anilor 70, Fundația pentru Studii Europene, 2008;

23. Weinreb, Lloyd., Natural Law and Justice, Harvard University Press, 1987;

24. Zechenter, Elizabeth, In the name of culture: Cultural Relativism and the Abuse of the Individual, New Mexico University Press, 1997.

Grupul european de interes economic. Domeniile de aplicare a Regulamentului nr. 2137/1985 și dreptului național

drd. Carmen-Nicoleta ***BĂRBIERU****

Rezumat: *Articolul examinează regimul juridic al grupului european de interes economic din perspectiva delimitării domeniilor de aplicare a Regulamentului nr. 2137/1985 şi a legii naţionale.*

Creat în vederea surmontării barierelor juridice, fiscale şi psihologice ale cooperării transfrontaliere, grupul european de interes economic a fost reglementat de legiuitorul european printr-o normă care să asigure unitate şi uniformitate dreptului european și anume, regulamentul. Anumite aspecte privind grupul de interes economic au fost lăsate însă să fie reglementate de legislaţia naţională a statelor membre ale Uniunii Europene, intenția legiuitorului european fiind aceea de a conferi o mai mare libertate și flexibilitate cu privire la funcţionarea internă a grupului.

Grupului european de interes economic îi sunt aplicabile în primul rând dispoziţiile imperative ale regulamentului, acestea fiind urmate de dispoziţiile contractului constitutiv al grupului. Dispoziţiile supletive ale regulamentului sunt aplicabile în absența celor contractuale, iar cele ale dreptului naţional se aplică în cazurile prevăzute de regulament, legea naţională aplicabilă fiind, după caz, cea a statului pe teritoriul căruia grupul european de interes economic îşi stabileşte sediul sau cea a membrului grupului, în ceea ce priveşte starea şi capacitatea sa juridică.

Împrumutarea de către regulament a unora din caracteristicile directivei, consecință a acordării statelor membre a prerogativei de a reglementa anumite aspecte privind statutul grupului european de interes economic a creat însă în practică diferențe cu privire la reglementarea acestui instrument juridic de cooperare transfrontalieră.

Cuvinte cheie: *Regulament; legislație națională; grup; domeniu de aplicare; uniformitate statut.*

1. Considerații introductive

Grupul european de interes economic este reglementat prin Regulamentul Consiliului(CEE) nr. 2137/85 din 25 iulie 1985 ca entitate juridică situată, din punct de vedere al caracteristicilor, între societatea comercială şi asociaţie. [1] Grupul european de interes economic a fost inspirat de modelul francez al grupului de interes economic[2].

* Facultatea de Drept, Universitatea ”Alexandru Ioan Cuza”, Iași.

[1] Regulamentul Consiliului (CEE) nr. 2137 din 25 iulie 1985 a fost publicat în Jurnalul Oficial al Comunităților Europene nr. L199/1 din 31 iulie 1985, p. 1-9.

[2] Reglementat prin Ordonanța nr. 67-821 din 23 septembrie 1967, statul grupului de interes economic a fost ulterior modificat și completat de prevederile Decretului din 2 februarie 1968 privind măsurile de publicitate, ale Legii nr. 89-377 din 13 iunie 1989, de conținutul Legii din 19 octombrie 2000 și de cel al Legii din ianuarie 2003.

Acesta din urmă a apărut ca o necesitate a adaptării întreprinderilor franceze la concurenţa internaţională, întrucât la vremea respectivă nici una din structurile juridice existente nu era perfect adaptată cerinţelor cu care se confruntau întreprinderile atunci când acţionau pe piaţa economică mondială. [1] Pentru a face faţă cu succes concurenţei întreprinderile aveau nevoie de un instrument juridic, care respectând independenţa juridică şi economică a participanţilor să le permită acestora să pună în comun mijloace de producţie, baze de date, mijloace materiale etc.

Chiar dacă inspiraţia iniţială aparţine imaginaţiei juridice franceze, principiile modelului francez iniţial au cunoscut o schimbare de perspectivă care va da grupului european de interes economic originalitatea şi eficacitatea sa. Grupul european de interes economic a apărut ca un răspuns dat de Comunitatea Europeană Economică la dorinţa de impulsionare a cooperării întreprinderilor mici şi mijlocii în spaţiul european. Graţie acestuia, întreprinderile europene puteau colabora pe plan de egalitate, acestea dispunând de o nouă structură juridică corespunzătoare dimensiunii pieţei unice şi favorizând în mod direct favorabilă cooperării transfrontaliere. [2]

Cele două entităţi juridice sunt reglementate în dreptul român de Legea nr. 161 din 19 aprilie 2003 privind unele măsuri pentru asigurarea transparenţei în exercitarea demnităţilor publice, a funcţiilor publice şi în mediul de afaceri, prevenirea şi sancţionarea **corupţiei.** [3] Mai precis, grupul de interes economic şi grupul european de interes economic sunt reglementate în Cartea I, Titlul V, Capitolul I şi II, art. 118-231, respectiv 232-237^2 ale legii, astfel cum a fost modificată prin prevederile O. U. G. nr. 119/2006, privind unele măsuri necesare pentru aplicarea unor regulamente comunitare de la data aderării la României la Uniunea Europeană.

Prezentul studiu realizează o delimitare a aspectelor referitoare la grupul european de interes economic reglementate de către Regulamentul Consiliului (CEE) nr. 2137/85 din 25 iulie 1985, denumit în continuare Regulament, în manieră imperativă sau supletivă, de cele ce formează obiectul unor dispoziţii ale legii naţionale; propunându-ne să scoatem în evidenţă lipsa de uniformitate a statutului grupului european de interes economic datorită aplicării legislaţiei naţionale vom aborda succesiv teme precum: domeniul de aplicare al Regulamentului, domeniul de aplicare al legii naţionale şi reflectarea în practică a aplicării legii naţionale grupului european de interes economic.

2. Domeniul de aplicare a Regulamentului

Creat în vederea surmontării barierelor juridice, fiscale şi psihologice ce se ridicau în calea cooperării transfrontaliere, grupul european de interes economic a trebuit să fie reglementat de legislatorul european printr-o normă care să asigure unitate şi uniformitate dreptului european şi care să permită totodată evitarea problemelor legate de traducere şi interpretare. Instrumentul juridic ales pentru crearea unui cadru juridic

[1] Formalităţile de constituire şi modul de funcţionare al societăţilor comerciale erau considerate prea rigide iar scopul lor era, până la apariţia Legii nr. 79-9 din 4 ianuarie 1978, doar de a procura beneficii membrilor săi, în timp ce asociaţiile prezentau ca principal inconvenient faptul de a nu aveau capacitate juridică, atât de necesară în relaţiile internaţionale.

[2] S. Israél*, Les caractéristiques juridiques du GEIE et son avenir économique*, FE,1988, nr. 2 (număr special), p. 3.

[3] Modificată prin O. U. G. nr. 40/2003, O. U. G. nr. 77/2003, O. U. G. nr. 92/2004, Legea nr. 171/2004, Legea nr. 96/2006, O. U. G. nr. 31/2006, Legea nr. 251/2006, Ordonanţa nr. 2/2006, O. U. G. nr. 119/2006, Legea nr. 144/2007, Legea nr. 359/2004, O. U. G. nr. 14/2005, Legea nr. 330/2009, Legea nr. 284/2010, O. U. G. nr. 37/2011.

care să faciliteze cooperarea transfrontalieră între societăţile comerciale, alte entităţi juridice de drept public sau privat şi persoanele fizice care desfăşoară activităţi comerciale economice a fost regulamentul, izvor secundar de drept european. [1] Acesta este actul normativ european ce are aplicabilitate generală, obligatoriu în toate elementele sale şi direct aplicabil în toate statele membre. [2]

În sfera de aplicare a dispoziţiilor Regulamentului sunt incluse aspectele ce alcătuiesc statutul organic al grupului european de interes economic precum: capacitatea acestuia, modul de dobândire şi pierdere a calităţii de membru, drepturile şi obligaţiile membrilor, organele obligatorii ale grupului, funcţionarea grupului, reprezentarea grupului, răspunderea membrilor, precum şi încetarea acestuia.

Deoarece surmontarea barierelor ridicate în calea cooperării transfrontaliere necesita un instrument juridic cu un statut uniform, dar totodată flexibil, Regulamentul conţine o serie de dispoziţii imperative, având rolul de a crea structura fixă a grupului, oferă libertate părţilor de a decide asupra aspectelor ce ţin de funcţionarea grupului, asigurând astfel capacitatea de adaptare a grupului diverselor situaţii care pot apărea în practică, şi suplineşte prin dispoziţii supletive voinţa membrilor, pentru ipotezele în care aceştia păstrează tăcerea sau omit să hotărască asupra unor aspecte referitoare la grup.

Domeniul de aplicare al dispoziţiilor imperative ale Regulamentului include aspecte legate de constituirea grupului european de interes economic, de funcţionarea şi încetarea acestuia.

Referitor la constituirea grupului caracter imperativ are reglementarea unor aspecte precum:

- capacitatea juridică [art. 1alin. (2)];
- necesitatea încheierii unui contract [art. 1alin. (1)];
- obiectivul grupului (art. 3);
- condiţiile ce trebuie îndeplinite pentru a fi membru al grupului (art. 4);
- conţinutul obligatoriu al contractului constitutiv al grupului (art. 5);
- principiul publicităţii pentru opozabilitate a actelor de constituire (art. 8).
- sediul grupului (art. 12);

Legat de funcţionarea grupului european în sfera de aplicare a dispoziţiilor imperative ale Regulamentului intră dispoziţiile privind:

- organele obligatorii ale grupului, care sunt membrii care acţionează colectiv şi administratorul şi administratorii(art. 16);
- puterile administratorilor în raport cu terţii (art. 20);
- condiţiile cesiunii participării unui membru al grupului (art. 22);
- imposibilitatea dobândirii calităţii de membru al grupului de către titularul unei garanţii constituite de către un membru asupra participaţiei sale la grup pe baza acestei garanţii [art. 22 alin. (2) teza a II-a];
- interdicţia de a apela la subscripţie publică pentru constituirea grupului (art. 23);
- răspunderea solidară şi nelimitată a membrilor (art. 24);
- necesitatea unanimităţii pentru admiterea de noi membrii. (art. 26);

---

[1] Pentru dezvoltarea acestei probleme a se vedea Benoît Lecourt, *L"influence du droit communautaire sur la constitution de groupements*, Ed. LGDJ,2000, p. 358-371.

[2] Pentru mai multe amănunte a se vedea: G. Fábián, *Drept instituţional comunitar*, ed. a II-a, Ed. Sfera Juridică, Cluj-Napoca, 2006, p. 123-125, A. Fuerea*, Drept comunitar european*, Partea generală, Ed. All Beck, Bucureşti, 2003, p. 107-108, O. Manolache*, Tratat de drept comunitar*, ed. 5, Ed. C.H. Beck, Bucureşti 2006, p. 170 -174 şi T. Ştefan, B. Andreşan-Grigoriu, *Drept comunitar*, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2007, p. 118-122.

- cazurile de pierdere a calităţii de membru [art. 28 şi art. 37 alin. (1)].

Dispoziţiile imperative ale Regulamentului vizează cu privire la încetarea grupului aspecte precum:

- cazurile de dizolvare obligatorie a grupului [art. 31 alin. (1)];
- efectele încetării calităţii de membru al grupului european de interes economic (art. 33 şi 34);
- iniţierea procedurii judiciare împotriva unui grup din cauza insolvenţei sau a încetării plăţii nu determină, prin ea însăţi demararea acestei proceduri împotriva membrilor săi (art. 36, teza a II-a);
- efectele nulităţii grupului, constatarea prin hotărâre judecătorească şi lipsa efectului retroactiv (art. 15);
- menţinerea capacităţii juridice a grupului până la încheierea lichidări [art. 35 alin. (3) şi art. 37 alin (2)].

Pe lângă dispoziţiile imperative, care au rolul de a asigura o structura uniformă instrumentului juridic de cooperare transfrontalieră reprezentat de grupul european de interes, Regulamentul conține şi o serie de dispoziţii supletive. Acestea sunt aplicabile în ipoteza în care membrii grupului nu reglementează prin actul constitutiv, aspecte ce privesc:

- majoritatea cerută pentru situaţiile în care prin regulament nu se prevede cerinţa unanimităţii [art. 17 alin. (3) teza a II-a];
- repartizarea între membrii grupului a profiturilor ce rezultă din activitățile grupului, precum și a pierderilor [art. 21 alin. (1)];
- posibilitatea constituirii unei garanţii asupra participaţiei sale la grup de către un membru [art. 22 alin. (2) teza I];
- demisia unui membru [art. 27 alin. (1)];
- excluderea unui membru [art. 27 alin. (2) teza a II-a];
- acordul unanim al membrilor în vederea înlocuirii unui membru persoană fizică în caz de deces al acestuia [art. 28 alin. (2) ultima teză];
- existenţa grupului în cazul în care un membru nu mai are calitatea de membru (art. 30).

În ceea ce priveşte încetarea grupului Regulamentul conține doar o norma supletivă ce se aplică în cazul dizolvării voluntare a grupului.

3. Domeniul de aplicare a legii naţionale

Deşi statutul grupului european de interes economic este reglementat de către Regulament, care se aplică în mod direct în statele membre ale Uniunii Europene, anumite aspecte sunt supuse dispoziţiilor legislaţiei naţionale.

Raţiunile aplicabilităţii legii naționale sunt multiple. Astfel că, legislația națională este aplicabilă datorită unor precizări exprese în cuprinsul Regulamentului că anumite domenii nu fac obiectul dispozițiilor sale. Aplicarea legislației naționale poate interveni și datorită faptului că anumite aspecte referitoare la grupul european de interes economic nu sunt reglementate de Regulament, existând astfel un vid legislativ european. Trimiterilor exprese ale Regulamentului pot conduce și ele la aplicabilitatea legii naționale. Dreptul naţional se mai aplică şi datorită posibilităţii acordate statelor membre de către legiuitorul european de a opta pentru anumite soluții oferite în cuprinsul Regulamentului.

Dispoziţiile dreptului naţional pot fi aplicabile ca singure norme ce reglementează un anumit domeniu legat de grupul european de interes economic sau ca o completare a dispoziţiilor Regulamentului deoarece acesta reglementează doar parţial anumite aspecte referitoare la grup.

Activitatea grupului european de interes economic este unul din aspectele ce nu formează obiectul niciunei dispoziţii a Regulamentului. Astfel, conform punctului 15 din considerente activitatea grupului este supusă dispoziţiilor din legislaţiile statelor membre privind exercitarea unei activităţi şi controlul acesteia. Un eventual abuz sau eludarea legislaţiei naţionale din domeniu de către grup sau un membru al acestuia îndreptăţeşte statul membru să impună sancţiunile corespunzătoare.

Tot referitor la domeniile care nu intră în sfera de aplicare a Regulamentului legiuitorul european a mai precizat în cuprinsul acestuia cu titlu de enumerare, fără însă ca aceasta să fie una limitativă, că nu intră sub incidenţa dispoziţiilor sale aspectele referitoare la:

- dreptul muncii şi dreptul securităţii sociale;
- dreptul concurenţei;
- dreptul proprietăţii intelectuale.

Acestea intră sub incidenţa legislaţiei europene, respectiv a celei naţionale din domeniul respectiv.

În completarea dispoziţiilor Regulamentului legislaţiei naţională se aplică cu privire la aspecte referitoare la:

- starea şi capacitatea persoanelor fizice şi capacitatea persoanelor juridice (art. 2);
- condiţiile înregistrării grupului european de interes economic în registrul prevăzut de art. 6 din Regulament (desemnarea registrului, normele ce reglementează înregistrarea, condiţiile în care se depun documentele menţionate de art. 7 şi 10, publicitatea documentelor şi menţiunilor prevăzute de art. 8, taxele necesare efectuării acestor operaţiuni şi menţiunile corespunzătoare în cazul încălcării dispoziţiilor art. 7, 8 şi 10 în materie de publicitate şi a dispoziţiilor art. 25 (art. 39);
- consecinţele răspunderii membrilor pentru datoriile grupului, indiferent de natura lor, inclusiv cele fiscale sau de asigurări sociale [art. 24 alin. (1)];
- nulitatea grupului;
- lichidarea şi încheierea lichidării grupului (art. 35);
- insolvabilitatea şi încetarea părţilor (art. 36 şi punctul 12 din considerente).
- regimul fiscal al grupului, în special în ceea ce priveşte distribuirea profiturilor impozabile, procedurile fiscale şi orice alte obligaţii fiscale. Cu privire la acest aspect Regulamentul se limitează la a institui principiul transparenţei fiscale şi a prevedea modul de distribuire între membrii a beneficiilor şi pierderea în cazul lipsei unei convenţii a părţilor;
- organizarea internă a grupului [art. 2 alin. (1)];
- motivele dizolvării grupului (punctul 13 din considerente şi art. 31, 32, 33).

Legea naţională se aplică grupului european de interes economic şi datorită faptului că Regulamentul a lăsat statelor membre posibilitatea de a decide cu privire la aspect precum:

- acordarea personalităţii juridice grupului [art. 1 alin. (3)];
- limitarea la 20 a numărului membrilor grupului [art. 4 alin. (3)];
- interzicerea sau restricţionarea, din motive de interes public, participarea la grupul european de interes economic a anumitor categorii de persoane fizice, societăţi sau alte entităţi juridice [art. 4 alin. (4)];

- posibilitatea opunerii pe motiv de interes public la transferul sediului grupului european de interes economic [art. 14 alin. (4)];
- administrarea de către o persoană juridică a grupului [art. 19 alin. (2)];
- încetarea calităţii de membru în caz de lichidare, dizolvare, insolvenţă sau încetare de plăţi [art. 28 alin. (1) teza a II- a];
- posibilitatea de a prevedea că instanţa la cererea unei autorităţi competente, dispune dizolvarea unui grup care îşi are sediul în statul în care aparţine respectiva autoritate, în toate cazurile în care grupul, prin activităţile sale, contravine interesului public al statului respectiv dacă legislaţia acestui stat prevede o astfel de posibilitate cu privire la societăţile comerciale, înregistrate sau altă entităţi juridice aflate sub incidenţa legislaţiei sale [art. 32 alin. (3)].

4. Reflectarea în practică a aplicării legii naționale

Frecventele trimiteri ale Regulamentului la legislația națională au generat în practică diferite consecințe, unele legate de determinarea legii naționale aplicabile raporturilor cu elemente de extraneitate, altele referitoare la uniformitatea statutului grupului european de interes economic.

O întrebare ce poate apărea în legătură cu legea națională privește determinarea legii aplicabile. Datorită caracterului multinațional al grupului european de interes economic vocația aplicabilității ca legislație națională aparține mai multor legislații naționale printre care cea a statului membru unde grupul și-a stabilit sediul, cea a statului a cărui cetățean sau a cărui naționalitate o are persoana fizică sau juridică sau cea a statului unde grupul își exercită activitatea.

Problema de a ști care drept național este aplicabil din multitudinea de legislații interne își găsește rezolvarea, fie ca urmare a aplicării regulilor în materie de conflict de legi conținute de Regulament, fie datorită aplicării regulilor de drept internațional privat.

O primă regulă în materie de conflict de legi prevăzută de Regulament este cea referitoare la legea aplicabilă contractului constitutiv al grupului(excepție făcând aspectele referitoare la starea și capacitatea persoanelor fizice și la capacitatea persoanelor juridice) și organizării interne a acestuia. Astfel, potrivit art. 2 alin. (1), sub rezerva dispozițiilor regulamentului legislația aplicabilă celor două aspecte este legislația internă a statului membru pe teritoriul căruia grupul și-a stabilit sediul, așa cum acesta este prevăzut în actul constitutiv al grupului.[1] În cazul în care un stat este format din mai multe unități teritoriale, fiecare cu propriile norme aplicabile, în scopul determinării legii aplicabile în cele doua domenii amintite mai sus, fiecare unitate teritorială este considerată ca un stat [art. 2 alin. (2)].

Aspectele referitoare la starea și capacitatea persoanelor fizice și la capacitatea persoanelor juridice vor fi reglementate de legea statului a cărui cetățenie o are persoana fizică, respectiv celui a cărui naționalitate o are persoana juridică.

Regulamentul mai cuprinde o regulă în materie de conflict de legi și cu privire la nulitatea grupului. Și în acest caz, legea aplicabilă este legislația internă a statului membru pe teritoriul căruia grupul și-a stabilit sediul (art. 15).

[1] Sediul grupului european de interes economic poate să fie stabilit în cadrul Uniunii Europene fie acolo unde grupul îşi are administraţia centrală, fie acolo unde unul din membrii grupului îşi are administraţia centrală sau, în cazul unei persoane fizice, unde îşi desfăşoară activitatea principală, cu condiţia ca grupul să îşi desfăşoare o activitate în acel loc.

Legea aplicabilă unui raport cu element de extraneitate, pentru care Regulamentul nu prevede o regulă în materie de conflict de legi, se determină cu ajutorul normei conflictuale a forului. Norma conflictuală are în acest caz rolul de a indica legea care este competentă dintre legile aflate în prezență ținând seama de anumite criterii. [1] Normele conflictuale pot fi incluse în dreptul intern sau în convenții internaționale.

Deşi la nivelul Uniunii Europene au existat demersuri de unificare a normelor conflictuale în domeniul obligaţiilor materializate în adoptarea Regulamentului (CE) nr. 593/2008 privind legea aplicabilă obligaţiilor contractuale (Roma I)[2] şi Regulamentului (CE) nr. 864/2007 al Parlamentului European şi al Consiliului din 11 iulie 2007 privind legea aplicabilă obligaţiilor necontractuale („Roma II") anumite materii sunt excluse din sfera lor de aplicare. Potrivit art. 1 alin. (2) lit. f din Regulamentul Roma I acesta nu se aplică" *aspectelor reglementate de dreptul societăților comerciale și al altor organisme, constituite sau nu ca persoane juridice, precum constituirea, prin înregistrare sau în alt mod, capacitatea juridică, organizarea internă sau dizolvarea societăților și a altor organisme, constituite sau nu ca persoane juridice, și răspunderea personală a asociaților și membrilor acestora pentru obligațiile societății sau ale organismului".*

Aplicarea legii naționale are consecințe și asupra uniformității statutului grupului european de interes economic, în special datorită faptului că Regulamentul a lăsat statelor membre posibilitatea de a decide cu privire la anumite aspecte, întrucât acestea s-au reflectat diferit în legislațiile interne.

Disocierea de către Regulament a capacității juridice de personalitatea juridică și posibilitatea recunoașterii acesteia din urmă doar printr-o normă națională este susceptibilă de a aduce atingere uniformității statutului grupului european de interes economic. Opțiunea legiuitorului european pentru această soluție a avut rațiuni de ordin fiscal, deoarece din punct de vedere fiscal grupul nu are personalitate juridică.

Chiar dacă limitarea numărului de membri la 20 îşi găseşte justificare în dificultatea practică de a duce la bun sfârşit o cooperare care presupune un număr mai mare decât acesta, posibilitatea acestei limitării prin dispoziții naționale poate conduce în practică la alegerea în mod artificial a sediului grupului, întrucât acesta este elementul pe baza căruia legislația internă devine aplicabilă. [3]

Interzicerea sau restricționarea de către un stat membru, din motive de interes public, participării la grupul european de interes economic a anumitor categorii de persoane fizice, societăți sau alte entități juridice de către un stat membru poate aduce atingere în practică dezideratului ca grupul să fie un instrument juridic suplu de cooperare transfrontalieră, reflectat şi de faptul că gruparea este deschisă unei mari diversităţi în ceea ce priveşte forma juridică a membrilor care o compun. [4]

Atingere uniformității statutului grupului de interes economic aduce și opțiunea diferită a statele membre cu privire la posibilitatea ca grupul european de interes

---

[1] Pentru detalii a se vedea I. Macovei, *Drept internațional privat în reglementarea Noului Cod civil și de procedură civilă*, Ed. C.H. Beck, București, 2011, p. 8 și urm.

[2] Publicat în JOUE nr. L. 177/6 din 4 iulie 2008.

[3] Dintre statele membre care au prevăzut limitări în acest sens menționăm Gecia, Irlanda și România.

[4] Societățile comerciale, alte entități juridice de drept public sau privat precum şi persoanele fizice pot avea calitatea de membru al unui grup european de interes economic. Noțiunea de societate este cea statuată de art. 48 din TCE, noțiune care este una foarte largă în comparație cu cea dată de dreptul național.

economic să fie administrat de o persoană juridică. Astfel că, state precum Germania, Belgia şi Danemarca nu au permis persoanelor juridice dobândirea calității de administrator al grupului.

Aspecte precum pierderea calității de membru în caz de insolvență sau încetare de plăți sau dizolvarea judiciară a grupului, în cazul în care acesta prin activitățile sale, contravine interesului public al statului respectiv, dacă legislația acestui stat prevede o astfel de posibilitate cu privire la societățile comerciale înregistrate sau alte entități juridice aflate sub incidența legislației sale s-au reflectat şi ele diferit în legislațiile naționale, consecința fiind lipsa unui drept uniform aplicabil grupului.

Concluzii

Deşi un statut al grupului european de interes economic complet autonom, care nu s-ar fi bazat în niciun fel pe legislația națională ar fi asigurat uniformitatea completă a grupului în Uniunea Europeană şi un nivel ridicat de certitudine juridică, această opțiune ar fi adus atingere flexibilității atât de necesare unui instrument juridic destinat cooperării transfrontaliere şi ar fi necesitat în egală măsură o armonizare completă a legislației fiscale şi a legislației muncii.

Opțiunea legiuitorului european de a reglementa prin dispoziții imperative principalele caracteristici ale grupului european de interes economic (condițiile necesare pentru a fi membru al unui grup, obiectivul grupului, sediul, caracterul european al grupului, reprezentarea grupului, răspunderea membrilor, organele obligatorii ale grupului), de a lăsa totodată o mare libertate membrilor grupului pentru organizarea raporturilor contractuale, dar şi cu privire la funcționarea internă a grupului au contrabalansat efectele apărute în practică datorită frecventelor trimiteri la legislația națională şi au reuşit sa ofere un grad suficient de uniformitate şi flexibilitate grupului.

Bibliografie

1. G. Fábián, *Drept instituţional comunitar*, ed. a II-a, Ed. Sfera Juridică, Cluj-Napoca, 2006.

2. A. Fuerea*, Drept comunitar european*, Partea generală, Ed. All Beck, Bucureşti, 2003.

3. S. Israél*, Les caractéristiques juridiques du GEIE et son avenir économique*, FE,1988, nr. 2 (număr special).

4. Benoît Lecourt, *L"influence du droit communautaire sur la constitution de groupements*, Ed. LGDJ, 2000.

5.I. Macovei, *Drept internaţional privat în reglementarea Noului Cod civil şi de procedură civilă*, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2011.

6. O. Manolache*, Tratat de drept comunitar*, ed. 5, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2006.

7. T. Ştefan, B. Andreşan-Grigoriu, *Drept comunitar*, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2007.

Responsabilitatea juridică a autorităţii de audit din cadrul Curţii de Conturi a României în contextul execuţiei bugetare partajate a finanţării nerambursabile din „fondurile structurale şi de investiţii europene – fondurile ESI”

Silviu Alexandru ***LĂZĂRESCU SIMION***[*]
Dan Cezar ***AVARVAREI***[**]

Abstract: *Astfel cum se prevede în articolul 4 al Tratatului privind funcţionarea Uniunii Europene, varianta consolidată şi astfel cum rezultă din economia sistemului normelor juridice cuprinse în Regulamentul (UE) nr. 1303/2013 al Parlamentului European şi al Consiliului, domeniile de finanţare a fondurilor structurale şi de investiţii europene - Fondurilor ESI” şi deci, de responsabilitate a Autorităţii de Audit din cadrul Curţii de Conturi a României fac obiectul aplicării competenţelor partajate între Uniunea Europeană şi Statul Român, prin raportare la prevederile art.12 din Legea nr. 94/1992 (republicarea 3), privind organizarea şi funcţionarea Curţii de Conturi.*

Cuvinte cheie: *fondurile ESI, Autoritatea de Audit, recomandare, gestiunea partajată, Uniunea Europeană*

Astfel cum se prevede în articolul 4 al Tratatului privind funcţionarea Uniunii Europene[1], varianta consolidată şi astfel cum rezultă din economia sistemului normelor juridice cuprinse în Regulamentul (UE) nr. 1303/2013[2] al Parlamentului European şi al Consiliului, domeniile de finanţare a „fondurilor structurale şi de investiţii europene - fondurilor ESI” şi deci de responsabilitate a Autorităţii de Audit din cadrul Curţii de Conturi a României fac obiectul aplicării competenţelor partajate între Uniunea Europeană şi Statul Român, prin raportare la prevederile art. 12 din Legea nr. 94/1992 (republicarea 3)[3], privind organizarea şi funcţionarea Curţii de Conturi.

Aşadar, Uniunea Europeană prin Comisie execută bugetar prin mecanismul gestiunii partajate, finanţarea din „fondurilor structurale şi de investiţii europene

---

[*] Doctorand Universitatea Titu Maiorescu, Facultatea de Drept Bucureşti.
[**] Consilier juridic.

[1] Tratatului privind funcţionarea Uniunii Europene publicat în Jurnalul Oficial cu numărul 83C din data de 30 martie 2010

[2] Regulamentul (UE) nr. 1303/2013 de stabilire a unor dispoziţii comune privind Fondul european de dezvoltare regională, Fondul social european, Fondul de coeziune, Fondul european agricol pentru dezvoltare rurală şi Fondul european pentru pescuit şi afaceri maritime, precum şi de stabilire a unor dispoziţii generale privind Fondul european de dezvoltare regională, Fondul social european, Fondul de coeziune şi Fondul european pentru pescuit şi afaceri maritime şi de abrogare a Regulamentului (CE) nr. 1083/2006 al Consiliului, publicat în Jurnalul Oficial cu numărul 347L din data de 20 decembrie 2013

[3] Legea nr. 94/1992 privind organizarea şi funcţionarea Curţii de Conturi – republicare în Monitorul Oficial cu numărul 238 din data de 3 aprilie 2014

- fondurilor ESI" alocată României, conform articolului 58, alineatul 1, litera b) coroborat cu articolul 59 din Regulamentul (UE, EURATOM) nr. 966/2012[4] al Parlamentului European şi al Consiliului, prin sistemul instituţional prevăzut în Hotărârea de Guvern nr. 457/2008[5] cu modificările şi completările ulterioare.

Articolul 59, alineatul (1), tezele a II-a şi a III-a din Regulamentul (UE, EURATOM) nr. 966/2012 al Parlamentului European şi al Consiliului stabilesc responsabilitatea Autorităţii de Audit, la nivelul acestui regulament şi al dreptului Uniunii Europene conex acestuia care în domeniul în discuţie cuprinde şi Regulamentul (UE) nr. 1303/2013 al Parlamentului European şi al Consiliului, coroborat cu Regulamentul (CE) nr. 1828/2006[6] al Consiliului.

Articolul 127 din Regulamentul (UE) nr. 1303/2013 al Parlamentului European şi al Consiliului stabileşte prerogativele Autorităţii de Audit la nivel de actor financiar implicat în execuţia bugetului Uniunii Europene deci şi responsabilitatea juridică a acestei autorităţi publice este de drept, direct proporţională cu importanţa acordată acestei autorităţi de către sistemul de norme juridice care îi guvernează înfiinţarea, organizarea şi funcţionarea.

Aşadar apreciem că este cel puţin discutabilă jurisprudenţa Autorităţii Judecătoreşti Române care a exonerat de răspundere Autoritatea de Audit în privinţa concordanţei conduitei sale instituţionale, cu sistemul de drept care îi guvernează organizarea şi funcţionarea, fără a aplica prioritar prevederile Regulamentului (UE) nr. 1303/2013 al Parlamentului European şi al Consiliului şi ale Regulamentului (CE) nr. 1828/2006 al Consiliului.

În argumentarea responsabilităţii Autorităţii de Audit în discuţie, invocăm şi supremaţia puterii dreptului asupra dreptului puterii ca şi componentă fundamentală a principiului statului de drept consacrat în paragrafele 2 şi 4 din preambulul Tratatului Uniunii Europene coroborate cu articolul 2 din Tratatul Uniunii Europene şi cu articolul 67, alineatul (1) din Tratatul de Funcţionare a Uniunii Europene[7], variantele consolidate.

În privinţa aplicării dreptului Uniunii Europene în România este important de evocat dispoziţiile articolului 148, din Constituţia României (republicată)[8] care impun că "….prevederile tratatelor constitutive ale Uniunii Europene, precum şi celelalte reglementări comunitare cu caracter obligatoriu, au prioritate faţă de dispoziţiile contrare din legile interne, cu respectarea prevederilor actului de aderare" iar "parlamentul, Preşedintele României, Guvernul şi autoritatea judecătorească garantează aducerea la îndeplinire a obligaţiilor rezultate din actul aderării ……..".

---

[4] Regulamentul (UE, EURATOM) nr. 966/2012 privind normele financiare aplicabile bugetului general al Uniunii şi de abrogare a Regulamentului (CE, Euratom) nr. 1605/2002 al Consiliului, publicat în Jurnalul Oficial cu numărul 298L din data de 26 octombrie 2012

[5] Hotărârea de Guvern nr. 457/2008 privind cadrul instituţional de coordonare şi de gestionare a instrumentelor structurale, publicată în Monitorul Oficial cu numărul 364 din data de 13 mai 2008

[6] 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.

[7] Tratatul de funcţionare al Uniunii Europene – versiunea consolidată, publicat în Jurnalul Oficial cu numărul 115 C din data de 9 mai 2008.

[8] *Constituţia României (republicată)* în Monitorul Oficial cu numărul 767 din data de 31 octombrie 2003.

Totodată, în temeiul punctului 35, paragraful 2, litera a) din anexa la Hotărârea nr. 130/2010[9], a plenului Curţii de Conturi, auditorii publici externi din cadrul Curţii de Conturi şi deci şi din cadrul Autorităţii de Audit în considerarea adagiului *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*, trebuie să respecte în cadrul acţiunilor care le efectuează principiul fundamental al supremaţiei Constituţiei şi a legii.

Pentru analiza responsabilităţii juridice a Autorităţii de Audit, este necesară, în prealabil, analiza conceptual juridică a noţiunii de „*recomandare*" utilizată în rapoartele de audit emise de către Autoritatea de Audit. Articolul 64 din Legea 94/1992 (republicarea 3), coroborat cu punctul 535, litera. a) din Anexa la Hotărârea nr. 130/2010 a Plenului Curţii de Conturi sancţionează penal neîndeplinirea de către entităţile auditate a „recomandărilor" cuprinse în rapoartele de audit emise de către Autoritatea de Audit. Articolul 64 din Legea 94/1992 (republicarea3), nu distinge în funcţie de temeinicia/netemeinicia şi/sau legalitatea/ nelegalitatea susmenţionatei recomandări şi deci, este aplicabil adagiul *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*. Aşadar, conţinutul conceptual-juridic al noţiunii de „recomandare" astfel cum este definită de către sistemul de drept constituit din Regulamentul (UE) nr. 1303/2013 al Parlamentului European şi al Consiliului, Legea 94/1992 (republicarea 3) coroborate cu Hotărârea nr. 130/2010 a Plenului Curţii de Conturi, este acela de dispoziţie obligatorie.

Ţinând cont deci, de principiul fundamental statului de drept care implică în mod necesar şi supremaţia puterii dreptului asupra dreptului puterii responsabilitatea juridică a Autorităţii de Audit, inclusiv faţă de entităţile auditate, cât şi faţă de beneficiarii de fonduri europene nerambursabile, se întemeiază *inter alia* şi pe Cartea a V-a, Titlul II, Capitolul 4 din Legea 287/2009[10] (republicată) cu modificările şi completările ulterioare, privind Codul civil, care instituie răspunderea civilă delictuală.

Aşadar în caz că în aplicarea rapoartelor de audit emise de către Autoritatea de Audit, se emit acte administrative atacate în contencios administrativ, este aplicabil mecanismul civil-procesual al chemării în garanţie sau după caz, în solidar, a Autorităţii de Audit. O astfel de chemare în garanţie se întemeiază pe articolul 28, alineatul (1) din Legea 554/2004[11] cu modificările şi completările ulterioare care instituie ca drept comun procesual imediat Codul de procedură civilă[12]. Şi sub aspectul inadmisibilităţii procedurale a dreptului de a utiliza mecanismul chemării în garanţie, este criticabilă jurisprudenţa Autorităţii Judecătoreşti Române, în condiţiile în care raporturile dintre Autoritatea de Audit şi entităţile auditate/beneficiarii de fonduri europene sunt raporturi de putere care dacă sunt neteminice şi/sau nelegale, vatămă interesele/drepturile legitime ale entităţilor auditate/beneficiarilor de fonduri europene. Pe de altă parte, conform principiilor de drept democratic, spre deosebire de sistemele juridice dictatoriale, ceea ce legea nu interzice expressis verbis, este permis. Legea 554/2004 cu modificările şi completările ulterioare, neinterzicând expressis verbis, chemarea în garanţie şi în alte ipoteze juridice decât cele explicit reglementate de către Legea

[9] Hotărârea Plenului Curţii de Conturi a României nr. 130 din 4 noiembrie 2010 pentru aprobarea Regulamentului privind organizarea şi desfăşurarea activităţilor specifice Curţii de Conturi, precum şi valorificarea actelor rezultate din aceste activităţi, publicată în Monitorul Oficial cu numărul 832 din data de 13 decembrie 2010.

[10] Legea 287/2009 (republicată) cu modificările şi completările ulterioare, privind Codul civil republicată, publicat în Monitorul Oficial cu numărul 505 din data de 15 iulie 2011.

[11] Legea 554/2004 publicată în Monitorul Oficial cu numărul 1154 din data de 7 decembrie 2004.

[12] Codul de procedură civilă din 1 iulie 2010 – republicare, publicat în Monitorul Oficial cu numărul 545 din data de 3 august 2012.

contenciosului administrativ, sunt pe deplin aplicabile dispoziţiile Noului Cod de procedură civilă care guvernează mecanismul procesual al chemării în garanţie. Mai mult decât atât, în temeiul articolul 1, alineatul (2) din Legea 554/2004 cu modificările şi completările ulterioare, beneficiarul de fonduri, poate chema Autoritatea de Audit, pe cale de acţiune principală în justiţie, în caz că este vătămat în drepturile/interesele sale legitime prin vreun raport de audit emis de către această autoritate.

Totodată ne întemeiem argumentaţia juridică privind admisibilitatea mecanismului civil-procesual al chemării în garanţie sau după caz, în solidar, a Autorităţii de Audit, ţinând seama de faptul că singura reglementare care întruneşte caracterul special şi derogatoriu de la reglementarea-cadru în materie ce vizează controlul de legalitate pe calea contenciosului administrativ instituit de Legea 554/2004 asupra actelor elaborate de entităţile juridice implicate în gestiunea partajată dintre Uniunea Europeană şi România, o reprezintă conform art. 11 alin. (4) din Legea 61/2011[13], actele de control întocmite de Departamentul de Luptă Antifraudă care nu se încadrează în categoria actelor sau operaţiuni administrative în sensul Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004, cu modificările şi completările ulterioare.

În contextul îndeplinirii obligaţiilor ce îi revin României privind gestiunea, controlul şi auditul programelor, în conformitate cu principiul gestiunii partajate apreciem oportună şi justificată iniţierea unor demersuri legislative de modificare a cadrului normativ actual în vederea stabilirii unui regim juridic şi procesual derogatoriu de la dreptul comun pentru actele administrative întocmite în exercitarea competenţelor atribuite entităţilor juridice române ce vor fi implicate în gestiunea partajată a fondurilor alocate în Cadrul Financiar Multianual 2014-2020.

Referinţe:

- Tratatul Uniunii Europene;
- Tratatului privind funcţionarea Uniunii Europene;
- Regulamentul (UE) nr. 1303/2013 al Parlamentului European şi al Consiliului;
- Regulamentul (UE, EURATOM) nr. 966/2012 al Parlamentului European şi al Consiliului;
- Regulamentul (CE) nr. 1828/2006
- Constituţia României republicată
- Legea 287/2009 (republicată) cu modificările şi completările ulterioare, privind Codul civil
- Noul Cod de procedură civilă
- Legea 94/1992 republicarea 3;
- Legea 61/2011 privind organizarea şi funcţionarea Departamentului pentru lupta antifraudă – DLAF
- Legea 554/2004 cu modificările şi completările ulterioare;
- Hotărârea nr. 130/2010 a Plenului Curţii de Conturi;
- Hotărârea de Guvern nr. 457/2008 cu modificările şi completările ulterioare;

[13] Legea 61/2011 privind organizarea şi funcţionarea Departamentului pentru lupta antifraudă – DLAF, publicată în Monitorul Oficial cu numărul 331 din data de 12 mai 2011.

Convenția de la Haga asupra legii aplicabile trusturilor și recunoașterii lor

Anemari-Iuliana ***OPRIȚOIU***

Abstract: *Lucrarea de față își propune să facă o analiză practică asupra a ceea ce este numită legislația internațională în materia trusturilor: „Convenția de la Haga asupra legii aplicabile trusturilor și recunoașterii lor". Convenția a fost adoptată în anul 1985 fiind considerată una dintre cele mai importante opere de armonizare a dreptului privat la nivel internațional în primul rând datorită faptului că prin intermediul ei s-a încercat armonizarea nu doar a unor legislații diferite dar și a unor sisteme de drept diferite: cel de civil law și cel de common law. Scopul convenției nu a fost acela de a introduce în țările de civil law o reglementare a trustului ci doar să ofere practicienilor în drept și judecătorilor din aceste state a unui mecanism care să le faciliteze înțelegerea acesteia. Țările civiliste, neavând reglementată în dreptul lor intern instituția trustului, nu au nici reguli de drept internațional privat referitoare la această instituție, iar modificarea normelor de drept internațional privat pentru a introduce noțiunea de trust poate fi o chestiune dificilă. În acest context Convenția de la Haga asupra legii aplicabile trusturilor și recunoașterii lor a venit în ajutorul statelor cu sistem de drept civil, tocmai prin oferirea unor norme conflictuale aplicabile în cazul trusturilor, acesta putând justifica interesul manifestat de statele cu sistem de drept civil în adoptarea Convenției. Prezentarea și analiza dispozițiilor Convenției se poate dovedi utilă în procesul de înțelegere a mecanismului trustului și a modului în care aceasta instituție este reglementată la nivel internațional.*

Cuvinte cheie: *trust, drept de proprietate, drept civil, common law*

Convenția de Haga asupra legii aplicabile trusturilor și recunoașterii lor este creația Conferinței de la Haga cu privire la dreptul internațional privat[1], o organizație globală inter-guvernamentală care numără astăzi 74 de state membre (73 de state și Uniunea Europeană). Prima sesiune a Conferinței a avut loc în 1893 la convocarea guvernului Olandei, iar cu ocazia celei de a șaptea sesiune care a avut loc în 1951 Conferința a devenit o organizație interguvernamentală permanentă prin adoptarea statutului său, statut care a intrat în vigoare începând cu 15 iulie 1955. Scopul declarat al Conferinței de la Haga cu privire la dreptul internațional privat este de la lucra pentru unificarea progresivă a regulilor de drept internațional privat[2], în acest sens fiind semnate șapte Convenții internaționale între 1893 și 1904 și 38 de alte Convenții internaționale între

[1] Conferința a inclus numai ocazional și cu titlu excepțional pe agenda sa de lucru unificarea unor reguli de drept intern prin tratatele elaborate în cadrul său, și aceasta numai din necesitatea de a rezolva probleme de drept internațional privat sub anumite aspecte. Unificarea legislațiilor interne pe plan global este de competența unor alte instituții cum ar fi Institutul Internațional pentru unificarea dreptului privat (UNIDROIT) sau în materia dreptului comercial Comisia Organizației Națiunilor Unite pentru Dreptul Comercial Internațional (UNICITRAL).

[2] Articolul 1 din Statutul Conferinței de la Haga asupra dreptului internațional privat, în vigoare de la 15 iulie 1955, disponibil pe internet la adresa: http:// www.hcch.net/index.

1951 și 2008. Conferința se ocupă de materia dreptului privat în special de domeniul protecției familiei și copiilor, procedurii civile și dreptului comercial, Convențiile care au fost ratificate de cele mai multe state privesc abolirea legalizării (apostila), accesul la justiție, răpirea internațională de copii, adopția internațională, conflictul de legi cu privire la forma dispozițiilor testamentare, recunoașterea divorțului și sistemul probelor în dreptul internațional privat. Practic prin intermediul Conferinței se dorește să se ajungă la o lume în care în ciuda diferențelor dintre legislațiile statelor, persoanele, fizice sau juridice, să aibă parte de un grad înalt de siguranță juridică.

În cadrul celei de a cincisprezecea sesiune a Conferinței, a fost adoptată Convenția de la Haga asupra legii aplicabile trusturilor și recunoașterii lor cu unanimitate de voturi în cadrul sesiunii plenare din 19 octombrie 1984, și încheiată la data de 1 iulie 1985. Această convenție a constituit o provocare pentru comitetul care a lucrat la elaborarea ei deoarece o instituție cunoscută în majoritatea țărilor de *common law* însă necunoscută țărilor cu sistem de drept civilist, fapt care deosebea în mod esențial această Convenție de celelalte, care priveau diferite conflicte între legi sau conflicte de jurisdicție sau recunoaștere a unor instituții reglementate diferit în statele membre, dar totuși cunoscute și recunoscute de către legislațiile lor interne. Așa cum s-a spus în Raportul Explicativ al Convenției, prin această convenție s-a dorit în mod particular crearea de punți de legătură între țările de *common law* și țările cu sistem de drept civilist.

Statele membre ale Conferinței pot fi împărțite în două mari grupe: țări care au reglementat trustul sau o instituție asemănătoare și țări care nu cunosc și nu au reglementată această instituție sau altele asemănătoare, interesele celor două grupuri nefiind deci convergente. Interesul statelor care au reglementată instituția trustului este în mod evident recunoașterea trusturilor create în conformitate cu legislația lor în țările în care această instituție nu este reglementată. Interesul statelor care nu au reglementată instituția trustului, în mod special țările cu sistem de drept civilist, apare cu mai puțină claritate, însă cu siguranță astfel de state au avut în vedere pericolul ca principiile lor tradiționale să nu fie tulburate de introducerea unei instituții străine. Tocmai de aceea ideea de bază a fost că nu s-a pus niciodată în discuție introducerea instituției trustului în țările cu sistem de drept civil, ci doar s-a intenționat oferirea către judecătorii din aceste state a unui mecanism prin care să poată înțelege această instituție. Deoarece instituția trustului nu este reglementată în dreptul intern al statelor aparținând sistemul de drept civilist, astfel de state nu au nici reguli de drept internațional privat referitoare la această instituție, iar modificarea normelor de drept internațional privat pentru a introduce noțiunea de trust era o chestiune dificilă. Convenția însă a venit în ajutorul statelor cu sistem de drept civil, tocmai prin oferirea unor norme conflictuale aplicabile în cazul trusturilor, acesta putând justifica interesul manifestat de statele cu sistem de drept civil în adoptarea convenției.

Convenția este împărțită în cinci capitole: primul capitol are în vedere scopul convenției și se ocupă de definirea noțiunii de trust, al doilea capitol reglementează legea aplicabilă în cazul apariției unui conflict de legi, cel de al treilea capitol se referă la recunoașterea trusturilor impunând criteriile minime pe care trebuie să le îndeplinească un trust pentru a fi recunoscut într-o altă țară decât cea în care a fost creat, cel de al patrulea capitol conține mai multe tipuri de reguli pentru probleme variate iar ultimul capitol este dedicat modului în care se va face implementarea convenției precum și a modalităților prin care un stat poate devenit parte a Convenției.

Conform primului articol din primul capitol al Convenției scopul acesteia include:

1. recunoaşterea instituţiei trustului în sistemele de drept care nu cunosc o astfel de instituţie;

2. recunoaşterea în ţări care au reglementată instituţia trustului a unor trusturi create într-un alt stat conform legislaţiei interne a respectivului stat.

Trustul este definit în articolul 2 al Convenţiei ca fiind relaţiile legale create *inter vivos* sau *mortis causa* de către o persoană, numită *settlor*, prin care active sunt puse sub controlul unui **trustee**, în beneficiul unui beneficiar sau pentru un scop stabilit[1]. Primul obstacol pe care l-au întâmpinat membrii comisiei de lucru asupra Convenţiei a fost concepţia total diferită asupra dreptului de proprietate în sistemele de drept civil şi sistemele de *common-law* care cunosc instituţia trustului. Atât specialiştii din ţările cu sistem de drept civil cât şi cei din ţările cu sistem de *common-law* au fost de acord că divizarea dreptului de proprietate în "drept de proprietate legal" care aparţine trustee-ului şi "drept de proprietate echitabil" care aparţine beneficiarului este caracteristică mecanismului trustului. Mai mult decât atât funcţia fundamentală a trustului este de a crea o separare între controlul asupra bunurilor ce constituie să spunem patrimoniul trustului şi dreptul asupra beneficiilor produse de aceste active. Majoritatea ţărilor cu sistem de drept civilist nu pot concepe o astfel de separare, considerând dreptul de proprietate ca fiind un drept absolut, în timp ce ţările cu sistem de *common law* au o cu totul altă abordare asupra dreptului de proprietate care poate fi subdivizat în timp şi spaţiu. În sistemele de *common law* problemele referitoare la dreptul de proprietate sunt legate de a descoperi care dintre proprietari are un drept de proprietate preferenţial şi nu de a descoperi care dintre persoanele care invocă un drept de proprietate deţin cu adevărat acest drept.

Din aceste motive definiţia trustului adoptată de Convenţie nu este una în totalitate corespunzătoare făcând referire la trust ca la o "relaţie legală", nu ca la o obligaţie a trustee-ului, şi punând accent pe controlul asupra activelor de către trustee mai mult decât pe ideea de drept de proprietate al acestuia. Utilizarea termenului "relaţii legale" a ridicat la rândul său unele dificultăţi, deoarece utilizarea pluralului poate duce la ideea de relaţii sub formă triunghiulară de tipul celor create prin agenţie, când la baza trustului stă relaţia fiduciară dintre trustee şi beneficiar, însă s-a preferat în cele din urmă utilizarea pluralului pentru că singularul putea duce la o înţelegere greşită a complexităţii relaţiilor create prin trust. În ceea ce priveşte părţile atunci când se referă la *settlor* Convenţia foloseşte expresia "o persoană", expresie care nu cuprinde doar sfera persoanelor fizice ci şi sfera persoanelor juridice, însă nu cuprinde şi trusturile create printr-o decizie a unei instanţe, astfel de trusturi nefiind sub sfera de aplicare a Convenţiei. Acelaşi raţionament se va aplica şi în privinţa *trustee*-ului şi a beneficiarului care pot fi atât persoane fizice cât şi juridice.

În ceea ce priveşte actul prin care se poate crea un trust, Convenţia precizează fără echivoc că se aplică atât trusturilor create prin acte *inter vivos,* cât şi *mortis causa*, aplicându-se deci şi în cazul trusturilor testamentare. Referitor la transferul activelor către trust textul Convenţiei utilizează timpul trecut („activele au fost puse sub controlul unui trustee") ceea ce întăreşte ideea că transferul activelor este o condiţie de valabilitate prealabilă formării trustului, în lipsa acestui transfer nici un trust neputând să fie înfiinţat în mod valabil.

[1] Articolul 2 Capitolul 1 al Convenţiei de la Haga asupra legii aplicabile trusturilor şi recunoaşterii lor, încheiată la 1 iulie 1985, textul convenţiei integral disponibil pe pagina oficială de internet a Conferinţei de la Haga asupra dreptului internaţional privat, la adresa: www.hcch.net.

Al doilea paragraf al articolului 2 trasează trei caracteristicii esențiale ale trustului, axându-se în mod special pe situația activelor: a) activele constituie un fond separat și nu fac parte din averea personală a trustee-ului; b) titlul asupra activelor aparține trustee-ului sau unei alte persoane în numele trustee-ului; c) trustee-ul are puterea și îndatorirea, pentru care este răspunzător, de a administra, utiliza sau dispune de active în conformitate cu termenii trustului și îndatoririlor speciale impuse de către lege.

Acest paragraf întărește ideea că activele trustului sunt un fel de masă patrimonială independentă, aparținând formal *trustee*-ului dar fără să se contopească cu activele din patrimoniul său. Cel de al treilea paragraf al articolului 2 se îndepărtează de modelul tradițional al trustului, prevăzând posibilitatea ca *settlor*-ul să își rezerve anumite drepturi sau puteri, precum și posibilitatea ca *trustee*-ul să poată avea el însuși anumite drepturi în calitate de beneficiar.

Articolul 3 restrânge sfera de aplicare a Convenției doar la trusturile voluntare evidențiate în scris. În ceea ce privește trusturile voluntare convenția exclude de la aplicare trusturile create de către instanțe, inclusiv așa numitele „*constructive trusts*" create de către instanțe în baza unei dispoziții imperative a legii. Sunt considerate însă trusturi voluntare și cad sub incidența Convenției de la Haga trusturile create de către o persoană în vederea îndeplinirii unei obligații impuse de către lege sau de instanță cum ar fi de exemplu un trust creat pentru îndeplinirea obligației de întreținere a copilului minor. În privința formei Convenția de la Haga impune ca trustul să fie evidențiat în scris, nefiind impusă forma autentică ci doar *ad probationem,* și fără să precizeze tipul înscrisului prin care se poate înființa în mod valabil un trust: contract, act constitutiv, declarație unilaterală, testament. S-a stabilit că în virtutea acestei dispoziții un trust poate fi înființat și prin declarație orală a settlor-ului însoțită de transferul bunurilor, sau doar din transferul bunurilor de către settlor către trustee, dacă trustee-ul întocmește un act scris în care să menționeze intenția exprimată oral a settlor-ului.

Articolul 4 prevede că dispozițiile Convenției se aplică numai cu privire la trusturi nu și la chestiunile preliminare legate de valabilitatea testamentelor sau a altor acte în virtutea cărora activele sunt transferate către trustee. Din ce sunt constituite „*chestiunile preliminare*" este un lucru discutabil, distincția putând fi făcută între probleme ce țin de capacitatea părților sau îndeplinirea unor formalități impuse de lege, probleme care ar fi în afara sferei de aplicare a Convenției și probleme ce țin de validitatea și punerea în aplicare a dispozițiilor conținute în actul de înființare al trustului, probleme care cad sub incidența Convenției. Clasificarea unor probleme și situații ca fiind „chestiuni prealabile" sau nu, constituie un lucru esențial pentru aplicarea convenției. De exemplu în majoritatea statelor cu sistem de drept civil, dar și într-o serie de state aparținând altor sisteme de drept, în materia succesiunilor există conceptul de „moștenire forțată[1]", conform căruia o persoană nu poate dispune în mod absolut liber de averea sa prin testament, existând o parte din masa succesorală care se va transmite în mod automat, prin efectul legii, către moștenitorii săi direcți și o altă parte din masa succesorală de care se poate dispune în mod liber în favoarea oricărei persoane. Dacă legea statului nu permite unei persoane să dispună de patrimoniul său în detrimentul moștenitorilor, valabilitatea transferului unor proprietăți către trust este puțin probabil să fie considerată

[1] În dreptul nostru civil, acest concept este cunoscut sub denumirea de rezervă succesorală, reglementat de articolul 1086 Cod civil: „Rezerva succesorală este partea din bunurile moștenirii la care moștenitori rezervatari au dreptul în virtutea legii, chiar împotriva voinței defunctului, manifestată prin liberalități ori dezmoșteniri".

a fi o chestiune preliminară urmând să fie în consecință reglementată de dreptul intern al statului respectiv fără a cădea sub incidența Convenției.

În raportul explicativ al Convenției problema considerată delicată a „*chestiunilor preliminare*" a fost comparată într-un mod foarte plastic cu legătura dintre un lansator de rachete și racheta în sine ce urmează a fi lansată. Este absolut necesar să existe un lansator de rachete, cum ar fi de exemplu un testament, o donație sau un altfel de act prin intermediul căruia să poată fi lansată racheta care este trustul. Problemele legate de „lansatorul de rachete" sunt „chestiuni preliminare" și nu cad sub incidența Convenției, legea desemnată în conformitate cu prevederile Convenției se va aplica numai cu privire la actul prin care se înființează trustul și nu cu privire la actul prin care se efectuează transferul bunurilor către trust. Prin articolul 4 s-a intenționat să se excludă din sfera de aplicare a Convenției chestiunile ce țin de valabilitatea formală sau substanțială a actului de transfer a activelor către trust.

Capitolul II cu titlul „Legea Aplicabilă" reglementează prin articolele 6-10 alegerea legii aplicabile și a modalităților prin care poate fi stabilită legea aplicabilă atunci când aceasta nu este în mod expres stabilită. Convenția sprijină principiul autonomiei de voință a părților, în articolul 6 fiind stabilit că *settlor*-ul are posibilitatea de a desemna în mod expres sau implicit legea aplicabilă trustului, iar atunci când legea aleasă de către *settlor* nu are reglementată instituția trustului sau categoria de trust din speță, legea aplicabilă va fi stabilită în conformitate cu dispozițiile articolului 7.

Articolul 7 precizează că atunci când nu este aleasă de către settlor legea aplicabilă, un trust va fi guvernat de către legea cu care se pot stabili legăturile cele mai apropiate, iar în alegerea acestei legi se va ține seama în mod special de: a) locul în care se va face administrarea trustului așa cum a fost desemnat de către settlor; b) locul unde se află localizate activele încredințate trustului; c) locul de domiciliu sau sediul trustee-ului; d) obiectul trustului și locul în care urmează a fi îndeplinit.

Sfera de aplicare a articolului 7 se răsfrânge deci asupra a două situații: prima situație este când settlor-ul nu a stabilit nici o lege aplicabilă în conformitate cu dispozițiile articolului 6 primul paragraf iar cea de a doua situație, prevăzută în articolul 6 al doilea paragraf, este când legea aleasă de către settlor nu reglementează instituția trustului sau tipul de trust creat de către părți. În ambele situații legea aplicabilă va fi cea cu care trustul are cele mai apropiate legături, iar în stabilirea acestei legi Convenția vine cu o serie de norme, ordinea în care aceste reguli urmează a fi aplicate nefiind una aleatorie ci obligatorie.

În articolul 8 sunt enumerate în mod detaliat problemele care vor fi reglementate de legea stabilită conform articolelor 6 și 7, deși enumerarea nu este decât una exemplificativă și nu limitativă. În mod special legea stabilită în conformitate cu articolele 6 și 7 va reglementa:

a) numirea, demisia și înlăturarea trustee-ului, capacitatea acestuia de a acționa și încetarea îndatoririlor de trustee;

b) drepturile și obligațiile dintre trustee atunci când au fost numite mai multe persoane în această calitate;

c) dreptul trustee-ului de a delega în tot sau în parte îndatoririle sale sau exercitarea drepturilor sale;

d) puterea trustee-ului de a administra sau de a dispune de activele trustului;

e) puterea trustee-ului de a face investiții;

f) restricții asupra duratei trustului și asupra puterii de a acumula veniturile trustului;

g) relația dintre turstee și beneficiarul sau beneficiarii trustului, incluzând răspunderea personală a trustee-ului față de beneficiar;

h) transformarea sau finalizarea trustului;

i) distribuirea activelor trustului;

j) îndatorirea trustee-ului de a da socoteală pentru modul de administrare a trustului.

Articolul 9 prevede că în aplicarea Capitolului II al Convenției aspecte diferite ale trustului pot fi reglementare de legi diferite, în special cu trimitere la aspectele ce țin de administrarea trustului. Articolul 9 permite practic încredințarea unor elemente diferite ale trustului către legi diferite, cum ar fi de exemplu aplicarea unei legi în privința administrării trustului și aplicarea unei alte legi cu privire la valabilitatea lui. Totodată în țări diferite sau beneficiari cu domiciliul în diferite state. Introducerea articolului 9 a venit la propunerea statelor cu sistem de drept anglo-saxon, în special a Statelor Unite ale Americii în timp ce statele cu sistem de drept civilist au privit cu scepticism introducerea unei astfel de prevederi având în vedere concepțiile total diferite ale celor două sisteme de drept în stabilirea legii aplicabile. Astfel juriștii de *common law* au în vedere stabilirea legii aplicabile pentru fiecare problemă în parte, în timp ce juriștii civiliști au în vedere găsirea unei singure legi aplicabile întregului litigiu.

Articolul 10 prevede că legea aplicabilă valabilității trustului va determina și dacă legea stabilită pentru a guverna alte aspecte ale trustului poate fi înlocuită cu o altă lege. Această situație este des întâlnită în mod special în cazul trusturilor *offshore*, în actul lor constitutiv fiind precizată posibilitatea ca legea aplicabilă să fie schimbată în eventualitatea îndeplinirii unor evenimente sau la cererea *settlor*-ului.

Capitolul III al Convenției este dedicat recunoașterii trusturilor, recunoaștere care are în vedere pe de o parte recunoașterea trusturilor în statele care nu au reglementată o astfel de instituție precum și recunoașterea trusturilor create într-un stat în conformitate cu legislația statului respectiv într-o altă jurisdicție. Articolul 11 prevede că un trust creat în conformitate cu legea stabilită în Capitolul precedent (articolele 6 și 7) va fi recunoscut ca fiind un trust conform dispozițiilor Convenției, recunoaștere ce are ca și consecințe tratarea proprietății trustului ca fiind un patrimoniu separat, independent, recunoașterea dreptului trustee-ului de a da în judecată și posibilitatea de a fi dat în judecată în calitatea sa de trustee precum și recunoașterea capacității sale de a acționa în această calitate în fața unui notar sau a autorităților publice. Conform celui de al treilea paragraf al articolului 11, recunoașterea în mod special va avea următoarele consecințe:

a) creditorii particulari ai trustee-ului nu vor avea nici o acțiune împotriva activelor trustului;

b) activele trustului nu vor face parte din averea trustee-ului în caz de insolvență sau faliment al acestuia;

c) activele trustului nu vor face parte din proprietatea comună a soților;

d) activele trustului vor putea fi recuperate atunci când trustee-ul cu încălcarea îndatoririlor sale a amestecat activele trustului cu propriile active sau a înstrăinat aceste active. Drepturile și obligațiile oricărui terț deținător al activelor rămâne totuși reglementat de legea determinată conform dispozițiilor de drept internațional privat al forumului[1].

[1] Articolul 11 paragraful 3 Capitolul III al Convenției asupra legii aplicabile trusturilor și recunoașterii lor, încheiată la 1 iulie 1985, textul convenției integral disponibil pe pagina oficială de internet a Conferinței de la Haga asupra dreptului internațional privat, la adresa: www.hcch.net.

Dispozițiile celui de al treilea paragraf al articolului 11 sunt doar o aplicare mai particulară a prevederilor prevăzute în paragraful doi, faptul că recunoașterea trustului implică tratarea proprietății transmisă trustului ca o proprietate separată de cea a trustee-ului, presupune practic că această proprietate nu poate fi urmărită de creditorii trustee-ului, nu poate fi executată în caz de faliment sau insolvență, după cum în mod firesc nu poate face parte din patrimoniul comun al soților. Primele trei situații nu ridică mari dificultăți ținând cont și de faptul că separarea activelor aparținând trustului de cele personale ale trustee-ului este un element esențial al trustului fără de care recunoașterea nu ar avea nici un rost. Situația menționată la litera d) are în vedere dreptul de urmărire[1], drept care în sistemele de drept anglo-saxon care au reglementat trustul, se referă la dreptul beneficiarului de a urmări activele trustului dacă acestea au fost înstrăinate de trustee sau trecute în patrimoniul său personal cu încălcarea dispozițiilor trustului. Drepturile și obligațiile terților dobânditori ale unor astfel de active nu vor cădea sub incidența legii aplicabile trustului conform Convenției urmând a fi reglementate de către legea desemnată de dispozițiile de drept internațional privat ale forumului.

Articolul 12 prevede că atunci când un trustee dorește să înregistreze active, mobile sau imobile, sau documente care să ateste titlul asupra lor, el va fi împuternicit să poată face înregistrarea în calitatea sa de trustee sau în altă modalitate prin care existența trustului să poată fi demonstrată, dacă acest fapt este prevăzut în legea statului unde se dorește înregistrarea sau nu este interzis. Conform acestui articol un trustee care dorește înregistrarea dreptului său ca și trustee poate solicita efectuarea unei astfel de înregistrări, iar în cazul în care nu este posibilă, înregistrarea poate avea loc într-o așa manieră încât existența trustului să apară într-o altă modalitate. Aceste situații sunt posibile numai dacă legea statului în care urmează să se facă înregistrarea permite acest lucru, înregistrarea dreptului presupunând îndeplinirea formalităților cerute de legea unde va avea loc înregistrarea. Aplicarea articolului 12 nu se reduce la registrele publice, ci și la registrele private care se întocmesc în scopul de a asigura publicitatea față de terți așa cum este cazul unui registru al acționarilor unei societăți comerciale.

Articolul 13 conține ceea ce statele cu sistem de drept romano-germanic au numit „*escape clause*" sau clauze care să le permită neaplicarea Convenției, mai exact articolul 13 permite refuzarea recunoașterii unui trust de către statele care nu au reglementată această instituție dacă elemente semnificative ale acestuia (cum ar fi locul unde sunt situate activele, domiciliul obișnuit al settlor-ului sau al beneficiarului) îl leagă mai mult de legea acestui stat, chiar și în situația aplicării articolelor 6 și 7.

Prevederile articolului 14 reflectă în totalitate obiectivele Convenției și anume de a facilita recunoașterea trusturilor, încurajând aplicarea oricăror alte reguli dacă sunt mai favorabile pentru recunoașterea trusturilor față de cele înscrise în Convenție.

Capitolul IV al Convenției sub titlul "Dispoziții Generale" conține o serie de reguli mixte și o serie de "*escape cluses",* clauze care să permită neaplicarea convenției introduse la cererea statelor care nu aveau reglementat trustul.

Articolul 15 este unul dintre acele articole care permite limitarea recunoașterii trusturilor sau chiar nerecunoașterea, dacă normele legale desemnate a fi aplicabile conform dispozițiilor de drept internațional privat sunt norme imperative, de la care nu se poate deroga prin voința părților, și privesc în special:

[1] În dreptul nostru civil prerogativa urmăririi este o prerogativă specifică drepturilor reale care constă în posibilitatea titularului dreptului real de a urmări bunul în mâinile oricărei persoane s-ar găsi.

a) protecția părților, mai ales dacă acestea sunt minore sau incapabile;

b) efectele personale dar și efectele asupra proprietății în caz de căsătorie;

c) succesiunea drepturilor, prin testament sau prin acte juridice *inter vivos*, în special a părților aparținând în mod irevocabil soțului supraviețuitor sau rudelor de sânge;

d) transferul titlului de proprietate sau a unei garanții reale[1] asupra proprietății;

e) protecția creditorilor în caz de insolvență;

f) protecția terților care au acționat cu bună-credință.

Având în vedere faptul că trustul poate îndeplini foarte multe funcții în domenii foarte diverse, anumite prevederi legale care guvernează trustul pot veni în conflict cu alte dispoziții legale din alte domenii, în această situație Convenția stabilind că regulile aplicabile acestor alte domenii vor prevala, cu condiția să fie norme imperative. Enumerarea în cadrul articolului a unor domenii în care va prevala legea internă care le reglementează este numai cu titlu exemplificativ și nu limitativ aplicarea reguli putând fi extinsă și asupra unor alte situații.

Articolul 16 are în vedere reglementarea cunoscută sub denumirea de "lege de imediată aplicare" care conform Convenției de la Roma constituie dispoziții legale imperative, și are în vedere acele norme care se vor aplica cu prioritate în anumite situații, chiar dacă conform normelor de drept internațional privat o altă normă juridică ar fi fost aplicabilă. În această categorie sunt incluse dispoziții legale care reglementează domenii extrem de importante cum ar: fi moștenirea culturală a statului, sănătatea publică, interesul economic național. Primul paragraf al articolului 16 stabilește că legea de imediată aplicare a forumului va prevala asupra oricăror dispoziții ale Convenției. Articolul 17 definește noțiunea de lege în concepția Convenției, ca fiind regula de drept în vigoare într-un stat alta decât regula de drept internațional privat.

În categoria acelor „*escape clauses*" se integrează și articolul 18 care stabilește că prevederile convenției pot fi încălcate când aplicarea lor ar fi în mod clar incompatibilă cu ordinea publică. Regula formulată într-o manieră extrem de generală permite încălcarea convenției într-o serie largă de cazuri, aplicarea acesteia cu prea multă ușurință putând afecta în mod serios scopul Convenției. Regula va putea fi aplicată chiar și de jurisdicțiile de *common law*, care vor putea refuza punerea în executare a unui trust creat conform legislației unui alt stat pe motive de politică publică. Din acest motiv s-a stabilit că având în vedere și prevederile articolelor 15 și 16 care stabilesc o serie de situații în care prevederile Convenției nu își vor găsi aplicarea, aplicarea articolului 18 trebuie făcută numai în cazuri excepționale.

Ținând cont de temerile în mod special invocate de statele cu sistem de drept civilist în legătură cu posibilitatea utilizării trustului în operațiuni ilegale, cum ar fi spălarea de bani și evaziunea fiscală, a fost introdus articolul 19 care stabilește că nici o prevedere a Convenției nu va prejudicia puterile statului în materie fiscală.

Având în vedere dispozițiile articolului 3 care restrânge sfera de aplicare a Convenției numai la trusturile voluntare, articolul 20 dă posibilitatea statelor contractante să aplice prevederile convenției și în cazul trusturilor declarate prin

[1] Textul convenției utilizează termenul de „*security intrests*", concept care aparține sistemului de drept anglo-saxon. Acest concept nu este identic cu cel de garanție reală din dreptul continental fiind doar un echivalent al acestuia. *Security intrests* pot fi definite ca fiind drepturi asupra unor bunuri, create prin contract sau prin lege, pentru garantarea executării unei obligații, de obicei plata unei datorii. Sistemul de drept anglo-saxon cunoaște un număr de nouă astfel de drepturi: *legal morgage*, *equitable mortgage*, *statutory mortgage, equitable charge, floating charge, pledge, legal lien, equitable lien, hypothecation* și *conditional sale.*

hotărâri judecătoreşti. Opţiunea statelor de a recunoaşte trusturile constituite prin hotărâri judecătoreşti trebuie făcută printr-o declaraţie ce urmează a fi notificată Ministerului Afacerilor Externe al Olandei, urmând a intra în vigoare la data primirii sale.

Articolele 21 şi 22 prevăd clauze de rezervare prin care fiecare stat îşi poate păstra opţiunea de a aplica sau nu prevederile Convenţiei. Conform articolului 21 orice stat contractant poate să îşi rezerve dreptul de a aplica prevederile Capitolului III, referitor la recunoaşterea trusturilor, numai în cazul trusturilor a căror valabilitate este guvernată de legea unui stat contractant. Clauza de rezervare le oferă statelor semnatare posibilitatea să nu recunoască trusturile guvernate de legislaţia unui stat care nu este membru al Convenţiei. Conform articolului 22 Convenţia se aplică tuturor trusturilor indiferent de data la care au fost create, iar clauza de rezervare introdusă în paragraful doi, se referă la posibilitatea statelor de a nu aplica prevederile Convenţiei decât pentru trusturile create după intrarea în vigoare a Convenţiei în statul respectiv.

Articolele 23 şi 24 au în vedere statele care sunt organizate în mai multe unităţi teritoriale fiecare având legislaţia sa proprie, cum este de exemplu cazul Statelor Unite ale Americii. Conform articolului 23 atunci când un stat este alcătuit din mai multe unităţi teritoriale fiecare cu propria legislaţie referitoare la trust, orice referire la legea statului în înţelegerea prezentei Convenţii are în vedere legea în vigoare în teritoriul în discuţie. În concluzie, fiecare unitate teritorială urmează a fi tratată ca fiind un stat legea aplicabilă fiind cea stabilită în conformitate cu prevederile articolului 6 şi 7 din Convenţie. Articolul 24 permite neaplicarea Convenţiei în cazul în care apare un conflict de legi numai între normele unor unităţi teritoriale aparţinând aceluiaşi stat.

Capitolul V al Convenţiei denumit - "Dispoziţii finale" conţine dispoziţii referitoare la intrarea în vigoare a Convenţie şi alte aspecte procedurale printre care posibilitatea statelor care nu sunt membre ale Conferinţei de a deveni parte în Convenţie. Articolul 26 prevede că statele pot la momentul semnării, ratificării, acceptării, aprobării sau aderării la Convenţie să îşi exprime opţiunea în legătură cu aplicarea clauzelor de rezervare prevăzute în articolele 16, 21 şi 22. Conform articolului 28 orice stat poate accede la Convenţie după intrarea ei în vigoare. Denunţarea Convenţiei este reglementată în articolul 31, orice stat putând denunţa în orice moment Convenţia printr-o notificare formală adresată Ministerului Afacerilor Externe al Olandei în calitate de depozitar al Convenţiei. Denunţarea va intra în vigoare în prima zi a luni ce urmează expirării unei perioade de 6 luni de la momentul în care notificarea a fost primită de către depozitar, sau la o dată ulterioară aşa cum este specificată în notificare.

Convenţia de la Haga asupra legii aplicabile trusturilor şi recunoaşterii lor a constituit un proiect extrem de ambiţios datorită faptului că a trebuit să armonizeze nu doar legislaţii diferite ci sisteme de drept diferite. Chiar dacă Convenţia nu a fost ratificată la momentul creării sale decât de două state cu sistem de drept civil, Italia şi Olanda, la elaborarea textului Convenţiei au participat membrii din mai multe state europene care au manifestat un interes activ în problema trustului şi în redactarea textului Convenţiei.

Uni autori consideră trustul ca fiind o instituţie care s-a creat prin secole de practică şi analiză, fiind o sinteză a reglementării relaţiilor fiduciare comparabilă cu sinteza romană asupra reglementării contractelor, iar o astfel de sinteză cere atâta inteligenţă şi tenacitate încât unei civilizaţii îi va fi greu să poată crea mai multe astfel de realizări. În acest mod a fost exprimat scepticismul asupra succesului Convenţiei care se doreşte într-o oarecare măsură o reglementare internaţională în materia trustului. Astăzi un

număr de 13 state:Australia, Canada, Republica Populară Chineză (numai Hong Kong-ul), Italia, Luxembourg, Malta, Monaco, Olanda, Elveția Marea Britanie, Liechtenstein şi San Marino aplică dispozițiile Convenției, în timp ce alte trei state Cipru, Franța şi Statele Unite ale Americii sunt semnatare ale Convenției dar fără a pune în aplicare dispozițiile ei.

Concluzii

Convenția de la Haga asupra legii aplicabile trusturilor şi asupra recunoaşterii lor constituie reglementarea internaţională care reuşeşte să aproprie sistemul de drept civil şi pe cel de *common law* în privinţa unor noţiuni total diferite, creând totodată un instrument util în special pentru judecătorii din ţările civiliste prin crearea unei reglementări concise asupra trustului. Sintetizând, Convenţia defineşte trustul ca fiind relațiile legale create *inter vivos* sau *mortis causa* de către o persoană, numită *settlor*, relaţie prin care active sunt puse sub controlul unui *trustee*, în beneficiul unui beneficiar sau pentru un scop stabilit. În privinţa părților Convenția stabileşte că poate fi parte a trustului orice persoană fizică sau juridică, însă Convenţia nu va fi aplicabilă trusturilor create printr-o decizie a unei instanțe.

În ceea ce priveşte actul prin care se poate crea un trust, Convenția precizează fără echivoc că se aplică atât trusturilor create prin acte *inter vivios*, cât şi *mortis causa*, aplicându-se deci şi în cazul trusturilor testamentare. Ceea ce este important de reţinut este că textul Convenţiei impune ca activele să fie puse sub controlul trustee-ului, ceea ce conduce la ideea că transferul activelor este o condiţie de valabilitate prealabilă formării trustului. S-a stabilit că prevederile Convenției se vor aplica strict cu privire la actul prin care se înființează trustul şi că nu vor trata actul prin care se efectuează transferul bunurilor către trust cum ar fi chestiunile ce țin de valabilitatea formală sau substanțială a actului de transfer a activelor către trust.

Convenţia dă posibilitatea settlor-ului de a desemna în mod expres sau implicit legea aplicabilă trustului, Convenţia sprijinind prin aceasta principiul autonomiei de voinţă a părţilor. Mai mult Convenția permite încredințarea unor elemente diferite ale trustului către legi diferite, cum ar fi de exemplu aplicarea unei legi în privința administrării trustului şi aplicarea unei alte legi cu privire la valabilitatea lui. Când nu este aleasă de către settlor legea aplicabilă, un trust va fi guvernat de către legea cu care se pot stabili legăturile cele mai apropiate.

În privinţa recunoaşterii trusturilor, aceasta are în vedere pe de o parte recunoaşterea trusturilor în statele care nu au reglementată o astfel de instituție precum şi recunoaşterea trusturilor create într-un stat în conformitate cu legislația statului respectiv într-o altă jurisdicție care reglementează într-o manieră diferită trustul. Un trust creat în conformitate cu legea stabilită în conformitate cu articolele 6 şi 7 din Convenţie va fi recunoscut ca fiind un trust conform dispozițiilor Convenției, recunoaştere ce are ca şi consecințe tratarea proprietății trustului ca fiind un patrimoniu separat, independent, recunoaşterea dreptului trustee-ului de a da în judecată şi posibilitatea de a fi dat în judecată în calitatea sa de trustee, precum şi recunoaşterea capacității sale de a acționa în această calitate în fața unui notar sau a autorităților publice.

Convenţia conţine şi o serie de „*escape cluses",* clauze care să permită neaplicarea convenției introduse la cererea statelor care nu aveau reglementat trustul. În această categorie se înscriu clauzele care permit limitarea recunoaşterii trusturilor sau chiar

nerecunoaşterea, dacă normele legale desemnate a fi aplicabile conform dispoziţiilor de drept internaţional privat sunt norme imperative, de la care nu se poate deroga prin voinţa părţilor. Având în vedere faptul că trustul poate îndeplini foarte multe funcţii în domenii foarte diverse, anumite prevederi legale care guvernează trustul pot veni în conflict cu alte dispoziţii legale din alte domenii, în această situaţie Convenţia stabilind că regulile aplicabile acestor alte domenii vor prevala, cu condiţia să fie norme imperative. În categoria acelor „*escape clauses*" se integrează şi articolul care stabileşte că prevederile convenţiei pot fi încălcate când aplicarea lor ar fi în mod clar incompatibilă cu ordinea publică. Această regulă va putea fi aplicată chiar şi de jurisdicţiile de *common law*, care vor putea refuza punerea în executare a unui trust creat conform legislaţiei unui alt stat pe motive de politică publică. Ţinând cont de temerile în mod special invocate de statele cu sistem de drept civilist în legătură cu posibilitatea utilizării trustului în operaţiuni ilegale, cum ar fi spălarea de bani şi evaziunea fiscală, a fost introdus şi articolul care stabileşte că nici o prevedere a Convenţiei nu va prejudicia puterile statului în materie fiscală.

Bibliografie

1. Alfred E. von Overbeck, Explanatory Report on the 1985 Hague Trusts Convention, 1985, pp 410-412 raport disponibil pe pagina oficială de internet a Conferinţei de la Haga asupra dreptului internaţional privat, la adresa: www.hcch.net.

2. Christian de Wulf, The Trust and Corresponding Institutions in The Civil Law, Centrul interuniversitar de drept comparat Emile Bruylant, Bruxelles, 1965.

3. David J. Hayton, Extending the Boundaries of Trusts and Similar Ring-fenced Funds, Editura Kluwer Law International, Olanda, 2002, p. 238**.**

4. Dyer Adair, Internaţional recognition and adaptation of trusts: the influence of the Hague Convention. The Free Library, 1999, articol disponibil pe internet la adresa: disponibil pe internet la adresa: http://www.thefreelibrary.com/International recognition and adaptation of trusts: the influence of...-a05811.

5.Sara Collins, Steven Kempster, Morven McMillan, Alison Meek, *International Trust Disputes*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

6. The Trident Practical Guide to International Tursts, Ediţia a IV-a, Chancellor Publications, 2004.

Drept penal

Le juge des droits et des libertes

Claudia ***GHICA-LEMARCHAND***

Introduction

1. L'entrée en vigueur du nouveau Code pénal et du nouveau Code de procédure pénale en Roumanie sont des évènements marquants, car se rencontrent deux préoccupations essentielles.

D'une part, le système juridique roumain, comme le système juridique français font partie des systèmes romano-germaniques, aussi appelés aujourd'hui, dans le monde « globalisé », systèmes de « civil law ». Ils reposent sur la loi écrite, gravée dans le marbre, qui fixe les principes et permet de les appliquer aux situations concrètes. Son approche est ainsi verticale, car on part de haut en bas pour étudier la loi, contrairement aux systèmes de « common law », qui reposent sur la prise en compte d'une multitude de situations permettant de dégager des solutions concrètes adaptées à chaque espèce.

D'autre part, le droit pénal est considéré depuis le siècle des Lumières comme le moyen le plus sûr d'évaluer l'état de santé d'une société démocratique. En effet, par sa valeur déclarative, la loi pénale fixe l'ordre des priorités sauvegardées par la société, comme ciment du pacte social nous unissant.

A ce titre, l'entrée en vigueur d'un nouveau Code pénal et d'un nouveau Code de procédure pénale est un événement considérable qui permet d'écrire une nouvelle page de l'histoire juridique d'un pays, et pas seulement, tellement les institutions juridiques influent et sont imbriquées dans les évolutions globales de la société, qu'elles se manifestent sur le plan social, sociétal, technologique.

2. Le sujet proposé porte sur la création d'une nouvelle juridiction par le Nouveau Code de procédure pénale roumain (NCPP) - le « juge des droits et libertés ». S'il est possible de le rapprocher de l'institution française du « juge des libertés et de la détention », il ne s'y confond pas. En étudiant ses compétences et son champ d'intervention, il est possible de constater qu'il s'agit d'une juridiction originale, dotée de pouvoirs importants et qui prendra une place centrale dans la procédure. L'étude présente expose, en premier lieu, l'institution française du juge des libertés et de la détention, qui pourra inspirer le « juge des droits et libertés » roumain et, ensuite proposer une analyse des problèmes que l'instauration de cette nouvelle juridiction risque de poser dans l'architecture de la nouvelle procédure pénale roumaine.

I. Le juge des libertes et de la detention

3. L'architecture française est un héritage classique de l'époque napoléonienne, revisité par les nouvelles règles européennes d'impartialité. Il existe deux juridictions de la phase préparatoire de premier degré: le juge d'instruction et le juge des libertés et

de la détention. Même si ce dernier est apparu en dernier, il tend à occuper une place de plus en plus importante au sein de la procédure pénale car il s'affirme comme la personnification même de l'autorité judiciaire garante de la liberté individuelle, au sens de l'article 66 de la Constitution.

A. La juridiction - le juge de la detention et des libertes

4. Le juge des libertés et de la détention a été instauré par la loi du 15 juin 2000, au nom emblématique de loi relative à la présomption d'innocence. Le juge des libertés et de la détention est un magistrat du siège désigné par le président du TGI, un magistrat de haut rang, puisqu'il doit avoir le grade de président ou de vice-président, ce qui revient à lui garantir plusieurs années d'ancienneté, car il siège comme juge unique. Il a été conçu d'abord comme un juge de la détention, en contre-pouvoir au juge d'instruction, mais affermit son rôle comme juge des libertés.

1. Juge de la detention

5. Le juge d'instruction a été créé par le Code d'instruction criminelle de 1808 qui fait partie de la série des codes napoléoniens. Il est un juge enquêteur, il conduit la phase d'investigation judiciaire « à charge et à décharge » en vue de la manifestation de la vérité. Pendant très longtemps considéré comme « l'homme le plus puissant de France », à l'origine des affaires politico-économiques fortement médiatisées, il intervient actuellement dans moins de 5% des cas. Menacé de disparition dans le projet de réforme du CPP, il concentre des critiques majeures: concentration des pouvoirs, solitude du pouvoir, toute-puissance. Deux réformes l'ont touchées récemment et lui ont permis de survivre aux plus grands scandales judiciaires français, notamment le scandale d'Outreau. D'une part, la loi du 5 mars 2007 a limité sa solitude – actuellement, les juges d'instruction sont co-saisis des dossiers. De surcroît, il y a une difficile et inachevée mise en place des pôles d'instruction. D'autre part, une partie de ses pouvoirs lui ont été retirés et ont été confiées à une nouvelle juridiction – le juge des libertés et de la détention.

6. La raison de la création du juge des libertés et de la détention par la loi du 15 juin 2000 a été de retirer au juge d'instruction le pouvoir de placer une personne en détention provisoire. Selon l'article 137-1 du CPP, le JLD apprécie la nécessité d'ordonner ou de prolonger la détention provisoire, statue sur le sort des demandes de mise en liberté lorsque le juge d'instruction ne décide pas d'y faire droit. Ainsi, le juge d'instruction a perdu cette prérogative essentielle et ne peut plus, à la fois, mener les investigations et décider du maintien en liberté de la personne. Il est possible d'y entrevoir une nouvelle manifestation du principe d'impartialité, qui est la véritable colonne vertébrale du procès équitable, au sens de l'article 6 de la Convention des droits de l'homme. Toutefois, il est possible de noter que les détracteurs du juge des libertés et de la détention considèrent qu'il est « un pantin » dans la procédure, puisqu'il se prononce sur le dossier présenté par le juge d'instruction, qui garde son rôle d'influence dans le placement en détention.

Au stade du jugement, selon les articles 394 et 396 CPP, le JLD peut être saisi par le procureur de la République aux fins de placer une personne en détention provisoire, sous contrôle judiciaire ou sous assignation à résidence avec surveillance électronique. Dans le cadre de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, lorsque la personne demande à bénéficier d'un délai de réflexion avant de se

prononcer sur la proposition faite par le procureur, le JLD peut déclencher une de ces mesures à son encontre (articles 495-10 s. CPP).

Par ailleurs, si la personne se soustrait volontairement à ses obligations de contrôle judiciaire, le JLD peut déclencher un mandat d'arrêt ou d'amener à son encontre (article 141-2).

7. Le juge des libertés et de la détention a donc été pourvu de larges compétences, mais non exclusives, en matière de détention provisoire. En effet, il doit être saisi par le juge d'instruction ou le procureur de la République, afin de prononcer la détention provisoire, compétence exclusive, mais il partage avec le juge d'instruction la possibilité de mettre fin à la mesure, puisqu'il n'intervient qu'en cas de refus de ce dernier, ou de prononcer le contrôle judiciaire et le placement à résidence sous surveillance électronique. Cette théorie du double regard a pu être critiquée par certains comme un effet d'optique qui conduit le législateur « à voir double au risque de tituber »[1].

8. Mais il faut bien décrypter la volonté du législateur qui a voulu mettre l'accent sur la sauvegarde des libertés comme contrepartie de la possibilité de porter atteinte à la liberté à travers la détention. Il a donc été conçu comme juge de la détention en protection de la première des libertés fondamentales – la liberté d'aller et venir – il a successivement gagné de nombreuses autres compétences en tant que protecteur des autres libertés. Ce subtil mouvement de balancier est parfaitement traduit par le maniement de l'équilibre subtil entre le singulier de la détention et le pluriel des libertés.

2. Juge des libertes

9. Ainsi, que son nom l'indique, si le juge des libertés et de la détention contrôle la détention, il sauvegarde les autres libertés fondamentales. Le pluriel doit être souligné ici, car il permet à cette juridiction de voir ses compétences étendues et diversifiées au cours des réformes successives.

10. Il intervient à tous les stades de la procédure pénale – enquête préliminaire ou de flagrance, instruction, jugement et application des peines – mais aussi dans les procédures administratives, comme la procédure de rétention administrative des étrangers en situation irrégulière.

Dans le cadre de la procédure pénale, il a un rôle varié et de plus en plus étendu. Dans le cadre des enquêtes de police, il autorise les actes particulièrement attentatoires aux droits et libertés fondamentales:

- prolongation de la garde à vue au-delà des 48 heures, autorisés par le procureur (article 706-88 CPP), pouvant aller jusqu'à 144 heures en matière terroriste;
- autorisation de la perquisition sans l'assentiment de la personne dans le cadre d'une enquête préliminaire pour délit puni de plus de cinq ans d'emprisonnement (article 76 CPP);
- autorisation des perquisition, visites domiciliaires et saisies de pièces à conviction en dehors des heures légales (6h-21h) dans le cadre des enquêtes liées à la criminalité organisée (article 706-89 et 706-90 CPP);

[1] Lemonde M., « Le juges des libertés et de la détention: une réelle avancée ? », RSC 2001, p. 51.

- autorisation d'écoutes téléphoniques dans le cadre d'une enquête relative à la délinquance organisée (art. 706-95) ou dans le cadre de la recherche d'un fugitif (article 74-2);
- mise en place d'un dispositif de sonorisation ou captation d'image sans le consentement des intéressés, en dehors des heures prévues par l'article 59, ce qui peut donner lieu à des atteintes à l'intimité de la vie privée (article 706-96);
- mesures conservatoires sur les biens meubles ou immeubles de la personne mise en examen, en cas d'information ouverte dans le cadre de la délinquance organisée (article 706-103);
- le recueil des déclarations d'une personne sans que son identité n'apparaisse dans la procédure (article 706-58).

11. Mais, il possède aussi des compétences en dehors de la procédure pénale, dans un domaine en plein développement – l'inscription dans certains fichiers. Selon l'article 706-53-10 CPP, si le procureur de la République n'ordonne pas la rectification ou l'effacement de l'inscription d'une personne du fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes (FIJAISV), la personne peut saisir à cette fin le juge des libertés et de la détention. Ce dernier peut faire procéder à toutes les vérifications qu'ils estiment nécessaires et notamment ordonner une expertise médicale de la personne afin de se prononcer sur cette demande. La même procédure est prévue pour le Fichier National automatisé des empreintes génétiques (FNAEG), selon l'article R 53-13-2 CPP.

12. La loi du 5 juillet 2011 a placé le juge des libertés et de la détention au sein de la procédure des mesures de soins psychiatriques sous contrainte. Il contrôle la procédure soit à la demande du patient ou du tiers agissant dans son intérêt, soit à la demande du directeur de l'établissement de soins, du préfet ou de manière automatique. L'intervention automatique et systématique du juge des libertés et de la détention est une innovation. En effet, il intervient systématiquement 15 jours après le prononcé de la mesure et tous les six mois en cas de prolongation. En effet, cette loi a été adoptée à la suite de deux décisions du Conseil constitutionnel constatant l'inconstitutionnalité de l'ancienne procédure et une condamnation de la France par la CEDH. Une modification fort importante est intervenue à ce titre lorsque l'auteur de l'infraction a agi sous l'emprise d'un trouble psychique ou neuro-psychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes. Dans ce cas, la juridiction collégiale prononce l'irresponsabilité pénale de la personne pour cause de trouble mental total, mais peut prononcer des mesures de sûreté, au titre de laquelle l'hospitalisation d'office dans le cadre d'un établissement de soins psychiatriques. Le juge des libertés et de la détention intervient tous les six mois pour procéder au contrôle de cette mesure et l'opportunité de la maintenir ou de prononcer sa mainlevée.

13. Cette extension des missions du juge des libertés et de la détention permet de noter un développement quantitatif de ses compétences, mais aussi une modification qualitative de ses pouvoirs.

B. La philosophie de l'institution

14. Le juge des libertés et de la détention change progressivement de visage et semble intégrer pleinement sa mission de sauvegarde des libertés fondamentales. Ainsi, la maîtrise de la détention, qui était sa raison d'être, passe au second plan et la protection des autres libertés devient prépondérante. Si l'étude exhaustive de ces évolutions est peu intéressante, deux aspects importants seront soulignés. D'une part, le juge des libertés et de la détention est gardien des libertés fondamentales générales, mais aussi particulières.

D'autre part, le juge des libertés et de la détention se trouve au centre des évolutions technologiques risquant de porter atteinte aux libertés fondamentales. Ainsi, le législateur se tourne naturellement vers lui afin de protéger les individus des atteintes insidieuses portées l'utilisation des technologies modernes dans le cadre des investigations.

1. Protection des libertes fondamentales a travers des situations particulieres

15. La plupart des compétences du juge des libertés et de la détention reposent sur la prise en compte d'un critère ratione materiae objectif, désigné en fonction de la phase de la procédure et du type d'infraction pour laquelle la personne est mise en examen. Par exemple, du point de vue de la prise en compte de la phase de la procédure, il intervient dans le cadre des mesures de détention provisoires dans le cadre de l'instruction. Pour l'exemple de la prise en compte du type d'infraction, il intervient dans le cadre de la prolongation de la mesure de garde-à-vue dans le cadre des infractions de criminalité organisée ou de terrorisme. Mais le législateur a choisi de déclencher sa compétence lorsque les actes d'investigation mettent en cause certaines personnes afin d'optimiser la protection de certaines libertés dont elles sont elles-mêmes le garant.

16. Les articles 56-1 à 56-3 CPP décrivent la procédure dans le cadre de la perquisition et la saisie concernant certaines personnes soumises à un secret professionnel. Lorsque des perquisitions sont effectuées au domicile ou au cabinet d'un avocat, d'un huissier, d'un médecin ou d'un notaire ou dans des locaux de presse, elles ne peuvent être effectuées que par un magistrat en présence du représentant de l'ordre, pour les avocats, ou de l'organisation professionnelle, pour les autres. Le magistrat est le procureur de la République dans le cadre de l'enquête et le juge d'instruction dans le cadre de l'instruction. Nous allons nous pencher particulièrement sur l'exemple de l'avocat, sachant que les autres procédures sont calquées sur le même modèle.

17. La procédure est détaillée à l'article 56-1 CPP. Le magistrat doit adresser préalablement au bâtonnier une décision écrite et motivée indiquant la nature de l'infraction, les raisons justifiant la perquisition et son objet. Seuls le magistrat et le bâtonnier ou son délégué peuvent prendre connaissance du contenu des documents, en aucun cas les policiers présents aux perquisitions. Aucune saisie ne peut porter sur un document étranger à l'infraction qui a été précisée dans la décision préalable. Le bâtonnier ou son délégué peut s'opposer à la saisie d'un document ou d'un objet s'il estime que cette saisie serait irrégulière. Le document ou l'objet doit alors être placé sous scellé fermé. Ces opérations font l'objet d'un procès-verbal mentionnant les objections du bâtonnier ou de son délégué, qui n'est pas joint au dossier de la procédure. Ce procès-verbal ainsi que le document ou l'objet placé sous scellé fermé sont transmis

sans délai au juge des libertés et de la détention, avec l'original ou une copie du dossier de la procédure.

Dans les cinq jours de la réception de ces pièces, le juge des libertés et de la détention statue sur la contestation par ordonnance motivée non susceptible de recours. A cette fin, il entend le magistrat qui a procédé à la perquisition et, le cas échéant, le procureur de la République, ainsi que l'avocat au cabinet ou au domicile duquel elle a été effectuée et le bâtonnier ou son délégué. Il peut ouvrir le scellé en présence de ces personnes.

S'il estime qu'il n'y a pas lieu à saisir le document ou l'objet, le juge des libertés et de la détention ordonne sa restitution immédiate, ainsi que la destruction du procès-verbal des opérations et, le cas échéant, la cancellation de toute référence à ce document, à son contenu ou à cet objet qui figurerait dans le dossier de la procédure.

Dans le cas contraire, il ordonne le versement du scellé et du procès-verbal au dossier de la procédure. Cette décision n'exclut pas la possibilité ultérieure pour les parties de demander la nullité de la saisie devant, selon les cas, la juridiction de jugement ou la chambre de l'instruction.

18. Cette procédure complexe protège le secret professionnel de l'avocat, mais pas en tant que prérogative professionnelle et signe de puissance, mais comme conséquence nécessaire des droits de la défense, composante essentielle du procès équitable, en vertu de l'article 6 CEDH. Les secrets du notaire, de l'huissier, dans le domaine juridique, et du médecin, dans le domaine social, constituent des garanties évidentes de l'intimité de la vie privée, selon l'article 8 CEDH. Enfin, le secret des journalistes et de leurs sources, protégé par l'article 10 CEDH, constitue la pierre angulaire des démocraties et la presse a été sacrée « chien de garde » de la démocratie. La loi du 4 janvier 2010 a considérablement renforcé ce secret, modifiant en conséquence l'article 56-2, qui pourrait subir une nouvelle modification. Un projet de loi sur une meilleure protection des sources journalistiques est en cours d'adoption.

19. Il parfaitement possible de voir que cette procédure particulière faisant intervenir le juge des libertés et de la détention s'inspire directement des libertés fondamentales garanties par les textes européens de référence.

2. Regulateur des innovations technologiques dans le cadre des investigations

20. Le juge des libertés et de la détention contrôle l'utilisation des techniques d'investigation modernes qui peuvent porter atteinte à l'intimité de la vie privée ou au secret des correspondances. Une étude exhaustive des possibilité technique est moins pédagogique que l'approfondissement d'un exemple topique - la géolocalisation. Cet exemple est révélateur de l'évolution de la procédure pénale soumise aux tensions de la société entre nécessités des investigations et protection des libertés fondamentales.

21. Dans deux arrêts rendus par la Chambre criminelle le 22 octobre 2013[1], la Cour de cassation s'est prononcée sur le régime des mesures de géolocalisation en temps réel grâce au téléphone portable ou de suivi dynamique à distance. En tant que mesures d'investigation, elles étaient utilisées indistinctement dans le cadre des enquêtes de police ou dans le cadre des informations judiciaires. La Cour de cassation opère une distinction entre les deux cadres de procédure pénale. Si la géolocalisation continue

[1] Chambre criminelle le 22 octobre 2013 n° 13-81945 et n° 13-81949.

d'être admise dans le cadre de l'instruction, opérée sous le contrôle d'un juge, elle a été invalidée dans le cadre des enquêtes préliminaires puisque cette technique constitue une ingérence dans la vie privée dont la gravité nécessite qu'elle soit exécutée sous le contrôle d'un juge et non, comme l'avaient estimé les juges du fond « de simples investigations techniques ne portant pas atteinte à la vie privée et n'impliquant pas de recourir, pour leur mise en oeuvre, à un élément de contrainte ou de coercition ». Le contrôle par le procureur de la République est insuffisant[1], car il n'est pas considéré comme une autorité judiciaire, au sens de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme[2], puisqu'il ne présente pas les garanties d'indépendance et impartialité. La Cour de cassation se conforme ainsi à l'analyse européenne générale du ministère public, mais aussi à la solution particulière retenue dans le cadre de la géolocalisation[3]. Pourtant, sa position a soulevé une immense émotion de la part des enquêteurs, policiers et gendarmes, qui se voient ainsi privés d'un moyen d'enquête efficace, et une vive résistance des juridictions de fond, puisque la Cour d'appel de Paris (17 février 2014), statuant sur renvoi, a validé le dispositif de géolocalisation utilisé par les policiers sous contrôle du procureur de la République.

22. Afin de mettre fin à ce contexte tendu, une nouvelle loi a été adoptée le 28 mars 2014[4], introduisant de nouveaux articles dans le Code de procédure pénale, les articles 230-32 et suivants. La géolocalisation est possible pour les enquêtes et les instructions pour crimes ou délits du livre II, donc des infractions contre les personnes, punies de plus de trois ans d'emprisonnement, ou pour d'autres délits punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement. Cette technique peut être utilisée par le procureur de la République dans le cadre des enquêtes de flagrance, préliminaire, découverte d'un cadavre (article 74), disparition d'un mineur ou d'un majeur protégé (article 74-1), recherche d'une personne en fuite (article 74-2) pendant seulement 15 jours. A l'issue de cette période, la géolocalisation est autorisée par le juge des libertés et de la détention à la requête du procureur de la République, pour une durée maximale d'un mois renouvelable dans les mêmes conditions de forme et de durée. Sa décision n'a pas de caractère juridictionnel et n'est susceptible d'aucun recours. La géolocalisation est mise en place par l'officier de police judiciaire ou, sous sa responsabilité, par l'agent de police judiciaire.

23. L'article 230-34 prévoit une disposition spécifique: le juge des libertés et de la détention peut, aux seules fins de mettre en place ou de retirer le moyen technique mentionné à l'article 230-32, autoriser par décision écrite l'introduction, y compris en dehors des heures prévues à l'article 59, dans des lieux privés destinés ou utilisés à l'entrepôt de véhicules, fonds, valeurs, marchandises ou matériel, ou dans un véhicule situé sur la voie publique ou dans de tels lieux, à l'insu ou sans le consentement du propriétaire ou de l'occupant des lieux ou du véhicule ou de toute personne titulaire d'un droit sur ceux-ci. Sont à l'abri de l'utilisation de cette technique, les lieux mentionnés aux articles 56-1 à 56-4 (ceux qui bénéficient d'une protection spécifique dans le cadre des procédures de perquisition et saisie que nous avons vus précédemment), ainsi que le bureau ou le domicile des personnes mentionnées à l'article 100-7 (député, sénateur, avocat, magistrat).

[1] CEDH Medvedyev c/ France, 10 juillet 2008.
[2] CEDH Moulin c/ France 23 novembre 2010.
[3] CEDH Uzun c/ Allemagne, 2 septembre 2010.
[4] Loi n° 2014-372 du 28 mars 2014 relative à la géolocalisation.

24. En cas d'urgence résultant d'un risque imminent de dépérissement des preuves ou d'atteinte grave aux personnes ou aux biens, les opérations mentionnées à l'article 230-32 peuvent être mises en place ou prescrites par un officier de police judiciaire. Toutefois, si l'introduction dans un lieu d'habitation est nécessaire, l'officier de police judiciaire doit recueillir l'accord préalable, donné par tout moyen, du juge des libertés et de la détention, saisi à cette fin par le procureur de la République. L'officier de police judiciaire ou l'agent de police judiciaire agissant sous sa responsabilité décrit ou transcrit, dans un procès-verbal qui est versé au dossier, les données enregistrées qui sont utiles à la manifestation de la vérité.

25. La loi a adopté une disposition qui a soulevé une nette opposition des avocats. L'article 230-41[1] prévoit, afin de protéger les personnes ayant aidé la police pour l'installation d'une balise, ainsi que leurs proches, que certaines pièces relatives à la l'installation du dispositif de géolocalisation puissent être exclues du dossier de la procédure et être versées dans un dossier distinct, pour empêcher l'identification des personnes. La personne mise en examen ou le témoin assisté a la possibilité de contester cette procédure dérogatoire dans un délai de dix jours à compter de la date à laquelle il lui est donné connaissance des opérations de géolocalisation. Le Conseil constitutionnel[2] a considéré que ces dispositions ne sauraient, sans méconnaître les droits de la défense, être interprétées comme permettant que le délai de dix jours commence à courir avant que la décision du JLD ne soit effectivement portée à la connaissance de la l'intéressé.

Par ailleurs, le Conseil a censuré partiellement les dispositions relatives à cette disjonction de certaines dispositions – la personne ne saurait être condamnée sur le seul fondement des éléments recueillis selon l'article 232-40, sauf si la requête et le procès-verbal ont été versés au dossier de la procédure. En cas contraire, il y a violation du principe du contradictoire et on ne peut permettre « qu'une condamnation puisse être prononcée sur le fondement d'éléments de preuve alors que la personne mise en cause n'a pas été mise à même de contester les conditions dans lesquelles ils ont été recueillis »[3]. Dans ce cas, tous les éléments obtenus grâce à la géolocalisation doivent être retirés du dossier de la procédure.

---

[1] L'article 230-41 prévoit que dans le cadre d'une instruction pour une infraction entrant dans le cadre de la criminalité organisée (article 706-73), lorsque la connaissance de ces informations est susceptible de mettre gravement en danger la vie ou l'intégrité physique d'une personne, des membres de sa famille ou de ses proches et qu'elle n'est ni utile à la manifestation de la vérité, ni indispensable à l'exercice des droits de la défense, le juge des libertés et de la détention, saisi à tout moment par requête motivée du juge d'instruction, peut, par décision motivée, autoriser que n'apparaissent pas dans le dossier de la procédure:

« 1° La date, l'heure et le lieu où le moyen technique mentionné à l'article 230-32 a été installé ou retiré;

« 2° L'enregistrement des données de localisation et les éléments permettant d'identifier une personne ayant concouru à l'installation ou au retrait du moyen technique mentionné à ce même article.

La décision du juge des libertés et de la détention est jointe au dossier de la procédure. Les informations mentionnées aux 1° et 2° sont inscrites dans un autre procès-verbal, qui est versé dans un dossier distinct du dossier de la procédure, dans lequel figure également la requête du juge d'instruction prévue au premier alinéa. Ces informations sont inscrites sur un registre coté et paraphé, qui est ouvert à cet effet au tribunal de grande instance.

[2] Conseil constitutionnel 25 mars 2014, DC n° 2314031413144314-314631493143

[3] *Idem*.

26. Cette nouvelle extension de la compétence du JLD montre qu'il devient un rouage essentiel de la procédure pénale et son rôle progresse au détriment des acteurs traditionnels de la procédure, le juge d'instruction et, plus particulièrement, le procureur de la République.

27. Sa mise en perspective avec le juge des droits et libertés instauré par le NCPP roumain à la lumière du droit européen est riche en enseignements.

II. Le juge des droits et des libertes

28. Le droit français a été pendant longtemps impérialiste et universaliste, dans la mesure où il a inspiré de nombreux systèmes juridiques voisins ou éloignés, tirant une gloire renouvelée des codes napoléoniens. La création du juge des droits et des libertés en Roumanie, pourtant, ne procède plus de cette inspiration romano-germanique commune, mais répond à de nouvelles exigences du droit européen.

Si le nouveau CPP a défini ses compétences et son statut, des questions intéressantes se posent à propos de son inspiration profonde et de son évolution à venir.

A. La juridiction du juge des droits et des libertes

29. Selon l'article 30 du NCPP, le juge des droits et des libertés fait partie des organes judiciaires, aux côtés des organes d'investigation pénale, du procureur, du juge de chambre préliminaire et des instances de jugement. Ses compétences sont limitativement énumérées par le code. Cette architecture appelle plusieurs observations relatives à son statut, ainsi qu'à sa compétence.

1. Le statut

30. Le juge des droits et libertés est un magistrat, ainsi que son nom l'indique. Compétent en matière préliminaire, son rôle doit se distinguer des autres organes judiciaires.

D'une part, son statut le distingue naturellement des organes d'investigation pénale, police et gendarmerie, qui disposent de pouvoirs moindres du fait de leurs fonctions et organisation.

D'autre part, le juge des droits et libertés se distingue, à la fois, du procureur et des juridictions de jugement. Cette distinction est une manifestation de la séparation des fonctions, plus précisément, des autorités pénales, conception traditionnelle du droit romano-germanique, qui l'oppose à la vision anglo-saxonne du juge qui concentre tous les pouvoirs entre ses mains. Le procès pénal se divise en trois grandes phases qui sont chacune confiées à des autorités différentes qui sont strictement séparées et se contrôlent mutuellement.

31. Le procès pénal se divise en trois grandes phases: la poursuite, l'instruction et le jugement, même si certains auteurs ont pu voir en apparaître une quatrième dans l'application des peines, ce qui semble invalidée par la juridictionnalisation de cette phase.

32. La fonction de poursuite est exercée par procureur qui assure la fonction de mise en œuvre de l'action pénale. Il représente ainsi la société victime dans son ensemble. Cette description du rôle du ministère public est partielle, car ils ont aussi d'autres missions, comme la direction des recherches (la police judiciaire est placée sous le

direction et le contrôle du parquet) et surtout le soutien de l'accusation, continuation normale de sa mise en œuvre (le ministère public a la qualité de demandeur devant les juridictions pénales ce qui met sur ses épaules le fardeau de la preuve).

La fonction d'instruction est bien plus large que l'instruction préparatoire, bien connue à travers sa médiatisation excessive dans les pays la pratiquant. Il existe une phase d'instruction définitive, qui est obligatoire, s'applique à tout procès pénal, et est effectuée par les juges à l'audience (on l'appelle aussi l'instruction sur le siège), elle est immédiatement suivie du jugement (elle représente la majeure partie des débats). Il existe des cas dans lesquels une instruction préparatoire peut se révéler utile: l'instruction préparatoire facultative et menée par une autorité différente. A l'origine, l'instruction portait sur l'infraction. Actuellement, son objet a été élargi car l'instruction porte sur la personne de l'auteur de l'infraction de manière à permettre au juge d'effectuer la personnalisation de la peine. Cette extension concerne les deux types d'instruction. Le juge des droits et des libertés, ainsi que le juge de chambre préliminaire, s'inscrivent dans cette fonction.

La fonction de jugement consiste à rendre une décision de nature juridictionnelle et contentieuse, une décision issue de l'application des règles de droit à un conflit opposant des parties antagonistes. S'il est évident que le juge à l'audience dite de jugement exerce cette fonction, elle n'y est pas limitée. Les juridictions d'instruction sont aussi investies de cette mission rendant des décisions juridictionnelles.

33. Une personne ayant exercé des fonctions lui permettant d'avoir un préjugé à l'égard de la personne poursuivie doit être écartée des phases ultérieures de la procédure, car elle ne serait plus impartiale. Cette règle s'applique très largement à tous les faits faisant l'objet des poursuites, aux différents degrés de juridiction, sous peine de nier le principe et le « recours effectif » et à toutes les personnes qui auraient la mission de rendre la justice.

La séparation des fonctions et autorités doit faire l'objet d'une interprétation stricte: la règle concerne l'infraction et nullement les personnes poursuivies. Un magistrat ayant statué au civil sur la réparation du dommage ne doit pas se voir interdire l'accès aux fonctions pénales dans une autre affaire.

Du fait de la possibilité pour les mêmes juges d'exercer des fonctions différentes, il convient de parler non pas du principe de la séparation des fonctions, mais de la séparation des autorités. L'expression de « séparation des fonctions » est entachée d'inexactitude. La juridiction de jugement est chargée de juger et d'instruire définitivement avant de se prononcer. Les juridictions d'instruction sont chargées de faire une instruction préparatoire, mais aussi de décider au sens juridictionnel du terme. Le principe vise la séparation des différentes autorités pénales car le Code de procédure pénale vise les autorités fonctionnelles et nullement les fonctions exercées. Cela a une conséquence importante sur l'organisation de la juridiction du juge des droits et libertés.

34. Les autorités d'instruction sont séparées des autorités de poursuite, ainsi que des autorités de jugement. D'une part, la séparation des autorités d'instruction et de poursuite empêchent le juge des droits et libertés de s'autosaisir, il doit nécessairement être saisi par le procureur qui met l'action pénale en mouvement. Mais une certaine confusion des rôles peut être notée, car le procureur peut effectuer certains actes en vertu de ses pouvoirs de direction de la police judiciaire dans le cadre des enquêtes de police. Cependant, ses pouvoirs sont limités car il ne peut procéder à certains actes

attentatoires à la liberté individuelle. Il faut donc distinguer d'un point de vue formel entre l'enquête laissée entre les mains du procureur et l'information dévolue à l'autorité judiciaire. Cependant, les deux présentent une proximité matérielle. L'enquête et l'information appartiennent toutes deux aux actes d'investigation tendant à rechercher et à rassembler des informations. Par exemple, en France, dans 95% des cas, le ministère public procède aux actes d'investigations, car la police judiciaire placée sous son autorité effectue les actes d'instruction sur commission rogatoire. Cependant, le système mis en place par le NCPP tend à éviter cette connivence pouvant conduire à une confusion des rôles en établissant une définition stricte du rôle du JDL comme garant des libertés fondamentales.

35. D'autre part, les autorités préliminaires d'instruction sont séparées des autorités de jugement. L'autorité d'instruction a pour fonction la collecte et le rassemblement des preuves permettant à la formation de jugement de prendre une décision. Ces fonctions doivent être strictement séparées afin d'assurer l'impartialité du juge qui décide in fine de la culpabilité de la personne poursuivie. Le juge ayant participé à la phase de mise en état de l'affaire est considéré comme partial, car il ne remplit plus la garantie d'impartialité de la CEDH. Les autorités de jugement ne doivent pas avoir d'avis préconçu, mais être neutres. Cette liberté est large car ils ont le pouvoir de requalifier les faits et ne sont pas liés par les qualifications retenues par les juridictions préliminaires.

Par conséquent, en application stricte de ces principes, le juge des droits et libertés ne saurait participer à d'autres phases judiciaires d'une affaire dont il a eu à connaître précédemment.

Cependant, la Cour européenne des droits de l'homme semble admettre des exceptions, en vertu de la règle de l'impartialité qui se fonde, à la fois, sur un critère objectif et sur un critère subjectif[1]. Un magistrat qui n'a eu à se prononcer que sur des demandes d'actes et qui n'a jamais eu connaissance du fond de l'affaire peut valablement faire partie de la formation de jugement. Le constat d'un cumul de fonctions ne saurait suffire à justifier les doutes de la personne poursuivie quant à l'impartialité du magistrat concerné, dès lors que les appréhensions du requérant ne sont pas confortées par des éléments objectifs[2]. Mais il semble que cette exception à l'impartialité permettant au juge des droits et libertés de connaître de l'affaire à un stade postérieur vise les demandes d'actes d'investigation, elle ne s'applique pas lorsqu'il a prononcé des mesures de sûreté.

En effet, l'appréciation de l'impartialité se fait in concreto[3] et ne repose pas sur une simple incompatibilité de fonctions, mais lorsque les juges se prononcent sur la nécessité de mesures privatives de liberté, de sûreté ou conservatoires, leur motivation

[1] CEDH 1er octobre 1982, PIERSACK c/ Belgique: « Si l'impartialité se définit d'ordinaire par l'absence de préjugé ou de parti pris, elle peut, notamment sous l'angle de l'article 6 § 1 (art. 6-1) de la Convention, s'apprécier de diverses manières. On peut distinguer sous ce rapport entre une démarche subjective, essayant de déterminer ce que tel juge pensait dans son for intérieur en telle circonstance, et une démarche objective amenant à rechercher s'il offrait des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime ».

[2] CEDH, 24 mai 1989, Hauschildtc/ Danemark.

[3] CEDH, 22 avr. 2010, n° 29808/06, Chesne c/ France.

constitue « davantage une idée préconçue de la culpabilité du requérant que la simple description d'un état de suspicion, au sens de la jurisprudence de la Cour »[1].

La Cour de cassation française adopte cette même méthode. Le Code de procédure pénale français contient une disposition spécifique pour le juge des libertés et de la détention, puisque l'article 137-1 prévoit qu'il « ne peut, à peine de nullité, participer au jugement des affaires pénales dont il a connu ». Cependant, la Chambre criminelle adopte la méthode d'analyse in concreto et affirme que « le simple fait qu'un juge ait pris, avant le procès, une décision relative à la détention provisoire ne peut, en soi, suffire à justifier que soit contestée son impartialité »[2]. L'abandon de la motivation fondée sur l'absence de disposition légale en droit interne interdisant le cumul contesté doit être approuvé, car l'application de l'exigence d'impartialité consacrée par le texte conventionnel ne saurait être soumise à la bonne volonté du législateur interne qui accepte de s'y conformer ou non.

Cependant, comment concilier l'application automatique de la règle de l'impartialité au juge des droits et libertés qui a connu de la détention provisoire et l'écarter pour d'autres magistrats qui auraient été amenés à statuer sur cette même question ?

36. Deux soucis contradictoires s'opposent car il convient d'arbitrer entre la cohérence de l'architecture de l'ensemble du système et les contraintes des petites juridictions soumises à une exigence de pragmatisme et d'équilibre.

2. La competence

37. La compétence du juge des droits et libertés est prévue à l'article 53 du NCPP roumain et est strictement délimitée à la phase de la « poursuite pénale », correspondant à la phase d'instruction française. Il est compétent pour toute demande concernant:

- les mesures préventives;
- les mesures conservatoires;
- les mesures de sûreté à caractère provisoire;
- les actes du procureur dans le cadre des cas expressément prévus par la loi;
- l'autorisation des perquisitions, l'utilisation des techniques spéciales de surveillance et de recherche et tout autre procédé conformément à la loi;
- les procédures d'audition anticipée;
- d'autres situations expressément prévues par la loi.

38. La compétence du juge des droits et libertés a été défini strictement, puisque la loi pénale est d'interprétation stricte, mais, malgré sa forme de liste limitative, elle recouvre un caractère large. Cependant, une question se pose. L'article 53 fait constamment référence aux techniques expressément prévues par la loi. En cas de progrès technique et découverte de nouvelle méthode d'investigation fiable, faudra-t-il attendre que le législateur réglemente la situation ou l'utilisation pourra être faite par les organes de recherche en vue de la manifestation de la vérité. Le renvoi systématique de l'article aux dispositions expresses de la loi limite l'utilisation de toute technique à une reconnaissance préalable par la loi. Cette approche légaliste stricte est conforme à la conception de Beccaria, mais s'éloigne de la réalité technologique soumise à une évolution pragmatique accélérée.

[1] *Idem*.
[2] Crim., 28 mars 2012, n° 11-85.225, Bull. crim. n° 85, RSC 2012, p. 617.

39. Sans procéder à une étude exhaustive des compétences du juge des droits et libertés, quelques remarques générales sur ses pouvoirs les plus importants seront faites.

L'utilisation des méthodes d'investigation classiques (article 147) ou des techniques modernes (article 139) est strictement soumise à la réunion de plusieurs conditions cumulatives prévues à l'article 139:

- a) suspicion raisonnable concernant la préparation ou la commission d'une infraction;
- b) la proportionnalité de la mesure par rapport à la restriction apportée aux droits fondamentaux, en tenant compte des spécificités de la cause, l'importance des informations ou preuves qui doivent être obtenues ou la gravité de l'infraction;
- c) les preuves ne peuvent être obtenues autrement ou leur obtention poserait des difficultés particulières qui pourraient porter préjudice à l'enquête ou créer un péril pour la sûreté des personnes ou des biens de valeur.

Il est possible de noter que les conditions retenues par le NCPP sont directement inspirées par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Mais si deux de ces conditions sont des conditions traditionnelles du droit romano-germanique, les conditions de proportionnalité (b) et de stricte nécessité (c), la première condition s'inspire du droit anglais. En effet, le renvoi à la suspicion raisonnable (a) utilise la référence au « reasonable doubt » qui fixe des standards de preuve, ce qui s'éloigne du système continental.

40. Le NCPP met l'accent sur les méthodes spéciales de surveillance et de recherche, qui constituent une des priorités de la lutte contre la criminalité. L'utilisation de la surveillance technique est prévue à l'article 139 et suivants du NCP. L'article 139-2 pose une liste limitative d'infractions susceptibles de faire l'objet de ces procédures. Certaines infractions s'apparentent à la criminalité organisée (trafic de drogues, d'armes, d'êtres humains, terrorisme, blanchiment de l'argent sale, etc.), alors que d'autres sont des infractions de droit commun (viol, séquestration, corruption évasion fiscale, contre le patrimoine, etc.) et toutes les infractions susceptibles d'entraîner des peines privatives de liberté égales ou supérieures à cinq ans.

Le choix de la méthode énumérative choisie pour déterminer les infractions susceptibles de permettre le recours à la surveillance technique interroge. Puisque le législateur utilise un critère unique objectif de la gravité de la peine encourue, égale ou supérieure à cinq ans d'emprisonnement, quelle est l'utilité de la litanie précédant ce critère ? Il semble évident que le trafic d'êtres humain, le blanchiment, la corruption, le trafic d'armes et le viol soient punis de peines supérieures à cette gravité !

41. Les communications avec l'avocat disposent d'un statut spécial, car elles ne peuvent être enregistrées que si l'avocat lui-même participe à l'infraction. La durée de la mesure est de 30 jours, renouvelables dans les mêmes conditions. La surveillance sonore ne peut dépasser 6 mois, alors que la surveillance vidéo est limitée à 120 jours. La correspondance avec l'avocat a été sacralisée, comme prolongement nécessaire des droits de la défense, colonne vertébrale du procès équitable (article 147).

42. Le NCPP autorise « l'infiltration », l'utilisation des investigations sous « couverture », donc sous fausse identité (article 150 et s.). Le juge des droits et libertés a le droit de connaître la véritable identité de l'enquêteur, étant soumis au secret

professionnel, mais il partage cette prérogative avec le procureur et le juge de chambre préliminaire (juge d'instruction).

L'article 152 lui assure un monopole dans le cadre de l'autorisation de l'obtention des informations émanant de fournisseurs de réseaux publics de communications électroniques. De la même manière, l'article 153 prévoit qu'il est seul à pouvoir autoriser le procureur à solliciter d'une institution des informations relatives à la situation financière d'une personne, à l'existence ou au contenu des comptes.

Selon l'article 147 NCPP, le juge des droits et libertés peut ordonner la garde-à-vue d'un suspect et la perquisition. Selon l'article 158, seul le juge des droits et libertés peut émettre un mandat pour ordonner une visite domiciliaire (article 158) à la demande du procureur.

43. Le juge des droits et libertés est aussi compétent pour appliquer les mesures préventives. Selon l'article 202, elles ne peuvent être ordonnées que s'il existe des preuves ou des indices solides démontrant une « suspicion raisonnable » selon laquelle la personne aurait commis une infraction et si elles sont nécessaires pour assurer le bon déroulement du procès pénal, l'empêchement de la soustraction du suspect ou de « l'inculpé » des poursuites pénales ou du jugement ou la prévention de la commission d'une autre infraction. Les mesures préventives doivent être proportionnelles à la gravité de l'accusation portée contre la personne et nécessaires pour atteindre le but poursuivi. L'article 203-4 prévoit plusieurs mesures préventives – la retenue, le contrôle judiciaire, le contrôle judiciaire sur caution, l'arrestation à domicile, l'arrestation préventive, mais le juge des droits et libertés n'exerce pas les mêmes compétences dans leur cadre. La retenue, correspondant à la garde-à-vue, peut être prononcée par les enquêteurs ou par le procureurs. Les deux types de contrôle judiciaire peuvent être prononcés par le procureur, le juge des droits et libertés, le juge de chambre préliminaire ou la juridiction de jugement. En revanche, les mesures d'arrestation à domicile et préventive constituent des mesures soumises au monopole des juges préliminaires – le juge des droits et libertés et juge de chambre préliminaire. Les décisions du juge des droits et libertés en la matière peuvent être contestées dans les 48 heures devant le juge qui s'est prononcé et qui renvoie l'affaire à l'instance supérieure dans un délai bref, de 48 heures aussi.

44. Le juge des droits et libertés est compétent aussi pour l'application provisoire des mesures de sûreté à caractère médical, selon l'article 245. Il peut ordonner à la « l'inculpé » de suivre régulièrement le traitement médical prescrit par un médecin spécialiste jusqu'à l'obtention d'une amélioration de son état de dangerosité.

45. L'article 249 permet au procureur de prononcer un certain nombre de mesures conservatoires pour éviter la dissimulation, la destruction ou la soustraction des biens qui sont susceptibles de faire l'objet d'une confiscation spéciale ou étendue ou qui pourraient servir de garantie à l'exécution de la peine d'amende ou des dépenses de procédure ou à la réparation du dommage causé par l'infraction. L'article 250 permet de contester ces mesures devant le juge des droits et libertés dans les trois jours suivant la date de la communication de l'ordonnance ou de son exécution. Mais la contestation n'est pas suspensive. Le procureur doit communiquer le dossier dans les 24 heures. Le juge des droits et libertés organise une audience en chambre de conseil à laquelle la

présence du procureur est obligatoire. Il se prononce par ordonnance motivée et définitive.

46. Ces différentes compétences, parmi le large éventail qui lui a été accordé par le NCPP, font du juge des droits et libertés un acteur central de la procédure pénale préparatoire ou préliminaire. Il prononce et contrôle les mesures attentatoires aux libertés, alors qu'il se prononce seul, en chambre du conseil. Son omniprésence dans la phase préparatoire, pouvant prononcer des mesures en première instance ou intervenir comme institution de contrôle des mesures prononcées par d'autres organes de recherche pénale, en font un échelon incontournable. Serait-il devenu « l'homme le plus puissant » du procès pénal, pour paraphraser l'accusation qui a longtemps visé en France le juge d'instruction ?

B. Evaluation et evolution

47. La création d'une nouvelle juridiction est un événement rare et important dont il faut tirer toutes les conséquences. Le juge des droits et des libertés, ainsi que le juge de chambre préliminaire, sont devenus la pierre angulaire du procès pénal. S'il ne leur appartient pas de juger et de se prononcer sur le fond de l'affaire, de leur travail, de leur sagacité et respect des règles dépend la mise en l'état du dossier permettant aux juridictions de jugement de se prononcer. Si son nom semble contenir une ambiguïté ou une redondance, la perspective européenne permet de mieux comprendre les contours du Juge des droits et libertés.

1. Les droits et les libertes

48. Le NCPP a choisi d'appeler cette nouvelle juridiction le « juge des droits et libertés ». Or, il semble évident que tout juge sauvegarde les libertés et les droits, c'est l'essence même de sa mission. Le choix de l'appellation est fort, mais est-il redondant ? Quelle distinction doit-on établir entre les droits et libertés ? L'ordre retenu par le législateur est-il le bon ? Sans entrer dans un débat philosophique sur la liberté, les droits et les libertés, plusieurs observations juridiques peuvent être faites.

49. La première observation porte sur le choix du pluriel. Le législateur n'a pas visé le Droit, comme manifestation du pacte social, mais la multitude de droits garantis au citoyen par la Loi. Il n'a pas non plus visé la Liberté, au sens noble politique, mais la somme des libertés sauvegardées par le système constitutionnel. La question qui se pose est de savoir si ce terme est élastique. Peut-on tirer dessus à l'infini ou risque-t-il de casser en cas de tension extrême ?

La liberté traditionnelle est comprise dans le sens de la liberté d'aller et venir. Elle est visée a contrario dans le cadre de l'institution du juge des droits et libertés puisqu'elle est garantie par son contraire et le contrôle de la détention et de l'arrestation. Donc, cette juridiction a pour objet nécessairement la protection d'autres libertés fondamentales.

Il convient de se reporter ici à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, communément appelée Convention européenne des droits de l'homme. Elle vise les droits-libertés de la première génération qui permettent à l'homme de se déterminer.

50. La deuxième observation porte sur l'inspiration profonde des droits et libertés protégés. Les droits de l'homme se distinguent en deux catégories principales selon le

bénéficiaire de la protection accordée: des droits individuels et les droits collectifs, distinction que l'on retrouve dans les pactes onusiens. Les droits collectifs sont exclus de notre étude, car ce sont des droits bénéficiant aux peuples, donc sans rapport avec le juge des droits et libertés.

51. Les droits individuels sont exclusivement garantis par le juge des droits et libertés. Ils se subdivisent selon la chronologie de leur apparition, formant deux générations distinctes.

52. Les droits-libertés sont apparus en premier et sont désignés aussi comme les droits individuels de la première génération. Ils désignent généralement des droits civils et politiques, qui restreignent la liberté d'action de l'Etat au profit de la liberté individuelle. Ils permettent au bénéficiaire d'accomplir librement les actions qu'il souhaite et assurent son autodétermination. Dans ce sens, la CEDH est une continuation de la philosophie de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, qui a valeur constitutionnelle en France et qui consiste à accorder à l'individu la liberté de faire tout ce qui ne nuit pas à autrui. Ces libertés reposent sur l'attitude passive et la tolérance manifestée pas le pouvoir central et l'accroissement de la reconnaissance de l'individu: liberté de conscience, de religion, d'aller et venir. Historiquement, ces libertés sont apparues en premier, car l'Etat accorde aux citoyens des droits-libertés qui ne nécessitent pas beaucoup d'efforts, ni de moyens, afin d'assurer leur mise en œuvre. Avec le développement des ressources économiques de l'Etat, ses obligations se sont modifiées. De l'Etat Gendarme, on passe à l'Etat Providence avec l'apparition de la deuxième génération de droits individuels.

53. Les droits-créances constituent les droits de la deuxième génération qui s'analysent comme des créances sur l'Etat qui doit octroyer certaines prestations aux citoyens. Ce sont les droits économiques, sociaux et culturels qui supposent une attitude active de l'Etat qui doit mettre en place des organismes sociaux et accorder des subventions. Le préambule de la Constitution Française de 1946 consacre ces droits (à l'instruction, au salaire, droit aux soins pour les malades). Mais pour donner, l'Etat doit recevoir car il ne peut distribuer que l'argent qu'il reçoit. Le taux de prélèvement fiscal augmente, le nombre de fonctionnaires devient pléthorique.

54. La distinction entre les droits individuels libertés et créances est essentielle en droit, même si elle est relative dans certains domaines. Par exemple, le droit à une justice pénale indépendante, équitable et se prononçant dans un délai raisonnable est un droit-liberté. Cependant, il est évident que l'Etat ne peut se contenter d'une attitude passive afin de le respecter. Il doit mettre en place des moyens importants afin de garantir le respect de ce droit-liberté, déployant des efforts qui caractérisent la mise en place des droits-créances.

55. Le juge des droits et libertés créé par le NCPP fait entorse à cette conception européenne. Au lieu de retenir la protection des libertés fondamentales en premier lieu, conformément à la conception historique et juridique, le législateur roumain a choisi de viser d'abord les droits. Cette conception comporte un double risque.

D'une part, la référence prioritaire aux « droits » renvoie aux droits économiques et sociaux, qui sont susceptibles d'évolution et de développement quantitatif. Cela risque

d'entraîner une instabilité du périmètre d'intervention de cette juridiction. Mais, on pourrait riposter en arguant que la Convention européenne de 1950 elle-même vise d'abord les droits et ensuite les libertés. Cette remarque n'est pas recevable dans la mesure ou la Convention européenne vise les « droits de l'homme et les libertés fondamentales ». Les droits de l'homme sont les droits inaliénables et sacrés, reconnus par les grandes déclarations générales des droits, les Bills of Rights, et se superposent aux libertés fondamentales.

D'autre part, cette vision extensive risque de vider de sens l'institution. Le juge des droits et libertés ne peut être efficace que s'il protège un nombre restreint de droits et libertés. C'est un constat de bon sens - plus le nombre de droits garantis augmente, moins leur sauvegarde est assurée. L'efficience de la protection juridique baisse avec l'augmentation de l'assiette des droits protégés. C'est aussi un constat juridique – la multiplication des droits et libertés garantis produit une leur dénaturation juridique et conduit à la saturation du système judiciaire.

56. Si les droits-libertés font incontestablement partie du noyau dur des droits sacrés de l'homme, est-ce que les droits-créances doivent aussi s'y inscrire ? Il convient de souligner ici leur caractère relatif car il repose avant tout sur un contexte économique et social. Ce sont prioritairement des droits que l'Etat garantit à ses citoyens, car l'Etat souverain a une créance envers ses ressortissants. Cela repose plus sur une dimension nationale, mais ils sont dépourvus de sauvegarde effective. La construction européenne risque-t-elle de modifier cette vision ?

2. L'influence europeenne

57. Si la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a été le principal moteur de l'évolution récente de la procédure pénale des Etats membres, la construction de l'Union européenne a moins marqué ce domaine. Cependant, cette situation risque de changer et l'institution du juge des droits et libertés pourrait être influencée.

58. L'Union européenne s'est dotée en 2000 d'une Charte des droits fondamentaux, annexée au Traité de Lisbonne en 2009. Cette charte énonce tout l'éventail des droits civils, politiques, économiques et sociaux des résidants de l'U.E. Elle s'inspire de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, des traditions constitutionnelles nationales.

Si elle présente des similitudes avec la CEDH, elle contient deux différences majeures.

D'une part, elle a un champ d'application territoriale plus restreint (27 membres par rapport aux 47 du Conseil de l'Europe).

D'autre part, elle a un champ d'application matérielle plus large, car elle ne se limite pas aux droits fondateurs de liberté qui sont uniquement les droits civils et politiques, mais englobe aussi les droits sociaux et économiques. Pour cette raison, elle a peu d'effectivité, étant une simple déclaration de principe. Mais l'Union européenne est en train d'adhérer à la Convention européenne des droits de l'homme, ce qui la soumettra à une vision commune plus efficiente.

59. Soucieux de régler les futures difficultés que suscitera l'adhésion de l'U.E. à la C.E.D.H., le législateur roumain a réglé l'éventuel conflit par anticipation. Il a nommé la nouvelle juridiction « juge des droits et des libertés », pour se conformer au droit de

l'U.E., même si ses compétences l'orientent essentiellement vers un « juge des libertés » classique.

Un regret peut être formulé – l'ordre des garanties accordées à ce nouveau juge. En aucun cas, les droits ne devraient primer sur les libertés.

Conclusion

60. Le fonctionnement de cette nouvelle juridiction soulèvera nécessairement des difficultés, des critiques, des frictions, mais il faut saluer le progrès du respect des libertés individuelles. Institution hybride, il se place au croisement entre les deux modèles de procédure pénale accusatoire et inquisitoire. S'il siège en chambre du conseil, selon une procédure non-publique et écrite, montrant son ancrage dans le modèle inquisitoire, il confronte les deux points de vue antagonistes et se prononce selon un mode d'appréciation contradictoire, manifestant des apports du modèle accusatoire. Institution originale, le juge des droits et libertés doit écrire son avenir. La procédure pénale est soumise à la recherche d'un équilibre fragile entre la protection de l'ordre public et la garantie des droits individuels et, à n'en point douter, le juge des droits et libertés y contribuera !

Proceduri speciale. Acordul de recunoaștere a vinovăției. Contestația privind durata procesului penal

Carmen ***PARASCHIV****

Abstract: *Noul Cod de Procedură Penală implementează o instituție mult-așteptată în legislația noastră, menită să simplifice cu mult procedura de judecată în cazul inculpaților care optează pentru poziția procesuală a recunoașterii vinovăției și care le asigură, totodată, acestora o finalitate cunoscută și certă a procesului penal. Acordul de recunoaștere a vinovăției, împreună cu dispozițiile privind recunoașterea vinovăției în fața instanței de judecată reprezintă forme restrânse ale procesului penal. Totodată, se implementează și o instituție deosebit de utilă în prevenirea și stoparea numărului alarmant de condamnări ale României la CEDO ca urmare a duratei nerezonabile a procesului penal. Instituția, numită contestație privind durata procesului penal se găsește reglementată în cod la art. 488^1 – 488^6 și permite instanței de judecată să impună un termen în care etapa respectivă în care se găsește procesul penal în acel moment să fie finalizată.*

Cuvinte cheie: *acord de recunoaștere a vinovăției, recunoaștere, contestație privind durata procesului penal, termen rezonabil*

1. Acordul de recunoaștere a vinovăției

Noul Cod de Procedură Penală implementează o instituție mult-așteptată în legislația noastră, menită să simplifice cu mult procedura de judecată în cazul inculpaților care optează pentru poziția procesuală a recunoașterii vinovăției și care le asigură, totodată, acestora o finalitate cunoscută și certă a procesului penal.

Instituția privind acordul de recunoaștere a vinovăției se regăsește în cod la articolele 478-488 și împreună cu dispozițiile privind recunoașterea vinovăției în fața instanței de judecată [art. 375, art. 396 alin. (10) Cod proc.pen.] reprezintă forme restrânse ale procesului penal.

O formă similară de procedură abreviată se regăsește și în legislația Statelor Unite ale Americii (din 2013 și în Marea Britanie) în așa-numitul *deferred prosecution agreement* prin care inculpatul are posibilitatea să încheie un acord scris cu procurorul. Prin acest acord i se trasează o serie de măsuri și obligații și un interval în care trebuie să le îndeplinească iar dacă procedează întocmai procurorul renunță la acuzații și dosarul se închide.

Titularii acordului de recunoaștere a vinovăției sunt inculpatul și procurorul, în cursul urmăririi penale. Împrejurarea că suspectul nu poate fi titular al unui astfel de acord reprezintă o garanție a respectării principiului aflării adevărului, deoarece legiuitorul nu permite încheierea unui astfel de acord decât după ce procurorul, verificând, constată că în cauză nu este aplicabil niciunul din cazurile de la art. 16 Cod proc.pen. și pune în mișcare acțiunea penală.

* Prof.univ.dr., Univ. Titu Maiorescu, Facultatea de Drept.

Condiție prealabilă încheierii acordului este recunoașterea vinovăției de către inculpat, recunoaștere făcută printr-o declarație scrisă. Desigur, această recunoaștere nu va fi făcută decât după discuția prealabilă purtată între inculpat și procuror prin care se stabilește, de comun acord, pedeapsa ce urmează a fi aplicată. Astfel, la momentul la care inculpatul va da declarația de recunoaștere el va putea preciza în ea atât faptul că își dorește încheierea unui acord de recunoaștere a vinovăției, cât și faptul că are în vedere o pedeapsă anume, cea asupra căreia s-a realizat acordul de voință prealabil între procuror și inculpat.

Astfel, în ipoteza în care procurorul ierarhic superior nu ar fi de acord ulterior cu încheierea acordului (sau instanța de judecată nu ar încuviința acordul), inculpatul să poată reveni asupra declarației date, motivat de faptul că a fost dată într-un context anume, respectiv încheierea acordului de recunoaștere a vinovăției.

Prin urmare, după ce inculpatul dă declarația de recunoaștere, procurorul înaintează spre avizare procurorului ierarhic superior limitele de pedeapsă așa cum au fost convenite cu inculpatul. După ce procurorul ierarhic superior își dă avizul scris, se poate proceda la încheierea acordului scris de recunoaștere a vinovăției.

Ceea ce este deosebit de important de observat este faptul că inițierea acestui acord poate aparține atât procurorului cât și inculpatului, atât sub aspectul încheierii lui cât și asupra modului de încheiere, respectiv a cuantumului pedepsei și a formei de executare a acesteia, existând deopotrivă posibilitatea ca cei doi titulari ai acordului să găsească un numitor comun, cât și să nu se înțeleagă asupra detaliilor esențiale.

Astfel, un inculpat care dorește încheierea unui astfel de acord și are în vedere o pedeapsă a cărei executare este suspendată sub supraveghere și nu primește acordul procurorului în acest sens, are posibilitatea de a uza direct în faza de judecată de dispozițiile art. 375, art. 396 alin. (10) Cod proc.pen. pentru a obține o diminuare a limitelor de pedeapsă cu o treime și pentru a solicita ca modalitate de executare suspendarea sub supraveghere, conform art. 91 și urm. Cod pen.

În ceea ce privește infracțiunile care pot face obiectul unui astfel de acord și inculpații care pot fi titularii lui, legiuitorul restrânge plaja de aplicabilitate la infractorii majori [cel minori sunt excluși conform art. 478 alin. (6) Cod proc.pen.] și la infracțiunile pentru care legea prevede pedeapsa amenzii sau a închisorii de cel mult 7 ani. Observăm că se subscriu acestei categorii numeroase infracțiuni, precum: darea de mită, traficul de influență, cumpărare de influență, distrugerea, înșelăciunea, frauda informatică, furtul, tâlhăria, violarea de domiciliu, proxenetismul, șantajul, lipsirea de libertate în mod ilegal, vătămarea corporală, etc.

O condiție esențială pentru încheierea acordului este aceea prevăzută de at. 480 alin. (2) Cod proc.pen., respectiv ca din probele administrate să rezulte suficiente date cu privire la existența faptei pentru care s-a pus în mișcare acțiunea penală și cu privire la vinovăția inculpatului. Așadar, o recunoaștere formală a săvârșirii faptelor, fără alte mijloace de probă care să demonstreze vinovăția inculpatului, nu poate constitui o bază legală pentru încheierea unui acord de recunoaștere a vinovăției întrucât ar încălca principiului aflării adevărului.

Sub aspectul dreptului la apărare, legiuitorul prevede obligativitatea asistării inculpatului de avocat la încheierea acordului, indiferent de limitele de pedeapsă prevăzute de lege pentru infracțiune, deci indiferent dacă este un caz de asistență juridică obligatorie sau nu.

În ceea ce privește conținutul efectiv al acordului de recunoaștere a vinovăției, vom observa că acesta împrumută mult din elementele rechizitoriului. De fapt, descrierea

faptei ce formează obiectul acordului şi încadrarea ei juridică, precum şi menţiunile referitoare la probe şi mijloace de probă îmbracă forma unui rechizitoriu autentic, având chiar amploarea şi întinderea unui astfel de act. Elementul de noutate este reprezentat de însăşi esenţa acordului, respectiv de declaraţia de recunoaştere a inculpatului şi de felul şi cuantumul, precum şi modalitatea de executare a pedepsei, existând bineînţeles şi posibilitatea renunţării la aplicarea pedepsei sau de amânare a aplicării pedepsei.

Raţiunea ce stă la baza acestei descrieri exhaustive a faptelor şi mijloacelor de probă este aceea că instanţa de judecată sesizată cu un acord de recunoaştere a vinovăţiei nu are un rol diminuat, de simplă validare a acordului, ci are posibilitatea reală de a analiza atât legalitatea cât şi temeinicia acordului.

Sub acest aspect, prevederile art. 485 Cod proc.pen. sunt clare: odată sesizată instanţa cu acordul (conform art. 484 Cod proc.pen.), instanţa poate fie să admită acordul (caz în care pronunţă o soluţie în conformitate sau acordul sau mai favorabilă chiar inculpatului decât cea stipulată în acord) sau să respingă acordul, fie pentru motive de nelegalitate (dacă nu sunt respectate prevederile de la art. 480-482 Cod proc.pen.) sau pentru netemeinicie („dacă apreciază că soluţia cu privire la care s-a ajuns la un acord între procuror şi inculpat este nejustificat de blândă în raport cu gravitatea infracţiunii sau periculozitatea infractorului"). Dacă acordul priveşte mai mulţi inculpaţi, instanţa poate admite în parte acordul, cu privire la unii, şi să îl respingă cu privire la alţii. În caz de respingere, dosarul se restituie la procuror în vedea continuării urmăririi penale.

Din condiţiile prevăzute la art. 480-482 Cod proc.pen. se remarcă cea de la art. 480 alin. (2) Cod proc.pen., deci posibilitatea instanţei de a respinge acordul de recunoaştere a vinovăţiei motivat de faptul că din materialul de urmărire penală nu rezultă suficiente date cu privire la existenţa faptei sau la vinovăţia inculpatului.

Aşadar, deşi instanţa de judecată nu mai desfăşoară o cercetare judecătorească iar procedura în faţa ei este una necontradictorie, legiuitorul nu instituie obligativitatea instanţei de a valida acordul, întreaga activitate a procurorilor în faza de urmărire penală rămânând în continuare supusă verificării instanţei atât sub aspecte de legalitate cât şi de temeinicie.

În ceea ce priveşte procedura de judecată în faţa instanţei, aceasta se desfăşoară prescurtat, fără audierea inculpatului, acordându-li-se direct cuvântul asupra acordului de recunoaştere a vinovăţiei, reprezentantului Ministerului Public, avocatului şi în ultimul cuvânt inculpatului.

Prin hotărâre, instanţa se pronunţă asupra laturii penale, a cheltuielilor de judecată şi a măsurilor preventive, în conformitate cu art. 485 alin. (4) rap. la art. 396 alin. (9), art. 398 şi art. 399 Cod proc. pen.

În ceea ce priveşte latura civilă, soluţia instanţei poate îmbrăca două ipoteze: dacă s-a încheiat o tranzacţie sau un acord de mediere din faza de urmărire penală, instanţa va lua act de acest aspect, iar dacă nu s-a încheiat nici tranzacţie nici acord de mediere, instanţa va lăsa nesoluţionată latura civilă. În acest caz, hotărârea instanţei nu va avea autoritate de lucru judecat asupra întinderii prejudiciului în faţa instanţei civile.

Hotărârea instanţei va fi o sentinţă, în conformitate cu prevederile art. 370 alin. (1) Cod proc.pen. şi va cuprinde în mod obligatoriu toate menţiunile prevăzute de art. 370 alin. (4), art. 403 şi 404 Cod proc.pen. În plus, sentinţa va cuprinde fapta pentru care s-a încheiat acordul şi încadrarea ei juridică.

Sub aspectul căilor de atac, sentința poate fi atacată cu apel de procuror și inculpat în termen de 10 zile de la comunicare. Dacă acordul a fost admis de instanța de fond, apelul nu poate privi decât felul și cuantumul pedepsei sau forma de executare a ei.

De la intrarea în vigoare a Noului Cod de Procedură Penală au fost deja încheiate numeroase acorduri de recunoaștere a vinovăției între inculpați și procurori în dosare DNA, DIICOT, etc., modalitățile de executare a pedepselor asupra cărora s-au încheiat acordurile incluzând chiar și executarea pedepselor în conformitate cu art. 60 Cod pen.

Bineînțeles, miza negocierii unui astfel de acord rămâne obținerea unei soluții de renunțare la aplicarea pedepsei, de amânare a aplicării pedepsei sau de suspendare a executării pedepsei sub supraveghere.

Altminteri, exceptând situația în care un inculpat ar avea suficient de multe zile de dedus dintr-o pedeapsă cu executare astfel încât odată condamnat să se poată îndrepta facil spre o cerere de liberare condiționlă, în cazul în care negocierea din faza de urmărire penală dintre inculpat și procuror ar eșua sub aspectul modului de executare a pedepsei, apreciem că practica se va contura în jurul unor soluții date mai degrabă în baza art. art. 375, art. 396 alin. (1)0 Cod proc.pen. decât în baza art. 478-488 Cod proc.pen.

2. Contestația privind durata procesului penal

Dreptul la un proces echitabil, așa cum este el prevăzut de art. 6 CEDO, presupune faptul că *„Orice persoană are dreptul de a-i fi examinată cauza în mod echitabil, public şi într-un termen rezonabil, de către un tribunal independent şi imparţial, stabilit prin lege, care va hotărî fie asupra încălcării drepturilor şi obligaţiilor cu caracter civil, fie asupra temeiniciei oricărei acuzaţii în materie penală îndreptată împotriva sa. Hotărârea trebuie să fie pronunţată în public, dar accesul în sala de şedinţă poate fi interzis presei şi publicului, pe întreaga durată a procesului sau a unei părţi a acestuia, în interesul moralităţii, al ordinii publice ori al securităţii naţionale într-o societate democratică, atunci când interesele minorilor sau protecţia vieţii private a părţilor la proces o impun, sau în măsura considerată strict necesară de către tribunal, atunci când, datorită unor împrejurări speciale, publicitatea ar fi de natură să aducă atingere intereselor justiţiei.”*

Judecarea procesului într-un termen rezonabil are ca scop înlăturarea incertitudinii în care se găsesc părţile prin restabilirea, cât mai curând posibil, a drepturilor încălcate şi prin reinstaurarea legalităţii, care trebuie să guverneze toate raporturile juridice într-un stat de drept, ceea ce constituie o garanţie a unui proces echitabil.

Vechiul Cod de procedură penală nu reglementa o procedură specială pentru accelerarea urmăririi penale sau a judecății. Prin Noul cod s-a acoperit acest vid, acordându-se posibilitatea contestării duratei nerezonabile.

Titularul contestației poate fi suspectul, inculpatul, persoana vătămată, partea civilă și partea responsabilă civilmente. În cursul judecății contestația se poate introduce și de procuror.

Interesul procesual al procurorului în soluționarea cauzei într-un termen rezonabil este evident: pe de o parte, înlăturarea riscurilor împlinirii termenului de prescripție și, pe de altă parte, restabilirea situației juridice firești și obligarea inculpatului la acoperirea prejudiciului, în caz de condamnare.

Durata nerezonabilă se apreciază în funcție de termenii prevăzuți de legiuitor:

i. După cel puțin un an de la începerea urmăririi penale, pentru cauzele aflate în cursul urmăririi penale

ii. După cel puțin un an de la trimiterea în judecată, pentru cauzele aflate în cursul judecății în primă instanță

iii. După cel puțin 6 luni de la sesizarea instanței cu o cale de atac, pentru cauzele aflate în căile de atac ordinare sau extraordinare.

Termenele sus-menționate au fost alese riguros, într-o manieră deloc îngăduitoare față de organele de urmărire penală sau instanțele de judecată pe rolul cărora se găsesc dosarele și apreciem acest lucru ținând cont de faptul ca durata medie a unei urmăriri penale în spețe de competență DNA/DIICOT este de 1 an jumătate, doi, iar durata medie a judecării la fond a unei cauze de complexitate medie este de asemenea de un an și jumătate, doi.

În ceea ce privește urmărirea penală, dacă avem în vedere, spre exemplu, o speță de crimă organizată cu peste 10 suspecți/inculpați (ceea ce nu reprezintă o raritate în portofoliul DIICOT), cu percheziții domiciliare și informatice, cu expertiză contabilă și tehnică, posibil cu o comisie rogatorie către altă țară, cu audieri de inculpați și martori și confruntări, durata minimă în care se poate finaliza aceasta va depăși în mod cert durata de un an prevăzută de legiuitor.

Exceptând situațiile în care inculpatul își recunoaște vinovăția și judecata se face doar în conformitate cu mijloacele de probă administrate la urmărire penală, o cercetare judecătorească ce presupune audierea unui număr de minim 10 martori, a unui număr de minim 3 inculpați și efectuarea unei expertize (cu obiecțiuni și eventual, contra-expertiză) depășește lesne termenul de un an prevăzut de legiuitor.

Așadar, termenele avute în vedere de legiuitor avantajează în mod cert inculpații și dezavantajează organele judiciare care sunt forțate să dea dovadă de o diligență de multe ori imposibilă, mare parte din probele administrate (atât în faza de urmărire penală cât și în faza de judecată) necesitând timp care nu poate fi redus.

Odată formulată, contestația se poate retrage oricând până la soluționarea ei.

Din punctul de vedere al competenței de soluționare a contestației, aceasta aparține în cursul urmăririi penale judecătorului de drepturi și libertăți, iar în cursul judecății sau al căilor de atac, instanței ierarhic superioare. Dacă procedura cu privire la care se formulează contestația se află pe rolul ÎCCJ, competența de soluționare va aparține altui complet al acestei instanțe.

Observăm că pentru cauzele aflate în cursul urmăririi penale, prin contestația privind durata acestei faze se instituie un control al activității procurorului făcut de judecătorul de drepturi și libertăți și nu de procurorul ierarhic superior, care este competent să soluționeze toate plângerile formulate ca urmare a măsurilor dispuse de procuror, conform 339 Cod proc.pen. Totodată, observăm și faptul că pentru a ne adresa instanței cu o astfel de contestație nu trebuie să parcurgem vreo procedură prealabilă, prin care să ne adresăm mai întâi procurorului ierarhic superior.

Sub aspectul conținutului, art. 488^3 Cod proc.pen. enumeră elementele obligatorii ale unei contestații, din care apar ca fiind esențiale motivele de fapt și de drept pe care se întemeiază contestația.

Astfel, simpla depășire a termenelor prevăzute de art. 488^1 alin. (3) Cod proc.pen. nu justifică admiterea contestației, judecătorul fiind ținut a analiza elementele prevăzute de art. 488^5 alin. (2), respectiv natura și obiectul cauzei, complexitatea ei, inclusiv prin numărul de participanți și dificultatea administrării probelor, etc. Așadar, o descriere cât

mai amănunțită a motivelor de fapt și de drept pe care se întemeiază contestația este mai mult decât necesară.

În ceea ce privește procedura de soluționare a contestației, judecătorul de drepturi și libertăți sau instanța va dispune, în conformitate cu prevederile art. 488^4 alin. (1) Cod proc.pen., să fie informat procurorul cu privire la contestație (având posibilitatea de a formula un punct de vedere), să se transmită dosarul sau o copie certificată de către procuror sau de instanța pe rolul căreia se află și, nu în ultimul rând, să fie informate celelalte părți din proces cu privire la contestația formulată (având, de asemenea, posibilitatea de a formula un punct de vedere).

Procedura de soluționare seamănă destul de mult cu camera preliminară, atât sub aspectul solicitării unui punct de vedere scris cât și sub aspectul modului de soluționare, respectiv în camera de consiliu, fără participarea părților și a procurorului. Durata maximă pentru soluționare este de 20 de zile de la înregistrarea contestației la instanță.

În ceea ce privește soluțiile pe care le poate da instanța, legiuitorul prevede două principale: admiterea sau respingerea contestației. În caz de admitere, judecătorul de drepturi și libertăți sau instanța de judecată va stabili un termen în care procurorul să rezolve cauza conform art. 327 Cod proc.pen. sau instanța de judecată să soluționeze cauza, precum și un termen în care se poate formula o nouă contestație.

Încheierea de ședință motivată nu este supusă căilor de atac și se transmite tuturor părților, care sunt ținute să respecte termenele cuprinse în aceasta.

Se ridică întrebarea finalității practice a acestei instituții: să presupunem că instanța va admite o contestație și va pune în vedere procurorului să încheie urmărirea penală, dând o soluție conform art. 327. Dacă procurorul nu se va conforma, care va fi sancțiunea? Și dacă va avea justificări pertinente (generate de complexitatea cauzei și a numărului mare de acte de urmărire penală ce trebuiau desfășurate), se va mai pune problema unei sancțiuni?

Ne imaginăm, spre exemplu, ipoteza unei încălcări a termenului de un an de la începerea urmăririi penale, prin aceea că procurorul așteaptă finalizarea unor expertize (de către experți oficiali desemnați) sau primirea unor răspunsuri la comisiile rogatorii transmise în altă țară. Aceste proceduri pot dura luni de zile și, din păcate, nu pot fi nicidecum grăbite deoarece nu țin de activitatea personală a procurorului.

Sau, în ceea ce privește activitatea de judecată, ne putem regăsi într-o speță în care, datorită numărului mare de părți ce trebuie citate, nu se îndeplinește procedura în mod legal pentru mai bine de 10 termene de judecată. Aspectul nu este cu nimic exagerat, fiind o situație des întâlnită în practică. În acest caz, primul an de la începerea judecății se epuizează doar prin vicii de procedură, fără a se începe cercetarea judecătorească.

Ce presupune, așadar, sub aspect juridic faptul că procurorul sau judecătorul ar fi ținut să respecte termenul impus? Ar putea reprezenta latura obiectivă a unei infracțiuni din cele în legătură cu serviciul, cum ar fi abuzul în serviciu sau neglijența în serviciu? Sau, mai degrabă, ar putea atrage sancționarea disciplinară a acelui procuror de către Inspecția Judiciară a CSM?

În ipoteza abuzului în serviciu, prevăzut de art. 297 Cod penal, neîndeplinirea unui act după ce o instanță s-a pronunțat în mod definitiv asupra termenului în care trebuie îndeplinit (cu trimitere la art. 327 Cod proc.pen.) ar putea constitui latura obiectivă a acestei infracțiuni.

Totodată, se poate analiza și conținutul art. 287 alin. (1) lit. b) Cod pen., respectiv nerespectarea unei hotărâri judecătorești săvârșită prin refuzul organului de executare de

a pune în aplicare o hotărâre judecătorească prin care este obligat să îndeplinească un anumit act.

În orice caz, indiferent de cum se va structura practica națională din acest punct de vedere, un aspect este cert: având o astfel de contestație privind durata procesului penal admisă, drumul spre obținerea unei hotărâri favorabile la CEDO asupra încălcării art. 6 (sub aspectul duratei rezonabile a procesului) este mult mai scurt.

În ultimul rând, art. 488^6 Cod proc.pen. instituie și pedepsește și abuzul de drept constând în formularea cu rea-credință a contestației. Acesta este reglementat de legiuitor sub forma unei contravenții, pedepsibilă cu amendă judiciară.

Un aspect esențial nu este precizat de legiuitor în cadrul legal de la 488^1 – 488^6, respectiv dacă formularea unei astfel de contestații suspendă urmărirea penală sau judecata.

Având în vedere reglementarea și sancționarea abuzului de drept, am putea fi tentați să considerăm că pe durata acestei contestații procesul penal s-ar putea opri, aceasta fiind rațiunea care ar impune de fapt sancționarea abuzului.

Pe de altă parte însă, conform principiului *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, și având în vedere prevederea de la art. 488^4 alin. (1) lit. b) (care permite transmiterea atât a dosarului în original cât și a unei copii certificate de pe acesta), apreciem că răspunsul corect este acela că formularea unei contestații nu suspendă cu nimic urmărirea penală sau judecata, scopul ei fiind tocmai impunerea unei celerități și nicidecum generarea unor noi incidente procedurale de natură să oprească procesul penal.

În concluzie, instituția contestației privind durata procesului penal este bine venită în legislația procesual penală română, reprezentând o garanție în plus a respectării drepturilor omului. Sub aspectul modului în care se va implementa ea și mai ales a urmărilor juridice sub aspect sancționator, perioada următoare va fi una de acomodare, de practică neunitară la nivelul țării, ce va necesita în mod cert o clarificare prin intermediul unui recurs în interesul legii.

Aplicarea procedurii acordului de recunoaştere a vinovăţiei din perspectiva Legii nr. 135/2010 privind Codul de procedură penală

Alexandru ***BOROI****

Abstract: *Procedura recunoaşterii vinovăţiei se circumscrie ideii de justiţie negociată apărută în contextul european prin dispoziţiile Recomandării R(87)18 din 17 septembrie 1987 a Consiliului de Miniştri din cadrul Consiliului Europei, în care se prevede faptul că în cazul în care vinovăţia acuzatului rezultă din probele administrate în cauză, se poate recurge de către instanţele de judecată la o procedură simplificată, care are ca urmare pronunţarea unor hotărâri judecătoreşti în lipsa fazei de judecată.*

Cuvinte cheie: *suspectul, inculpatul, proceduri speciale, sesizarea instanţei, acordul de recunoaştere a vinovăţiei*

1. Introducere

Ca urmare a recomandărilor privind necesitatea asigurării celerităţii în procesul penal, s-au introdus în Codul de procedură penală anterior, dispoziţii care să răspundă nevoii de eficacitate a judecăţii, contribuind astfel la înlăturarea utilizării unor proceduri greoaie şi inutile[1].

Până la introducerea dispoziţiilor art. 320^1 din Legea nr. 202/2010 privind unele măsuri pentru accelerarea soluţionării proceselor[2], în conţinutul C.pr.pen, instanţele de judecată se abţineau să pronunţe hotărâri judecătoreşti doar în baza probelor administrate în faza de urmărire penală, ca urmare a faptului că instanţele de control judiciar procedau la desfiinţarea sau casarea acestor hotărâri, considerând că sunt încălcate principiile fundamentale ale procesului penal, şi anume principiul rolului activ al organelor judiciare, principiului contradictorialităţii şi al nemijlocirii[3].

De altfel, dispoziţiile art. 320^1 privind judecata în cazul recunoaşterii vinovăţiei au fost preluate din conţinutul art. 374 din Legea nr. 135/2010[4], iar în Titlul IV intitulat„Proceduri speciale" se regăseşte sub forma acordului de recunoaştere a vinovăţiei, practic preluarea din textul Legii nr. 135/2010 nu a fost soluţia cea mai fericită aleasă de legiuitor, deoarece interpretarea dispoziţiilor art. 320^1 a fost însoţită de numeroase critici, iar aplicarea acestuia a fost însoţită de ridicarea unor excepţii de neconstituţionalitate în dosare având ca obiect cauze penale aflate în momente procesuale diferite (fond, apel, recurs, contestaţie în anulare). Prin urmare, procedura reglementată prin dispoziţiile art. 320^1 era mult mai limitată, adoptarea acesteia făcându-se în scopul urgentării procedurii de judecată, care urma să se facă doar în baza probelor administrate în faza de urmărire penală şi a înscrisurilor în circumstanţiere, în

* Prof. univ. dr., Universitatea Titu Maiorescu – Bucureşti.

[1] Expunere de motive privind Legea 202 din 2010, document disponibil online în www.juridice.ro.

[2] Publicată în M.Of. nr.714 din 26 octombrie 2010.

[3] A se vedea Cristina Celea, *Judecata în cazul recunoaşterii vinovăţiei*, în R.D.P., nr. 1/2011, p. 87.

[4] Publicată în M.Of. nr.486 din 15 iulie 2010.

timp ce în cazul procedurii speciale prevăzute în dispoziţiile art. 478-488 N. C.pr. pen., beneficiază de reglementări generoase din partea legiuitorului, obiectul acordului de recunoaştere a vinovăţiei fiind recunoaşterea săvârşirii faptei şi acceptarea încadrării juridice pentru care a fost pusă în mişcare acţiunea penală şi priveşte felul şi cuantumul pedepsei, precum şi forma de executare a acesteia.

2. Reglementarea procedurii în cazul recunoaşterii vinovăţiei

În cazul procedurii speciale prevăzută în N. C.pr.pen., în situaţia în care se încheie acord de recunoaştere a vinovăţiei, procurorul nu mai întocmeşte rechizitoriul cu privire la inculpaţii cu care a încheiat acordul, conform prevederilor art. 481 alin. (2), ci sesizează instanţa căreia i-ar reveni competenţa să judece cauza în fond, trimiţând acesteia acordul de recunoaştere a vinovăţiei însoţit de dosarul de urmărire penală.

Faţă de dispoziţiile art. 320^1 când prevederile alin. (1)-(6) se aplicau doar în cazul infracţiunilor pentru care pedeapsa prevăzută de lege era amenda sau pedeapsa amenzii alternativ cu pedeapsa închisorii sau doar pedeapsa cu închisoarea[1] (dar nu se aplicau în cazul în care acţiunea penală viza o infracţiune pentru care pedeapsa era detenţiunea pe viaţă, fără a se lua în considerare, în raportarea aplicabilităţii concrete a cauzei de reducere, eventualele situaţii de atenuare a pedepsei, precum tentativă[2]), în cazul aplicării procedurii speciale aşa cum este prevăzută aceasta în conţinutul art. 480 alin. (1) din N.C.pr.pen., constatăm că acordul de recunoaştere a vinovăţiei se poate încheia numai cu privire la infracţiunile pentru care legea prevede pedeapsa amenzii sau a închisorii de cel mult 7 ani. Considerăm că iniţiativa legiuitorului de a stabili ca aplicarea acestei proceduri să se facă în cazul în care este îndeplinită această condiţie, este binevenită, pentru a evita soluţii asemănătoare celei din Sentinţa penală nr. 32/F/19 ianuarie 2011 a Tribunalului Ialomiţa, când pentru fapta inculpatului M.N. care în data de 18.06.2009, pe fondul unor neînţelegeri mai vechi şi a consumului de alcool, i-a aplicat lovituri repetate defunctei M.E., cauzându-i leziuni ce au avut legătură de cauzalitate indirectă cu decesul victimei, evoluţia gravă şi apariţia decesului fiind favorizate de prezentarea tardivă a victimei la spital, fapt ce întruneşte elementele constitutive ale infracţiunii de loviri sau vătămări cauzatoare de moarte, potrivit art. 183 C.pen şi care se pedepseşte cu închisoare de la 5 la 15 ani. Inculpatul a declarat că recunoaşte în totalitate fapta reţinută prin rechizitoriu şi este de acord ca judecata să se facă în baza probelor administrate la dosar în faza de urmărire penală, instanţa pronunţând în baza art. 183, cu aplicarea art. 320^1 alin. (7) şi art. 74 -76 C.pen. o pedeapsă de 3 ani închisoare, iar în baza art. 86^1 C.pen. s-a dispus suspendarea sub supraveghere a executării pedepsei aplicate pe durata unui termen de încercare de 5 ani conform art. 86^2 C.pen.

---

[1] Însă acest alineat lasă nereglementată situaţia în care pentru infracţiunea săvârşită, legea prevede pedeapsa detenţiunii pe viaţă alternativ cu pedeapsa închisorii cum este cazul infracţiunii de omor deosebit de grav (art. 176 din Legea nr. 15/1968 privind C.pen., cu modificări şi completări), deoarece la momentul procesual al aplicării dispoziţiilor privind judecata în cazul recunoaşterii vinovăţiei (înainte de începerea cercetării judecătoreşti), instanţa nu poate aprecia dacă după individualizarea pedepsei va putea aplica fie pedeapsa detenţiunii pe viaţă, fie pedeapsa închisorii. A se vedea în acest sens, Cristinel Ghigheci - *Judecata în cazul recunoaşterii vinovăţiei*, document disponibil online în www.juridice.ro.

[2] A se vedea Î.C.C.J., s.pen., dec. Nr. 250 din 27 ianuarie 2012, document disponibil online în www.scj.ro

Conform prevederilor art. 374 din N.C.pr.pen., până la începerea cercetării judecătoreşti, inculpatul poate solicita ca judecata să aibă loc numai pe baza probelor administrate în cursul urmăririi penale şi a înscrisurilor prezentate de părţi. Singura deosebire între textele celor două articole este tipul actului de sesizare a instanţei, deoarece în cazul art. 320[1] alin. (1) din vechiul C.pr.pen. este vorba despre rechizitoriul procurorului, în timp ce în cazul aplicării procedurii speciale din Noul C.pr.pen. în situaţia în care se încheie acord de recunoaştere a vinovăţiei, procurorul nu mai întocmeşte rechizitoriu cu privire la inculpaţii cu care a încheiat acord.

De asemenea, prin încheierea acordului de recunoaştere a vinovăţiei, este necesar ca inculpatul să recunoască săvârşirea infracţiunii şi să accepte încadrarea juridică a faptei pentru care a fost pusă în mişcare acţiunea penală. Faţă de dispoziţiile anterioare, când judecata urma să aibă loc doar în baza probelor administrate în faza de urmărire penală şi în baza înscrisurilor în circumstanţiere[1], în actualul C.pr.pen., această sintagmă a fost înlocuită de către legiuitor cu„înscrisurile prezentate de părţi".

Spre deosebire de prevederile art. 320[1] din C.pr. pen., unde legiuitorul nu a prevăzut unele condiţii de încheiere a unui acord de recunoaştere a vinovăţiei, simplul acord verbal sau prin înscris autentic[2] fiind suficient, conform prevederilor art. 481 şi 482, acordul trebuie să fie întocmit în formă scrisă, putând fi iniţiat atât de procuror, cât şi de către inculpat. Potrivit dispoziţiilor art. 478 alin. (5)„dacă acţiunea penală s-a pus în mişcare faţă de mai mulţi inculpaţi, se poate încheia un acord de recunoaştere a vinovăţiei distinct cu fiecare dintre aceştia", iar în situaţia în care se încheie acordul numai cu privire la unele dintre fapte sau numai cu privire la unii inculpaţi, procurorul înaintează instanţei numai actele de urmărire penală care se referă la faptele şi persoanele care au făcut obiectul acordului de recunoaştere a vinovăţiei, în timp ce pentru celelalte fapte sau inculpaţi se dispune trimiterea în judecată, sesizarea instanţei făcându-se separat, aşa cum rezultă din dispoziţiile art. 483 alin. (2) din Noul C.pr.pen.

---

[1] Mihail Udroiu –„*Explicaţii preliminare ale Legii nr.202/2010 privind unele măsuri pentru accelerarea soluţionării proceselor în domeniul penal*", pg. 34, document disponibil în www.inm-lex.ro;„Înscrisurile în circumstanţiere" nu sunt definite în Codul penal sau în Codul de procedură penală, dar putem defini această noţiune dacă luăm în considerare instituţia circumstanţelor atenuante sau agravante prevăzute în conţinutul art. 73, 74 şi 75 din Codul penal, putem considera că aceste înscrisuri nu sunt altceva decât probe pertinente şi concludente care produc efecte în favoarea inculpatului. A se vedea Cristina Celea -„*Judecata în cazul recunoaşterii vinovăţiei*", *op. cit.*, p. 93.

[2] O definiţie a actului autentic era prevăzută în conţinutul vechiului Cod civil la art.1171 din vechiul Cod civil, abrogat:„Actul autentic este definit ca fiind actul făcut cu solemnităţile cerute de lege, de un funcţionar public", iar în art. 263 din Noul Cod de procedură civilă (Legea nr.134/2010 publicată în M.Of. nr. 485 din 15 iulie 2010)-„Înscrisul autentic este înscrisul întocmit sau, după caz, primit şi autentificat de o autoritate publică, de notarul public sau de către o altă persoană învestită de stat cu autoritate publică, în forma şi condiţiile stabilite de lege. Autenticitatea înscrisului se referă la stabilirea identităţii părţilor, exprimarea consimţământului acestora cu privire la conţinut, semnătura acestora şi data înscrisului. Este, de asemenea, autentic orice alt înscris emis de către o autoritate publică şi căruia legea îi conferă acest caracter". În prezent notarul public, în conformitate cu prevederile art.8, lit. b din Legea nr. 36 din 1995 a notarilor publici şi a activităţii notariale (publicată în M.Of. nr. 92 din 16 mai 1995, republicată în M.Of. nr.732 din 18 octombrie 2011) îndeplineşte activitatea de autentificare a înscrisurilor redactate de acesta, de parte, personal sau de avocat, iar în conformitate cu prevederile art. 13 alin. (2) la cererea persoanelor fizice având cetăţenia română, precum şi a persoanelor juridice române, misiunile diplomatice şi oficiile consulare ale României pot autentifica înscrisurile.

Cu privire la conţinutul acordului de recunoaştere a vinovăţiei, conform art. 482, acesta trebuie să cuprindă: data şi locul încheierii; numele, prenumele şi calitatea celor între care se încheie; date privitoare la persoana inculpatului prevăzute la art. 107 alin. (1) din C.pr.pen.; descrierea faptei ce formează obiectul acordului; încadrarea juridică a faptei şi pedeapsa prevăzută de lege; probele şi mijloacele de probă; declaraţia expresă a inculpatului prin care recunoaşte comiterea faptei şi acceptă încadrarea juridică pentru care a fost pusă în mişcare acţiunea penală; felul şi cuantumul, precum şi forma de executare a pedepsei ori soluţia de renunţare la aplicarea pedepsei sau de amânare a aplicării pedepsei cu privire la care s-a ajuns la un acord între procuror şi inculpat; semnăturile procurorului, ale inculpatului şi ale avocatului, având în vedere că la încheierea acordului de recunoaştere a vinovăţiei, asistenţa juridică este obligatorie.

În cazul în care acordului de recunoaştere a vinovăţiei îi lipseşte vreuna dintre menţiunile obligatorii, instanţa dispune acoperirea omisiunilor în cel mult 5 zile şi sesizează în acest sens conducătorul parchetului care a emis acordul, conform prevederilor art. 484 din Noul C.pr.pen.

Termenul până la care inculpatul poate solicita ca judecata să se facă în baza procedurii simplificate este„până la începerea cercetării judecătoreşti". Asupra acestui termen au existat unele controverse care au generat o practică neunitară a instanţelor de judecată, motiv pentru care procurorul General al României, a subliniat în textul recursului în interesul legii promovat în data de 24.08.2011 că, declanşarea procedurii simplificate de judecată introduse prin prevederile art. 320[1] din Codul de procedură penală nu poate avea loc decât în faţa instanţei de fond şi până la începerea cercetării judecătoreşti, deoarece scopul acestei proceduri este reprezentat de celeritatea procesului penal prin excluderea cercetării judecătoreşti clasice, iar o astfel de cerere poate fi făcută la primul termen de judecată, dar şi la un termen ulterior, cu condiţia ca instanţa de fond să nu fi început cercetarea judecătorească, cererea introdusă după acest moment procesual, va fi respinsă ca tardiv formulată, însă, Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie a respins recursul în interesul legii declarat de Procurorul General al României[1].

De asemenea, în acest sens, au fost ridicate excepţii privind neconstituţionalitatea prevederilor art. 320[1] din vechiul Cod de procedură penală[2], deoarece prin instituirea acestui termen se considera că este afectat principiul egalităţii cetăţenilor în faţa legii, precum şi principiul aplicării legii penale mai favorabile, în funcţie de stadiile procesuale în care se află inculpaţii, putând exista trei situaţii diferite şi anume: situaţia în care inculpaţii au fost trimişi în judecată după intrarea în vigoare a acestei legi, pentru aceştia se aplică prevederile art. 320[1] din C.pr.pen., a doua situaţie este cea în care inculpaţii, deşi au fost trimişi în judecată anterior apariţiei Legii 202/2010, nu au depăşi momentul procesual al începerii cercetării judecătoreşti, de asemenea aplicarea acestor prevederi nu ridică nici un fel de probleme şi cea de a treia situaţie care vizează inculpaţii care au fost trimişi în judecată conform prevederilor legii vechi, dar care au depăşit momentul începerii cercetării judecătoreşti, în cazul acestora, unii nu au fost definitiv judecaţi, iar în cazul acestora se aplică principiul legii penale mai favorabile, alţi inculpaţi, deşi au fost judecaţi definitiv, se află în momente procesuale diferite, respectiv revizuire, contestaţie în anulare sau contestaţie la executare, această ultimă

[1] A se vedea Î.C.C.J., decizia nr. 28 din 12 decembrie 2011, publicată în M.Of. nr. 119 din 16 februarie 2012, www.iccj.ro.

[2] A se vedea Curtea Constituţională, decizia nr. 1470 din 08 noiembrie 2011 şi decizia nr. 1483 din 8 noiembrie 2011, publicate în M.Of, nr. 853 din 02 decembrie 2011.

situaţie nefiind susceptibilă de aplicarea principiului retroactivităţii legii penale mai favorabile[1].

Considerăm că aceste situaţii contradictorii ar fi trebuit să fie reglementate cu ajutorul unor dispoziţii tranzitorii care să fi fost prevăzute în mod expres fie în conţinutul art. 320[1], fie ca articole distincte în conţinutul Legii nr. 202/2010. Ţinând cont de necesitatea limitării efectului juridic imediat[2] al deciziilor nr. 1470 şi 1483 din 8 noiembrie 2011 referitoare la excepţia de neconstituţionalitate a dispoziţiilor art. 320[1] din Codul de procedură penală şi anume suspendarea de drept[3] a acestora, situaţie care ar fi cauzat perioade de vid legislativ şi o practică judecătorească neunitară, au fost introduse prin prevederile art. XI din O.U.G. nr. 121/2011 pentru modificarea şi completarea unor acte normative[4], dispoziţii tranzitorii care să remedieze aspectele invocate de Curtea Constituţională, prin acordarea posibilităţii de recunoaştere a vinovăţiei la primul termen cu procedură completă imediat următor intrării în vigoare a prezentei ordonanţe de urgenţă, permiţând astfel aplicarea legii penale mai favorabile tuturor situaţiilor juridice născute sub imperiul legii vechi şi judecate potrivit legii noi[5]. Deşi aceste dispoziţii referitoare la termenul până la care se poate încheia un acord de recunoaştere a vinovăţiei au fost menţinute şi prin prevederile art. 374 din cuprinsul Noului Cod de procedură penală, acestea au fost eliminate ulterior din conţinutul art. 374 care a fost modificat prin dispoziţiile art. 102 pct. 240 din Legea nr. 255/2013 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 135/2010 privind Codul de procedură penală, însă acest fapt se subînţelege ca urmare a succesiunii acestor activităţi până la faza de cercetare judecătorească în cazul recunoaşterii vinovăţiei, prevăzută la art. 377 din C.pr.pen.. Menţionăm că din dorinţa legiuitorului de a crea dispoziţii clare, care să nu mai dea posibilitatea unor interpretări eronate a normelor procesual penale cu privire la acordul de recunoaştere a vinovăţiei, practic, prin modificarea conţinutului art. 377, s-a neglijat lămurirea aspectelor ce ţin de cercetarea judecătorească în cazul în care pe parcursul procesului penal nu se încheie un acord de recunoaştere a vinovăţiei.

Pentru desfăşurarea cercetării judecătoreşti în cazul încheierii unui acord de recunoaştere a învinuirii, legiuitorul a prevăzut dispoziţii speciale la art. 377 din C.pr.pen., urmând a administra probele cu înscrisurile încuviinţate. În cazul în care instanţa constată din oficiu sau la cererea procurorului sau a părţilor că încadrarea juridică a faptei prin actul de sesizare trebuie schimbată, atunci va pune în discuţie noua încadrare, situaţie în care poate dispune administrarea unor alte probe.

În cazul în care instanţa admite acordul de recunoaştere a vinovăţiei poate dispune una dintre soluţiile prevăzute la art. 396 alin. (2)-(4), şi anume: condamnarea inculpatului atunci când instanţa constată că fapta există, constituie infracţiune şi a fost săvârşită de către inculpat; renunţarea la aplicarea pedepsei, în cazul în care instanţa constată că fapta există, constituie infracţiune şi a fost săvârşită de inculpat, putând renunţa la aplicarea pedepsei, aplica un avertisment în condiţiile art. 81 din N.C.pen.

---

[1] Curtea Constituţională, decizia nr. 1470 din 08 noiembrie 2011, publicată în M. Of. nr. 853 din 2 decembrie 2011.

[2] Nota de fundamentare la O.U.G. nr.121/2011 pentru modificarea şi completarea unor acte normative, document disponibil online în www.gov.ro.

[3] Conform prevederilor art. 147 alin. (1) din Constituţia României republicată în M.Of. nr. 767 din 31 octombrie 2003.

[4] Publicată în M.Of. nr. 931 din 29 decembrie 2011.

[5] Nota de fundamentare la O.U.G. nr.121/2011 pentru modificarea şi completarea unor acte normative, document disponibil online în www.gov.ro.

sau amânarea aplicării pedepsei dacă instanţa constată că fapta există, constituie infracţiune, a fost săvârşită de inculpat, urmând a fi aplicate dispoziţiile art. 83-90 din N.C.pen.

Potrivit dispoziţiilor art. 485 lit. b) din N.C.pr.pen., în cazul în care instanţa respinge acordul de recunoaştere a vinovăţiei, trimite dosarul procurorului în vederea continuării urmăririi penale în cazul în care constată că nu sunt îndeplinite condiţiile prevăzute la art. 480-482 din N.C.pr.pen. cu privire la oportunitatea încheierii unui acord de recunoaştere a vinovăţiei. Împotriva sentinţei pronunţate se poate declara apel, de către procuror sau de către inculpat, în termen de 10 zile de la comunicare, instanţa de apel putând pronunţa una dintre următoarele soluţii: respinge apelul, menţinând hotărârea atacată, dacă apelul este tardiv sau inadmisibil ori nefondat; admite apelul, desfiinţează sentinţa prin care acordul de recunoaştere a fost admis numai cu privire la felul şi cuantumul pedepsei sau la forma de executare a acesteia şi pronunţă o nouă hotărâre, fie admite apelul, desfiinţează sentinţa prin care acordul de recunoaştere a fost respins, admite acordul de recunoaştere a vinovăţiei, dispoziţiile art. 485 alin. (1) lit. a) şi art. 486 aplicându-se în mod corespunzător.

3. Efectele aplicării dispoziţiilor art. 478-488 din Legea nr. 135/2010 privind C.pr. pen. privind acordul de recunoaştere a vinovăţiei

În cazul admiterii cererii de judecare a cauzei, soluţionarea laturii penale de către instanţa de judecată se va face conform prevederilor art. 320^1 alin. (4) din C.pr. pen., dacă din probele administrate în cursul urmăririi penale rezultă că fapta există, constituie infracţiune şi a fost săvârşită de inculpat, modificările survenite în conţinutul acestui aliniat (aşa cum au fost prevăzute în O.U.G. nr. 121 din 2011) au avut rolul de a pune de acord prevederile acestuia cu condiţiile necesare realizării scopului imediat al procesului penal[1].

Ca efect al aplicării procedurii simplificate de judecată, instanţa, atât în cazul dispoziţiilor art. 320^1 din C.pr.pen. anterior, cât şi ca urmare a dispoziţiilor art. 480 alin. (3) din Legea nr. 135/2010 privind Codul de procedură penală, putea pronunţa condamnarea inculpatului, care beneficia de reducerea cu o treime a limitelor de pedeapsă prevăzută de lege, în cazul pedepsei închisorii, şi de reducerea cu o pătrime a limitelor de pedeapsă prevăzută de lege, însă dispoziţiile alin 3 al art. 480 au fost abrogate prin art. 102 pct. 288 din Legea nr. 255/2013 de punere în aplicare a Legii nr. 135/2010, iar dispoziţii similare se regăsesc acum în cuprinsul art. 396 alin. (10).

De asemenea, inculpatul poate beneficia de reducerea pedepsei şi în cazurile prevăzute în art.16 din Legea nr. 143/2000[2] privind prevenirea şi combaterea traficului şi consumului ilicit de droguri, în art. 20 din Legea nr.678/2001 privind prevenirea şi combaterea traficului de persoane[3], precum şi în art. 19 din Legea nr. 682/2002 privind prevenirea şi combaterea traficului de persoane[4], precum şi ca urmare a săvârşirii

[1]Alin. (4) al art. 320^1 C.pr. pen**.,** înainte de modificarea dispusă prin dispoziţiile art. V din O.U.G.121/2011, „Instanţa de judecată soluţionează latura penală atunci când, din probele administrate, rezultă că faptele inculpatului sunt stabilite şi sunt suficiente date cu privire la persoana sa pentru a permite stabilirea unei pedepse”.

[2] Publicată în M. Of. nr. 362 din 3 august 2000.

[3] Publicată în M.Of. nr. 783 din 11 decembrie 2001.

[4] Publicată în M.Of. nr. 964 din 28 decembrie 2002.

infracţiunii de trafic de influenţă[1], conform prevederilor art. 292 alin. (1) N.C.pen. În aceste situaţii, în cazul în care se va aplica procedura recunoaşterii vinovăţiei, limitele pedepsei la care se va aplica reducerea prevăzută la acest articol, vor fi cele reduse ca urmare a aplicării iniţiale a celorlalte cauze de reducere a pedepselor prevăzute de lege[2].

În cazul existenţei unui concurs între circumstanţele agravante şi atenuante, se vor putea aplica dispoziţiile art. 79 N.C.pen., caz în care coborârea pedepsei sub minimul special nu este obligatorie, însă acest fapt nu exclude aplicarea procedurii simplificate de judecată.

Tot ca o consecinţă a aplicării dispoziţiilor relative la acordul de recunoaştere a vinovăţiei, dacă instanţa reţine în cazul individualizării pedepsei, circumstanţele atenuante legale sau judiciare prevăzute în art. 75 din N.C.pen., atunci aplicarea prevederilor art. 76 din N.C.pen. privind efectele circumstanţelor atenuante se va face prin raportare la limitele de pedeapsă reduse conform prevederilor art. 478-488, iar în cazul în care sunt mai mulţi inculpaţi şi numai unul dintre aceştia solicită ca judecarea cauzei să se facă doar în baza probelor administrate la dosar în faza de urmărire penală, instanţa va putea dispune prin încheiere disjungerea cauzei pentru ceilalţi inculpaţi, în cazul în care acest lucru este posibil[3].

În ceea ce priveşte soluţionarea acţiunii civile, conform prevederilor art. 486 din Noul C.pr.pen., în cazul în care între părţi s-a încheiat tranzacţia sau un acord de mediere cu privire la acţiunea civilă, instanţa ia la cunoştinţă de acesta prin sentinţă, iar în cazul în care instanţa admite acordul de recunoaştere a vinovăţiei şi nu s-a încheiat o tranzacţie sau un acord de mediere, instanţa lasă nesoluţionată acţiunea civilă.

Introducerea procedurii simplificate a recunoaşterii vinovăţiei constituie un mod alternativ de rezolvare a cauzelor deduse judecăţii, reprezentând o reacţie firească, în condiţiile în care instanţele de judecată se confruntă cu o creştere a numărului de dosare. În această situaţie, pe fondul influenţelor primite din legislaţia europeană, putem considera că iniţiativa legiuitorului este inovatoare, apărând ca un remediu care se supune exigenţelor privind necesitatea respectării principiului operativităţii, vizând ameliorarea accesului la justiţie, simplificarea şi rezolvarea rapidă a cauzelor penale.

Dispoziţiile privind acordul de recunoaştere a vinovăţiei favorizează atingerea acestui deziderat, însă pe lângă avantajele acestei proceduri, care constau în descongestionarea activităţii instanţelor, textului i-au fost aduse o serie de critici, implementarea acestei proceduri a generat, din cauza lipsei unor dispoziţii clare, interpretări diferite, care ar fi putut fi înlăturate prin introducerea unor dispoziţii tranzitorii în cuprinsul Legii nr. 202/2010 sau în prezent prin modificarea unor articole în Legea nr. 135/2010. Cu toate acestea, iniţiativa legislativă de introducere a procedurii judecăţii în cazul recunoaşterii vinovăţiei rămâne salutară în condiţiile în care ea se regăseşte şi în contextul prevederilor Noului Cod de procedură penală sub forma unei proceduri speciale urmând a fi aplicată odată cu intrarea în vigoare a Legii nr. 135/2010.

---

[1] A se vedea Trib. Olt, s. pen., sentinţa nr. 50 din 15 februarie 2011, document disponibil online în www.scj.ro.

[2] Mihail Udroiu -„*Explicaţii preliminare ale Legii nr. 202/2010 privind unele măsuri pentru accelerarea soluţionării proceselor în domeniul penal*", p. 36, document disponibil online în www.inm-lex.ro**.**

[3] A se vedea Trib. Bucureşti, Secţia a II-a penală, sent. pen. nr. 334 din 11.04.2011, dosar nr. 17573/3/2011, document disponibil online în www.juridice.ro.

4. Concluzii

Introducerea acestei instituţii în cuprinsul Codului de procedură penală a reprezentat o provocare pentru legiuitorul român a cărui preocupare a fost aceea de a rezolva cauzele deduse judecăţii în contextul necesităţii asigurării celerităţii într-un proces echitabil, aplicarea acestor norme în practica judiciară întâmpinând greutăţi în lipsa unor dispoziţii tranzitorii. Bineînţeles că fiind o instituţie nouă, au apărut o serie de controverse legate de interpretarea şi aplicarea acestor norme. Menţinerea procedurii simplificate a acordului de recunoaştere a vinovăţiei în cuprinsul dispoziţiilor Legii nr. 135/2010 privind Codul de procedură penală nu face altceva decât să continue aplicarea dispoziţiilor procesual penale în materia rezolvării cu celeritate a cauzelor penale, contribuind astfel la descongestionarea instanţelor judecătoreşti şi aşa destul de aglomerate.

Bibliografie:

1. Cristina Celea -„Judecata în cazul recunoaşterii vinovăţiei”, în R.D.P., nr. 1/2011.

2. Cristinel Ghigheci -„Judecata în cazul recunoaşterii vinovăţiei“, document disponibil online în www.juridice.ro.

3. Mihail Udroiu –„Explicaţii preliminare ale Legii nr.202/2010 privind unele măsuri pentru accelerarea soluţionării proceselor în domeniul penal”, p. 34, document disponibil în www.inm-lex.ro.

Faza de urmărire penală a procesului penal – în viziunea noului Cod de procedură penală

Camelia ŞERBAN ***MORĂREANU***[*]
Daniel ***CREŢU***[**]

Abstract: *La data de 1 februarie 2014 a intrat în vigoare Legea nr. 135 din 1 iulie 2010 privind Noul Cod de procedură penală. Acestei legi, înainte de intrarea sa în vigoare i s-au adus o serie de modificări prin Legea nr. 255 din 2013. Şi ulterior intrării în vigoare, respectiv, ulterior datei de 1 februarie 2014, actul normativ inițial a fost modificat prin Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 3 din 5 februarie 2014.*

Împreună, aceste acte alcătuiesc cadrul normativ de reglementare a unui proces penal, începând cu data de 1 februarie 2014.

Referitor la faza de urmărire a procesului penal, viziunea Noului Cod de procedură penală este cu totul nouă din multe puncte de vedere. De pildă, procesul penal începe odată cu începerea urmăririi penale in rem / începere devenită obligatorie dacă actul de sesizare îndeplinește condițiile de fond și de formă prevăzute de lege; persoana cercetată devine suspect – calitate căpătată odată cu dispunerea de către procuror prin ordonanță a continuării urmăririi penale in personam; printre soluțiile dispuse de procuror pe parcursul urmăririi penale se numără renunțarea la urmărire penală - soluție inedită în cadrul normativ; pe parcursul urmăririi penale se poate lua act de un acord de recunoaştere a vinovăției – de asemenea o instituție nouă în plan procesual penal.

Toate acestea, ca și o serie întreagă de dispoziții procesual penale (inedite sau modificate față de vechea reglementare a Codului de procedură penală) vor face obiectul analizei noastre în cuprinsul materialului pe care îl vom alcătui.

Cuvinte cheie: *proces penal, procuror, suspect, inculpat.*

Sesizarea organelor de urmărire penală

În noua reglementare a Codului de procedură penală, fără a se fi adus schimbări majore față de vechea reglementare, se constată că modurile de sesizare[1] sunt plângerea, denunţul, actele încheiate de alte organe de constatare prevăzute de lege, sesizarea din oficiu, plângerea prealabilă[2] şi sesizarea comandantului unității militare (care este necesară numai în ceea ce priveşte anumite infracţiuni[3], respectiv, absența nejustificată, dezertarea, încălcarea consemnului, părăsirea postului sau comenzii, insubordonarea).

---

[*] Conf. Dr., Universitatea din Piteşti.
[**] Procuror Drd. – Parchetul de pe lângă Judecătoria Costeşti.

[1] Art. 288 C.p.p.

[2] Când, potrivit legii, punerea în mişcare a acţiunii penale se face numai la plângerea prealabilă a persoanei vătămate, la sesizarea formulată de persoana prevăzută de lege ori cu autorizarea organului prevăzut de lege, acţiunea penală nu poate fi pusă în mişcare în lipsa acestora.

[3] Prevăzute la art. 413 - 417 din Codul penal (Legea 286/2009).

În ce priveşte ***plângerea,***[1] aceasta este încunoştinţarea făcută de o persoană fizică sau juridică, referitoare la o vătămare ce i s-a cauzat prin infracţiune. Ea trebuie să cuprindă: numele, prenumele, codul numeric personal, calitatea şi domiciliul petiţionarului ori, pentru persoane juridice, denumirea, sediul, codul unic de înregistrare, codul de identificare fiscală, numărul de înmatriculare în registrul comerţului sau de înscriere în registrul persoanelor juridice şi contul bancar, indicarea reprezentantului legal ori convenţional, descrierea faptei care formează obiectul plângerii, precum şi indicarea făptuitorului şi a mijloacelor de probă, dacă sunt cunoscute. Când este făcută în scris, trebuie semnată de persoana vătămată sau de mandatar iar când este formulată oral, se consemnează într-un proces-verbal de către organul care o primeşte.

Plângerea se poate face personal sau prin mandatar iar mandatul trebuie să fie special, iar procura rămâne ataşată plângerii.

Plângerea se poate face şi de către unul dintre soţi pentru celălalt soţ sau de către copilul major pentru părinţi, cazuri în care persoana vătămată poate să declare că nu îşi însuşeşte plângerea.

Pentru persoana lipsită de capacitatea de exerciţiu, plângerea se face de reprezentantul său legal. Persoana cu capacitate de exerciţiu restrânsă poate face plângere cu încuviinţarea persoanelor prevăzute de legea civilă. În cazul în care făptuitorul este persoana care reprezintă legal sau încuviinţează actele persoanei vătămate, sesizarea organelor de urmărire penală se face din oficiu.

În ce priveşte plângerea în formă electronică (reglementare nouă în Codul de procedură penală), aceasta îndeplineşte condiţiile de formă numai dacă este certificată prin semnătură electronică, în conformitate cu prevederile legale.[2]

Plângerea greşit îndreptată la organul de urmărire penală sau la instanţa de judecată se trimite, pe cale administrativă, organului judiciar competent.

În cazul în care plângerea este întocmită de către o persoană care locuieşte pe teritoriul României, cetăţean român, străin sau persoană fără cetăţenie, şi prin aceasta se sesizează săvârşirea unei infracţiuni pe teritoriul unui alt stat membru al Uniunii Europene, organul judiciar este obligat să primească plângerea şi să o transmită organului competent din ţara pe teritoriul căreia a fost comisă infracţiunea.[3]

În ce priveşte ***denunţul***, art. 290 C.p.p. arată că este încunoştinţarea făcută de către o persoană fizică sau juridică despre săvârşirea unei infracţiuni, dispoziţiile din Codul de procedură penală privitoare la plângere, fiind aplicate corespunzător.

Referitor la ***sesizările făcute de persoane cu funcţii de conducere şi de alte persoane,*** codul de procedură penală arată că orice persoană cu funcţie de conducere în cadrul unei autorităţi a administraţiei publice sau în cadrul altor autorităţi publice, instituţii publice ori al altor persoane juridice de drept public, precum şi orice persoană cu atribuţii de control, care, în exercitarea atribuţiilor lor, au luat cunoştinţă de săvârşirea unei infracţiuni pentru care acţiunea penală se pune în mişcare din oficiu, sunt obligate să sesizeze de îndată organul de urmărire penală şi să ia măsuri pentru ca urmele infracţiunii, corpurile delicte şi orice alte mijloace de probă să nu dispară. De menţionat că, orice persoană care exercită un serviciu de interes public pentru care a fost învestită de autorităţile publice sau care este supusă controlului ori supravegherii

[1] Art. 289 C.p.p.
[2] Legea 455 din 2001 privind semnătura electronică publicată în M. Of. 429 din 31 iulie 2001.
[3] Regulile privind cooperarea judiciară în materie penală se aplică în mod corespunzător.

acestora cu privire la îndeplinirea respectivului serviciu de interes public, care în exercitarea atribuţiilor sale a luat cunoştinţă de săvârşirea unei infracţiuni pentru care acţiunea penală se pune în mişcare din oficiu, este obligată să sesizeze de îndată organul de urmărire penală.

În ce priveşte ***sesizarea din oficiu***, noul Cod de procedură penală[1] arată că organul de urmărire penală se sesizează din oficiu dacă află că s-a săvârşit o infracţiune pe orice altă cale decât cele analizate anterior şi încheie un proces-verbal în acest sens.

Plângerea prealabilă este modul de sesizare special conform căruia, atunci când legea prevede că punerea în mişcare a acţiunii penale se face numai la plângerea prealabilă a persoanei vătămate, nu poate fi făcut acest pas în procesul penal, fără existenţa în cazul infracţiunilor pentru care legea prevede că este necesară o astfel de plângere. La fel ca şi în reglementarea veche a Codului de procedură penală, plângerea prealabilă se adresează organului de cercetare penală sau procurorului, însă termenul de introducere a plângerii prealabile s-a mărit, în sensul că este de 3 luni din ziua în care persoana vătămată a aflat despre săvârşirea faptei.

De menţionat că atunci când persoana vătămată este un minor sau un incapabil, termenul de 3 luni curge de la data când reprezentantul său legal a aflat despre săvârşirea faptei, iar în cazul când făptuitorul este reprezentantul legal al persoanelor vătămate, termenul de 3 luni curge de la data numirii unui nou reprezentant legal.

Plângerea prealabilă greşit îndreptată se consideră valabilă, dacă a fost introdusă în termen la organul judiciar necompetent, iar dacă, în mod greşit a fost îndreptată la organul de urmărire penală sau la instanţa de judecată se trimite, pe cale administrativă, organului judiciar competent.

La primirea plângerii prealabile, organul de urmărire penală verifică dacă aceasta îndeplineşte condiţiile de formă şi dacă a fost depusă în termenul prevăzut de lege. În cazul în care constată că este tardivă, organul de cercetare penală înaintează procurorului actele încheiate împreună cu propunerea de clasare. Dacă într-o cauză în care s-au făcut acte de urmărire penală se constată că este necesară plângerea prealabilă, organul de urmărire penală cheamă persoana vătămată şi o întreabă dacă înţelege să facă plângere. în caz afirmativ, organul de urmărire penală continuă cercetarea. În caz contrar, înaintează procurorului actele încheiate şi propunerea de clasare.

Atunci când infracţiunea pentru care se pune în mişcare acţiunea penală este o infracţiune flagrantă, organul de cercetare penală este obligat să constate săvârşirea acesteia, chiar în lipsa plângerii prealabile, însă după constatarea infracţiunii flagrante, organul de urmărire penală cheamă persoana vătămată şi, dacă aceasta declară că face plângere prealabilă, începe urmărirea penală. În caz contrar, organul de cercetare penală înaintează procurorului actele încheiate şi propunerea de clasare.

Examinarea actului de sesizare

Indiferent care este actul prin care a fost sesizat organul de urmărire penală, la primirea sesizării, acesta procedează la verificarea competenţei sale, iar dacă organul de cercetare penală constată că nu este competent să efectueze urmărirea penală, trimite de îndată cauza procurorului care exercită supravegherea, împreună cu propunerea de trimitere a sesizării organului competent.

[1] Art. 292 C.p.p.

În situaţia în care plângerea sau denunţul nu îndeplineşte condiţiile de formă prevăzute de lege ori descrierea faptei este incompletă ori neclară, *se restituie pe cale administrativă petiţionarului*, cu indicarea elementelor care lipsesc.

Dacă sesizarea îndeplineşte condiţiile legale de admisibilitate, dar din cuprinsul acesteia rezultă vreunul dintre cazurile de împiedicare a exercitării acţiunii penale,[1] organele de cercetare penală înaintează procurorului actele, împreună cu propunerea de clasare, iar în cazul în care procurorul apreciază propunerea întemeiată, dispune, prin ordonanţă, clasarea.

Începerea urmăririi penale

Dacă după examinarea sesizării, se constată că nu sunt motive pentru a-i fi restituită pe cale administrativă petiţionarului, organul de urmărire penală începe urmărirea penală – fapt care are semnificaţia începerii procesului penal, respectiv a primei faze a acestui proces.

Ori de câte ori este necesară o autorizare prealabilă sau îndeplinirea unei alte condiţii prealabile pentru începerea urmăririi penale, organul de urmărire penală efectuează *verificări prealabile*. Pentru efectuarea acestora, parchetul, odată cu sesizarea instituţiei competente, înaintează un referat întocmit de procurorul căruia i-a fost repartizată lucrarea, care va cuprinde rezultatele verificărilor prealabile cu privire la săvârşirea unor fapte prevăzute de legea penală de către persoana cu privire la care se solicită autorizarea prealabilă sau îndeplinirea altei condiţii prealabile.

Începerea urmăririi penale cu privire la faptă (in rem) se dispune de către organul de urmărire penală (procuror sau organ de cercetare penală) prin ordonanţă, în următoarele condiţii cerute cumulativ:

- actul de sesizare îndeplineşte condiţiile prevăzute de lege şi
- se constată că nu există vreunul dintre cazurile care împiedică exercitarea acţiunii penale prevăzute la art. 16 alin. (1) C.p.p.

Efectuarea urmăririi penale faţă de o persoană (in personam) se dispune doar de către procuror, prin ordonanţă, doar dacă, din datele şi probele existente în cauză rezultă indicii rezonabile că acea persoană a săvârşit fapta pentru care s-a început urmărirea penală *in re*m. Din momentul emiterii ordonanţei privind efectuarea urmăririi penale faţă de o persoană, acea persoană dobândeşte calitatea de suspect. Persoanei care a dobândit calitatea de suspect i se aduc la cunoştinţă, înainte de prima sa audiere, această calitate, fapta pentru care este suspectată, încadrarea juridică a acesteia, drepturile procesuale, încheindu-se în acest sens un proces-verbal.[2]

De menţionat, că faţă de persoanele pentru care urmărirea penală este *condiţionată de obţinerea unei autorizaţii prealabile sau de îndeplinirea unei alte condiţii prealabile*, efectuarea urmăririi penale se poate dispune numai după obţinerea autorizaţiei ori după îndeplinirea condiţiei.

Punerea în mişcare a acţiunii penale[3]

Acţiunea penală se pune în mişcare doar de procuror, prin ordonanţă, în cursul urmăririi penale, de îndată ce se constată că există probe din care rezultă presupunerea

[1] Prevăzute de art. 16 alin. (1) C.p.p.
[2] Art. 307 C.p.p.
[3] Art. 309 C.p.p.

rezonabilă că o persoană a săvârşit o infracţiune şi nu există vreunul dintre cazurile de împiedicare, prevăzute la art. 16 alin. (1) C.p.p.

Punerea în mişcare a acţiunii penale este comunicată inculpatului de către organul de urmărire penală care îl cheamă pentru a-l audia, ocazie cu care i se comunică şi calitatea în care este audiat, fapta prevăzută de legea penală pentru săvârşirea căreia a fost pusă în mişcare acţiunea penală şi încadrarea juridică a acesteia. I se aduc la cunoştinţă drepturile procesuale precum şi următoarele obligaţii:

- obligaţia de a se prezenta la chemările organelor judiciare, atrăgându-i-se atenţia că, în cazul neîndeplinirii acestei obligaţii, se poate emite mandat de aducere împotriva sa, iar în cazul sustragerii, judecătorul poate dispune arestarea sa preventivă;
- obligaţia de a comunica în scris, în termen de 3 zile, orice schimbare a adresei, atrăgându-i-se atenţia că, în cazul neîndeplinirii acestei obligaţii, citaţiile şi orice alte acte comunicate la prima adresă rămân valabile şi se consideră că le-a luat la cunoştinţă.

Aceste drepturi şi obligaţii i se comunică şi în scris, sub semnătură, iar în cazul în care nu poate ori refuză să semneze, se va încheia un proces-verbal.

La cerere, inculpatului i se eliberează o copie a ordonanţei prin care a fost dispusă punerea în mişcare a acţiunii penale.

De menţionat că, organul de urmărire penală continuă urmărirea şi fără a-l audia pe inculpat atunci când acesta lipseşte nejustificat, se sustrage sau este dispărut.

Extinderea urmăririi penale

În cazul în care, după începerea urmăririi penale, organul de urmărire penală constată fapte noi, date cu privire la participarea unor alte persoane sau împrejurări care pot duce la schimbarea încadrării juridice a faptei, dispune extinderea urmăririi penale ori schimbarea încadrării juridice.

Organul de cercetare penală care a dispus extinderea urmăririi penale sau schimbarea încadrării juridice este obligat să îl informeze pe procuror cu privire la măsura dispusă, propunând, după caz, punerea în mişcare a acţiunii penale.

Organul judiciar care a dispus extinderea urmăririi penale sau schimbarea încadrării juridice este obligat să îl informeze pe suspect despre faptele noi cu privire la care s-a dispus extinderea.

Soluţii de netrimitere în judecată dispuse de procuror

După examinarea sesizării, când constată că au fost strânse probele necesare cu privire la existenţa infracţiunilor, la identificarea persoanelor care au săvârşit o infracţiune şi la stabilirea răspunderii penale a acestora, procurorul, la propunerea organului de urmărire penală sau din oficiu, soluţionează cauza prin ordonanţă, dispunând:

a) *clasarea*, când nu exercită acţiunea penală ori, după caz, stinge acţiunea penală exercitată, întrucât există unul dintre cazurile prevăzute la art. 16 alin. (1) C.p.p.;

b) *renunţarea la urmărirea penală*, când nu există interes public în urmărirea penală a inculpatului.

Procurorul întocmeşte o singură ordonanţă chiar dacă lucrările dosarului privesc mai multe fapte ori mai mulţi suspecţi sau inculpaţi şi chiar dacă se dau acestora rezolvări diferite.

Clasarea se dispune când:

a) nu se poate începe urmărirea penală, întrucât nu sunt întrunite condiţiile de fond şi formă esenţiale ale sesizării;

b) există unul dintre cazurile prevăzute la art. 16 alin. (1).

Ordonanţa de clasare cuprinde şi dispoziţii privind:

a) ridicarea sau menţinerea măsurilor asigurătorii;[1]

b) restituirea bunurilor ridicate sau a cauţiunii;

c) sesizarea judecătorului de cameră preliminară cu propunerea de luare a măsurii de siguranţă a confiscării speciale;

d) sesizarea judecătorului de cameră preliminară cu propunerea de desfiinţare totală sau parţială a unui înscris;

e) sesizarea instanţei competente potrivit dispoziţiilor legii speciale în materia sănătăţii mintale, în vederea dispunerii internării nevoluntare;

f) cheltuielile judiciare.

Dacă în cursul urmăririi penale s-a luat una dintre măsurile de siguranţă prevăzute de lege, ordonanţa va face menţiune despre aceasta, şi de asemenea, dacă e cazul, şi cu privire la încetarea de drept a măsurii preventive dispuse anterior în cauză.

Ordonanţa de clasare se comunică în copie persoanei care a făcut sesizarea, suspectului, inculpatului sau, după caz, altor persoane interesate.

Renunţarea la urmărirea penală este prevăzută la art. 17 C.p.p. ca o cauză de stingere a acţiunii penale iar la art. 314 C.p.p. - ca una dintre soluţiile de neurmărire şi netrimitere în judecată care pot fi dispuse de procuror, la propunerea organului de urmărire penală sau din oficiu, prin ordonanţă, când nu există interes public în urmărirea penală a inculpatului.

Renunţarea la urmărirea penală poate fi dispusă de procuror în următoarele condiţii:

- infracţiunea săvârşită să fie o infracţiune pentru care legea prevede pedeapsa amenzii sau pedeapsa închisorii de cel mult 7 ani,

- în raport cu conţinutul faptei, cu modul şi mijloacele de săvârşire, cu scopul urmărit şi cu împrejurările concrete de săvârşire, cu urmările produse sau care s-ar fi putut produce prin săvârşirea infracţiunii, nu există un interes public în urmărirea acesteia. Când autorul faptei este cunoscut, la aprecierea interesului public sunt avute în vedere şi persoana suspectului sau a inculpatului, conduita avută anterior săvârşirii infracţiunii şi eforturile depuse pentru înlăturarea sau diminuarea consecinţelor infracţiunii.[2] Examinarea acestor criterii relevă o asemănare semnificativă cu cele prevăzute de art. 18^1 din vechiul Cod penal pentru aprecierea gradului de pericol social al unei fapte

Cel mai important element de noutate al reglementării este posibilitatea ca procurorul să dispună, după consultarea suspectului sau a inculpatului, ca acesta să îndeplinească una sau mai multe dintre următoarele obligaţii:

a) să înlăture consecinţele faptei penale sau să repare paguba produsă ori să convină cu partea civilă o modalitate de reparare a acesteia;

b) să ceară public scuze persoanei vătămate;

c) să presteze o muncă neremunerată în folosul comunităţii, pe o perioadă cuprinsă între 30 şi 60 de zile, în afară de cazul în care, din cauza stării de sănătate, persoana nu poate presta această muncă;

---

[1] Aceste măsuri încetează de drept dacă persoana vătămată nu introduce acţiune în faţa instanţei civile, în termen de 30 de zile de la comunicarea soluţiei de clasare.

[2] Din conţinutul acestei prevederi legale, se deduce că procurorul poate dispune soluţia de renunţare la urmărire şi când nu se cunoaşte autorul infracţiunii.

d) să frecventeze un program de consiliere.

În cazul în care procurorul dispune ca suspectul sau inculpatul să îndeplinească obligaţiile de mai sus, stabileşte prin ordonanţă termenul până la care acestea urmează a fi îndeplinite, care nu poate fi mai mare de 6 luni sau de 9 luni pentru obligaţii asumate prin acord de mediere încheiat cu partea civilă şi care curge de la comunicarea ordonanţei.

Ordonanţa de renunţare la urmărire cuprinde, după caz, şi dispoziţii privind măsurile dispuse mai sus, termenul până la care trebuie îndeplinite acestea şi sancţiunea nedepunerii dovezilor la procuror, precum şi cheltuielile judiciare.

În cazul neîndeplinirii cu rea-credinţă a obligaţiilor în termenul stabilit, procurorul revocă ordonanţa. Sarcina de a face dovada îndeplinirii obligaţiilor sau prezentarea motivelor de neîndeplinire a acestora revine suspectului ori inculpatului.

De reţinut că o nouă renunţare la urmărirea penală în aceeaşi cauză nu mai este posibilă.

Ordonanţa prin care s-a dispus renunţarea la urmărirea penală se comunică în copie persoanei care a făcut sesizarea, suspectului, inculpatului sau, după caz, altor persoane interesate.

În caz de clasare ca urmare a constatării că a intervenit amnistia, prescripţia, retragerea plângerii prealabile sau a existenţei unei cauze de nepedepsire, precum şi în cazul renunţării procurorului la urmărirea penală, suspectul sau inculpatul poate cere, în termen de 20 de zile de la primirea copiei de pe ordonanţa de soluţionare a cauzei, *continuarea urmăririi penale*. Dacă după introducerea cererii în termenul legal se constată *un alt caz de netrimitere în judecată* decât cele iniţiale, procurorul va dispune clasarea cauzei în raport cu acesta. Dacă nu se constată alt caz, se va adopta prima soluţie de netrimitere în judecată.

Trimiterea în judecată

Atunci când constată că au fost respectate dispoziţiile legale care garantează aflarea adevărului, că urmărirea penală este completă şi există probele necesare şi legal administrate, procurorul emite rechizitoriu prin care dispune trimiterea în judecată, dacă din materialul de urmărire penală rezultă că fapta există, că a fost săvârşită de inculpat şi că acesta răspunde penal.

Rechizitoriul constituie actul de sesizare a instanţei de judecată.

Rechizitoriul[1] cuprinde fapta şi persoana pentru care s-a efectuat urmărirea penală, datele privitoare la fapta reţinută în sarcina inculpatului şi încadrarea juridică a acesteia, probele şi mijloacele de probă, cheltuielile judiciare, dispoziţia de trimitere în judecată, precum şi alte menţiuni necesare pentru soluţionarea cauzei.

Rechizitoriul este verificat sub aspectul legalităţii şi temeiniciei de prim-procurorul parchetului sau, după caz, de procurorul general al parchetului de pe lângă curtea de apel, iar când a fost întocmit de acesta, verificarea se face de procurorul ierarhic superior. Când a fost întocmit de un procuror de la Parchetul de pe lângă Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie, rechizitoriul este verificat de procurorul-şef de secţie, iar când a fost întocmit de acesta, verificarea se face de către procurorul general al acestui parchet. În cauzele cu arestaţi, verificarea se face de urgenţă şi înainte de expirarea duratei arestării preventive.

[1] Conform art. 328 C.p.p.

În rechizitoriu se arată numele şi prenumele persoanelor care trebuie citate în instanţă, cu indicarea calităţii lor în proces, şi locul unde urmează a fi citate.

Rechizitoriul însoţit de dosarul cauzei şi de un număr necesar de copii certificate ale rechizitoriului, pentru a fi comunicate inculpaţilor, se trimit instanţei competente să judece cauza în fond. În situaţia în care inculpatul nu cunoaşte limba română, se vor lua măsuri pentru traducerea autorizată a rechizitoriului. Inculpatul, cetăţean român aparţinând unei minorităţi naţionale, poate solicita să îi fie comunicată o traducere a rechizitoriului în limba maternă.

Când procurorul dispune trimiterea în judecată a inculpatului, rechizitoriul poate să cuprindă şi propunerea de luare, menţinere, revocare sau de înlocuire a unei măsuri preventive ori a unei măsuri asigurătorii.[1]

Dacă apreciază că faţă de inculpat este necesară luarea unei măsuri de siguranţă cu caracter medical, procurorul, prin rechizitoriu, propune luarea acelei măsuri.[2]

Concluzii

Aşa cum se observă din analiza făcută mai sus, dispoziţiilor legale care reglementează principalele momente ale fazei de urmărire penală, se constată că noul Cod de procedură penală vine cu instituţii inedite. Unele dintre acestea sunt soluţiile de netrimitere în judecată dispuse de procuror la finalul fazei de urmărire penală, respectiv, clasarea şi renunţarea la urmărire penală. Dacă în ce priveşte clasarea, termenul nu este nou în limbajul procesual penal (pentru că în temeiul vechiului Cod de procedură penală exista o astfel de soluţie ce putea fi dispusă de procuror - desigur pentru alte temeiuri), renunţarea la urmărire penală este o soluţie care consacră în noul Cod de procedură penală principiul oportunităţii acuzării, principiu menit să accentueze independenţa procurorului în a aprecia, în funcţie de criterii expres prevăzute de lege, care cauze urmează a fi trimise în judecată şi care nu, contribuind în acest fel la degrevarea instanţelor de un volum consistent de dosare penale.

Referinţe bibliografice:

1. Legea nr. 135 din 1 iulie 2010 privind Noul Cod de procedură penală;
2. Legea nr. 255 din 2013 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 135 din 2010 privind Codul de procedură penală şi pentru modificarea şi completarea unor acte normative care cuprind dispoziţii procesual penale;
3. Legea nr.286 din 2009 privind Noul Cod penal;
4. Legea 455 din 2001 privind semnătura electronică;
5. Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 3 din 5 februarie 2014.

[1] Conform art. 330 C.p.p.
[2] Conform art. 331 C.p.p.

Acordul de recunoaştere a vinovăţiei. Aspecte de drept comparat

Andrei ***IACUBA***[*]
Ramona Lorena ***PARASCHIV***[**]

Abstract: *Introducerea instituţiei acordului de recunoaştere a vinovăţiei, reglementată, în principiu, prin prevederile art. 478-488 C.p.p., constituie un nou pas pentru eficientizarea procedurii judiciare în cauzele penale. Această instituţie dă o mai mare valenţă în procesul penal principiului disponibilităţii, permiţând statului să-şi concentreze resursele pentru cercetarea faptelor penale cu o importanţă mai mare sau de o complexitate deosebită, iar inculpatului permite să exercite o anumită formă de control asupra rezultatului final al procesului penal, în special cu privire la cuantumul şi modalitatea de executare a pedepsei, în schimbul anumitor concesii.*

Cuvinte cheie: *inculpat, vinovăţie, recunoaştere, acord, asistenţă juridică*

1. NOŢIUNE

În esenţă, acordul de recunoaştere a vinovăţiei reprezintă o formă de tranzacţie judiciară, încheiată între procuror şi inculpat în faza de urmărire penală, numai după punerea în mişcare a acţiunii penale, în formă scrisă, înţelegere supusă ulterior ratificării instanţei de judecată, prin care inculpatul recunoaşte comiterea faptei care i se impută şi acceptă încadrarea juridică pentru care s-a pus în mişcare acţiunea penală, beneficiind în schimb de anumite concesii privind felul şi cuantumul pedepsei, precum şi forma de executare a acesteia[1].

Acordul de recunoaştere a vinovăţiei constituie în dreptul procesual român o instituţie nouă, consacrată prin prevederile Codului de procedură penală intrat în vigoare la data de 01. 02. 2014.

În mod tradiţional, dreptul procesual penal român este guvernat de principiile oficialităţii şi legalităţii. Astfel, orice faptă penală trebuie cercetată de către organele competente, iar pentru comiterea acesteia autorului i se va aplica în final o pedeapsă, în limitele prevăzute de lege. Codul penal din 1969 consacra în regulă generală o singură formă de atenuare a acestor principii, prin prevederile fostului articol 18 ind. 1, însă chiar şi în acest caz era vorba de o excepţie aparentă, întrucât prevederile respectivului text de lege nu permiteau procurorului să renunţe la urmărirea penală în ceea ce priveşte o anumită infracţiune, ci numai să constate că prin conţinutul ei concret şi lipsa vădită de importanţă în raport cu atingerea minimă adusă valorii sociale ocrotite de norma penală încălcată, respectiva faptă nu constituia în fapt o infracţiune.

Deşi apare ca pe deplin justificat în raport cu importanţa valorilor sociale ocrotite prin normele de drept penal, experienţa altor state a demonstrat că aplicarea rigidă a principiului oficialităţii conduce la risipirea resurselor statului, atât umane, cât şi

---

[*] Avocat în cadrul Baroului Braşov.
[**] Judecător în cadrul Tribunalului pentru Minori şi Familie Braşov.
[1] A se vedea art. 478, 481, 483 C.p.p.

materiale, precum şi la dificultăţi în cercetarea unor infracţiuni deosebit de grave, precum cele legate de crima organizată sau de faptele de corupţie. În plus, instrumentarea în acelaşi mod şi după aceeaşi procedură a tuturor cauzelor penale, inclusiv a celor în care inculpaţii înşişi îşi recunosc vinovăţia a condus la încărcarea rolului instanţelor, creşterea duratei proceselor penale şi, ca urmare, inevitabil, la încălcarea dreptului părţilor tuturor părţilor implicate la un proces echitabil, în special sub aspectul duratei procedurii.

Din aceste motive, prin introducerea art. 320 ind. 1 în Codul de procedură penală din 1968 s-a încercat degrevarea rolului instanţelor prin scurtarea drastică a duratei procedurii judiciare în cauzele în care inculpatul îşi recunoştea vinovăţia în condiţiile stabilite prin actul de acuzare şi era de acord ca judecata să se facă numai pe baza probelor administrate la urmărire penală. Această procedură simplificată este păstrată în aproximativ aceleaşi coordonate şi prin dispoziţiile art. 375 rap. la art. 374 alin. (4) din actualul Cod de procedură penală.

Introducerea instituţiei acordului de recunoaştere a vinovăţiei, reglementată, în principiu, prin prevederile art. 478-488 C.p.p., constituie un nou pas pentru eficientizarea procedurii judiciare în cauzele penale. Această instituţie dă o mai mare valenţă în procesul penal principiului disponibilităţii, permiţând statului să-şi concentreze resursele pentru cercetarea faptelor penale cu o importanţă mai mare sau de o complexitate deosebită, iar inculpatului permite să exercite o anumită formă de control asupra rezultatului final al procesului penal, în special cu privire la cuantumul şi modalitatea de executare a pedepsei, în schimbul anumitor concesii.

2. Condiţiile şi limitele încheierii unui acord de recunoaştere a vinovăţiei

Experienţa altor state care reglementează instituţia acordului de recunoaştere a vinovăţiei, în special cea a statelor de common-law, de unde a fost preluat acordul în legislaţia continentală, demonstrează că această instituţie ridică două categorii de probleme; pe de o parte, trebuie prevenit riscul ca acordul să poată fi folosit pentru atenuarea răspunderii penale în cazul unor infracţiuni foarte grave, care necesită o reacţie fermă a statului, pe de altă parte, trebuie introduse garanţii care să prevină folosirea acestei instituţii pentru angajarea răspunderii penale a unor persoane nevinovate, care acceptă încheierea unui astfel de acord din necunoaştere, teamă sau ca urmare a constrângerii exercitate de anchetatori.

Noul Cod de procedură penală al României încearcă să răspundă ambelor categorii de probleme, instituind o serie de limitări şi garanţii, menite să asigure folosirea acestei instituţii numai în scopul pentru a fost creată - eficientizarea procedurii penale, reducerea risipei de resurse şi concentrarea eforturilor statului pentru instrumentarea cauzelor penale mai importante şi mai complexe, iar, pe de altă parte, să asigure caracterul liber şi informat al acordului exprimat de către inculpat cu privire la recunoaşterea vinovăţiei.

Astfel, în ceea ce priveşte **titularii acordului**, sunt instituite următoarele limitări şi condiţii:

1. Acordul de vinovăţie poate fi încheiat de către procuror numai cu inculpatul, deci **după punerea în mişcare în cauză a acţiunii penale împotriva titularului**

acordului[1]. Această condiţie se explică şi prin faptul că în conţinutul acordului se include în mod obligatoriu acceptarea de către inculpat a încadrării juridice pentru care a fost pusă în mişcare acţiunea penală[2]. Pe de altă parte, în cazul încheierii unui acord de recunoaştere a vinovăţiei, în cauză nu se va mai întocmi rechizitoriu[3], actul de sesizare a instanţei fiind în acest caz chiar acordul de recunoaştere. Oricare dintre titulari poate iniţia încheierea acordului.

2. Acordul de recunoaştere a vinovăţiei va fi încheiat de către procurorul de caz numai **în limitele avizului prealabil şi scris al procurorului ierarhic superior**[4]. În cazul depăşirii limitelor stabilite prin avizul procurorului ierarhic superior (spre exemplu, se prevede suspendarea condiţionată a executării pedepsei, deşi prin aviz se apreciase că se impune în mod obligatoriu o pedeapsă cu executare), acordul va putea produce efecte numai în limitele avizului[5]. Totuşi, pentru egalitate de tratament juridic, considerăm că într-o situaţie precum cea din exemplul prezentat trebuie recunoscut şi dreptul inculpatului de a denunţa acordul încheiat şi care nu poate produce efecte în condiţiile stabilite de părţi, caz în care cauza va urma procedura de urmărire penală şi de judecată obişnuite, în opinia noastră într-o atare situaţie recunoaşterea formulată de către inculpat prin acordul lipsit de efecte juridice neputând avea valoare probatorie în cauză. De asemenea, deşi legea nu reglementează expres această situaţie, considerăm că în ipoteza inexistenţei avizului procurorului ierarhic superior, instanţa sesizată pentru a se pronunţa asupra acordului va face aplicarea art. 484 alin. (1) C. p. p. (care vizează situaţia existenţei unor vicii de formă ale acordului), urmând a sesiza conducătorul parchetului pentru acoperirea omisiunilor în termen de 5 zile (deşi, după cum am arătat, avizul procurorului ierarhic superior ar fi trebuit acordat *în prealabil).* Dacă viciul nu se acoperă nici în aceste condiţii, acordul de recunoaştere a vinovăţiei nu poate produce nici un efect şi este nul absolut,instanţa urmând a face aplicarea prin analogie a prevederilor art. 485 alin. (1) lit. b C. p. p.

3. La încheierea acordului, **asistenţa juridică a inculpatului este obligatorie**[6]**, iar avocatul inculpatului va semna în mod obligatoriu acordul de recunoaştere a vinovăţiei**[7]. Fiind vorba de o normă specială, asistenţa juridică va fi obligatorie în acest caz în toate situaţiile, indiferent dacă sunt sau nu îndeplinite ipotezele prevăzute de art. 90 C. p. p. Această cerinţă urmăreşte să asigure caracterul liber, neviciat şi informat al manifestării de voinţă a inculpatului la încheierea acordului de recunoaştere a vinovăţiei, dat fiind că, prin încheierea acordului acesta renunţă în mod voluntar la mai multe drepturi fundamentale, garantate atât prin Constituţia României şi legea procesual penală internă, cât şi prin Convenţia Europeană a Drepturilor Omului, respectiv dreptul la un proces contradictoriu, în care să poată combate probele acuzării şi dreptul de a nu se autoincrimina.

Considerăm că, la momentul examinării acordului, instanţa de judecată este obligată să verifice dacă asistenţa juridică de care a beneficiat inculpatul la încheierea acordului a fost eficientă şi efectivă (spre exemplu, dacă apărătorului, mai ales celui desemnat din oficiu, i s-a acordat timpul necesar pentru studierea acordului şi, esenţial, pentru

[1] A se vedea art. 478 alin. (1) C. p. p.
[2] A se vedea art. 479 C. p. p.
[3] Art. 481 alin. (2) C. p. p.
[4] Art. 478 alin. (4) C. p. p.
[5] Art. 478 alin. (2) C. p. p.
[6] Art. 480 alin. (2) teza a II-a C. p. p.
[7] Art. 482 lit. i) C. p. p.

discutarea acestuia cu inculpatul, astfel încât inculpatul să înţeleagă pe deplin aspectele pe care şi le asumă prin încheierea acordului şi care vor fi consecinţele acestuia). Este de remarcat că legislaţia altor state prevede expres reguli amănunţite în această privinţă – spre exemplu, astfel cum se va arăta mai jos, în legislaţia Republicii Moldova se detaliază regulile stabilite pentru asigurarea caracterului efectiv al asistenţei juridice acordate inculpatului la încheierea acordului de recunoaştere a vinovăţiei, iar la momentul ratificării acestuia de către instanţă judecătorul este obligat să-l chestioneze direct pe inculpat inclusiv asupra faptului dacă este sau nu mulţumit şi dacă are de ridicat obiecţii cu privire la calitatea asistenţei juridice acordate în cauză.

De asemenea, în dreptul american, Curtea Supremă (federală) a Statelor Unite a statuat în repetate rânduri că judecătorul va trebui să se asigure că inculpatul înţelege şi îşi însuşeşte pe deplin nu numai conţinutul acordului („plea bargain") încheiat cu procurorul, dar că acceptă şi posibilele consecinţe ale acestuia (dat fiind mai ales că în instanţele federale judecătorul nu este ţinut de pedeapsa prevăzută prin acord, deşi, bineînţeles, în marea majoritate a cazurilor, acesta o va accepta).

4. **Inculpatul minor nu poate încheia acord de recunoaştere a vinovăţiei**. Raţiunea acestei dispoziţii legale pare a se regăsi, pe de o parte, în necesitatea protejării inculpatului minor, iar, pe de altă parte, în faptul că, în conformitate cu prevederile art. 479 C. p. p., obiectul acordului de recunoaştere a vinovăţiei priveşte felul şi cuantumul *pedepsei*, or, în sistemul Codului penal intrat în vigoare la 01. 02. 2014 inculpatului minor nu i se poate aplica o pedeapsă, ci doar o măsură educativă, fie ea privativă sau neprivativă de libertate.

Dispoziţiile art. 478 al. 6 C. p. p. ridică o problemă de interpretare în situaţia în care inculpatul, minor la data săvârşirii faptei, devine major pe parcursul urmăririi penale. Din interpretarea literală a prevederilor legale sus-menţionate ar rezulta că după împlinirea vârstei majoratului respectivul inculpat ar putea să încheie cu procurorul un acord de recunoaştere a vinovăţiei, interdicţia vizând perioada minoratului. Cu toate acestea, în raport cu prevederile art. 114 C. p., se constată că regulile privind minoritatea în cazul răspunderii penale se aplică în funcţie de vârsta făptuitorului la momentul săvârşirii infracţiunii. Ca urmare, având în vedere şi cele arătate mai sus, privind modul în care legea circumscrie obiectul acordului de vinovăţie, ne punem întrebarea dacă interdicţia încheierii unui acord de recunoaştere a vinovăţiei nu priveşte de fapt ipoteza în care infracţiunea care face obiectul acordului a fost comisă în timpul minorităţii, caz în care acordul nu ar putea fi încheiat chiar dacă inculpatul a devenit între timp major. Pe de altă parte, art. 507 alin. (4) C. p. p. prevede doar că inculpatul care a săvârşit infracţiunea în timpul când era minor este *judecat* potrivit procedurii aplicabile în cauzele cu infractori minori, *dacă la data sesizării instanţei nu a împlinit 18 ani*, însă acordul de recunoaştere a vinovăţiei, prin definiţie, se încheie în faza de urmărire penală, anterior sesizării instanţei de judecată.

5. **În ipoteza în care în cauză există mai mulţi inculpaţi, încheierea acordului numai de către unii dintre aceştia nu aduce atingere prezumţiei de nevinovăţie în ceea ce-i priveşte pe ceilalţi**.

Referitor la **obiectul** acordului de recunoaştere a vinovăţiei, se impun următoarele observaţii:

6. **Acordul de recunoaştere a vinovăţiei poate privi numai infracţiuni pentru care legea prevede pedeapsa amenzii sau a închisorii de cel mult 7 ani.**

Prin urmare, nu se poate încheia acord de recunoaştere a vinovăţiei în cauzele în care legea prevede pedeapsa detenţiunii pe viaţă sau maximul special al pedepsei închisorii

este mai mare de 7 ani. Este de remarcat că, potrivit art. 187 C. p. (care practic reia prevederile art. 140 ind. 1 din Codul penal anterior), prin pedeapsă prevăzută de lege se înţelege pedeapsa prevăzută în textul de lege care incriminează fapta săvârşită în formă consumată, fără luarea în considerare a cauzelor de reducere sau de majorare a pedepsei[1]. Prin urmare, spre exemplu, nu va fi posibilă încheierea unui acord de recunoaştere a vinovăţiei în cazul infracţiunii de tentativă la viol, prevăzută de art. 32 raportat la art. 218 alin. (1) C. p., întrucât infracţiunea în cauză, în formă consumată, se pedepseşte cu închisoare de la 3 la 10 ani, fiind irelevant că, potrivit art. 33 alin. (2) C. p., limitele de pedeapsă în cazul tentativei se reduc la jumătate(întrucât legea defineşte pedeapsa prevăzută de lege prin raportare numai la infracţiunea în formă consumată). De asemenea, este irelevant din perspectiva admisibilităţii acordului de recunoaştere a vinovăţiei dacă se reţin în cauză circumstanţe atenuante.

7. Din probele administrate în cauză trebuie **să rezulte suficiente date cu privire la existenţa faptei pentru care s-a pus în mişcare acţiunea penală şi cu privire la vinovăţia inculpatului**[2]. Condiţia este preluată din dreptul anglo-saxon, unde aceasta a fost instituită mai întâi pe cale jurisprudenţială. Existenţa unei baze faptice solide privind fapta penală şi identitatea făptuitorului, înainte de încheierea acordului de recunoaştere a vinovăţiei, reprezintă o garanţie esenţială cu privire la faptul că o persoană nevinovată nu va fi intimidată sau indusă în eroare astfel încât să-şi recunoască vinovăţia cu privire la o faptă pe care nu a comis-o. Nu considerăm că este necesar ca probatoriul administrat până la acel moment în cauză să fie atât de amplu încât să justifice o soluţie de condamnare, dar judecătorul va aprecia la momentul ratificării acordului dacă acesta este suficient pentru a corobora confesiunea inculpatului şi pentru a justifica condamnarea. Oricum, „datele suficiente" la care se referă art. 480 alin. (2) C. p. p. trebuie să fie mai consistente decât cele care pot contura o simplă „suspiciune rezonabilă"(ca în cazul luării unei măsuri preventive), căci, alături de recunoaşterea inculpatului, acestea vor justifica în final o soluţie de condamnare, pronunţată pe fondul cauzei.

8. Prin acordul de recunoaştere a vinovăţiei, **inculpatul îşi asumă comiterea faptei imputate, cu încadrarea juridică pentru care a fost pusă anterior în mişcare acţiunea penală**. În acest sens, acordul va conţine în mod obligatoriu o declaraţie

[1] Spre exemplu, în practica judiciară s-a reţinut că prevederile art. 320 ind. 1 din fostul Cod de procedură penală nu pot fi aplicabile în cazul infracţiunii de tentativă la „omor deosebit de grav"(infracţiune pedepsită în formă consumată de către Codul penal anterior cu detenţiune pe viaţă sau cu închisoare de la 15 la 25 de ani. Astfel, s-a arătat că: „inculpatul M. F. a recunoscut în faţa instanţei săvârşirea faptei imputate prin rechizitoriu, *solicitând aplicarea dispoziţiilor art. 320 ind. 1 C. p. p*. Prin încheierea din data de 10. 04. 2012, instanţa a constatat că în cauză nu este aplicabilă procedura simplificată prevăzută de textul de lege menţionat, faţă de încadrarea juridică reţinută în sarcina inculpatului (tentativă la omor calificat şi deosebit de grav) şi faţă de faptul că prevederile art. 176 C. p. prevăd ca pedeapsă alternativă şi pe aceea a detenţiunii pe viaţă, iar potrivit art. 320 ind. 1 al. 7 C. p. p., dispoziţiile alin. (1)-6 nu se aplică în cazul în care acţiunea penală vizează o infracţiune care se pedepseşte cu detenţiune pe viaţă. Împrejurarea că inculpatul a fost trimis în judecată pentru tentativă la omor calificat şi deosebit de grav, iar nu pentru infracţiunea în formă consumată, nu prezintă relevanţă sub acest aspect, faţă de prevederile art. 141 ind. 1 C. p., potrivit cărora, prin pedeapsă prevăzută de lege se înţelege pedeapsa prevăzută în textul de lege care incriminează *fapta săvârşită în formă consumată*, fără luarea în considerare a cauzelor de reducere sau de majorare a pedepsei. Ca urmare, instanţa a respins cererea inculpatului şi a urmat procedura de judecată obişnuită. " – sentinţa penală nr. 26/2012 a Tribunalului pentru Minori şi Familie Braşov, definitivă prin decizia penală nr. 82/Ap/17. 07. 2012 a Curţii de Apel Braşov, nepubl.

[2] Art. 480 alin. (3) C. p. p.

expresă a inculpatului cu acest obiect[1]. Spre deosebire de alte legislaţii, precum cea americană, legea română nu permite procurorului şi inculpatului să „negocieze" încadrarea juridică ce va fi stabilită în final, incriminarea unei anumite fapte ca o infracţiune specifică fiind atributul exclusiv al legiuitorului. În procedura ulterioară de ratificare a acordului de către instanţa de ju*de*cată, nu există posibilitatea schimbării încadrării juridice, stabilită prin actul de punere în mişcare a acţiunii penale şi acceptată de către inculpat prin acordul de recunoaştere. Această concluzie rezultă atât din soluţiile pe care le poate pronunţa instanţa asupra acordului – expres reglementate prin prevederile art. 485 alin. (1) lit. a-b C. p. p., cât şi din faptul că procedura de dezbatere a acordului în instanţă este necontradictorie[2], ori schimbarea încadrării juridice presupune o dezbatere în contradictoriu. Această împrejurare reprezintă o diferenţiere esenţială a acordului de recunoaştere a vinovăţiei de procedura simplificată de recunoaştere a învinuirii în cursul judecăţii, în cazul ultimei prevederi a art. 377 alin. (4) C. p. p., dispunând expres că sunt aplicabile dispoziţiile art. 386 C. p. p. (privind schimbarea încadrării juridice, după punerea acesteia în dezbaterea contradictorie a părţilor).

Cu toate acestea, dacă inculpatul este cercetat sub aspectul comiterii mai multor fapte penale, nu este obligatoriu ca acordul să privească toate infracţiunile care i se impută inculpatului, acesta putându-se limita numai la anumite fapte. Este însă de observat că s-ar putea ca în mod practic acest lucru să nu fie posibil dacă faptele inculpatului se află într-o relaţie de indivizibilitate sau de interdependenţă, caz în care recunoaşterea uneia dintre fapte ar constitui implicit şi o recunoaştere a celorlalte, cu privire la care inculpatul nu doreşte să urmeze această procedură.

9. Ca urmare a încheierii acordului de recunoaştere a vinovăţiei inculpatul va avea de beneficiat în ceea ce priveşte **felul şi cuantumul pedepsei, precum şi forma de executare a acesteia**, potrivit aspectelor convenite cu procurorul, existând inclusiv posibilitatea renunţării la aplicarea pedepsei sau a amânării aplicării pedepsei (ambele fiind tot instituţii noi, introduse prin Codul de procedură penală intrat în vigoare la 01. 02. 2014)[3].

Se impune menţiunea că acordarea unor astfel de beneficii către inculpat se poate face numai în limitele legii. Prin urmare, nu se poate conveni prin acord o pedeapsă în afara limitelor fixate de norma de incriminare, nu se va putea acorda suspendarea executării pedepsei sub supraveghere decât dacă sunt îndeplinite cerinţele specifice stabilite de lege, nu se va putea aplica amenda în locul închisorii decât dacă legea prevede expres caracterul alternativ al acestora. Prin urmare, deşi reprezintă un „contract judiciar" încheiat între inculpat şi procuror, acordul de recunoaştere a vinovăţiei rămâne supus pe deplin principiului legalităţii.

10. În privinţa **cerinţelor de formă** ale acordului de recunoaştere a vinovăţiei, acesta trebuie să îmbrace forma scrisă şi să cuprindă menţiunile obligatorii prevăzute de art. 482 C. p. p., dintre care, cele mai importante au fost deja evidenţiate în cele de mai sus.

3. Procedura în faţa instanţei de judecată

După încheierea acordului de recunoaştere a vinovăţiei, procurorul sesizează instanţa căreia i-ar reveni competenţa să judece cauza în fond, trimiţându-i acesteia

[1] Art. 482 lit. g) C. p. p.
[2] Art. 484 alin. (2) C. p. p.
[3] Art. 479 C. p. p. coroborat cu art. 482 lit. h) C. p. p.

acordul de recunoaştere, însoţit de dosarul de urmărire penală. Reamintim că în acest caz nu se mai întocmeşte rechizitoriu, actul de sesizare al instanţei reprezentându-l acordul de recunoaştere. Dacă în cauză sunt mai mulţi inculpaţi şi numai cu unii dintre aceştia au fost încheiate acorduri de recunoaştere a vinovăţiei, precum şi în situaţia în care acordul vizează numai unele dintre faptele pentru care este cercetat inculpatul, cauza va fi disjunsă, sesizarea instanţei făcându-se separat, caz în care, pentru inculpaţii care nu sunt implicaţi în acord sau faptele care nu fac obiectul acordului va fi întocmit rechizitoriu sau se va dispune o altă soluţie procedurală, prin ordonanţă.

Instanţa are obligaţia de a examina îndeplinirea condiţiilor de formă ale acordului, putând dispune acoperirea omisiunilor în cel mult 5 zile, sens în care va sesiza conducătorul parchetului care a emis acordul.

Dacă cerinţele de formă sunt respectate sau au fost complinite în termenul prevăzut de lege, instanţa, în şedinţă publică, va asculta procurorul, inculpatul şi avocatul acestuia, precum şi partea civilă, dacă este prezentă, după care se va pronunţa asupra acordului de recunoaştere prin sentinţă. Art. 484 alin. (2) C. p. p. prevede expres că aceste dezbateri *nu* au caracter contradictoriu.

În urma analizei pe fond a acordului, instanţa îl poate admite, caz în care poate pronunţa condamnarea, renunţarea la aplicarea pedepsei sau amânarea aplicării pedepsei. Este de menţionat că instanţa va analiza respectarea tuturor cerinţelor prevăzute la art. 480-482 C. p. p., pentru fiecare faptă în parte, aşadar inclusiv a condiţiei prevăzute de art. 480 alin. (2) C. p. p. (care vizează existenţa unei baze faptice solide, conturată prin probatoriul administrat la urmărire penală şi care să susţină recunoaşterea inculpatului). Prin urmare, instanţa nu este dispensată de obligaţia, prevăzută de art. 396 alin. (2) C. p. p., de a constata dincolo de orice îndoială rezonabilă existenţa faptei, a împrejurării că aceasta constituie infracţiune şi că a fost săvârşită de inculpat pentru a pronunţa o soluţie de condamnare.

Chiar dacă admite acordul de recunoaştere a vinovăţiei, instanţa nu este obligată să aplice inculpatului pedeapsa sau forma de executare a pedepsei convenite prin acord, însă, dacă pronunţă o soluţie de admitere, nu poate înrăutăţi situaţia inculpatului, astfel încât poate stabili doar o pedeapsă mai uşoară sau o formă de executare mai favorabilă inculpatului[1]. Totuşi, instanţa are şi posibilitatea de a aprecia că pedeapsa stabilită în acordul de recunoaştere a vinovăţiei este nejustificat de blândă faţă de gravitatea faptei săvârşite de inculpat sau de circumstanţele personale ale inculpatului, însă, în acest caz, instanţa nu poate pronunţa direct o pedeapsă mai grea decât cea din acord, ci va respinge acordul şi va trimite dosarul procurorului în vederea continuării acţiunii penale.

Aceeaşi soluţie, de respingere a acordului şi de retrimitere a cauzei procurorului, în vederea continuării urmăririi penale, va pronunţa instanţa şi dacă se constată că nu sunt îndeplinite condiţiilor prevăzute la art. 480-482 C. p. p. cu privire la toate faptele care au făcut obiectul acordului, deci şi atunci când instanţa constată că restul probatoriului nu susţine în mod faptic recunoaşterea inculpatului.

De asemenea, în opinia noastră, aceeaşi soluţie de respingere se va pronunţa în cel puţin alte două ipoteze, nereglementate expres de către legiuitor, respectiv atunci când nu există avizul prealabil prevăzut de art. 478 alin. (4) C. p. p. şi această neregularitate nu a fost acoperită nici în termenul prevăzut de art. 484 alin. (1) C. p. p., respectiv atunci când instanţa constată că încadrarea juridică dată faptei inculpatului prin acordul

[1] Art. 485 alin. (1) lit. a) C. p. p.

de recunoaştere a vinovăţiei este în mod vădit eronată. Fiind o chestiune de legalitate, iar dezbaterile în procedura bazată pe acordul de recunoaştere fiind necontradictorii (art. 484 alin. (2) C. p. p.), apreciem că, în lipsa unei prevederi exprese a legii, instanţa nu are posibilitatea de a schimba ea însăşi încadrarea juridică(ceea ce ar atrage şi alte limite de pedeapsă etc.), dar nici nu s-ar putea accepta, spre exemplu, ca pentru o faptă penală care se încadrează în infracţiunea de „omor" să se consfinţească un acord care vizează infracţiunea de „loviri sau vătămări cauzatoare de moarte", ori invers.

În ceea ce-l priveşte pe fiecare inculpat în parte, pentru toate faptele care fac obiectul acordului de recunoaştere a vinovăţiei, acesta are caracter indivizibil. Spre exemplu, dacă acordul vizează săvârşirea de către inculpat a două fapte şi numai pentru una se constată că cerinţele prevăzute la art. 480-482 C. p. p. sunt îndeplinite, acordul va fi respins în bloc. Această soluţie se explică tocmai pentru a se evita situaţia în care, prin recunoaşterea efectuată, inculpatul se autoincriminează, deşi nu ar mai beneficia decât în parte de efectele favorabile ale recunoaşterii.

În schimb, în cazul pluralităţii de inculpaţi, instanţa poate admite acordul de recunoaştere a vinovăţiei numai cu privire la unii dintre inculpaţi[1].

Sentinţa pronunţată în baza acordului de recunoaştere a vinovăţiei va cuprinde în mod obligatoriu, în afara menţiunilor obişnuite, descrierea faptei pentru care s-a încheiat acordul de recunoaştere a vinovăţiei şi încadrarea juridică a acesteia.

Dacă instanţa respinge acordul şi retrimite cauza procurorului, în vederea continuării urmăririi penale, sentinţa pronunţată va putea fi atacată cu apel de către procuror sau inculpat, în termen de 10 zile de la comunicare, putând fi criticate orice aspecte. Dacă acordul a fost admis, se poate declara apel, în acelaşi termen şi de către aceeaşi titulari, numai cu privire la felul şi cuantumul pedepsei ori la forma de executare a acesteia. Dispoziţiile în acest sens ale art. 488 C. p. p. restrâng aşadar, inclusiv pentru Ministerul Public, posibilitatea de a ataca sentinţa pronunţată în baza admiterii acordului sub orice alte aspecte, chiar dacă ar fi vizate chestiuni de legalitate. Instanţa de apel, dacă va găsi apelul fondat, în funcţie şi de soluţia pronunţată de prima instanţă, fie va desfiinţa sentinţa prin care acordul a fost admis numai cu privire la felul sau cuantumul pedepsei şi/sau modalitatea de executare, fie va desfiinţa sentinţa prin care acordul a fost respins şi va pronunţa ea însăşi o soluţie de admitere a acordului, soluţionând şi celelalte aspecte.

În nici unul dintre cazuri, persoanele vătămate sau părţile civile nu au calitate procesuală de a formula cerere de apel.

4. Acţiunea civilă

Dacă anterior sau concomitent încheierii acordului de recunoaştere a vinovăţiei, inculpatul şi partea civilă (şi, dacă este cazul, partea responsabilă civilmente) au încheiat o tranzacţie sau un acord de mediere, în condiţiile art. 23 alin. (1) C. p. p., acestea vor fi înaintate de către procuror instanţei odată cu acordul de recunoaştere a vinovăţiei. În acest caz, dacă instanţa admite acordul, aceasta va lua act prin sentinţă şi de tranzacţia în cauză sau de respectivul acord de mediere. Se impune menţiunea că partea civilă nu are calitate procesuală de a formula apel împotriva sentinţei pronunţate nici în această ipoteză.

[1] Art. 485 alin. (2) C. p. p.

În mod evident, dacă instanţa respinge acordul de recunoaştere, nu se va lua act nici de soluţionarea de către părţi, prin bună învoială, a acţiunii civile.

Dacă instanţa admite acordul de recunoaştere, dar părţile nu au tranzacţionat şi nici nu au încheiat acord de mediere, instanţa va lăsa nesoluţionată acţiunea civilă, hotărârea penală neavând autoritate de lucru judecat asupra întinderii prejudiciului în faţa instanţei civile[1].

Prin urmare, instanţa sesizată cu un acord de recunoaştere a vinovăţiei nu se pronunţa niciodată pe fond asupra acţiunii civile. Dacă persoana vătămată nu s-a constituit parte civilă în cauză până la momentul în care se pronunţă instanţa sesizată cu acordul de recunoaştere a vinovăţiei (iar persoana vătămată nu este citată în această procedură), aceasta îşi va putea valorifica eventualele pretenţii numai pe cale separată.

5. Elemente de diferenţiere între acordul de recunoaştere a vinovăţiei şi procedura (simplificată) aplicabilă în cazul recunoaşterii învinuirii în cursul judecăţii [art. 374 alin. (4), art. 375, art. 377 C. p. p.]

Acordul de recunoaştere intervine în faza de urmărire penală şi reprezintă în mod practic o tranzacţie judiciară, încheiată între procuror şi inculpat. Recunoaşterea învinuirii intervine în faza de judecată şi reprezintă un act unilateral de voinţă al inculpatului.

În privinţa acordului de recunoaştere a vinovăţiei legea nu prevede posibilitatea administrării altor probe, instanţa pronunţându-se în final pe baza acordului şi a actelor dosarului de urmărire penală. În cazul recunoaşterii în timpul judecăţii se poate administra proba cu înscrisuri[2]. S-ar putea argumenta că în cazul procedurii bazate pe acordul de recunoaştere legea nici nu interzice depunerea unor înscrisuri în probaţiune, spre exemplu în circumstanţiere, ori ceea ce nu este interzis, este permis. O astfel de concluzie nu ar ţine însă cont de prevederile art. 484 alin. (2) C. p. p., conform cărora instanţa se pronunţă asupra acordului „în urma unei proceduri necontradictorii", ori administrarea oricărei probe, fie şi cu înscrisuri, presupune o dezbatere contradictorie. Ca urmare, orice înscrisuri în circumstanţiere vor trebui depuse de către inculpat la dosarul de urmărire penală, anterior sesizării instanţei cu acordul de recunoaştere.

În procedura bazată pe acordul de recunoaştere a vinovăţiei instanţa nu poate schimba încadrarea juridică reţinută în acord şi acceptată în mod expres de către inculpat, tocmai din cauza caracterului necontradictoriu al dezbaterilor şi a lipsei unei menţiuni legale exprese în acest sens. Totuşi, considerăm că în cazul în care instanţa constată că încadrarea juridică dată faptei prin acordul de recunoaştere este în mod evident greşită, instanţa va respinge acordul şi va retrimite cauza procurorului, deşi legea nu acoperă expres această situaţie. În cazul recunoaşterii învinuirii în cursul judecăţii, instanţa poate pune în dezbatere schimbarea încadrării juridice, în condiţiile art. 377 alin. (4) şi art. 386 alin. (2) C. p. p.

În cazul acordului de recunoaştere a vinovăţiei pedeapsa se va stabili prin acord şi se va aplica de către instanţă, în lipsa unor stări de atenuare sau de agravare a răspunderii penale, între minimul şi maximul special prevăzut de norma de incriminare(dreptul român nu prevede reducerea limitelor de pedeapsă în această ipoteză, cum este cazul altor legislaţii – spre exemplu, în legislaţia Republicii Moldova se prevede coborârea

[1] Art. 486 C. p. p., art. 483 alin. (3) C. p. p.
[2] Art. 375 alin. (2) C. p. p.

maximului special cu o treime). În schimb, în cazul recunoaşterii învinuirii în cursul judecăţii, limitele de pedeapsă se reduc cu o treime, în cazul închisorii, respectiv o pătrime, în cazul amenzii[1].

În aceste condiţii, cel puţin în aparenţă, ar fi mai favorabil pentru inculpat să aştepte faza de judecată pentru a recunoaşte învinuirea care i se aduce. De fapt, situaţia trebuie apreciată de la caz la caz, iar rolul apărătorului inculpatului devine esenţial în a-l consilia în mod corect şi obiectiv pe acesta. Căci dacă inculpatul recunoaşte învinuirea în faza de judecată, acesta nu are nicio garanţie cu privire la pedeapsa ce i se va aplica, aceasta putând fi stabilită până la două treimi din maximul special prevăzut de lege, în timp ce prin încheierea unui acord de recunoaştere a vinovăţiei inculpatul, care are în acest din urmă caz, un control mult mai direct şi mai important asupra pedepsei ce i se va aplica în final, poate obţine o pedeapsă, superioară minimului special, dar, chiar şi aşa, mult inferioară celei maxime la care s-ar expune aşteptând să recunoască învinuirea abia în faza de judecată.

Acordul de recunoaştere a vinovăţiei nu poate fi încheiat în ceea ce priveşte infracţiunile pentru care pedeapsa prevăzută de lege este detenţiunea pe viaţă sau închisoarea mai mare de 7 ani, în timp ce procedura simplificată prevăzută de art. 375 alin. (1) C. p. p. este inadmisibilă doar în cazul în care pedeapsa prevăzută de lege pentru infracţiunea imputată inculpatului este detenţiunea pe viaţă.

Acordul de recunoaştere a vinovăţiei nu poate fi încheiat de inculpaţii minori, în timp ce în privinţa recunoaşterii învinuirii în cursul judecăţii nu există o astfel de limitare, însă se impune menţiunea că, paradoxal, inculpatul minor nu va beneficia de reducerea cu o treime a limitelor de pedeapsă, întrucât în sistemul noului Cod penal nu mai există pedepse pentru minori, iar legea nu prevede şi reducerea în mod corespunzător a limitelor între care se poate aplica o măsură educativă, chiar dacă aceasta este privativă de libertate, această soluţie a legiuitorului neputând fi considerată la adăpost de critică, întrucât poate conduce la un tratament discriminatoriu.

6. Aspecte de drept comparat

6. 1 Acordul de recunoaştere a vinovăţiei în dreptul american

În dreptul anglo-saxon, în special cel american, instituţia acordului de recunoaştere a vinovăţiei (aşa numita - "plea bargain") cunoaşte o largă răspândire[2] încă de la mijlocul secolului XX, raţiunea acesteia fiind de a permite organelor de urmărire penală să-şi concentreze timpul şi resursele către alte cazuri şi să asigure reducerea numărului de procese cu juraţi, care sunt costisitoare, atât pentru stat, cât şi pentru cei implicaţi, asigurând totodată inculpatului o pedeapsă mai uşoară în cazul recunoaşterii vinovăţiei[3].

---

[1] Art. 396 alin. (10) C. p. p.

[2] F. Adler, G. O. W. Mueller, W. S. Laufer - *Criminology*, second edition, Mc Graw-Hill, Inc., 1995,p. 382. Autorii citează un studiu care vizează situaţia criminalităţii în statul Illinois, pentru perioada 1973-1986, în zonele urbane constatându-se că situaţiile de recunoaştere a vinovăţiei depăşeau cu mult cazurile când s-a ajuns la un proces cu juri, într-un raport mergând până la 17 la 1, marea majoritate a situaţiilor în care inculpatul şi-a recunoscut vinovăţia fiind consecinţa negocierii cu procurorul a unui acord de recunoaştere a vinovăţiei.

[3] *Idem*. Autorii arată că, iniţial, negocierile pentru încheierea unui acord de vinovăţie nu aveau un cadru oficial, ci se purtau în secret, însăşi existenţa lor fiind negată de către cei implicaţi. Ulterior, acordul (plea-bargain) a fost oficializat, prin includerea în legislaţia federală şi statală, fiind instituie

De asemenea, s-a constatat că acordul de recunoaştere a vinovăţiei constituie un mijloc util în instrumentarea cazurilor deosebit de complexe, precum cele vizând crima organizată sau infracţiunile de corupţie, prin cointeresarea unelor dintre persoanele implicate să depună mărturie în cauză.

În esenţă, ca şi în dreptul român, acordul de recunoaştere a vinovăţiei reprezintă o înţelegere între persoana cercetată şi procuror, prin care inculpatul acceptă să pledeze vinovat cu privire la toate sau unele dintre acuzaţiile care i se aduc, în schimbul anumitor concesii din partea procurorului[1].

Precum în cazul oricărui stat federal, sistemul judiciar american cunoaşte o varietate de forme sub care este recunoscut şi funcţionează acordul de recunoaştere a vinovăţiei. Totuşi, în linii generale, dreptul procesual penal al diverselor state din componenţa SUA, precum şi cel de la nivel federal permit procurorului o libertate mult mai mare de acţiune decât cea pe care o conferă actualul Cod de procedură penală român. Astfel, pe lângă o reducere de pedeapsă, în majoritatea statelor procurorul poate oferi inculpatului şi o reducere a numărului de capete de acuzare (în schimbul recunoaşterii săvârşirii anumitor fapte, procurorul nu-l va trimite în judecată pe inculpat sub aspectul săvârşirii altor infracţiuni pentru care este cercetat) sau chiar a severităţii inculpării (de exemplu, în cazul unei infracţiuni care poate atrage în unele state pedeapsa capitală - precum, omorul calificat, prin acordul de recunoaştere a vinovăţiei se va stabili o încadrare juridică mai uşoară precum omorul sau omuciderea - similară oarecum infracţiunii de "loviri sau vătămări cauzatoare de moarte" din dreptul intern)[2]. În acelaşi timp, şi inculpatului îi pot fi impuse condiţii suplimentare, precum asumarea obligaţiei de a depune mărturie împotriva altor coinculpaţi[3] sau chiar cu privire la alte fapte, care fac obiectul unui alt proces.

În anumite state, judecătorii au la rândul lor un grad de implicare mai mare sau mai mic în procedura de negociere a unui acord de recunoaştere a vinovăţiei. Spre exemplu, în unele cazuri aceştia pot fi implicaţi pentru a predetermina pedeapsa pe care o va primi inculpatul dacă acceptă acordul de recunoaştere a vinovăţiei. Cu toate acestea, rolul judecătorului rămâne limitat în această fază, mai ales la nivel federal. În cazurile de competenţa instanţelor federale, judecătorii nu pot fi implicaţi în negocierea acordului de vinovăţie şi nu sunt obligaţi să respecte recomandarea procurorului în ceea ce priveşte sentinţa ce se va pronunţa în cauză, chiar dacă aceasta este inclusă într-un acord de recunoaştere a vinovăţiei, deşi, în practică, în marea majoritate a cazurilor aceştia vor valida acordul încheiat între inculpat şi procuror[4]. În toate cazurile

---

garanţii privind interzicerea constrângerii inculpatului şi asigurarea libertăţii de voinţă şi a informării prealabile a acestuia.

[1] A se vedea WEX - Dicţionar de termeni legali şi enciclopedie juridică gratuită al Law Information Institute(LII) - Cornell University Law School.

[2] *Idem.*

[3] Reamintim că în dreptul american nu există, de principiu, deosebire de efecte juridice între declaraţia de martor şi cea de inculpat, juriul urmând a aprecia în mod suveran valoarea juridică a acestora, în funcţie de opinia pe care şi-o formează despre credibilitatea persoanei care depune mărturie. Inculpatul depune jurământ, întocmai ca şi martorul, iar declaraţiile nereale constituie infracţiunea de mărturie mincinoasă (sperjur, în terminologia americană). Totuşi, ca şi în actualul drept procesual penal român, unul dintre drepturile fundamentale ale inculpatului este de a nu se autoincrimina, ceea ce înseamnă că, spre deosebire de martor, acesta nu poate fi obligat să depună mărturie în cauza care îl priveşte, chiar dacă poziţia sa procesuală este de a pleda nevinovat.

[4] A se vedea WEX - Dicţionar de termeni legali şi enciclopedie juridică gratuită al Law Information Institute(LII) - Cornell University Law School.

judecătorul va examina dacă acordul de recunoaştere serveşte înfăptuirii justiţiei, îl va informa pe inculpat asupra consecinţelor acestuia şi va verifica dacă mijloacele de probă administrate în cauză susţin în mod suficient poziţia de recunoaştere a inculpatului[1].

Instanţele americane tratează acordul de recunoaştere a vinovăţiei ca pe un veritabil contract între inculpat şi procuror. Dacă inculpatul este cel care îşi încalcă obligaţiile stabilite prin acord, procurorul nu va mai fi ţinut de respectarea propriilor obligaţii. Dacă acela care nu respectă acordul de recunoaştere a vinovăţiei este procurorul, judecătorul poate permite inculpatului să-şi retragă pledoaria de vinovăţie (ceea ce înseamnă că se va organiza un proces cu juraţi, faptul că inculpatul şi-a recunoscut anterior vinovăţia şi toate documentele şi probele care derivă din această recunoaştere urmând să fie excluse din probatoriu, pentru ca juriul să nu fie influenţat de atitudinea anterioară a inculpatului), să pronunţe o sentinţă conform acordului de vinovăţie iniţial sau să ofere inculpatului un alt remediu considerat adecvat.

Chiar şi în dreptul american, în care reprezintă o instituţie juridică veche şi care şi-a dovedit utilitatea, acordul de recunoaştere a vinovăţie rămâne supus controverselor[2]. Din partea celor care îşi doresc mai multă fermitate în tratarea fenomenului infracţional de către stat, acordul de recunoaştere a vinovăţiei este considerat o modalitate prin care infractori periculoşi obţin condamnări uşoare, iar unele fapte penale rămân chiar nepedepsite. Din perspectiva opusă, apărătorii drepturilor civile îl consideră un instrument juridic care subminează drepturile constituţionale ale persoanei urmărite penal. Astfel, s-a arătat că inculpaţi care sunt de fapt nevinovaţi pot fi puşi în situaţia de a accepta un acord de recunoaştere a vinovăţiei ca urmare a instrumentării tendenţioase a cauzei de către procuror, sau în baza unor probe care sunt de fapt nelegal obţinute[3].

În orice caz, nu poate fi negat că încheierea unui acord de recunoaştere a vinovăţiei presupune ca inculpatul să renunţe în mod voluntar la cel puţin trei garanţii constituţionale: dreptul la un proces cu juri, dreptul de a nu se autoincrimina şi dreptul la examinarea în contradictoriu a martorilor acuzării(drepturi consacrate de Amendamentele 5 şi 6 la Constituţia SUA).

Cu toate acestea, tocmai pentru că această renunţare este voluntară, Curtea Supremă (federală) a respins în repetate rânduri sesizările de neconstituţionalitate în ceea ce priveşte acordul de recunoaştere a vinovăţiei[4]. Totuşi, tocmai pentru a asigura salvgardarea drepturilor constituţionale ale acuzatului, Curtea a arătat că un acord de

---

[1] F. Adler, G. O. W. Mueller, W. S. Laufer, *op. cit.*, p. 382.

[2] *Idem*.

[3] F. Adler, G. O. W. Mueller, W. S. Laufer - lucr. citată, p. 382.

[4] A se vedea hotărârea Curţii Supreme a SUA în cauza Brady v. United States, 397 U. S. 742(1970). În speţă, Robert Brady fusese condamnat în 1969 pentru lipsire de libertate în mod ilegal (răpire) urmată de vătămarea corporală a victimei, infracţiune pasibilă de pedeapsa capitală. În timpul procesului iniţial, după ce a aflat că unul dintre coinculpaţi a încheiat un acord de recunoaştere a vinovăţiei, Brady şi-a schimbat poziţia şi s-a recunoscut vinovat, fiind condamnat ca urmare a recunoaşterii la 50 de ani închisoare, pedeapsă redusă în apel la 30 de ani închisoare. Ulterior, în procesul care a ajuns în faţa Curţii Supreme Brady a susţinut că recunoaşterea sa de vinovăţie nu putea fi valabilă din cauza temerii de pedeapsa capitală, ceea ce i-a viciat libertatea de voinţă. În mod unanim, Curtea a decis că împrejurarea că, prin impunerea pedepsei capitale, legea ar descuraja inculpaţii să insiste să-şi susţină vinovăţia şi să solicite un proces cu juraţi nu constituie o limitare a libertăţii de voinţă care să atragă concluzia că recunoaşterea vinovăţiei ar fi neconstituţională şi că, oricum, motivul pentru care Brady îşi modificase poziţia procesuală a fost recunoaşterea unui coinculpat, iar nu faptul că legea prevedea pedeapsa capitală.

recunoaştere a vinovăţiei poate fi recunoscut numai dacă acuzatul care pledează vinovat este conştient şi pe deplin informat cu privire la consecinţele acestei recunoaşteri[1].

6.2 Acordul de recunoaştere a vinovăţiei în dreptul procesual penal al Republicii Moldova

Codul de procedură penală al Republicii Moldova[2] defineşte acordul de recunoaştere a vinovăţiei ca o tranzacţie încheiată între procuror şi, după caz, învinuit sau inculpat, care şi-a dat consimţământul de a-şi recunoaşte vina în schimbul unei pedepse reduse.

Acordul se întocmeşte obligatoriu în scris[3], legea procesuală instituind un set foarte amplu de garanţii pentru a asigura faptul că acesta reprezintă rezultatul voinţei libere şi neviciate a persoanei cercetate penal. Astfel, asistenţa juridică a învinuitului/ inculpatului este obligatorie, iar apărătorul are dreptul ca, după iniţierea acordului, că poarte discuţii confidenţiale cu inculpatul asupra tuturor drepturilor procesuale de care dispune acesta, asupra tuturor aspectelor cazului, inclusiv ordonanţa de punere sub învinuire sau, după caz, rechizitoriul(acte care se comunică obligatoriu apărării înainte de încheierea acordului[4]), asupra posibilităţilor de apărare, a limitelor de pedeapsă şi a faptului dacă recunoaşterea vinovăţiei nu este o consecinţă a aplicării violenţei sau ameninţării.

Conform dreptului procesual al Republicii Moldova, odată cu supunerea acordului cenzurii instanţei de judecată, inculpatul este obligat să depună jurământ şi să facă declaraţii veridice referitor la infracţiunea cercetată(sub sancţiunea urmăririi penale ulterioare pentru declaraţii false), astfel încât apărătorul este obligat să-l informeze pe inculpat şi asupra acestor aspecte, precum şi asupra faptului că va trebui să renunţe la dreptul la tăcere.

Oricare dintre părţile acordului poate iniţia încheierea acestuia. O chestiune interesantă este că, spre deosebire de dreptul român, dispoziţiile legale din Republica Moldova prevăd că în examinarea oportunităţii încheierii unui acord de recunoaştere a vinovăţiei, procurorul va lua în considerare, printre alte aspecte, şi probabilitatea de a obţine condamnarea în cazul respectiv şi interesul public de a o obţine o judecată mai operativă cu cheltuieli mai reduse.

---

[1] A se vedea hotărârea Curţii Supreme a SUA în cauza McCarthy v. United States, 394 U. S. 459(1969). În speţă, petiţionarul fusese trimis în judecată pentru trei capete de acuzare vizând evaziunea fiscală. În faţa instanţei, în urma unui acord verbal cu procurorul, inculpatul a pledat vinovat pentru unul dintre capetele de acuzare, iar procurorul a retras acuzaţiile formulate cu privire la celelalte două. Judecătorul a pronunţat o sentinţă de 1 an închisoare şi o amendă de 2500 de dolari, refuzând să acorde suspendarea condiţionată a executării sentinţei cu închisoarea. Ulterior, în apel, inculpatul a susţinut că judecătorul de fond nu l-a intervievat personal şi nu s-a asigurat că inculpatul înţelege consecinţele recunoaşterii, iar, pe de altă parte, că judecătorul nu a verificat dacă probele de la dosar ofereau o bază factuală pentru susţinerea vinovăţiei inculpatului. După respingerea apelului ordinar, cauza a fost deferită Curţii Supreme care a statuat că judecătorul de fond ar fi trebuit să se asigure că poziţia de recunoaştere a inculpatului era voluntară, ceea ce presupunea ca judecătorul să i se adreseze personal şi să verifice dacă inculpatul înţelege atât natura acuzaţiei, cât şi consecinţele pe care le produce recunoaşterea acestei acuzaţii. Ca urmare, Curtea Supremă a anulat sentinţa iniţială şi a trimis cauza spre rejudecare.

[2] Cod nr. 122/14. 03. 2003, publicat la 07. 06. 2003 în M. Of. nr. 104-110, în vigoare de la 12. 06. 2003, cu modificările şi completările ulterioare.

[3] Art. 504 alin. (2) din Codul de procedură penală al Republicii Moldova.

[4] Art. 505 al. 6 din Codul de procedură penală al Republicii Moldova.

Ulterior, acordul este dedus spre examinare instanţei de judecată[1]. Se impune remarca că este interzis instanţei să participe în orice formă la discuţiile prealabile încheierii acordului[2].

Instanţa de judecată nu este obligată să ia act de acordul de recunoaştere a vinovăţiei încheiat între procuror şi inculpat. Aceasta va examina dacă acordul de recunoaştere a fost încheiat în condiţiile legii, în mod benevol, cu participarea apărătorului şi dacă există suficiente probe care confirmă condamnarea[3].

În această fază este aplicabil un alt set de garanţii pentru asigurarea caracterului liber şi neviciat al voinţei inculpatului la încheierea acordului. Astfel, instanţa va verifica dacă atât inculpatul, cât şi apărătorul acestuia, îşi însuşesc conţinutul acordului şi îl va chestiona pe inculpat, sub jurământ, atât cu privire la înţelegerea conţinutului sau a limitelor acordului, cât şi cu privire la orice aspecte ce ar fi putut vicia sau influenţa voinţa liberă a acestuia (spre exemplu, inculpatul va fi chestionat cu privire la faptul dacă este satisfăcut de calitatea asistenţei juridice acordate de apărătorul său, dacă a fost recent supus unui tratament pentru vreo afecţiune mintală sau de dependenţă de droguri sau de alcool, dacă se află la momentul declaraţiei sub influenţa unor astfel de substanţe, dacă s-a încercat forţarea acestuia la încheierea acordului etc. [4]).

Totodată, instanţa îl va informa pe inculpat despre sancţiunea maximă şi cea minimă ce ar putea fi aplicată, despre chestiunile ţinând de soluţionarea acţiunii civile, despre limitarea dreptului de a apela sentinţa pronunţată şi despre faptul că prin încheierea acordului inculpatul se privează de dreptul la judecată în procedură deplină.

La acest moment procesual, inculpatul are posibilitatea fie de a-şi susţine în continuare poziţia de încheiere a acordului de recunoaştere a vinovăţiei, caz în care el este audiat despre fapta săvârşită şi atitudinea sa cu privire la probele de la dosar, dar are şi posibilitatea de a nu mai susţine acordul de recunoaştere a vinovăţiei, caz în care nu mai este obligat să dea o declaraţie cu privire la fondul cauzei, iar judecata va continua potrivit procedurii obişnuite.

Art. 507 din Codul de procedură penală al Republicii Moldova prevede că instanţa va accepta acordul de recunoaştere a vinovăţiei numai dacă este convinsă de veridicitatea răspunsurilor date de inculpat şi ajunge la concluzia că recunoaşterea este făcută în mod liber, benevol, conştient, fără presiune sau teamă.

Dacă instanţa respinge acceptarea acordului, încheierea în cauză este supusă recursului în mod separat, în termen de 24 de ore, cu excepţia cazului în care toate părţile semnatare ale acordului renunţă expres la dreptul de a recura încheierea, caz în care judecata cauzei va continua de îndată, în procedură obişnuită.

Dacă instanţa acceptă acordul de recunoaştere, această soluţie se va consemna în încheiere, iar procesul va continua cu dezbaterile privitoare la pedeapsă. Limita maximă de pedeapsă pentru infracţiunea în discuţie se reduce cu o treime[5].

Sentinţa pronunţată în final, ca urmare a acceptării prealabile de către instanţă a acordului de vinovăţie, poate fi atacată de către inculpat numai cu privire la pedeapsa fixată şi la încălcările procedurale[6].

---

[1] A se vedea prevederile art. 506 din Codul de procedură penală al Republicii Moldova.
[2] Art. 504 alin. (3) din Codul de procedură penală al Republicii Moldova.
[3] Art. 504 alin. (4) din Codul de procedură penală al Republicii Moldova.
[4] Art. 506 alin. (4), (5) din Codul de procedură penală al Republicii Moldova.
[5] Art. 509 alin. (4) din Codul de procedură penală al Republicii Moldova.
[6] Art. 506 al. 6 lit. d, art. 509 al. 6 din Codul de procedură penală al Republicii Moldova.

7. Bibliografie

1. F. Adler, G. O. W. Mueller, W. S. Laufer - Criminology, second edition, Mc Graw-Hill, Inc., 1995;

2. Codul de procedură penală al Republicii Moldova;

3. Dicţionar de termeni legali şi enciclopedie juridică gratuită al Law Information Institute(LII) - Cornell University Law School;

4. Hotărârea Curţii Supreme a SUA în cauza Brady v. United States, 397 U. S. 742(1970);

5. Legea nr. 135/2010 privind Codul de procedură penală, cu modificările şi completările aduse prin Legea nr. 255/2013 şi O.U.G. 3/2014.

Condiţiile legitimei apărări

Elena-Giorgiana ***SIMIONESCU****

Abstract: *Legitima apărare este invocată drept cauză justificativă atunci când o persoană supusă unei agresiuni ripostează cu forţa. Ea este considerată licită sau permisă în condiţiile ce presupun, pe de o parte atacul sau agresiunea (care creează legitima apărare), iar pe de altă parte, apărarea sau riposta (o faptă săvârşită în apărare). Drept consecinţă, fapta săvârşită în legitimă apărare nu atrage răspunderea penală a făptuitorului, deoarece acesta a fost constrâns de necesitatea înlăturării agresiunii care punea în pericol valorile sociale ocrotite, dar nici răspunderea civilă pentru prejudiciul suferit de atacator.*

Cuvinte cheie: *cauză justificativă, faptă săvârşită în legitimă apărare, atac, apărare*

1. Aspecte introductive

În alin. (1) al art. 19 C.p., legiuitorul defineşte natura juridică a legitimei apărări, arătând că *este justificată fapta prevăzută de legea penală, săvârşită în legitimă apărare*. În alin. (2) al art. 19 C.p. se prevede că *este în stare de legitimă apărare persoana care săvârşeşte fapta pentru a înlătura un atac material, direct, imediat şi injust, care pune în pericol persoana sa, a altuia, drepturile acestora sau un interes general, dacă apărarea este proporţională cu gravitatea atacului*. De asemenea, în alin. (3) al art. 19 C.p., *se prezumă a fi în legitimă apărare, în condiţiile alin. (2), acela care comite fapta pentru a respinge pătrunderea unei persoane într-o locuinţă, încăpere, dependinţă sau loc împrejmuit ţinând de aceasta, fără drept, prin violenţă, viclenie, efracţie sau alte asemenea modalităţi nelegale ori în timpul nopţii*.

În raport de actuala reglementare penală, legitima apărare este justificată, recunoscându-se că în anumite condiţii, ordinea juridică poate permite oricărei persoane să se apere singură când este supusă unei agresiuni, spre a restabili ordinea de drept încălcată (*vim vi repellere licet)*[1].

2. Condiţii

O faptă săvârşită în legitimă apărare este considerată licită sau permisă în condiţiile ce presupun, pe de o parte *atacul* sau *agresiunea* (care creează legitima apărare), iar pe de altă parte, *apărarea* sau *riposta* (o faptă săvârşită în apărare).

2.1. Condiţii referitoare la atac:

a) Să existe un atac material, imediat, direct şi injust.

---

* Lect. univ. dr., Departamentul de Ştiinţe Juridice, Facultatea de Relaţii Internaţionale, Drept şi Ştiinţe Administrative, Universitatea „Constantin Brâncuşi" din Târgu-Jiu, România.

[1] G. Antoniu, *Cauzele justificative*, în G. Antoniu (coordonator), C. Bulai, C. Duvac, I. Griga, Gh. Ivan, C. Mitrache, I. Molnar, I. Pascu, V. Paşca, O. Predescu, *Explicaţii preliminare ale noului Cod penal,* vol. I, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2010, p. 179.

Starea de legitimă apărare presupune existenţa unei manifestări exterioare, susceptibile să aducă atingere unei valori determinate, ocrotite de lege (una dintre valorile prevăzute în art. 19 alin. (2) C.p.), care necesită o ripostă ca mijloc de înlăturare a pericolului.

Atacul sau agresiunea este o comportare violentă a persoanei fizice, materializată, de regulă, într-o acţiune îndreptată împotriva valorilor sociale ocrotite de legea penală. Atacul nu poate exista decât sub forma unei acţiuni umane, fiind exclusă invocarea legitimei apărări atunci când atacul este spontan şi exercitat de un animal. În cazul în care proprietarul unui animal determină sau provoacă atacarea unei persoane de către acesta, se poate vorbi de o legitimă apărare, cu precizarea că în această ipoteză atacatorul nu este animalul, ci proprietarul său, animalul fiind un simplu instrument[1].

- Atacul este material, când pentru realizarea lui se foloseşte forţa fizică sau instrumente, mijloace în măsură să producă o modificare fizică a valorilor ocrotite, chiar şi printr-o atitudine pasiv agresivă[2] (de pildă: refuzul de a schimba macazul; medicul ce refuză să trateze).

De regulă, materialitatea atacului se concretizează într-o acţiune, realizată cu sau fără folosirea de mijloace agresive (corpuri contondente, tăioase, arme de foc, substanţe otrăvitoare sau inflamabile etc.), dar, teoretic cel puţin, poate îmbrăca şi forma inacţiunii.

Nu este material şi nu legitimează apărarea, atacul care se realizează oral sau în scris, sub formă de ameninţare, insultă, calomnie, defăimare, zvonuri false, agitaţii[3]. Deci, legea penală exclude de la aplicarea legitimei apărări, atacurile nemateriale (ameninţări orale sau în scris), situaţie în care s-ar putea reţine cel mult provocarea ca circumstanţă atenuantă [art. 75 alin. (1), lit. a C.p.]. Stările conflictuale anterioare între părţi pot fi considerate ca atac material numai dacă sunt urmate de un atac de violenţă fizică.

- Atacul este direct, când se îndreaptă şi creează un pericol nemijlocit/mijlocit pentru valoarea socială ocrotită (de pildă, distrugerea bărcii celui care nu ştie să înoate) sau când vizează raporturi în spaţiu între atac şi valoarea ocrotită. Atacul nu poate fi considerat direct, dacă între agresor şi victimă există un obstacol (poartă sau uşă închisă, zid, gard) sau există o distanţă mai mare în spaţiu (de pildă, atacul nu este direct dacă se dezlănţuie de la o distanţă de 100 m cu o secure[4]).

- Atacul este imediat, când pericolul este actual sau pe cale să se ivească (iminent) ori dezlănţuit sau pe cale să se dezlănţuie. Atacul imediat vizează raporturile în timp între atac şi obiectul vizat. Caracterul imediat este reliefat de un interval foarte scurt între începutul atacului şi momentul ivirii pericolului. Dacă intervalul este mare şi există alte posibilităţi de înlăturare a pericolului, atacul nu mai este imediat şi nu se mai justifică. Când atacul este în curs de executare sau pe punctul de a se declanşa, el legitimează o apărare numai dacă nu s-a epuizat ori nu a încetat definitiv.

---

[1] F. Streteanu, R. Moroşanu, *Instituţii şi infracţiuni în Noul Cod penal*, Manual pentru uzul formatorilor SNG, Bucureşti, 2010, p. 61.

[2] I. Pascu, *Cauzele justificative*, în I. Pascu (coordonator), V. Dobrinoiu, T. Dima, M. A. Hotca, C. Păun, I. Chiş, M. Gorunescu, M. Dobrinoiu, *Noul Cod penal comentat. Partea generală*, vol. I, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2012, p. 146.

[3] V. Dongoroz ş. a., *Explicaţii teoretice ale Codului penal român. Partea generală,* vol. I, Ed. Academiei R.S.R., Bucureşti, 1969, p. 351.

[4] C. Mitrache, C. Mitrache, *Drept penal. Partea generală*, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2013, p. 145.

Deci, acest atribut al atacului se poate manifesta în două forme: prin „iminenţa" sau prin „actualitatea" sa[1].

Atacul este iminent când există certitudinea dezlănţuirii sale imediate. Un atac iminent este o agresiune care nu a început, dar este, în mod sigur, pe punctul de a se produce (de exemplu, agresorul ridică un topor deasupra capului persoanei pe care vrea să o ucidă). Atacul iminent nu trebuie confundat cu atacul eventual, cu o agresiune ce s-ar putea produce cândva, în viitor, sau cu teama de un atac, determinată de existenţa unei duşmănii mai vechi. În asemenea situaţii, producerea unui atac putând fi prevenită prin luarea unor măsuri de precauţie care să nu constea în săvârşirea de fapte penale, nu există situaţie de legitimă apărare.

Atacul este actual când se află în curs de desfăşurare, adică din momentul în care s-a dezlănţuit până la consumare. Un atac consumat nu mai justifică un act de apărare, aşa încât reacţia făptuitorului are caracterul unei riposte, nu al unei apărări necesare. Astfel, în practică[2] s-a arătat că nu există legitimă apărare când agresorul, după ce a lovit victima, s-a retras din faţa acesteia ori a fost dezarmat sau a încercat să scape prin fugă, însă victima i-a aplicat, totuşi, o lovitură mortală. Dacă în cazul infracţiunilor contra persoanei, atacul se consumă în momentul consumării infracţiunii realizate prin săvârşirea lui, în cazul infracţiunilor contra patrimoniului, atacul nu se consideră consumat decât în momentul în care, după săvârşire, infracţiunea şi-a pierdut caracterul flagrant. Astfel, în cazul infracţiunii de furt, atacul se consideră actual şi atunci când, după luarea bunului, autorul se îndepărtează cu bunul sustras de la locul infracţiunii, aşa încât dacă, în acest timp, persoana vătămată foloseşte violenţa pentru a recupera bunul furat, dispoziţiile legale privitoare la legitima apărare sunt, în principiu, aplicabile.

- Atacul este injust, când nu are temei legal, nu este legitim sau întemeiat pe o dispoziţie a legii sau pe un drept.

Atacul este just şi nu poate da naştere unei apărări legitime când constă într-o activitate permisă sau prevăzută de lege (de pildă, arestarea unei persoane pe baza unui mandat de arestare).

Dacă agresorul este un iresponsabil, iar cel ce ripostează cunoaşte starea de iresponsabilitate a acestuia, riposta are caracterul unui act de salvare în stare de necesitate. Dacă cel ce face apărarea nu cunoaşte acest lucru, el va riposta în legitimă apărare, înlăturând pericolul prin mijloacele pe care le consideră eficiente, nefiind obligat să găsească altă soluţie. În acest caz, legitima apărare va veni în concurs cu eroarea de fapt.

Riposta celui care se apără poate deveni un atac injust atunci când este exagerată, disproporţionată (de pildă, când o persoană se apără cu cuţitul împotriva unui agresor care îl ameninţă cu palma); în acest caz, cel care pretinde că se apără, devine, la rândul său, agresor, declanşând un atac injust contra căruia agresorul iniţial poate riposta[3].

b) Atacul să fie îndreptat împotriva unei persoane, a drepturilor sale ori împotriva unui interes public. Pentru ca apărarea să fie legitimă este obligatoriu ca atacul să vizeze una din valorile determinate prin lege. Obiectul atacului îl poate constitui:

- persoana fizică (prin atingerea adusă vieţii, integrităţii corporale, sănătăţii, libertăţii, vieţii sexuale);

---

[1] I. Crânguş, A. Niţu, I Dragomir, *Drept penal - partea generală*, Ed. M.A.I., Bucureşti, 2006, p. 145-146.

[2] *Idem*, p. 146.

[3] G. Antoniu, *Cauzele justificative*, în G. Antoniu (coordonator), *op. cit.*, p. 184.

- drepturile şi bunurile acestei persoane (dreptul de proprietate, posesia chiar ilicită, dreptul la propria imagine);

- un interes general (securitatea statului, buna desfăşurare a instituţiilor publice sau a altor persoane juridice de drept public).

c) Atacul să pună în pericol valorile prevăzute în art. 19 alin. (2) C.p.

În raport cu obiectul atacului, pericolul există când atacul este de natură să producă un rău ireparabil sau greu de reparat. În evaluarea acestei cerinţe se ţine seama de natura atacului, de scopul urmărit, de starea fizică a persoanei supuse agresiunii şi de împrejurările concrete în care s-a produs atacul[1].

Împotriva unui atac periculos poate riposta victima agresiunii şi oricare altă persoană prezentă la desfăşurarea atacului, chiar un alienat sau un minor.

d) În situaţia legitimei apărări prezumate, reglementate de art. 19 alin. (3) C.p.:

- Atacul trebuie să constea într-o acţiune de pătrundere într-o locuinţă, încăpere, dependinţă sau loc împrejmuit ţinând de aceasta.

Ţinând seama că prin această modalitate a legitimei apărări s-a urmărit o mai mare siguranţă cetăţeanului şi ordinii sociale, legiuitorul a avut în atenţie noţiunea de „locuinţă" folosită în înţelesul cel mai larg[2], adică de „loc unde o persoană îşi adăposteşte efectiv viaţa sa privată, indiferent dacă aceasta este o casă propriu-zisă sau o construcţie destinată altui scop, dar este folosită ca locuinţă, sau dacă constituie un adăpost simplu". Nu interesează dacă locuinţa este permanentă sau trecătoare, fiind considerate ca locuinţă camera ocupată într-un hotel, motel sau han, cabină ocupată într-un vapor. „Dependinţele unei locuinţe" sunt acele „prelungiri ale locuinţei, încăperi sau construcţii care înlesnesc sau condiţionează folosirea locuinţei" (magazii, garaje, pivniţe etc.). „Loc împrejmuit" este „locul separat printr-o îngrădire de locuinţe de vecine şi care delimitează, de regulă, curţi sau grădini de lângă casă"[3].

- Acţiunea de pătrundere într-o locuinţă, încăpere, dependinţă sau loc împrejmuit ţinând de acestea, trebuie să aparţină unei persoane fizice responsabile şi să fie un act de violenţă al acesteia. Acţiunea de pătrundere poate fi realizată de o persoană sau mai multe persoane care cooperează concomitent.

- Acţiunea de pătrundere să se realizeze *fără drept*, *prin violenţă*, *viclenie*, *efracţie* sau *prin alte asemenea modalităţi nelegale* ori *în timpul nopţii*. Subiectul ei să nu aibă nici un temei legal, adică să fi acţionat ilicit.

Pătrunderea este acţiunea unei persoane de a intra cu tot corpul, de a se introduce efectiv, în locurile prevăzute. Pentru a legitima riposta, acţiunea de pătrundere trebuie să fie săvârşită „fără drept". Dacă cel care pătrunde în locurile stabilite acţionează în temeiul unui drept, nu este realizată cerinţa esenţială care, în reglementarea legii, justifică instituirea prezumţiei de legitimă apărare.

Prin „violenţă" se înţelege orice atingere adusă corpului omenesc care provoacă suferinţe fizice sau psihice, iar uneori o vătămare corporală.

Prin „viclenie" se înţelege perfidie, făţărnicie, şiretenie, şmecherie, stratagemă.

---

[1] *Idem*., p. 185.

[2] V. Dongoroz ş. a., *Explicaţii teoretice ale Codului penal român. Partea generală*, vol. I, Ed. Academiei R.S.R., Bucureşti,1969, p. 308: Prin „locuinţă" se înţelege orice loc destinat efectiv uzului domestic, vieţii domestice a unei persoane şi care satisface nevoia acesteia de a locui, fără să aibă relevanţă dacă este închis sau parţial deschis, dacă este stabil sau mobil permanent sau temporar, esenţial fiind ca să fie folosit pentru viaţa intimă a omului, alimentare, repaos etc.

[3] Al. Boroi, *Drept penal aprofundat*, Bucureşti, 2010, p. 77; http://www.id-hyperion.ro/cursuri/cursuri%20drept/Dr%20penal%20aprofundat%20Unitatea%201.pdf.

„Efracţia" presupune, distrugerea ori înlăturarea încuietorilor sau împrejmuirilor de la clădiri.

Prin „alte asemenea modalităţi nelegale" se înţelege orice mijloc prin care se pătrunde în mod fraudulos, de pildă: escaladarea gardului, inducerea în eroare a proprietarului locuinţei sau a altei persoane în a cărei grijă se află locuinţa etc..

Pentru identificarea nopţii vor fi aplicabile criteriile deja instituite de doctrină şi consacrate de practică, respectiv caracterul concret al lăsării întunericului, iar nu cel astronomic al răsăritului şi apusului. Potrivit textului, pare că este suficientă pătrunderea fără drept în timpul nopţii, nefiind necesar să fie şi săvârşită prin modalităţi violente, viclene ori care implică efracţia. Astfel, potrivit modului de redactare a textului, *în timpul nopţii* este o caracteristică a pătrunderii, aşa cum sunt şi violenţa, viclenia, efracţia[1].

2.2. Condiţii referitoare la apărare:

a) Apărarea să se realizeze printr-o faptă prevăzută de legea penală, altfel nu se pune problema verificării caracterului nejustificat şi nici problema identificării unei cauze justificative. Nu are importanţă încadrarea juridică ce ar fi putut fi dată faptei, nici forma acesteia (tentativă pedepsibilă sau formă consumată), fiind suficient ca să fie prevăzută de legea penală în momentul săvârşirii ei în apărare. Sub aspectul formei de vinovăţie, această faptă se poate comite atât cu intenţie cât şi din culpă, fiind necesar doar ca persoana care se apără să aibă cunoştinţă de existenţa atacului şi să acţioneze animată de dorinţa de a se apăra. Dacă în momentul respingerii atacului, riposta era o faptă prevăzută de legea penală, dar ulterior a fost dezincriminată, nu se mai poate pune problema legitimei apărări, deoarece se aplică dezincriminarea, ca efect al legii penale mai favorabile.

b) Apărarea să fie necesară pentru înlăturarea atacului

Necesitatea apărării se apreciază atât sub raportul întinderii în care aceasta poate fi făcută, cât şi sub raportul intensităţii[2].

În primul rând, necesitatea apărării, sub raportul întinderii, impune cerinţa ca ea să intervină în intervalul de timp cât atacul este imediat, adică din momentul când acesta a devenit iminent şi până la încheierea atacului, prin dezarmarea agresorului sau imobilizarea acestuia. În literatura de specialitate s-a arătat că nu poate exista legitimă apărare din moment ce agresorul a fost dezarmat sau când acesta s-a retras în faţa ripostei victimei[3], dar că există legitimă apărare atunci când agresorul, deşi dezarmat, a continuat atacul, punând în pericol grav viaţa celui atacat[4]. Dacă riposta intervine după ce atacul a fost încheiat, nu mai există o apărare, ci o răzbunare, care nu poate pretinde o justificare[5].

Apărarea este necesară şi atunci când infracţiunea s-a consumat, dar există posibilitatea înlăturării ori diminuării efectelor. Astfel, în cazul infracţiunii de furt atacul îndreptat împotriva avutului nu încetează prin luarea bunurilor din detenţia sau posesia persoanei vătămate, ci durează şi în timpul cât hoţul se îndepărtează cu lucrul

---

[1] www.mpublic.ro/ncp.pdf, NOUL COD PENAL Partea generală - Ministerul Public, p. 27.

[2] C. Mitrache, C. Mitrache, *op. cit.*, p. 148.

[3] I. Tanoviceanu, *Tratat de drept şi procedură penală*, vol. I., Bucureşti, 1924, p. 896.

[4] Tribunalul Suprem, Decizia nr. 717/1964, colegiul penal, în „Culegere de decizii pe anul 1964", p. 308.

[5] ICCJ, s. pen., Decizia nr. 3968/2010, disponibilă pe http://legeaz.net/spete-penal-iccj-2010/decizia-3968-2010.

furat de la locul comiterii infracţiunii, iar în timpul cât infracţiunea este flagrantă, apărarea este necesară pentru restabilirea situaţiei anterioare, pentru prinderea hoţului şi predarea lui organelor penale[1].

În acelaşi timp, necesitatea apărării presupune că ea trebuie să aibă caracter idoneu, cu alte cuvinte, să fie aptă prin natura ei să înlăture atacul. Caracterul necesar al apărării nu implică însă faptul că ea trebuie să fie singura posibilitate de a înlătura atacul. Dacă persoana atacată are la dispoziţie alte posibilităţi de respingere a atacului, ea poate în principiu uza de oricare dintre ele, sub rezerva respectării condiţiei proporţionalităţii.

În al doilea rând, apărarea este necesară, sub raportul intensităţii cât a condus la înlăturarea atacului şi nu a depăşit gravitatea pericolului care ameninţa valorile sociale.

Caracterul necesar al apărării nu depinde numai de momentele atacului, ci şi de natura acestuia, de mijloacele folosite, de gravitatea pericolului creat. Dacă această gravitate nu există, apărarea nu este necesară. De asemenea, în stabilirea caracterului necesar al apărării trebuie să se ţină seama şi de starea psihică a celui care a săvârşit fapta în apărare şi posibilităţile celui atacat de a înfrunta atacul.

În literatura de specialitate, necesitatea obiectivă a actelor de apărare se apreciază în funcţie de mai mulţi factori[2] şi anume:

- *de obiectul agresiunii* (viaţa, integritatea corporală, proprietatea etc.) şi de măsura concretă a periclitării sale prin actele de agresiune. De exemplu, nu se pot folosi aceleaşi mijloace de apărare pentru respingerea unui atac îndreptat împotriva vieţii ori pentru a împiedica săvârşirea unui furt;

- *de caracterul imediat al agresiunii*. Mai înainte ca atacul să fi devenit iminent, pericolul, încă eventual, poate fi evitat în alt mod, iar după ce agresiunea s-a consumat, apărarea încetează de a fi obiectiv necesară, căci nu mai există un atac care trebuie înlăturat ori anihilat;

- *de intensitatea agresiunii*. În condiţiile unei agresiuni de intensitate redusă, actele de apărare pot deveni inutile;

- *de anumite condiţii de timp, de loc sau privitoare la persoana atacată*. De exemplu, un act de apărare care, în alte condiţii n-ar fi indispensabil, poate deveni necesar în cazul în care cel atacat se află într-un loc izolat, unde cu greu se poate aştepta la intervenţia altor persoane pentru curmarea atacului; tot astfel, o femeie singură sau mai în vârstă, dându-şi seama de slăbiciunea proprie, poate resimţi mai acut necesitatea efectuării unor acte de apărare.

c) Apărarea trebuie să fie proporţională cu gravitatea atacului

Fapta săvârşită în apărare trebuie să prezinte o gravitate mai mică sau aproximativ egală cu cea a atacului. Este vorba de o apreciere globală, nu de un calcul matematic. Legea nu stabileşte şi nici nu este posibil a se stabili anumite criterii de apreciere a proporţionalităţii dintre gravitatea atacului şi cea a apărării. Această sarcină revine organelor judiciare, care sunt în măsură să aprecieze criteriul proporţionalităţii, luând în considerare nu numai valorile împotriva cărora s-au îndreptat atacul şi actele de apărare, ci şi toate împrejurările în care s-a produs agresiunea (intensitatea, mijloacele aplicate, timpul, locul, forţa şi posibilităţile atacantului şi apărătorului - vârstă, sex, starea sănătăţii etc.)[3].

---

[1] Al. Boroi, *op. cit.*, p. 78; http://www.id-hyperion.ro/cursuri/cursuri%20drept/Dr%20penal%20aprofundatpdf.

[2] I. Crânguş, A. Niţu, I. Dragomir, *op. cit.,* p. 148.

[3] M. Zolyneak*, Drept penal, partea generală*, vol. II, Universitatea „Al. I. Cuza", Iaşi, 1976, p. 362.

Examenul de proporţionalitate trebuie să pornească, deci, de la urmările celor două acţiuni, adică urmarea pe care cel mai probabil ar fi produs-o atacul şi urmarea produsă în urma apărării, având în vedere şi valorile sociale în conflict, mijloacele utilizate în atac şi apărare, raportul de forţe dintre agresor şi victimă, precum şi toate circumstanţele în care s-a desfăşurat atacul[1].

Proporţionalitatea apărării cu gravitatea atacului are în vedere, respectarea unei echivalenţe între actul de apărare şi cel de atac[2], astfel că la un atac îndreptat împotriva integrităţii corporale se poate riposta cu o faptă de apărare ce priveşte integritatea corporală a agresorului. Nu s-ar putea considera că această condiţie este îndeplinită atunci când, pentru a respinge un atac ce constă în lovituri aplicate cu palma, cel atacat îl ucide pe agresor.

Proporţionalitatea dintre atac şi apărare are nu numai un aspect obiectiv, ci şi unul subiectiv, căci ceea ce din punct de vedere obiectiv poate fi disproporţional, celui atacat poate să i se pară a fi în limitele proporţionalităţii[3]. Acest lucru depinde de starea psihică a acestuia în momentul agresiunii, de modul în care a perceput gravitatea atacului şi intensitatea apărării necesare pentru a-l respinge.

Dacă se constată că fapta a fost săvârşită în condiţiile depăşirii limitelor legitimei apărări, din cauza tulburării şi temerii în care s-a aflat cel atacat, atunci, în conformitate cu art. 26 alin. (1) C.p., fapta constituie un *exces justificat*. În realitate, această depăşire nu poate fi asimilată legitimei apărări şi nu poate avea natura juridică a unei cauze justificative, pentru că ea nu operează *in rem*, ci are la bază un element de factură subiectivă, starea de tulburare, astfel că nu poate produce efecte decât în cazul persoanei care a acţionat în această stare. De aceea, depăşirea proporţionalităţii în ipoteza analizată constituie o cauză de neimputabilitate. Dacă depăşirea este datorată altor cauze (de pildă, sentimentul de indignare, mânie sau dorinţa de răzbunare) nu vom avea un exces neimputabil, ci un *exces scuzabil* care poate constitui o circumstanţă atenuantă, prevăzută de art. 75 alin. (1) lit. a) C.p.

d) *Apărarea să se îndrepte împotriva agresorului* pentru a înceta atacul şi a salva valorile periclitate. Apărarea se poate îndrepta împotriva vieţii, sănătăţii, libertăţii agresorului, dar nu împotriva bunurilor sale sau a terţelor persoane (rude, prieteni etc.). Apărarea îndreptată din eroare împotriva altei persoane decât a agresorului va duce la înlăturarea caracterului ilicit al faptei şi pe cauza erorii de fapt coroborată cu legitima apărare, dacă eroarea nu-i este imputabilă celui ce se apără.

e) Apărarea trebuie să preceadă sau să fie concomitentă cu atacul.

Această condiţie are în vedere desfăşurarea apărării după începutul atacului când acesta devine actual. Simpla presupunere că agresorul va dezlănţui un atac nu dă dreptul la o apărare legitimă.

Sub acest aspect este evident că actele de apărare se vor înscrie întotdeauna în limitele unei apărări legitime atunci când, sub raport dinamic, se vor situa în intervalul de timp ce corespunde atât atacului imediat, cât şi atacului în curs de realizare. Apărarea se consideră concomitentă pe tot intervalul de timp în care atacul corespunde cerinţei "de imediat" sau "în curs de realizare", şi nu va mai îndeplini această condiţie în cazul unui atac eventual, ce se va produce în viitor, şi nici în cazul unui atac deja consumat şi care nu prezintă pericolul de a fi reluat imediat.

---

[1] F. Streteanu, R. Moroşanu, *op. cit.*, p. 63.
[2] Al. Boroi, *op. cit.*, p. 79.
[3] I. Crânguş, A. Nițu, I Dragomir, *op. cit.,* p. 149.

f) Apărarea legitimă prezumată de art. 19 alin.3 C.p. poate fi exercitată nu doar de proprietarul locuinţei sau de cel care o foloseşte, ci de orice persoană (rudă, persoana care are în pază sau grijă patrimoniul, un reprezentant al autorităţii) care sesizează încercarea de pătrundere sau pătrunderea fără drept în spaţiile arătate.

Pentru a respinge pătrunderea frauduloasă într-un domiciliu pot fi folosite fie mijloace pregătite din timp (capcane, sisteme de alarmă, câini răi, sisteme de împuşcare automată etc.), fie mijloace de apărare improvizate, astfel încât procedeul folosit în apărare să fie cât mai puţin vătămător posibil pentru agresor, însă sigur şi eficient[1].

Concluzii

Fapta săvârşită în legitimă apărare nu este infracţiune, ea fiind justificată şi, drept consecinţă, nu atrage răspunderea penală a făptuitorului, deoarece acesta a fost constrâns de necesitatea înlăturării agresiunii care punea în pericol grav valorile sociale ocrotite. El nu a acţionat cu voinţă liberă.

În general, se apreciază că fapta săvârşită în legitimă apărare nu are caracter ilicit şi nu poate atrage nici o altă răspundere juridică, înlăturând şi răspunderea civilă pentru prejudiciul suferit de atacator[2]. În ipoteza lezării bunurilor unei terţe persoane, trebuie făcută distincţia după cum acestea au fost folosite de atacator ca instrumente pentru atac sau nu. În primul caz, lezarea unor asemenea bunuri este justificată de legitima apărare, pe când în cel de al doilea caz, justificarea s-ar întemeia pe starea de necesitate[3].

Bibliografie

1. G. Antoniu, *Cauzele justificative*, in G. Antoniu (coordonator), C. Bulai, C. Duvac, I. Griga, Gh. Ivan, C. Mitrache, I. Molnar, I. Pascu, V. Paşca, O. Predescu, *Explicaţii preliminare ale noului Cod penal,* vol. I, Editura Universul Juridic, Bucureşti, 2010.

2. F. Streteanu, R. Moroşanu, *Instituţii şi infracţiuni în Noul Cod penal*, Manual pentru uzul formatorilor SNG, Bucureşti, 2010.

3. I. Pascu, *Cauzele justificative*, în I. Pascu (coordonator), V. Dobrinoiu, T. Dima, M. A. Hotca, C. Păun, I. Chiş, M. Gorunescu, M. Dobrinoiu, *Noul Cod penal comentat. Partea generală*, vol. I, Editura Universul Juridic, Bucureşti, 2012.

4. V. Dongoroz ş. a., *Explicaţii teoretice ale Codului penal român. Partea generală,* vol. I, Editura Academiei, Bucureşti, 1969.

5. C. Mitrache, C. Mitrache, Drept penal român. Partea generală, Editura Universul Juridic, Bucureşti, 2013.

6. I. Crânguş, A. Nitu, I Dragomir, *Drept penal - partea generală*, Editura M.A.I., Bucureşti, 2006.

7. Al. Boroi, *Drept penal aprofundat*, Bucharest, 2010, p. 77; http://www.id-hyperion.ro/cursuri/cursuri%20drept/Dr%20penal%20aprofundat.pdf.

[1] I. Pascu, *Cauzele justificative*, în I. Pascu (coordonator), *op. cit.*, p. 154.

[2] F. Streteanu, *op. cit.*, p. 496.

[3] *Ibidem*, p. 497: Dacă, spre exemplu, atacatorul s-a folosit de un câine care nu îi aparţinea şi acesta a fost ucis, persoana care a beneficiat de efectul justificativ al legitimei apărări nu va fi ţinută să repare prejudiciul astfel suferit de proprietarul câinelui. Acesta se va putea însă îndrepta împotriva atacatorului, potrivit dreptului comun.

8. www.mpublic.ro/ncp.pdf, NOUL COD PENAL Partea generală, Ministerul Public.

9. I. Tanoviceanu, *Tratat de drept şi procedură penală*, vol. I, Bucureşti, 1924.

10. Tribunalul Suprem, Decizia nr. 717/1964, colegiul penal, în „Culegere de decizii pe anul 1964".

11. ICCJ, s. pen., Decizia nr. 3968/2010, disponibilă pe http://legeaz.net/spete-penal-iccj-2010/decizia-3968-2010.

12. M. Zolyneak*, Drept penal, partea generală*, vol. II, Universitatea „Al. I. Cuza", Iaşi, 1976.

Condiţiile stării de necesitate

Elena-Giorgiana ***SIMIONESCU****

Abstract: *Starea de necesitate exprimă o realitate întâlnită uneori în viaţa socială, când, datorită unor situaţii provocatoare ce periclitează valori sociale ocrotite de lege, salvarea lor se materializează prin săvârşirea unei fapte prevăzute de legea penală. În momentul apariţiei pericolului, persoana se vede obligată să sacrifice o altă valoare socială, de mai mică importanţă sau cel mult egală cu cea salvată. Fapta săvârşită în stare de necesitate nu este infracţiune, nu are caracter ilicit, devine permisă de ordinea de drept şi înlătură orice posibilitate de a atrage răspunderea penală. În principiu, starea de necesitate, nu are ca efect şi înlăturarea răspunderii civile, căci de cele mai multe ori prejudiciul este adus unui terţ care nu are nimic în comun cu pericolul creat.*

Cuvinte cheie: *cauză justificativă, faptă săvârşită în stare de necesitate, pericol, acţiune de salvare*

1. Aspecte introductive

Dispoziţiile art. 20 alin. (1) C.p., reglementează starea de necesitate ca o cauză justificativă, astfel: *Este justificată fapta prevăzută de legea penală săvârşită în stare de necesitate*. În alin. (2) al art. 20 C.p. se prevede că *este în stare de necesitate persoana care săvârşeşte fapta pentru a salva de la un pericol imediat şi care nu putea fi înlăturat altfel viaţa, integritatea corporală sau sănătatea sa ori a altei persoane sau un bun important al său ori al altei persoane sau un interes general, dacă urmările faptei nu sunt vădit mai grave decât cele care s-ar fi putut produce în cazul în care pericolul nu era înlăturat.*

În prezenţa stării de necesitate, o faptă conformă unei norme de incriminare (faptă tipică) încetează să fie în contradicţie cu întreaga ordine de drept (să fie antijuridică), devenind permisă (*necessitas non habet legem*)[1].

2. Condiţii

Condiţiile în care o faptă prevăzută de legea penală este considerată ca fiind săvârşită în legitimă apărare privesc pe de o parte *pericolul*, iar pe de altă parte *acţiunea de salvare*.

2.1. Condiţii referitoare la pericol:

a) Să existe un pericol.

Sursa pericolului, care poate determina săvârşirea unei fapte prevăzute de legea penală, este cel mai adesea un eveniment întâmplător: *o forţă naturală* (un incendiu

* Lect. univ. dr., Departamentul de Ştiinţe Juridice, Facultatea de Relaţii Internaţionale, Drept şi Ştiinţe Administrative, Universitatea „Constantin Brâncuşi" din Târgu-Jiu, România.

[1] G. Antoniu, *Cauzele justificative*, în G. Antoniu (coordonator), C. Bulai, C. Duvac, I. Griga, Gh. Ivan, C. Mitrache, I. Molnar, I. Pascu, V. Paşca, O. Predescu, *Explicaţii preliminare ale noului Cod penal,* vol. I, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2010, p. 194.

provocat de fulger), *o calamitate naturală* (un cutremur, o inundaţie, alunecare de teren etc.), *anumite mijloace tehnice* (sistemul de frânare al unei garnituri de tren de marfă se defectează, aşa încât pentru a evita deraierea într-o zonă populată garnitura este aruncată în aer), *acţiunea agresivă a unor animale* (un cal speriat se îndreaptă în viteză spre un grup de copii, astfel că o persoană care vede de la distanţă incidentul îl împuşcă), dar poate fi creat şi prin activităţi omeneşti, imprudente ori intenţionate: *fapte omeneşti* (un incendiu declanşat de un individ, traversarea în fugă a unei străzi aglomerate, prin locuri nepermise sau forţarea uşii de la intrare şi refugiul intr-un imobil a unei persoane urmărite de un iresponsabil agresiv), *un eveniment social* (în timp de război, şeful unei coloane motorizate, urmărită de inamic şi fără combustibil, pătrunde cu forţa într-un depozit, de unde îşi însuşeşte combustibilul necesar), *o stare fiziologică* (foame, sete, răcirea timpului) sau *biologică* (o boală, o stare în care se poate afla persoana). Nu este exclus ca pericolul să fi fost generat de însăşi persoana pentru care se efectuează acţiunea de salvare (pentru a transporta la spital pe cineva care a încercat să se sinucidă, o persoană foloseşte fără drept, un autoturism parcat în apropiere; o persoană, lucrând într-o încăpere cu substanţe inflamabile, provoacă un incendiu în care se accidentează grav şi pentru transportarea ei de urgenţă la spital se ia fără drept un autovehicul).

Nu poate invoca starea de necesitate acela care a provocat în mod intenţionat pericolul. Pericolul trebuie să fie real, efectiv şi nu o simplă bănuială sau impresie a făptuitorului. Dacă acesta se află în eroare asupra existenţei pericolului, vor fi aplicate regulile de la eroarea de fapt[1].

b) Pericolul să fie imediat.

Caracterul imediat al pericolului presupune că acesta trebuie să fie pe punctul de a produce urmarea vătămătoare pentru valoarea socială protejată ori în curs de desfăşurare (actual), dar neconsumat sau epuizat. Pericolul viitor, cât şi cel care a trecut, nu poate da naştere stării de necesitate.

c) Pericolul să ameninţe valorile sociale arătate în art. 20 alin. (2) C.p.

Potrivit dispoziţiilor legale deja menţionate, pericolul poate să privească: viaţa, integritatea corporală sau sănătatea sa ori a altei persoane sau un bun important al său ori al altei persoane sau un interes general.

Pentru existenţa stării de necesitate nu contează dacă viaţa, integritatea corporală sau sănătatea aparţin unei persoane tinere sau în vârstă, sănătoasă sau bolnavă, normală sau infirmă şi cu atât mai puţin dacă persoana ce comite acţiunea de salvare avea sau nu posibilitatea să-şi dea seama de aceste elemente ce ţin de persoana celui aflat în pericol[2].

Prin „bun important" trebuie înţeles acel bun care prin valoarea sa patrimonială, artistică, ştiinţifică, istorică ori afectivă legitimează acţiunea de salvare din faţa pericolului care îl ameninţă[3]. Importanţa bunului este o chestiune de apreciere în concret, dar ceea ce trebuie reţinut este faptul că această importanţă nu se apreciază numai în raport de valoarea economică a bunului în sine. La stabilirea importanţei bunului se poate ţine seama de natura şi destinaţia acestuia, de posibilităţile de a-l

[1] I. Pascu, *Cauzele justificative*, în I. Pascu (coordonator), V. Dobrinoiu, T. Dima, M. A. Hotca, C. Păun, I. Chiş, M. Gorunescu, M. Dobrinoiu, *Noul Cod penal comentat. Partea generală*, vol. I, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2012, p. 159.

[2] D. Morega, *Valorile sociale care pot fi salvate în condiţiile stării de necesitate conform Codului penal român*, Revista „Legea şi viaţa", nr. 5, Chişinău, 2011, p. 43.

[3] C. Bulai, *Manual de drept penal. Partea generală*, Ed. All, Bucureşti, 1997, p. 244.

înlocui, de diferenţa de valoare care există între bunul salvat şi cel distrus ca urmare a acţiunii de salvare.

d) Pericolul să fie inevitabil, adică să nu poată fi înlăturat decât prin săvârşirea unei fapte prevăzute de legea penală. Comiterea faptei trebuie să fie singura soluţie de a salva valoarea socială ameninţată de pericol. Dacă pericolul putea fi înlăturat fără a se recurge la o faptă penală, starea de necesitate este exclusă.

Aprecierea caracterului inevitabil al pericolului se face în concret prin luarea în considerare a tuturor împrejurărilor în care făptuitorul a fost nevoit să acţioneze sub ameninţarea pericolului, de particularităţile sale psiho-fizice pentru a decide dacă acesta putea să prevadă şi altă posibilitate de salvare. Totodată, nu poate fi omis faptul că posibilităţile de înlăturare a pericolului pot fi percepute diferit de la o persoană la alta, în funcţie de structura psihică a fiecăruia, de emotivitatea proprie[1]. Dacă făptuitorul dispune de mai multe posibilităţi de a înlătura pericolul, dar toate presupun săvârşirea unei fapte prevăzute de legea penală, salvarea trebuie să se facă prin comiterea faptei mai puţin grave[2].

2.2. Condiţii referitoare la acţiunea de salvare

a) Acţiunea de salvare să se realizeze printr-o faptă prevăzută de legea penală, altfel nu se pune problema verificării caracterului nejustificat şi nici problema identificării unei cauze justificative. Calificarea juridică a acelei fapte, ca şi împrejurarea dacă fapta a fost săvârşită de persoana expusă pericolului sau de un terţ sunt indiferente.

b) Acţiunea de salvare să fie indispensabilă pentru înlăturarea pericolului, adică săvârşirea faptei prevăzută de legea penală să fi constituit singurul mijloc de evitare sau înlăturare a pericolului. Dacă pericolul putea fi înlăturat şi în alt mod, problema existenţei stării de necesitate nu se poate invoca.

Observăm aici o diferenţă faţă de legitima apărare, la care nu se cere ca fapta prevăzută de legea penală să fi fost indispensabilă pentru înlăturarea atacului, ci numai necesară atingerii acestei finalităţi[3].

Constatarea cerinţei ca fapta săvârşită să fie unica modalitate de înlăturare a pericolului, nu trebuie făcută în abstract, ci numai ţinând seama de condiţiile concrete şi de persoana celui ce săvârşeşte fapta[4].

c) acţiunea de salvare să nu producă o urmare vădit mai gravă decât cea care s-ar fi putut produce în cazul neînlăturării pericolului.

Această condiţie reprezintă reflectarea cerinţei proporţionalităţii în materia stării de necesitate. Aprecierea condiţiei proporţionalităţii nu se poate face doar pe baza unei evaluări *in abstracto* a valorilor sociale aflate în conflict, ci trebuie avute în vedere, pe lângă valoarea intrinsecă a interesului salvat şi a celui sacrificat, caracterul reparabil sau ireparabil al prejudiciului cauzat, importanţa socială a bunului, şansele reale de salvare

---

[1] I. Crânguş, A. Niţu, I Dragomir, *Drept penal - partea generală*, Ed. M.A.I., Bucureşti, 2006, p. 153.

[2] T. Pop, *Drept penal comparat. Partea generală*, vol. II, Institutul de arte grafice „Ardealul", Cluj, 1923, p. 348.

[3] I. Crânguş, A. Niţu, I Dragomir, *op. cit.,* p. 154.

[4] C. Bulai, B. N. Bulai, *Manual de drept penal, partea generală*, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2007, p. 252.

a uneia dintre valorile sociale în conflict etc.[1]. Ca şi în cazul legitimei apărări, nu este posibilă sacrificarea unei vieţi pentru salvarea unor bunuri sau drepturi patrimoniale.

Legiuitorul, prin dispoziţiile art. 20 alin. (2) C.p., a instituit condiţia proporţionalităţii urmărilor produse prin acţiunea de salvare şi, implicit, cerinţa inexistenţei unui exces intenţionat al acţiunii salvatoare.

Dacă prin faptă s-au cauzat urmări mai grave, dar făptuitorul nu şi-a dat seama de acestea în momentul săvârşirii faptei şi, în mod obiectiv, a depăşit limitele stării de necesitate, fapta lui nu constituie infracţiune, operând în favoarea sa excesul neimputabil, reglementat de art. 26 alin. (2) C.p., ca o cauză de neimputabilitate.

Când însă făptuitorul şi-a dat seama că pricinuieşte urmări vădit mai grave prin săvârşirea faptei decât dacă pericolul nu era înlăturat, atunci fapta nu mai poate fi considerată ca permisă de ordinea de drept, ci este infracţiune şi atrage răspunderea penală a făptuitorului, recunoscându-se eventual în favoarea acestuia circumstanţa atenuantă a „depăşirii limitelor stării de necesitate", prevăzută de art. 75 alin. (1) lit. c C.p. (de pildă, nu va fi în stare de necesitate persoana care, pentru a salva de la inundaţie grădina sa de legume, distruge un baraj de o valoare mult mai mare), deoarece nu se poate admite înlăturarea unui rău mai mic prin cauzarea unui rău mai mare.

d) Fapta să nu fie săvârşită de către sau pentru a salva o persoană care avea obligaţia specială de a înfrunta pericolul. Există anumite profesii care prin natura lor obligă pe profesionist să înfrunte pericolul. Cel care are obligaţia să înfrunte pericolul nu poate invoca starea de necesitate pentru a se apăra de răspundere în cazul în care nu acţionează pentru a înlătura pericolul (de pildă, pompierul nu poate invoca starea de necesitate în neîndeplinirea ordinului de a localiza şi stinge incendiul ori medicul nu poate invoca starea de necesitate pentru a nu-şi îndeplini obligaţiile de a merge într-o zonă contaminată şi a asigura îngrijirea bolnavilor). Cel care are obligaţia să înfrunte pericolul acţionează în stare de necesitate când valorile sacrificate sunt mai puţin preţioase decât viaţa sa.

3. Concluzii

Fapta săvârşită în stare de necesitate nu este infracţiune, nu are caracter ilicit, devine permisă de ordinea de drept şi înlătură orice posibilitate de a atrage răspunderea penală. Starea de necesitate, însă, nu are drept consecinţă şi înlăturarea răspunderii civile, căci de cele mai multe ori prejudiciul este adus unui terţ care nu are nicio legătură cu pericolul. Cel obligat la despăgubiri va fi cel în favoarea căruia s-a intervenit, fie că el însuşi a desfăşurat activitatea de salvare, fie că aceasta a fost desfăşurată de un terţ.

Repararea prejudiciului cauzat prin fapta săvârşită în stare de necesitate poate reveni persoanei salvate când ivirea pericolului ce a generat starea de necesitate se datorează unui eveniment (cutremur, inundaţie etc.). Când pericolul s-a produs prin fapta persoanei vătămate, atunci este înlăturată şi răspunderea civilă.

[1] F. Streteanu, R. Moroşanu, *Instituţii şi infracţiuni în Noul Cod penal*, Manual pentru uzul formatorilor SNG, Bucureşti, 2010, p. 69.

Bibliografie

1. G. Antoniu, *Cauzele justificative*, în G. Antoniu (coordonator), C. Bulai, C. Duvac, I. Griga, Gh. Ivan, C. Mitrache, I. Molnar, I. Pascu, V. Paşca, O. Predescu, *Explicaţii preliminare ale noului Cod penal,* vol. I, Editura Universul Juridic, Bucureşti, 2010.

2. I. Pascu, *Cauzele justificative*, în I. Pascu (coordonator), V. Dobrinoiu, T. Dima, M. A. Hotca, C. Păun, I. Chiş, M. Gorunescu, M. Dobrinoiu, *Noul Cod penal comentat. Partea generală*, vol. I, Editura Universul Juridic, Bucureşti, 2012.

3. D. Morega, Valorile sociale care pot fi salvate în condiţiile stării de necesitate conform Codului penal român, Revista „Legea şi viaţa", nr. 5, Chişinău, 2011.

4. C. Bulai, Manual de drept penal. Partea generală, Editura All, Bucureşti, 1997.

5. I. Crânguş, A. Niţu, I Dragomir, *Drept penal - partea generală*, Editura M.A.I., Bucureşti, 2006.

6. T. Pop, *Drept penal comparat. Partea generală*, vol. II, Institutul de arte grafice „Ardealul", Cluj, 1923.

7. C. Bulai, B. N. Bulai, *Manual de drept penal, partea generală*, Editura Universul Juridic, Bucureşti, 2007.

8. F. Streteanu, R. Moroşanu, *Instituţii şi infracţiuni în Noul Cod penal*, Manual pentru uzul formatorilor SNG, Bucureşti, 2010.

Consideraţii privind expertiza criminalistică judiciară în contextul prevederilor noului Cod de procedură penală

Ionel ***NECULA***[*]
Cristina ***PETCU***[**]

Abstract: *În contextul cadrului legislativ actual, motivat de aplicarea prevederilor noului Cod de procedură penală, problematica dispunerii şi efectuării expertizei criminalistice judiciare are evident o nouă abordare în practica expertului criminalist autorizat. Prin îmbinarea datelor ştiinţei criminalisticii cu cele ale dreptului procesual penal, expertiza criminalistică judiciară contribuie la înfăptuirea obiectivului primordial al procesului penal, aflarea adevărului.*

Expertiza criminalistică judiciară reprezintă actul procesual prin care se efectuează o cercetare ştiinţifică a probelor materiale destinată identificării persoanelor, obiectelor, substanţelor, fenomenelor sau evenimentelor, stabilirii anumitor proprietăţi, modificări de formă, aspect, conţinut ori structură, precum şi a mecanismului producerii acestora.

Elementele de noutate sunt prezentate în raport cu cadrul legislativ ce reglementează activitatea expertului criminalist autorizat desfăşurată în cadrul instituţiilor publice de specialitate, dar şi anumite aspecte de natură legislativă încă nefinalizate, gen dispoziţiile secundare la Legea nr. 156/2011 privind normele de reglementare a sistemului de expertize judiciare în România.

Domeniile de expertiză criminalistică judiciară sunt susţinute de trendul pozitiv al rezultatelor cercetării ştiinţifice, materializate în metode şi mijloacelor tehnice noi de investigare criminalistică a locului faptei, ce oferă calitate cercetării la faţa locului, izvor de probe ştiinţifice, precum şi în apariţia de echipamente şi software dedicate examinării/analizării probelor în laboratoarele de expertiză criminalistică, un domeniu nou, cel al expertizei genetice judiciare, fiind reglementat în actualul Cod de procedură penală.

Comunicarea analizează şi problematica asigurării calităţii rapoartelor de expertiză criminalistică efectuate în laboratoare de expertiză criminalistică acreditate conform standardului SR EN ISO/ CEI 17025:2005, transpunerea în legislaţia naţională a prevederilor Deciziei – Cadru 2009/905/JAI a Consiliului privind acreditarea furnizorilor de servicii de expertiză criminalistică, precum şi modul în care instituţii publice de specialitate din România promovează şi aplică documentul strategic „Criminalistica Europeană în 2020" elaborate de European Network of Forensic Science Institutes - ENFSI.

Cuvinte cheie: *Cod de Procedură Penală, Sistem instituţional, Expertiză criminalistică, Managementul calităţii, Acorduri internaţionale.*

---

[*] Drd., Universitatea„Titu Maiorescu" din Bucureşti, expert criminalist autorizat în Institutul Naţional de Criminalistică din cadrul Poliţiei Române.

[**] Specialist criminalist în Institutul Naţional de Criminalistică din cadrul Poliţiei Române.

1. Consideraţii privind evoluţia şi reglementarea expertizei criminalistice

Abordarea teoretică a expertizei ca mijloc de probă în procesul penal, cu accent pe expertiza criminalistică, precum şi a instituţiei expertului, implică o cercetare a modului de apariţie şi evoluţie al acestora în timp şi spaţiu.

Criminalistica, această ştiinţă judiciară cu caracter autonom şi unitar, care însumează un ansamblu de cunoştinţe despre metode, mijloace tehnice şi procedee tactice, destinate descoperirii, cercetării infracţiunilor, identificării persoanelor implicate în săvârşirea lor şi prevenirii faptelor antisociale, cum o denumeşte prof.univ.dr. Emilian Stancu, cunoaşte o evoluţie continuă graţie tehnologiilor IT avansate şi contribuie remarcabil la înfăptuirea justiţiei în România.

„Ştiinţă contra crimei" sau„ arta şi tehnica investigaţiei penale", cum o denumea Jean Nepote secretarul general al O.I.P.C.-INTERPOL ori„ştiinţa forensic" concept uzitat la nivel mondial, Criminalistica evidenţiază interferenţa tehnicii criminalisticii cu investigaţia penală în scopul aflării adevărului, verificării şi clarificării unor date necesare, descoperirii infracţiunilor, identificării autorilor şi administrării probelor în sistemul judiciar românesc.

În România, anul acesta sărbătorim 100 de ani de expertiză criminalistică dactiloscopică, unul din mijloacele de probă în procesul penal, care contribuie la aflarea adevărului şi la justa soluţionare a cauzei pentru înfăptuirea actului de justiţie.

Premiza identificării dactiloscopice a persoanelor în sistemul judiciar românesc se poziţionează în anul 1914, după Conferinţa poliţiilor din întreaga lume de la Paris, când România şi Franţa, au decis înlocuirea sistemului de identificare antropometric cu cel dactiloscopic pe baza amprentelor papilare, graţie cercetărilor realizate de prof. dr. Nicolae Minovici care„a identificat în anul 1896 autorul unui furt dintr-o tipografie pe baza unei urme digitale lăsată pe o bucată de hârtie dintr-o condică, de unde autorul sustrăsese o sumă de bani" dar mai ales prin faptul că Nicolae Episcopescu, şeful Serviciului de identitate şi fotografie din Poliţia Capitalei, prezenta în justiţie prima expertiză dactiloscopică, în cazul unui furt comis în Bucureşti, în perioada 27-31 august 1914.

Cercetarea ştiinţifică şi aplicarea în sistemul judiciar a tehnicii criminalistice, au cunoscut un trend ascendent după anul 1970, când a luat fiinţă Institutul de Criminalistică al Poliţiei Române condus timp de 10 ani (1976-1985), de un titan al criminalisticii româneşti, dr. Ion Anghelescu, sub coordonarea căruia a fost publicată monumentala lucrare „Tratat practic de criminalistică" în 5 volume, abordând printre principalele domenii şi pe cel al identificării persoanelor şi cadavrelor cu identitate necunoscută. În perioada anilor 1976-1980 România era apreciată ca a treia ţară la nivel mondial din punct de vedere al stadiului avansat în clasificarea şi codificarea dactiloscopică decadactilară şi monodactilară.

Astăzi, este evidentă importanţa crescândă acordată ştiinţei criminalistice şi preocupările specialiştilor criminalişti din România pentru modernizarea şi optimizarea activităţilor de poliţie ştiinţifică, care vizează atât dezvoltări operaţionale - precum implementarea standardelor şi manualelor de bune practici în procesul de euroconformizare, dar şi dezvoltări funcţionale - precum extinderea capabilităţii de analiză şi expertiză prin înfiinţarea de noi laboratoare şi achiziţionarea de noi echipamente de ultimă generaţie, care să permită o paletă mai largă de abordare a

urmelor şi mijloacelor materiale de probă în vederea creşterii probatoriului ştiinţific în procesul judiciar, dar şi menţinerea competenţei profesionale.

Institutul Naţional de Criminalistică din cadrul Poliţiei Române instituţie de prestigiu la nivel naţional şi internaţional, efectuează expertiza criminalistică la un înalt nivel ştiinţific, experţii beneficiind de aportul tehnologiei IT avansate şi de o pregătire continuă la nivel internaţional.

În ultimii ani acreditarea laboratoarele de expertiză criminalistică cunoaşte un trend ascendent, fapt ce asigură capabilitatea, credibilitatea, validarea metodelor de lucru şi recunoaşterea acestora în procesul judiciar de către instanţele de judecată naţionale şi internaţionale.

În legislaţia naţională, expertiza criminalistică este reglementată în:

❖ Codul de procedură penală (2014), expertiza este reglementată Titlul IV, Capitolul VII Expertiza și constatarea art.172-191. Astfel, art.172 alin.(1) prevede,,Efectuarea unei expertize se dispune când pentru constatarea, clarificarea sau evaluarea unor fapte sau împrejurări ce prezintă importanţă pentru aflarea adevărului în cauză este necesară şi opinia unui expert, iar raportul de expertiză este menţionat în art.97 C.pr.p. alin.(2), lit. e**).**

❖ Ordonanţa Guvernului nr. 75/24.08.2000 privind organizarea activităţii de expertiză criminalistică, modificată prin Legea nr. 156/2011 care prevede că „Expertizele criminalistice judiciare se efectuează de experţi criminalişti autorizaţi care îşi desfăşoară activitatea în cadrul institutelor publice sau în cadrul laboratoarelor publice ori private de specialitate, constituite conform dispoziţiilor legale.”

❖ Legea nr. 218/2002 privind organizarea şi funcţionarea Poliţiei Române,publicată în Monitorul Oficial nr. 305 din 9 mai 2002, în art. 26 pct. 15„efectuarea, prin laboratoarele şi specialiştii proprii acreditaţi, expertize criminalistice şi constatări tehnico-ştiinţifice, dispuse în condiţiile legii”.

❖ Legea nr. 255/2013 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 135/2010 privind Codul de procedura penală,care în art. 52 precizează că Legea nr. 218/2002 privind organizarea şi funcţionarea Poliției Române, se modifică și completează la art. 26 alineatul(1) punctul 15 „foloseşte metode şi mijloace tehnico-ştiinţifice în cercetarea locului faptei şi la examinarea probelor şi a mijloacelor materiale de probă, efectuând constatări şi expertize criminalistice, prin specialişti şi experți proprii acreditați, precum si rapoarte criminalistice de constatare, rapoarte de interpretare a urmelor sau de evaluare a comportamentului infracțional sau a personalităţii criminale”;

❖ Hotărârea Guvernului României nr. 368 din 3 iulie 1998 privind înfiinţarea Institutului Naţional de Expertize Criminalistice - INEC, cu modificările ulterioare.

❖Legea nr. 247/2005*,* conform art. IX-2 şi X-2 din Titlul XVI Direcţia Naţională Anticorupţie şi DIICOT-ul pot apela la experţi privaţi din ţară sau străinătate: „(4) Constatările tehnico-ştiinţifice şi expertizele pot fi efectuate şi de alţi specialişti sau experţi din instituţii publice sau private române sau străine, organizate potrivit legii, precum şi de specialişti sau experţi individuali autorizaţi sau recunoscuţi, potrivit legii.

Potrivit noului C.pr.pen. art 172 alin.(1) „Expertiza se dispune la cerere sau din oficiu, de către organul de urmărire penală, prin ordonanță motivată, iar în cursul judecății se dispune de către instanță, prin încheiere motivată, când pentru constatarea, clarificarea sau evaluarea unor fapte sau împrejurări ce prezintă importanță pentru aflarea adevărului în cauză este necesară și opinia unui expert. Acelaşi articol, alin. (4) prevede că expertiza „se efectuează de către experţi oficiali din laboratoare sau instituţii

de specialitate ori de experţi independenţi autorizaţi din ţară sau din străinătate, în condiţiile legii".

Expertizele criminalistice sunt dispuse a fi efectuate de regulă la:

I. Institutul Naţional de Criminalistică din cadrul Poliţiei Române, acreditat prin Certificatul de Acreditare nr. LI459/ 18.12.2006 de către organismul naţional de acreditare RENAR conform standardului ISO 17025:2005 şi afiliat la European Network of Forensic Science Institutes (ENFSI, 2005).

II. Institutul Naţional de Expertize Criminalistice[1](INEC), instituţie publică cu personalitate juridică aflată în subordinea Ministerului Justiţiei, afiliată în 2001 la Reţeaua Europeană a Institutelor de Ştiinţe Legale şi acreditată conform standardului ISO/CEI 17025:2005.

III. Laboratoare publice şi private de expertiză criminalistică.

Domeniile de expertiză criminalistică judiciară sunt susţinute de trendul pozitiv al rezultatelor cercetării ştiinţifice, materializate în metode şi mijloacelor tehnice noi de investigare criminalistică a locului faptei, care oferă calitate cercetării la faţa locului izvor de probe ştiinţifice, precum şi în apariţia de echipamente şi software dedicate examinării/analizării probelor în laboratoarele de expertiză criminalistică

Potrivit art. 2 alin. (2) din Ordonanţa nr. 75/2000, modificată prin Legea nr. 156/2011, expertiza criminalistică este structurată în următoarele domenii:

1. expertiza grafică şi tehnică a documentelor;
2. expertiza dactiloscopică a urmelor palmare şi plantare;
3. expertiza traseologică a urmelor lăsate de fiinţe şi obiecte;
4. expertiza balistică a armelor şi a muniţiilor;
5. expertiza fizico-chimică a probelor materiale;
6. expertiza criminalistică în accidentele de trafic terestru;
7. expertiza criminalistică în accidentele de trafic aerian;
8. expertiza criminalistică în accidentele de trafic fluvial şi maritim;
9. expertiza criminalistică în explozii şi incendii;
10. expertiza a vocii şi vorbirii;
11. expertiza a imaginilor;
12. expertiza biologică;
13. expertiza genetică judiciară;
14. expertiza aplicaţiilor şi datelor informatice;
15. expertiza pentru detecţia comportamentului simulat (poligraf);
16. expertiza drogurilor şi a stupefiantelor.

Potrivit Ordonanţei nr.75 din 2000, cei 1011 experţi criminalişti autorizaţi (dintre care 251 experţi dactiloscopi autorizaţi) sunt menţionaţi în Tabelul nominal publicat în Monitorul Oficial al României, Partea a IV-a, constituit la Ministerul Justiţiei şi publicat pe pagina de internet a acestei instituţii.

În prezent, prin Ordinul Ministerului Muncii nr. 150/2013 şi Ordinul Institutului Naţional de Statistică nr. 132/2013 publicate în Monitorul Oficial nr. 78/6 februarie 2013 în Lista ocupaţiilor practicate în cadrul economiei naţionale din România la codul 341102 este menţionată ocupaţia expert criminalist.

La nivel naţional, Strategia de dezvoltare a justiţiei ca serviciu public, elaborată de Ministerul Justiţiei pentru perioada 2010- 2014 la capitolul 5, pct. 7,, Modernizarea statutului unor profesii juridice ori conexe sistemului justiţiei prevede ca măsuri

[1] http://www.inec.ro.

imediate,,creşterea numărului de experţi judiciari, reformarea profesiei de expert criminalist, eliminarea monopolului statului asupra activităţii de expertiză criminalistică.

La nivel european, Comisia Europeană pentru Eficienţa Justiţiei, organism înfiinţat de către Consiliul de Miniştri al Consiliului Europei în septembrie 2002, în scopul evaluării eficienţei sistemelor judiciare, a elaborat în anul 2012 pe baza datelor furnizate de statele membre UE în 2010, un document referitor la,,Sistemele judiciare europene, eficienţa şi calitatea justiţiei"[1].

Din statisticile oficiale ale acestei instituţii rezultă că în România în anul 2010, numărul experţilor judiciari raportat la numărul de judecători era de 1,1%.

La nivelul Poliţiei Române, activitatea de expertiză criminalistică este organizată în baza Legii nr. 218/2002 privind organizarea şi funcţionarea Poliţiei Române şi a Dispoziţiei IGPR nr. 131 din 28.12.2012, existând în acest sens şi un Cod de conduită al expertului, specialistului şi tehnicianului criminalist elaborat de Institutul Naţional de Criminalistică.

Expertul criminalist autorizat este,,angajatul Poliţiei Române în cadrul structurilor criminalistice şi al laboratoarelor de analiză a drogurilor şi stupefiantelor căruia îi sunt recunoscute calificarea şi competenţele profesionale ca urmare a promovării unui examen organizat conform prezentei dispoziţii".

Legiuitorul a introdus reglementări noi în Noul C.pr.pen. în art. 195. „Fotografierea şi luarea amprentelor suspectului, inculpatului sau ale altor persoane" alin. (1) Organele de urmărire penală pot dispune fotografierea şi luarea amprentelor suspectului, inculpatului, sau ale altor persoane, chiar şi în lipsa consimţământului acestora; alin. (3) Dacă este necesară identificarea amprentelor ce au fost găsite pe anumite obiecte, organele de urmărire penală pot dispune luarea amprentelor persoanelor despre care se presupune că au intrat în contact cu acele obiecte. Această reglementare susţine procedura de obţinere a amprentelor papilare model de comparaţie necesare în expertiza criminalistică dactiloscopică.

Astfel, impresiunile papilare digitale, palmare şi plantare sunt prelevate persoanelor suspecte sau arestate, persoanelor cu identitate necunoscută şi cadavrelor cu identitate necunoscută. Impresiunile papilare sunt prelevate prin amprentarea clasică (cu tuş negru tipografic) sau prin amprentarea cu echipamente electronice (LSS).

Activitatea Laboratorului de expertiză criminalistică dactiloscopică este acreditată - conform prevederilor standardului internaţional SR EN ISO/IEC 17025:2005 aplicabil în acreditarea laboratoarelor criminalistice şi procedurată prin următoarele documente:

- Procedura specifică de lucru pentru examinarea urmelor şi impresiunilor papilare (cod PSL 02-01);
- Instrucţiunea de Lucru privind Procesul identificării dactiloscopice (ACE-V) şi Procedura Opiniilor Diferite (POD) (cod IL 02-12);
- Instrucţiunea de Lucru privind utilizarea sistemului AFIS şi funcţionarea cartotecilor dactiloscopice (cod IL 02-01);
- Instrucţiunea de Lucru privind autoclasificarea urmelor şi impresiunilor papilare şi codificarea detaliilor acestora în sistemul AFIS, cod IL 02-02;
- Manualul de Bune Practici al Grupului de lucru Dactiloscopie (ENFSI);
- Metodologia identificării dactiloscopice (INTERPOL);

[1]http:// www.coe.int/cepej.

- Manualul calităţii laboratoarelor de expertiză criminalistică (Institutului Naţional de Criminalistică).

Mijloacele tehnice utilizate la nivelul laboratorului criminalistic de dactiloscopie înregistrează o evoluţie continuă, de la examinarea clasică cu lupa dactiloscopică şi amprentarea cu tuş tipografic, astăzi asistăm la nivel european la examinări automate între sistemele AFIS ale statelor membre.

Recent, Institutul Naţional de Criminalistică a achiziţionat prin intermediul proiectelor finanţate cu fonduri europene:

- sistemul de captură şi îmbunătăţire a imaginii urmelor papilare (DCS-4 Latent Fingerprint Enhancement) ce include un software specializat, o cameră foto digitală Nikon D800, un sistem de filtre şi un sistem de iluminare cu lungime de undă variabilă (405, 445, 470, 500, 535, 590 şi 625nm) folosind tehnologia LED, compatibil cu programul dedicat ADOBE PHOTOSHOP CS4, extrem de util în captarea şi prelucrarea urmelor papilare în vederea examinării;
- microscopul comparator Leica FSM pentru examinarea microscopică a urmelor papilare la nivelul aliniamentului şi formei marginilor crestelor reliefului papilar, precum şi forma, numărul şi poziţia relativă a porilor pe o unitate de măsură;
- 8 staţii de amprentare electronică LSS Morpho destinate preluării impresiunilor papilare.

În expertiza criminalistică dactiloscopică a urmelor palmare şi plantare este esenţial ca expertul să aplice procesul identificării dactiloscopice (ACE-V) - reper teoretic şi practic al emiterii unei concluzii de identificare sau de excludere a sursei comune de origine. Referitor la cantitatea minimă de probă, pentru stabilirea unei identificări (sursă comună de origine) sunt necesare cel puţin 12 detalii dactiloscopice macroscopice care să provină din cel puţin 4 categorii diferite, coincidente ca dimensiune, formă şi plasament, cerinţă dublată de absenţa oricărui detaliu negative, precum şi de calitatea obiectivă a detaliilor care compun un profil papilar de a fi unice şi fixe.

Referitor la conţinutul raportului de expertiză, art. 178 alin. (4) din noul C.pr.pen prevede cele trei părţi: introductivă, expozitivă(prin care sunt descrise operaţiile de efectuare a expertizei, metodele, programele şi echipamentele utilizate) şi concluziile. În expertiza criminalistică dactiloscopică, de exemplu, concluziile sunt certe (pozitive/negative) şi de imposibilitate, iar prin modul de formulare trebuie să fie scurte, clare, precise, fără echivoc, direct la obiect şi să răspundă la întrebările puse în documentul de dispunere.

Cu privire la concluzia de probabilitate în expertiza dactiloscopică, Asociaţia Internaţională de Identificare (IAI- International Association for Identification) şi-a exprimat poziţia oficială la cea de-a 95-a Conferinţă Educaţională Internaţională prin Rezoluţia nr. 18 din 16 iulie 2010, pe baza progresului ştiinţei şi a cercetării ştiinţifice „orice membru, ofiţer sau examinator dactiloscop certificat, care iniţiază sau exprimă rapoarte scrise sau orale sau mărturii referitoare la identificări dactiloscopice posibile sau probabile sau care, atunci când într-o procedură judiciară îi este cerut să asigure asemenea rapoarte sau mărturii, nu îl autorizează să declare că amprenta în discuţie ar putea fi a altcuiva, ar trebui să fie considerat că este angrenat într-o conduită improprie unui membru".

În actualul C.pr.p o reglementare de noutate vizează în art. 191 C pr.p,, Expertiza genetică judiciară" cu privire la probele biologice recoltate de la persoane sau orice alte probe ce au fost găsite ori ridicate.

Expertiza genetică judiciară se efectuează în cadrul instituţiilor medico-legale, al unei instituţii ori unui laborator de specialitate sau oricărei alte instituţii de specialitate certificate şi acreditate în acest tip de analize. Probele biologice recoltate cu ocazia examinărilor corporale pot fi folosite la identificarea profilului genetic judiciar. Datele obţinute ca urmare a expertizei genetice judiciare constituie date personale şi sunt protejate conform legii.

În cursul procesului penal potrivit art. 175 C pr.p „Drepturile şi obligaţiile expertului", expertul are dreptul:

- să ia la cunoştinţă de materialul dosarului necesar pentru efectuarea expertizei;
- să refuze efectuarea expertizei pentru aceleaşi motive pentru care martorul poate refuza depunerea mărturiei;
- să solicite lămuriri organului judiciar care a dispus efectuarea expertizei cu privire la anumite fapte sau împrejurări ale cauzei ce trebuie evaluate;
- să solicite lămuriri părţilor sau subiecţilor procesuali principali, cu încuviinţarea şi în condiţiile stabilite de organele judiciare;
- la onorariu pentru activitatea depusă în vederea efectuării expertizei;
- la de măsuri de protecţie (condiţiile din art125 C pr.p.);

dar şi obligaţia de:

- prezentare în faţa organului de urmărire penală sau instanţei de judecată ori de câte ori este chemat;
- de întocmire a raportului de expertiză cu respectarea termenului-limită stabilit în ordonanţa motivată a organului de urmărire penală ori încheierea motivate a instanţei. Termenul poate fi prelungit, la cererea expertului pentru motive întemeiate, fără ca prelungirea totală acordată să fie mai mare de 6 luni.

În art. 283 C.pr.p.„Abateri judiciare", este reglementată sancţionarea cu amendă judiciară de la 500 lei la 5.000 lei a unor abateri judiciare săvârşite în cursul procesului penal de către expertul desemnat de organul judiciar în condiţiile legii (tergiversarea nejustificată a îndeplinirii sarcinilor primite, neefectuarea la timp a expertizei sau împiedicarea de către orice persoană a efectuării expertizei în condiţiile legii, lipsa nejustificată la solicitarea organului de urmărire penală sau instanţei de judecată, manifestări ireverenţioase ale expertului faţă de judecător sau procuror).

Un obiectiv important în perioada următoare este dedicat implementării la nivel naţional a măsurilor Programului-cadru multianual „Orizont 2020" elaborat de E.N.F.S.I. adoptat la finele anului 2011 de Consiliul Uniunii Europene privind „Criminalistica Europeană în 2020" şi organizarea şi dezvoltarea infrastructurii criminalistice în Europa.

Documentul subliniază „necesitatea de definire a standardelor în domeniul ştiinţei criminalistice, importanţa standardelor de calitate şi nevoia de a introduce şi de a implementa standarde comune pentru furnizorii de servicii criminalistice", precum şi intenţia de a crea, în Uniunea Europeană, până în anul 2020, „Zona Criminalistică Europeană" în care autorităţile de aplicare a legii din toate statele membre să lucreze conform unei abordări comune, standardizată, care să crească strânsa cooperare dintre autorităţile poliţieneşti şi judecătoreşti.

La nivel european, statele membre implementează prevederile Deciziei – Cadru 2009/905/JAI a Consiliului European din 30 noiembrie 2009 prin care„statele membre UE vor acredita furnizorii de servicii de expertiză criminalistică care efectuează activităţi de laborator până la 30 noiembrie 2015".

În acelaşi context, a fost emisă Decizia – Cadru 2009/905/JAI a Consiliului din 30 noiembrie 2009 privind acreditarea furnizorilor de servicii de expertiză criminalistică care efectuează activităţi de laborator.

La nivel național prevederile din Decizia-Cadru 2009/905/JAI s-au transpus în legislaţia naţională prin OG nr. 10 din 25 iulie 2012 privind căutările automatizate ale datelor de referinţa în relaţia cu statele membre ale Uniunii Europene si asigurarea recunoaşterii activităţilor de laborator referitoare la datele dactiloscopice (publicată în M.O. nr. 536 din 1 august 2012, aprobată prin Legea nr. 22 din 4 martie 2013).

Început în 2006, procesul de acreditare a activității laboratoarelor de expertiză criminalistică din Institutul Naţional de Criminalistică este în fază finală la nivelul laboratoarelor criminalistice teritoriale, care anual efectuează peste 25.000 expertize criminalistice în care sunt analizate peste 500.000 probe.

Pregătirea profesională a experţilor este un element esențial în activitatea de efectuare a expertizei criminalistice, în acest sens Institutul Naţional de Criminalistică participând activ la întâlnirile grupurilor de lucru ale ENFSI şi OIPC-INTERPOL şi derulează două proiecte europene cu componentă de training în domeniu.

Experţii criminalişti participă activ la întâlnirile grupurilor de lucru ale ENFSI şi OIPC-INTERPOL precum şi la derularea a două proiecte europene:

a) Proiectul„Respectarea reglementărilor UE în ceea ce priveşte schimbul automat de date dactiloscopice şi sistemul de management al calităţii în combaterea terorismului şi a criminalităţii transfrontaliere în Europa” derulat în perioada 2012-2014, şi vizează:

- achiziţia de echipamente IT şi software pentru laboratoarele de expertiză criminalistică;
- cursuri de specialitate pentru 121 specialişti şi experţi criminalişti.

b**)** Proiectul ISEC 2011„Consolidarea Securităţii şi Justiţiei în Uniunea Europeană prin implementarea instrumentelor Prum şi Aplicarea Standardelor Internaţionale de Calitate în activitatea criminalistică” derulat în perioada 2013-2015, și vizează pregătirea a 280 specialişti şi experţi criminalişti, beneficiind de experienţa unor reputaţi lectori naţionali și internaţionali.

Concluzii

I. În vederea susținerii procesului de reformă a cadrului legislativ referitor la instituţia expertizei criminalistice judiciare şi a expertului criminalist în România, precum şi a funcţionării laboratoarelor publice ori private de specialitate, Institutele naționale de expertiză criminalistică din cadrul Ministerului Justiției și Ministerului Afacerilor Interne, precum și Asociațiile profesionale ale experților criminaliști ar trebui să elaboreze un proiect de act normativ privind modificarea și completarea Legii nr. 156/2011 pentru modificarea si completarea OG nr. 75/2000 privind organizarea activității de expertiză criminalistică, astfel încât, Tabelul nominal cu experții criminaliști autorizați, gestionat de către Ministerul Justiției să devină un instrument eficient pentru participanții în procesul penal, care să poată alege un expert oficial sau un expert independent autorizat.

În opinia personală, rezultat și din practica judiciară apreciem necesar următoarele:

A) Tabelul nominal cu experții criminaliști autorizați trebuie să fie:

1. restructurat prin detalierea statusului profesional pentru fiecare expert criminalist autorizat înregistrat în acest Tabel, în funcție de locul de desfășurare a activității de către expertul criminalist, sediul profesional al acestuia, domeniul și pregătirea de

specialitate, vechimea în profesie, date de contact eficiente (nr. telefon e-mail, site Web etc.) eventual menţiuni speciale „Cu drept de exercitare”„ Fără drept de exercitare” ori„ Suspendat”.

2. actualizat continuu, în funcţie de solicitările de includere a noilor experţi criminalişti autorizaţi sau de scoatere a celor care au pierdut această calitate ori au decedat.

B) Intensificarea activităţii Grupului de lucru interministerial MJ- MAI în privinţa procesului de elaborare şi implementare a legislaţiei secundare prevăzută de Legea nr. 156/2011;

C) Iniţierea şi promovarea unui proiect de lege privind exercitarea profesiei de expert criminalist privat, înfiinţarea, organizarea şi funcţionarea Colegiului Experţilor Criminalişti din România, domeniu nereglementat de Legea nr. 156/2011.

D) În contextual aplicării noilor prevederi al Codului Procesual Penal, din practica judiciară se prefigurează deja necesitatea unui proiect de lege privind modificarea şi completarea actualului Cod Procesual Penal, printre care şi completarea prevederilor art. 196 cu un text normativ de„sancţionare în condiţiile legii, cu amenda judiciară, a persoanei împotriva căreia s-a dispus măsura fotografierii sau amprentării şi aceasta refuză prelevarea amprentelor sau fotografierea”.

II. Aplicarea metodelor şi tehnicilor moderne în laboratoarele de expertiză criminalistica românească evidenţiază importanţa acordată criminalisticii ca ştiinţă, de către specialiştii şi experţii criminalişti din România prin modernizarea şi optimizarea activităţilor ştiinţifice.

III. Implementarea standardelor şi manualelor de bune practici în activitatea structurilor de criminalistică ***marchează creşterea capabilităţii, credibilităţii şi validităţii activităţii de expertiză criminalistică în sistemul judiciar românesc şi cel comunitar.***

IV. Bazele de date criminalistice, contribuie la asigurarea ordinii, siguranţei publice şi securitatea naţională, iar prin schimbul automatizat de date cu statele membre din spaţiul Uniunii Europene asigură participarea României alături de celelalte state la cooperarea poliţienească internaţională în privinţa combaterii fenomenului infracţional transfrontalier şi capacitatea tehnică de intervenţie în cazul evenimentelor deosebite soldate cu victime omeneşti.

V. Posibilităţile şi limitele metodelor şi mijloacelor tehnice aplicate în laboratoarele de expertiză criminalistică trebuie cunoscute prin intermediul manifestărilor ştiinţifice de acest gen,contribuind astfel la dezvoltarea şcolii româneşti de criminalistică şi susţinerea procesului de pregătire a studenţilor, masteranzilor şi chiar a magistraţilor din sistemului judiciar românesc.

Bibliografie

A. Acte normative

1. Codul de procedură penală al României;
2. Legea nr. 218/2002 privind organizarea şi funcţionarea Poliţiei Române;
3. Legea nr. 135/2010 privind Noul Cod de procedură penală, publicat în Monitorul Oficial al României, partea I, nr. 486 din 15 iulie 2010;
4. Legea nr. 156/2011 pentru modificarea si completarea art. 1 din OG nr. 75/2000 privind autorizarea experţilor criminalişti, publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 519 din 22 iulie 2011;

5. Legea nr. 22 din 4 martie 2013 privind aprobarea OG nr. 10 din 25 iulie 2012;
6. Ordonanţa Guvernului nr. 10 din 25 iulie 2012 prin care a fost creat cadrul legal necesar căutării automatizate a datelor de referinţă în relaţia cu statele membre ale Uniunii Europene şi asigurată recunoaşterea activităţilor de laborator referitoare la datele dactiloscopice;
7. Decizia Cadru nr. 2009/905/JAI a Consiliului privind acreditarea furnizorilor de servicii de expertiză criminalistică;
8. Decizia Cadru nr. 2008/615/JAI a Consiliului UE privind intensificarea cooperării transfrontaliere, în special în domeniul combaterii terorismului şi a criminalităţii transfrontaliere (Acordul politic-transpunerea conţinutului Tratatului de la PRUM);
9. Decizia Consiliului UE 2009/315/JAI referitoare la schimbul de amprente papilare la nivelul punctelor naţionale de contact privind cazierul judiciar;
10. Standardul SR EN ISO/CEI 17025/2005 „Cerinţe generale referitoare la competenţa necesară efectuării încercărilor şi/sau etalonărilor, inclusiv eşantionarea;
11. Codul deontologic al expertului, specialistului şi tehnicianului criminalist.

B. Lucrări de autor

1. Constantin R., Drăghici P., Ioniţă M., Expertizele mijloc de probă în procesul penal, Editura Tehnică, Bucureşti, 2000;
2. Mrejeru T., Mrejeru B., Probele în procesul penal – Aspecte teoretice & Jurisprudenţă în materie, Ediţia a II-a, revizuită, Editura NOMINA LEX, Bucureşti, 2010;
3. Popa G., Criminalistica, Ed. Biblioteca, Târgovişte, 2004;
4. Văduva N. s.a., Expertizele, constatările tehnico-ştiinţifice şi medico-legale, mijloace de probă în procesul penal, Ed. Terathopius Craiova, 2002.

C. Publicaţii

1. Dicţionar Român de Criminalistică, Asociaţia Criminaliştilor din România, Tipografia Triumph, 2012;
2. Revista „Criminalistica" – Editura Little Star, Bucureşti - Revistă editată de Asociaţia Criminaliştilor din România..
3. Comisia Europeană pentru Eficienţa Justiţiei, „Sistemele judiciare europene, eficienţa și calitatea justiţiei,2012.

D. Site-uri:

1.http://www.coe.int/cepej.
2.http://www.enfsi.eu;
3.http://www.eur-lex.europa.eu;
4..http://www.inec.ro;
5. http://www.just.ro;
6. http://www.renar.ro;

Excesul neimputabil

*Bogdan **VÎRJAN***[*]

Rezumat: *În art. 26 din noul Cod penal este reglementat „Excesul neimputabil”. Textul de lege menționează două situații distincte. Astfel, în art. 26 alin. (1) întâlnim excesul neimputabil în cazul persoanei aflate în stare de legitimă apărare iar în art. 26 alin. (2) excesul neimputabil în cazul persoanei aflate în stare de necesitate.*

În concepția noului Cod penal excesul neimputabil, cu cele două forme ale sale, în cazul persoanei aflate în stare de legitimă apărare și în cazul persoanei aflate în stare de necesitate, este inclus în categoria cauzelor de neimputabilitate, instituție care nu se regăsea în vechiul Cod penal. Astfel, cele două situații pe care le întâlnim în art. 26 din noul Cod penal erau asimilate în vechiul Cod penal cu legitima apărare prevăzută în art. 44 alin. (3), respectiv starea de necesitate, prevăzută în art. 45 alin. (3). Se considera că efectul pe care îl produc cele două situații este același ca și în cazul legitimei apărări și a stării de necesitate: înlătură caracterul penal al faptei ca urmare a lipsei vinovăției.

Noul Cod penal include însă legitima apărare și starea de necesitate în categoria cauzelor justificative, care conferă faptei un caracter licit și prin urmare permis de lege, spre deosebire de fapta comisă în prezența excesului neimputabil, care nu mai are un caracter licit și prin urmare nu mai este justificată însă nu poate fi imputată persoanei care a săvârșit-o.

Cuvinte cheie: *cauză de neimputabilitate, excesul neimputabil, legitima apărare, starea de necesitate, proporționalitate.*

1. Câteva considerații privind noțiunea de cauze de neimputabilitate

Conform art. 23 alin. (1) din noul Cod penal „*nu constituie infracțiune fapta prevăzută de legea penală, dacă a fost comisă în condițiile vreuneia dintre cauzele de neimputabilitate*”. Prin acest articol sunt reglementate cauzele de neimputabilitate, instituţie care nu se regăsea în vechiul Cod penal.

Astfel, potrivit art. 15 din noul Cod penal, *„infracțiunea este fapta prevăzută de legea penală, săvârșită cu vinovăție, nejustificată și imputabilă persoanei care a săvârșit-o”*. În concepția noului Cod penal, imputabilitatea este una din trăsăturile esențiale ale infracțiunii. Se renunță la pericolul social ca trăsătură esențială a infracțiunii dar se mențin prevederea faptei în legea penală și săvârșirea faptei cu vinovăție, ca trăsături esențiale, fiind adăugate două trăsături esențiale noi: caracterul nejustificat și imputabilitatea faptei.

O faptă efectiv săvârșită este infracțiune doar dacă îndeplinește cumulativ cele patru trăsături esențiale prevăzute în art. 15 din noul Cod penal: prevederea în legea penală,

[*] Avocat asociat coordonator, Societate Civilă de Avocați Vîrjan & Asan, practician în insolvență, Cabinet Individual de Insolvență Vîrjan Bogdan, lector univ. dr., Universitatea Titu Maiorescu din București, Adresa: str. Drumul Potcoavei nr. 51 V, Voluntari, Ilfov, E-mail: bogdan.virjan@scva.ro; pagină web: www.scva.ro; tel.: 0723.156.161.

vinovăția, caracterul nejustificat și caracterul imputabil al faptei[1]. Trăsătura imputabilității este îndeplinită atunci când fapta poate fi imputată persoanei care a săvârșit-o. Nu este îndeplinită condiția imputabilității faptei și prin urmare nu ne aflăm în prezența unei infracțiuni atunci când fapta prevăzută de legea penală este săvârșită în prezența uneia din cauzele de neimputabilitate, astfel cum sunt acestea reglementate în art. 24 - 31 Cod penal.

Cauzele de neimputabilitate pot fi definite ca acele stări, situații sau împrejurări prevăzute de legea penală, în prezența cărora comiterea unei fapte prevăzută de legea penală nu poate fi reproșată persoanei care a săvârșit-o și prin urmare fapta respectivă, deși prevăzută în norma de incriminare, nu este considerată infracțiune. Bineînțeles că astfel de stări, situații sau împrejurări au caracter ieșit din comun, de excepție, deoarece în prezența lor nu este considerată infracțiune o faptă prevăzută de legea penală care îndeplinește celelalte trăsături esențiale ale unei infracțiuni (este prevăzută de legea penală, săvârșită cu vinovăție și nejustificată).

După cum s-a arătat în literatura de specialitate, imputabilitatea în sens larg presupune atât o imputare de fapt, adică stabilirea împrejurării că acea persoană a săvârșit fapta imputabilă și prin urmare că fapta îi aparține în materialitatea sa, cât și o imputare psihică, ce are în vedere stabilirea atitudinii psihice a făptuitorului față de fapta săvârșită și rezultatul acesteia[2].

Având în vedere această accepțiune largă ce poate fi atribuită noțiunii de imputabilitate, trebuie spus că în folosirea acestei noțiuni legiuitorul nu a avut în vedere stabilirea atât a imputabilității psihice cât și a celei de fapt. Astfel, în literatura de specialitate[3] se subliniază că restrângerea semnificației noțiunii de imputabilitate doar la imputabilitatea de fapt ar însemna în realitate ca noțiunea să aibă în vedere stabilirea legăturii de cauzalitate în cadrul elementelor laturii obiective a faptei, în cadrul analizei mai largi privind trăsătura esențială a prevederii faptei în legea penală. Or, imputabilitatea este prevăzută în art. 15 din noul Cod penal ca o trăsătură distinctă a infracțiunii, alături de prevederea faptei în legea penală. În același timp însă, dacă legiuitorul ar fi inclus în noțiunea de imputabilitate și atitudinea psihică a făptuitorului față de fapta săvârșită și rezultatul acesteia, alături de imputabilitatea de fapt, s-ar fi ajuns la situația în care conceptul de imputabilitate ar fi avut în vedere îndeplinirea de către fapta săvârșită a tuturor condițiilor prevăzute în norma de incriminare, atât în ceea ce privește latura obiectivă cât și în privința laturii subiective. Or, este indiscutabil că legiuitorul a văzut imputabilitatea ca o trăsătură esențială a infracțiunii, distinctă de prevederea în legea penală și de vinovăție.

În aceste condiții, concluzia care se impune este aceea că imputabilitatea este considerată o premisă a vinovăției, în accepțiunea acesteia din urmă de element esențial al laturii subiective a conținutului constitutiv al unei infracțiuni[4]. Prin urmare, o faptă nu poate fi imputată persoanei care a săvârșit-o atunci când fapta efectiv săvârșită în realitatea obiectivă nu poate fi atribuită persoanei care a executat-o sau care a participat

[1] A se vedea în acest sens George Antoniu, *Explicaţii preliminare ale noului Cod penal, Vol. I, Articolele 1-52*, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2010, p. 129.

[2] George Antoniu, Costică Bulai, *Dicționar de Drept penal și procedură penală,* Ed. Hamangiu, București, 2011, p. 118.

[3] Tudorel Toader, Maria-Ioana Michinici, Ruxandra Răducanu, Anda Crișu-Ciocîntă, Sebastian Rădulețu, Mihai Dunea, *Noul Cod penal. Comentarii pe articole,* Ed. Hamangiu, București, 2014, p. 66.

[4] Tudorel Toader ș.a., *op. cit.,* p. 66-67.

la executarea ei din punct de vedere al atitudinii psihice a făptuitorului față de fapta săvârșită și rezultatul acesteia.

Imputabilitatea se analizează prin raportare la persoană iar nu la faptă. Practic, o faptă este imputabilă unei persoane atunci când acestei persoane i se poate reproșa conduita aleasă, când persoana respectivă poate fi învinovățită de comiterea acelei fapte[1]. În sensul legii penale, prin imputabilitate se înțelege acea situație juridică în care se găsește o persoană căreia i se atribuie săvârșirea cu vinovăție a unei fapte prevăzute de legea penală[2].

După cum s-a reținut în literatura de specialitate[3], vinovăția este rezultatul interacțiunii a doi factori: intelectiv (conștiință) și volitiv (voință), adică presupune o atitudine conștientă, în sensul că făptuitorul are reprezentarea acțiunilor sau a inacțiunilor sale, a rezultatului acestora, care este periculos, și săvârșește cu voință aceste acțiuni sau inacțiuni, antrenând energia sa fizică pentru atingerea rezultatului dorit. Existența unei cauze de neimputabilitate este consecința directă a lipsei uneia din condițiile esențiale ale vinovăției sau chiar a ambelor condiții: factorul intelectiv, respectiv volitiv.

Cauzele de neimputabilitate au fost clasificate în doctrină în cauze generale de neimputabilitate și clauze speciale de neimputabilitate[4].

Cauzele generale de neimputabilitate sunt prevăzute în Codul penal Partea generală, acestea fiind: constrângerea fizică (art. 24), constrângerea morală (art. 25), excesul neimputabil (art. 26), minoritatea făptuitorului (art. 27), iresponsabilitatea (art. 28), intoxicația (art. 29), eroarea (art. 30) și cazul fortuit (art. 31). Cauzele generale pot fi incidente în cazul săvârșirii oricărei fapte prevăzute de legea penală.

Cauzele speciale de neimputabilitate sunt prevăzute în cazul anumitor infracțiuni, în Codul penal Partea specială, cum ar fi de exemplu art. 290 alin. (2) Cod penal (unde se arată că fapta prevăzută în alin. (1) nu constituie infracțiune atunci când făptuitorul a fost constrâns prin orice mijloace de către cel care a luat mita) sau art. 338 alin. (3) Cod penal. Prin urmare, aceste cauze speciale de neimputabilitate au incidență doar în cazul faptelor pentru care sunt prevăzute[5].

Cauzele de neimputabilitate se deosebesc de cauzele care înlătură răspunderea penală prin aceea că în prezența cauzelor de neimputabilitate fapta nu mai constituie infracțiune deoarece lipsește una din trăsăturile esențiale ale acesteia, în timp ce în prezența cauzelor care înlătură răspunderea penală fapta constituie infracțiune, fiind înlăturată doar răspunderea penală a făptuitorului.

De asemenea, cauzele de neimputabilitate nu trebuie confundate cu cauzele de nepedepsire, în prezența cărora fapta este infracțiune și atrage răspunderea penală dar legea scutește pe făptuitor de aplicarea unei sancțiuni penale [de exemplu, art. 34 alin. (1), care reglementează desistarea și împiedicarea producerii rezultatului în cazul

---

[1] George Antoniu (coordonator), *Explicații preliminare ale noului Cod penal. Vol. I, Articolele 1-52,* Ed. Universul Juridic, București, 2010, p. 219.

[2] George Antoniu, Costică Bulai, *op. cit.,* p. 425.

[3] Constantin Mitrache, Cristian Mitrache, *Drept penal român. Partea generală*, Ed. Universul Juridic, București, 2007, p. 107.

[4] Ilie Pascu, Vasile Dobrinoiu, Traian Dima, Mihai Adrian Hotca, Costică Păun, Ioan Chiș, Mirela Gorunescu, Maxim Dobrinoiu, *Noul Cod penal comentat, Vol. I, Partea generală*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 183.

[5] Ilie Pascu, Vasile Dobrinoiu, Traian Dima, Mihai Adrian Hotca, Costică Păun, Ioan Chiș, Mirela Gorunescu, Maxim Dobrinoiu, *op. cit.,* p. 183.

tentativei sau art. 273 alin. (3), care reglementează retragerea mărturiei mincinoase de către autor].

Excesul neimputabil este o cauză de neimputabilitate, având în vedere dispoziţiile art. 26 alin. (1) şi (2) Cod penal.

În noul Cod penal a fost preluată opinia[1] exprimată în doctrină conform căreia nu toate cauzele care înlătură caracterul penal al faptei, astfel cum erau acestea reglementate în art. 44-51 din vechiul Cod penal, sunt cauze care înlătură vinovăţia, deoarece unele din ele, mai precis legitima apărare şi starea de necesitate, înlătură caracterul ilicit al faptei, ceea ce determină ca în prezenţa unor astfel de cauze fapta să capete caracter licit. Aceasta înseamnă că în prezenţa unei cauze justificative (legitima apărare, starea de necesitate, exercitarea unui drept sau îndeplinirea unei obligaţii, consimţământul persoanei vătămate) nu ne mai interesează să analizăm existenţa sau nu a vinovăţiei deoarece fapta nu prezintă caracter ilicit.

Restul cauzelor care înlătură caracterul penal al faptei din vechea reglementare au fost grupate de noul Cod penal în categoria cauzelor de neimputabilitate, acestea fiind considerate cauze care înlătură vinovăţia, dar fără a înlătura caracterul ilicit al faptei.

În art. 23 alin. (2) din noul Cod penal se arată că „efectul cauzelor de neimputabilitate nu se extinde şi asupra participanţilor, cu excepţia cazului fortuit", prin urmare efectele acestor cauze operează *in personam*, cu excepţia cazului fortuit, când efectele operează *in rem*, extinzându-se şi asupra coautorilor, instigatorilor sau complicilor.

2. Analiza art. 26 din noul Cod penal care reglementează excesul neimputabil

Potrivit art. 26 alin. (1) Cod penal, „*nu este imputabilă fapta prevăzută de legea penală săvârşită de persoana aflată în stare de legitimă apărare, care a depăşit, din cauza tulburării sau temerii, limitele unei apărări proporţionale cu gravitatea atacului.*"

Potrivit art. 26 alin. (2) Cod penal, „*nu este imputabilă fapta prevăzută de legea penală săvârşită de persoana aflată în stare de necesitate, care nu şi-a dat seama, în momentul comiterii faptei, că pricinuieşte urmări vădit mai grave decât cele care s-ar fi putut produce dacă pericolul nu era înlăturat.*"

De la o simplă lectură a art. 26 alin. (1) şi alin. (2) Cod penal putem trage o primă concluzie, şi anume că excesul neimputabil face parte din instituţia cauzelor de neimputabilitate.

A doua concluzie este aceea că sub denumirea de excesul neimputabil art. 26 Cod penal reglementează două situaţii distincte. Astfel, în art. 26 alin. (1) Cod penal întâlnim excesul neimputabil în cazul persoanei aflată în stare de legitimă apărare iar în art. 26 alin. (2) Cod penal întâlnim excesul neimputabil în cazul persoanei aflată în stare de necesitate.

Aşa cum am văzut, în concepţia noului Cod penal excesul neimputabil, cu cele două forme ale sale, în cazul persoanei aflate în stare de legitimă apărare şi în cazul persoanei aflate în stare de necesitate, este inclus în categoria cauzelor de neimputabilitate, instituţie care nu se regăsea în vechiul Cod penal. Astfel, cele două situaţii pe care le întâlnim în art. 26 din noul Cod penal erau asimilate în vechiul Cod penal cu legitima apărare prevăzută în art. 44 alin. (3), respectiv starea de necesitate, prevăzută în art. 45

[1] G. Antoniu, *Vinovăţia penală*, Ed. Academiei Române, Bucureşti, 2002, p. 214.

alin. (3). Se considera că efectul pe care îl produc cele două situații este același ca și în cazul legitimei apărări și a stării de necesitate: înlătură caracterul penal al faptei ca urmare a lipsei vinovăției.

În literatura de specialitate s-au manifestat unele rezerve cu privire la soluția reglementării excesului neimputabil prin dispoziții autonome, punându-se întrebarea dacă nu era mai corect ca aceste dispoziții să se regăsească în continuare în cadrul reglementării legitimei apărări, respectiv a stării de necesitate, așa cum erau acestea prevăzute în vechiul Cod penal. S-a afirmat că deși aceste dispoziții nu constituie cauze justificative ci cauze de neimputabilitate, care exclus vinovăția, ele sunt atât de strâns legate de cele două cauze justificative încât s-ar fi putut justifica o reglementare unitară a lor[1].

Noul Cod penal include însă legitima apărare și starea de necesitate în categoria cauzelor justificative, care conferă faptei un caracter licit și prin urmare permis de lege, spre deosebire de fapta comisă în prezența excesului neimputabil, care nu mai are un caracter licit și prin urmare nu mai este justificată însă nu poate fi imputată persoanei care a săvârșit-o.

Dacă în vechiul Cod penal, depășirea limitelor legitimei apărări, respectiv a stării de necesitate, rezultau din interpretarea *per a contrario* a dispozițiilor privind legitima apărare și starea de necesitate, noul Cod penal a adoptat soluția unei reglementări explicite și distincte a acestor situații în cadrul cauzelor de neimputabilitate[2].

Vom analiza în continuare cele două situații prevăzute de art. 26 din noul Cod penal, respectiv excesul neimputabil în cazul persoanei aflată în stare de legitimă apărare și excesul neimputabil în cazul persoanei aflată în stare de necesitate.

2.1. Excesul neimputabil în cazul persoanei aflate în stare de legitimă apărare

Excesul neimputabil în cazul persoanei aflate în stare de legitimă apărare este reglementat în art. 26 alin. (1) din noul Cod penal, unde se arată că nu este imputabilă fapta prevăzută de legea penală săvârșită de persoana aflată în stare de legitimă apărare, care a depășit, din cauza tulburării sau temerii, limitele unei apărări proporționale cu gravitatea atacului. Rezultă că pentru a ne afla în prezența acestei cauze de neimputabilitate trebuie îndeplinite în mod cumulativ mai multe condiții:

a) În primul rând, trebuie îndeplinite în mod cumulativ cerințele art. 19 din noul Cod penal privind cauza justificativă a legitimei apărări, cu excepția condiției privind proporționalitatea apărării. Această condiție rezultă din textul art. 26 alin. (1) Cod penal, care spune că nu este imputabilă fapta prevăzută de legea penală săvârșită de persoana *aflată în stare de legitimă apărare*.

Cerințele art. 19 Cod penal care trebuie îndeplinite se referă:

- pe de o parte la atac, care trebuie să existe, să fie material, direct, imediat și injust și să pună în pericol persoana celui atacat, a altuia, drepturile acestora sau un interes general,

- pe de altă parte la apărare, care trebuie să aibă loc pentru înlăturarea atacului, să se realizeze printr-o faptă prevăzută de legea penală, să fie precedată de atac, să se îndrepte împotriva agresorului și să fie necesară pentru înlăturarea atacului.

Nu vom insista pe condițiile privind atacul și apărarea, având în vedere că acestea se analizează în cadrul cauzei justificative a legitimei apărări.

---

[1] George Antoniu (coordonator), *op. cit.,* p. 235.

[2] George Antoniu (coordonator), *op. cit.,* p. 231.

b) În al doilea rând, prin săvârşirea faptei prevăzute de legea penală persoana trebuie să fi depăşit limitele unei apărări proporţionale cu gravitatea atacului. Altfel spus, este îndeplinită condiţia acestei cauze de neimputabilitate dacă apărarea nu mai este proporţională cu gravitatea atacului.

Dacă apărarea este declanşată înainte de iminenţa atacului sau continuă după momentul epuizării atacului nu ne mai interesează analiza unei eventuale depăşiri a limitelor unei apărări proporţionale deoarece nu mai sunt îndeplinite condiţiile legitimei apărări.

Pentru a nu fi depăşite limitele unei apărări proporţionale cu gravitatea atacului trebuie ca fapta săvârşită în apărare să prezinte o gravitate cel mult egală cu cea a atacului. Prin urmare, ori de câte ori prin acţiunea de apărare sunt vătămate valori sociale mai importante decât cele ameninţate de atac ne aflăm în prezenţa unei depăşiri a limitelor unei apărări proporţionale cu gravitatea atacului[1].

c) Nu în ultimul rând, depăşirea limitelor unei apărări proporţionale cu gravitatea atacului trebuie să fie cauzată de tulburarea sau temerea provocată de atac.

Starea de tulburare sau temere se apreciază în concret, în funcţie de starea fizică şi psihică în care se află persoana care se apără. Într-o astfel de stare făptuitorul nu îşi dă seama că apărarea sa depăşeşte gravitatea atacului deoarece nu mai poate avea o reprezentare corectă a proporţionalităţii ripostei, fiind afectat factorul intelectiv al vinovăţiei, dar în acelaşi timp făptuitorul nici nu vede pentru moment un alt mod de a se apăra, nu are libertatea de a alege o altă conduită, astfel încât este afectat şi factorul volitiv al vinovăţiei[2].

În cazul în care depăşirea limitelor legitimei apărări nu este cauzată de starea de tulburare sau temere provocată de atac fapta constituie infracţiune, însă va opera circumstanţa atenuantă prevăzută de art. 75 alin. (1) lit. b) Cod penal, constând în depăşirea limitelor legitimei apărări.

Dacă disproporţia dintre apărare şi atac este vădită iar cel care se apără a acţionat cu intenţie directă, urmărind şi dorind producerea rezultatului mai grav, nu vom mai fi în prezenţa cauzei de neimputabilitate[3].

2.2. Excesul neimputabil în cazul persoanei aflate în stare de necesitate

Excesul neimputabil în cazul persoanei aflate în stare de necesitate este reglementat în art. 26 alin. (2) din noul Cod penal, unde se arată că nu este imputabilă fapta prevăzută de legea penală săvârşită de persoana aflată în stare de necesitate, care nu şi-a dat seama, în momentul comiterii faptei, că pricinuieşte urmări vădit mai grave decât cele care s-ar fi putut produce dacă pericolul nu era înlăturat. Rezultă că pentru a ne afla în prezenţa excesului neimputabil în cazul persoanei aflate în stare de necesitate, trebuie îndeplinite cumulativ următoarele condiţii:

a) Să fie îndeplinite în mod cumulativ cerinţele art. 20 alin. (2) din noul Cod penal privind cauza justificativă a stării de necesitate. Potrivit art. 20 alin. (2) din noul Cod penal, este în stare de necesitate persoana care săvârşeşte fapta pentru a salva de la un pericol imediat şi care nu putea fi înlăturat altfel viaţa, integritatea corporală sau sănătatea sa ori a altei persoane sau un bun important al său sau al altei persoane sau un

[1] Ilie Pascu, Vasile Dobrinoiu, Traian Dima, Mihai Adrian Hotca, Costică Păun, Ioan Chiş, Mirela Gorunescu, Maxim Dobrinoiu, *op. cit.,* p. 151.

[2] George Antoniu (coordonator), *op. cit.,* p. 232.

[3] George Antoniu (coordonator), *op. cit.,* p. 232.

interes general, dacă urmările faptei nu sunt vădit mai grave decât cele care s-ar fi putut produce în cazul în care pericolul nu era înlăturat.

Se poate observa că noul Cod penal nu aduce modificări importante față de vechiul Cod penal în ceea ce privește reglementarea stării de necesitate, cu excepția înlocuirii unor termeni sau expresii, cum ar fi înlocuirea termenului "iminent" cu "imediat" și a expresiei "interes obștesc" cu "interes general" dar și a introducerii printre condițiile stării de necesitate a cerinței ca urmările faptei să nu fie vădit mai grave decât cele care s-ar fi putut produce în cazul în care pericolul nu era înlăturat. Prin urmare nu se impune o analiză a condițiilor stării de necesitate. Aceste condiții privesc:

- pe de o parte pericolul, care trebuie să îndeplinească următoarele condiții: i) să fie imediat, ii) să amenințe viața, integritatea corporală sau sănătatea unei persoane, un bun important al unei persoane sau un interes general, iii) pericolul să fie inevitabil, adică să nu poată fi înlăturat altfel decât prin săvârșirea faptei prevăzute de legea penală.

- pe de altă parte acțiunea de salvare, care trebuie să îndeplinească următoarele condiții: i) să constea într-o faptă prevăzută de legea penală, ii) să fi constituit singurul mijloc de înlăturare a pericolului, iii) prin săvârșirea faptei să nu se cauzeze urmări vădit mai grave decât cele care s-ar fi putut produce dacă pericolul nu era înlăturat, iv) fapta să nu fie săvârșită de către sau pentru a salva o persoană care avea obligația de a înfrunta pericolul.

b) În momentul comiterii faptei prevăzute de legea penală, persoana să nu-și fi dat seama că pricinuiește urmări vădit mai grave decât cele care s-ar fi putut produce dacă pericolul nu era înlăturat.

În cazul în care prin săvârșirea faptei prevăzute de legea penală se cauzează urmări vădit mai grave decât cele care s-ar fi putut produce dacă pericolul nu era înlăturat, nu mai suntem în prezența cauzei justificative a stării de necesitate, deoarece nu se mai realizează una din condițiile cu privire la acțiunea de salvare, respectiv condiția proporționalității. În această situație, trebuie analizat dacă persana și-a dat seama sau nu că pricinuiește urmări vădit mai grave.

În aprecierea proporționalității în ceea ce privește valorile sociale puse în pericol, nu pot fi stabilite anumite reguli, această apreciere fiind o problemă care trebuie analizată în concret în fiecare caz în parte, în funcție de mai multe criterii, cum ar fi importanța valorilor sociale puse în pericol sau dacă toate valorile sunt amenințate cu același pericol.

În cazul în care persoana și-a dat seama că prin fapta săvârșită pricinuiește urmări vădit mai grave, fapta va constitui infracțiune, însă se va reține circumstanța atenuantă legală prevăzută de art. 75 alin. (1) lit. c) din noul Cod penal, constând în depășirea limitelor stării de necesitate.

Dacă însă persoana nu și-a dat seama că pricinuiește urmări vădit mai grave, se va reține excesul neimputabil în cazul persoanei aflate în stare de necesitate.

3. Efectele excesului neimputabil

Efectele excesului neimputabil constau în:

a) Fapta, deși este prevăzută de legea penală, nu constituie infracțiune, fiind înlăturat caracterul imputabil al faptei;

b) Înlăturarea caracterului imputabil al faptei operează *in personam*, adică numai cu privire la persoanele care s-au aflat în stare de tulbure sau temere când au depășit limitele unei apărări proporționale cu gravitatea atacului sau care nu și-au dat seama, în

momentul săvârşirii faptei, că pricinuiesc urmări vădit mai grave decât cele care s-ar fi putut produce dacă pericolul nu era înlăturat;

c) Fapta păstrează caracterul ilicit şi prin urmare faţă de făptuitor pot fi luate măsuri de siguranţă, ca sancţiuni de drept penal.

În cazul săvârşirii unei fapte prevăzute de legea penală în prezenţa excesului neimputabil, persoana va răspunde civil în condiţiile stabilite în art. 1.360, art. 1.361 şi art. 1.362 din Codul civil.

4. Concluzie

În concepţia noului Cod penal, legitima apărare şi starea de necesitate sunt considerate cauze justificative, care exclud infracţiunea prin înlăturarea caracterului nejustificat al faptei, spre deosebire de excesul neimputabil (cu cele două forme ale sale, în cazul persoanei aflate în stare de legitimă apărare şi în cazul persoanei aflate în stare de necesitate) care, deşi are ca efect tot excluderea caracterului infracţional al faptei prevăzute de legea penală, această excludere operează ca urmare a înlăturării caracterului imputabil al faptei.

Bibliografie

Tratate, Cursuri, Monografii, Reviste de specialitate

1. George Antoniu, Vinovăţia penală, Ed. Academiei Române, Bucureşti, 2002,
2. Ilie Pascu, Vasile Dobrinoiu, Traian Dima, Mihai Adrian Hotca, Costică Păun, Ioan Chiş, Mirela Gorunescu, Maxim Dobrinoiu, Noul Cod penal comentat, Vol. I, Partea generală, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2012
3. George Antoniu, Explicaţii preliminare ale noului Cod penal, Vol. I, Articolele 1-52, Editura Universul Juridic, Bucureşti, 2010
4. George Antoniu, Costică Bulai, Dicţionar de Drept penal şi procedură penală, Editura Hamangiu, Bucureşti, 2011
5. Constantin Mitrache, Cristian Mitrache, Drept penal român. Partea generală, Ediţia a IV-a revăzută şi adăugită, Universul Juridic, Bucureşti, 2007
6. Tudorel Toader, Maria-Ioana Michinici, Ruxandra Răducanu, Anda Crişu-Ciocîntă, Sebastian Rădulețu, Mihai Dunea, Noul Cod penal. Comentarii pe articole, Editura Hamangiu, Bucureşti, 2014

O nouă măsură preventivă - arestul la domiciliu

Georgeta Valeria ***SABĂU****

Abstract: *Lucrarea abordează una din noutățile Codului de procedură penală în materia măsurilor preventive luate față de persoana fizică, cea a arestului la domiciliu. Noutatea legislației procesual penală în materia măsurilor preventive este aceea că nu vor putea fi dispuse decât cu respectarea principiului proporționalității măsurii în raport cu gravitatea faptei și a principiului necesității luării măsurii în vederea realizării scopului urmărit. Materialul de față prezintă analiza in extenso a măsurii preventive a arestului la domiciliu, în sensul prezentării competenței organului judiciar care poate dispune măsura (judecătorul de drepturi și libertăți în faza de urmărire penală, judecătorul de cameră preliminară în procedura camerei preliminare și, nu în ultimul rând instanța de judecată, în cursul judecății), actul procesual prin care se dispune măsura și calea de atac împotriva acesteia, conținutul măsurii, durata măsurii și înlocuirea, revocarea și încetarea de drept a arestului la domiciliu. Se impune a se sublinia atât doctrina, cât și practica CEDO în ceea ce privește privarea de libertate luată prin măsura arestului la domiciliu să se facă prin constrângerea la un anumit spațiu care nu va putea fi părăsit într-un interval de timp rezonabil. Urmând jurisprudența Curţii Europene a Drepturilor Omului, precum şi modelul Codurilor de procedură penală din ţările membre ale Uniunii Europene, în special cel italian, noul Cod de procedură penală* intrat *în vigoare la 1 februarie 2014, prin reglementarea arestului la domiciliu oferă o lărgire a posibilităților de individualizare a măsurilor preventive.*

Cuvinte cheie: *măsură preventivă, principiul proporționalității, principiul necesității, arestul la domiciliu, avantaje, eficiență*

1. Scurte considerații privitoare la actualul regim juridic al măsurilor preventive

Măsurile preventive sunt acele măsuri procesuale ce se pot lua pe parcursul desfășurării procesului penal de către organele judiciare, astfel că, în noua reglementare procesual penală[1], măsurile preventive sunt, potrivit titlului: reținerea, controlul judiciar, controlul judiciar pe cauțiune, arestul la domiciliu și arestarea preventivă. Chiar dacă măsura obligării de a nu părăsii localitatea și măsura obligării de a nu părăsii țara nu se mai regăsesc expressis verbis sunt aceeași denumire, le regăsim în dispozițiile art. 215 alin. (2) lit. a) în materia controlului judiciar, care stabilește că pe timpul

* Lector univ.dr., Facultatea de Științe Juridice, Universitatea de Vest „Vasile Goldiș" Arad.

[1] Legea nr. 135 din 1 iulie 2010 privind Codul de procedură penală, publicată în M. Of. nr. 486 din 15 iulie 2010, modificată prin Legea nr. 255 din 19 iulie 2013 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 135/2010 privind Codul de procedură penală și pentru modificarea și completarea unor acte normative care cuprind dispoziții procesual penale, publicată în M. Of. nr. 515 din 14 august 2013, și prin Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 3 din 5 februarie 2014 pentru luarea unor măsuri de implementare necesare aplicării Legii nr. 135/2010 privind Codul de procedură penală și pentru implementarea altor acte normative, publicată în M. Of. nr. 98 din 7 februarie 2014.

controlului judiciar, organul judiciar care a impus măsura, poate impune inculpatului nedepășirea limitei teritoriale fixată numai cu încuviințarea prealabilă a acestuia.

Noutatea legislației procesual penală în materia măsurilor preventive este aceea că nu vor putea fi dispuse decât cu respectarea principiului proporționalității[1] măsurii în raport cu gravitatea faptei și a acuzației aduse și a principiului necesității luării măsurii în vederea realizării scopului urmărit prin dispunerea acesteia, și nu în ultimul rând în concordanță cu jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului (în continuare C.E.D.O.).

Potrivit art. 202 alin. (1)-(2) măsurile preventive nu pot fi dispuse decât dacă există probe sau indicii temeinice din care rezultă suspiciunea rezonabilă că o persoană a săvârșit o infracțiune și dacă sunt necesare în scopul asigurării bunei desfășurări a procesului penal, al împiedicării sustragerii suspectului ori a inculpatului de la urmărirea penală sau de la judecată ori al prevenirii săvârșirii unei alte infracțiuni. De asemenea, nicio măsură preventivă nu poate fi dispusă, confirmată, prelungită sau menținută dacă există o cauză care împiedică punerea în mișcare sau exercitarea acțiunii penale.

De asemenea, suspectul sau inculpatul asupra căruia se dispun oricare dintre aceste măsuri preventive, pentru a beneficia de toate drepturile pe care legea le conferă, va trebui informată în scris în legătură cu măsura luată, pentru formularea unei eventuale contestații la judecătorul de drepturi și libertăți, judecătorul de cameră preliminară sau la instanța de judecată, după caz.

2. Aspecte de drept comparat privind arestul la domiciliu

În *Republica Adzerbadjan*, măsura preventivă a arestului la domiciliu poate fi dispusă asupra inculpatului, la cererea apărării și, aidoma controlului judiciar pe cauțiune, constituie o măsură preventivă alternativă arestării, care limitează drepturile și libertățile inculpatului fără ca acesta să fie izolat complet de societate, cu respectarea cerințelor obligatorii, prevăzute de art. 163 pct.3 Cod proc.pen., și anume: interdicția de a părăsi locuința oricând, sau la anumite ore; interdicția de a vorbi la telefon, de a trimite corespondență sau de a folosi alte mijloace de comunicare; interdicția de a contacta anumite persoane și de a fi vizitat acasă; instalarea dispozitivelor electrice de monitorizare și obligația de a le purta și folosi; obligația de a răspunde la apelurile telefonice de supraveghere sau la alte semnale de monitorizare, de a da telefon autorității investigative sau altei autorități ce supraveghează comportamentul inculpatului la ore fixe, sau de a lua legătura personal; punerea sub observație a inculpatului și a locuinței acestuia; alte măsuri care asigură comportamentul necesar și izolarea parțială a inculpatului.

Și *Slovenia* reglementează în art. 199 pct. 5 a în sensul că, dacă sunt îndeplinite condițiile detenției[2] și dacă dispunerea acesteia poate fi evitata, pentru siguranța

[1] P. Palcu, *Drept penal european. Tendințe și perspective*, Ed. University Press Vasile Goldiș, Arad, 2011, p. 206-207.

[2] Potrivit art. 201 pct. 1-3, *în cazul în care există o suspiciune rezonabilă că o persoană a comis o faptă penală, detenția de care persoană poate fi dispusă:*

1) în cazul în care aceasta s-a ascuns, în cazul în care identitatea lui nu poate fi stabilită sau dacă există alte circumstanțe sau există pericolul de a încerca sa să fugă;

2) în cazul în care există motive întemeiate de îngrijorare, că va distruge urmele infracțiunii sau dacă circumstanțele cauzei indică faptul că va îngreuna ancheta penală prin influențarea martorilor, complicilor sau investigatorilor;

persoanelor sau desfăşurarea procesului penal, instanţa de judecată poate dispune arestul la domiciliu al inculpatului, cu precizarea că hotărârea de dispunere, extindere sau înlocuire a arestului la domiciliu va fi, în toate cazurile, trimisă şi secţiei de poliţie din raza teritorială unde măsura este pusă în aplicare.

Odată cu dispunerea arestului la domiciliu, instanţa stabileşte obligaţiile inculpatului, care nu va avea voie să părăsească imobilul în care locuieşte, permanent sau temporar, sau cel al instituţiei publice de sănătate în a cărei grijă se află. De asemenea, instanţa poate restricţiona sau interzice contactul dintre inculpat şi persoanele cu care nu locuieşte sau cu care nu au obligaţia îngrijirii sale. Prin excepţie, instanţa poate permite inculpatului aflat în arest la domiciliu, să se deplaseze din imobil, pentru o anumită perioadă de timp, când acest lucru este absolut necesar, pentru ca acesta să-şi poată achiziţiona bunuri de consum sau pentru a presta o anumită muncă, cu obligaţia ca instanţa să anunţe secţia de poliţie competentă de excepţiile apărute în derularea arestului.

Instanţa de judecată va supraveghea implementarea arestului la domiciliu, fie direct sau prin intermediul poliţiei, acesta din urmă prin direcţia de supraveghere poate oricând verifica, chiar şi fără permisiunea instanţei de judecată, dacă arestul la domiciliu este pus în aplicare corect, notificând instanţa cu privire la orice încălcări a măsurii.

În *Federaţia Rusă*, instituţia arestului la domiciliu[1] (art. 107 C. proc. pen.) este acea măsura preventivă, cu caracter punitiv, dispusă de instanţa de judecată asupra suspectului sau inculpatului, şi constă în izolarea parţială sau completă a suspectului sau inculpatului de societate, în locuinţa sa pe care o deţine sau este locatar, urmând ca restricţiile şi sau interdicţiile să fie impuse şi cu exercitarea controlului asupra acestuia/acesteia. În funcţie de starea sănătăţii suspectului sau inculpatului, o instituţie medicală poate fi aleasă ca loc, unde acesta va rămâne în arest, spaţiul instituţiei publice de sănătate fiind considerat ca loc de desfăşurare a măsurii preventive a arestului la domiciliu.

Arestul la domiciliu va putea fi dispus pe o perioadă de până la două luni, termen calculat[2] începând cu momentul de la care instanţa pronunţă hotărârea prin care dispune măsura asupra suspectul sau inculpatul, care va fi transmisă persoanei care a depus cererea, procurorului, entităţii ce supervizează executarea arestului la domiciliu, precum şi suspectului sau inculpatului, hotărâre care va fi pusă în executare de îndată. Prin

---

3) în cazul în care gravitatea faptei, modul sau circumstanţele în care infracţiunea a fost comisă şi circumstanţele personale ale făptuitorului, evoluţie, mediu şi condiţiile în care acesta trăieşte sau alte circumstanţe personale indică riscul că va recidiva.

[1] Aplicată începând cu anul 2012 potrivit Legii Federale nr. 420-FZ din 7 decembrie 2011.

[2] Termenul de deţinere în arest va include şi timpul în care persoana a fost reţinută ca suspect; termenul în care a fost sub arest la domiciliu; în care a fost reţinut la un spital sau centru medical de psihiatrie, în temeiul hotărârii judecătoreşti; în decursul căruia persoana a fost reţinută pe teritoriul altei ţări, pentru o anchetă sau pentru a furniza asistenţa juridică sau extrădarea sau în Federaţia Rusă, conform art. 460 C. proc. pen. Potrivit art. 128 alin. (1)-2 termenele vor fi calculate în ore, zile şi luni, la calcularea termenelor în luni, ziua şi ora la care începe executarea termenului nu vor fi luate în calcul, cu anumite excepţii; când se calculează termenii reţinerii, a arestului la domiciliu şi reţinerii în spitale sau centre medicale psihiatrice, se va include şi timpul în care nu se lucrează. Termenul, calculat pe zile, va lua sfârşit la miezul nopţii ultimei zile, termenul, calculat pe luni, va lua sfârşit în ziua corespunzătoare ultimei luni, iar dacă această lună nu are ziua corespunzătoare, termenul va lua sfârşit în ultima zi a acestei luni. Dacă sfârşitul termenului coincide cu o zi nelucrătoare, atunci acesta va lua sfârşit în următoarea zi lucrătoare, cu excepţia cazurilor când termenele se calculează cu privire la reţinere, arest la domiciliu sau reţinerea într-un spital sau centru medical psihiatric.

această hotărâre, în funcție de circumstanțele reale și personale, instanța de judecată impune suspectului sau inculpatului restricții sau interdicții referitoare la: părăsirea spațiului locativ; comunicarea cu diferite persoane; comunicarea prin posta și telegraf; folosirea altor mijloace de comunicare și a internetului. De asemenea, în conținutul hotărârii, instanța de judecată are obligația specificării condițiilor de executare a măsurii, respectiv locul unde suspectul sau inculpatul trebuie să locuiască, perioada de timp în care îi este permis să părăsească locația, restricțiile sau interdicțiile impuse suspectului sau inculpatului, precum și locurile care îi sunt permise a fi vizitate.

Controlul arestului la domiciliu este de competența autorității puterii executive federale, care veghează la punerea în aplicare a legilor și respectării hotărârii instanțelor judecătorești.

Republica Moldova a instituit și ea măsura arestului la domiciliu în art. 188 C. proc. pen. ca măsură preventivă alternativă arestării asupra suspectului sau inculpatului pentru comiterea unor contravenții, infracțiunilor de o gravitate redusă, precum și infracțiunilor săvârșite din culpă[1], și presupune izolarea suspectului sau inculpatului, de către societate, la domiciliul său, cu unele restricții.

Arestarea preventivă, arestul la domiciliu, liberarea condiționată pe cauțiune sau sub control judiciar sunt dispuse de către instanța de judecată, la propunerea organului de urmărire penală[2] sau la solicitarea apărării, conform arestului preventiv, diferența este că izolarea totală nu este viabilă fie datorită vârstei, fie datorită stării de sănătate, a situației familiale sau a altor circumstanțe reale și personale.

În legislația din Moldova, arestul la domiciliu este asociat cu una din următoarele restricții: interzicerea părăsirii locuinței; restricții cu privire la utilizarea telefonului, la primirea și trimiterea de scrisori sau alte mijloace de comunicare; interzicerea de a comunica cu anumite persoane și de a primi vizite. În cazul în care suspectul sau inculpatul nu respectă restricțiile și obligațiile stabilite de către instanță sau judecătorul de instrucție, arestul la domiciliu poate fi înlocuit cu arestul preventiv, fie din oficiu, fie la solicitarea procurorului.

Codul de procedură penală din *Macedonia* stipulează măsura arestului la domiciliu în art. 182 lit. a), potrivit căruia în cazul în care există suspiciunea că o anumită persoană a comis o infracțiune și sunt întrunite condițiile prevăzute la măsura arestării preventive, potrivit art. 184[3], alin. (1) al acestei legi, instanța poate dispune măsura arestului la domiciliu și interzicerea persoanei de a părăsi locuința pentru o anume perioadă de timp, a oricărui fel de comunicare cu alte persoane sau poate interzice

---

[1] În cazul persoanelor care au depășit vârsta de 60 de ani, persoanelor cu handicap de gradul I, femeilor însărcinate, femeilor care au în îngrijire minori mai mici de 8 ani, arestul la domiciliu poate fi dispus chiar pentru comiterea unor infracțiuni grave.

[2] În ceea ce privește procedura propriu-zisă de propunere și dispunere a măsurilor preventive a arestării preventive și a arestului la domiciliu, edificatoare sunt dispozițiile art. 307-308 C. proc. pen. referitoare la examinarea cererilor privind aplicarea și prelungirea arestării preventive sau arestului la domiciliu a suspectului sau inculpatului.

[3] *În cazul în care există o suspiciune întemeiată că o persoană a comis infracțiunea, arestul preventiv poate fi dispus:*

1) în cazul în care se suspectul se ascunde, în cazul în care nu i se cunoaște identitatea sau dacă există pericolul de evadare;

2) în cazul în care există suspiciunea că va distruge urmele infracțiunii sau în cazul în care suspectul sau inculpatul influențează ancheta în general;

3) în cazul în care există suspiciunea că va săvârși din nou infracțiuni, va consuma tentativa la o anumită infracțiune sau va comite infracțiunea cu care acesta amenință.

folosirea mijloacelor de comunicare şi anume obligaţia de a respecta măsurile privitoare la supravegherea electronică şi video sau pentru dispunerea implementării altor măsuri la trecerea frontierei, conform art. 142 lit. a) pentru anumite categorii de infracţiuni grave cum ar fi, producerea şi comercializarea de produse alimentare alterate sau dăunătoare; importul sau exportul de substanţe periculoase, trafic de droguri, psihotrope şi precursori, trafic de fiinţe umane, contrabandă etc.

Prin excepţie, instanţa poate permite persoanei aflate în arest la domiciliu părăsirea locuinţei pentru o anume perioadă de timp în situaţii: dacă are nevoie de tratament medical şi în cazul în care acest lucru derivă din circumstanţele speciale care pot cauza consecinţe dăunătoare vieţii, sănătăţii şi bunurilor familiei sale. Supravegherea arestului la domiciliu este realizată în principal de către instanţa de judecată, care determinând modul de implementare a măsurii, poate încredinţa în orice moment Ministerului de Interne supravegherea suspectului sau inculpatului.

Măsura arestului la domiciliu[1] este instituită şi de legislaţia procedural penală din Letonia, ca măsură de securitate procedural, în secţiunea 282 şi reprezintă privarea de libertate a suspectului sau inculpatului, dispusă fie de către judecătorul de instrucţie, fie de instanţa de judecată, dacă există temeiuri pentru aplicarea arestului, însă deţinerea în stare de arest nu este posibilă sau nu este indicată, datorită circumstanţelor special ale cauzei.

Suspectul sau inculpatul poate fi ţinut în arest la domiciliu, cu condiţia ca persoanele care conviețuiesc împreună cu aceasta să fie de acord cu un astfel de arest la domiciliu.

După evaluarea propunerii organului de urmărire penală şi după ascultarea opiniei persoanei aflate în arest la domiciliu, în funcţie de natura infracţiunii, a motivelor aplicării unei asemenea măsuri şi a circumstanţelor speciale datorită cărora s-a făcut propunerea măsurii arestul la domiciliu, judecătorul de instrucţie sau instanţa de judecată va hotărî asupra: adresei la care persoana va locui pe durata arestului la domiciliu; restricţiile cu privire la întâlnirile şi comunicarea cu alte persoane, exceptând cele cu avocatul apărării şi persoanele care locuiesc la adresa în cauză; controlul corespondenţei şi a convorbirilor; necesitatea pazei la adresa respectivă, precum şi în timpul transportului persoanei la locaţia unde se desfăşoară activităţile procedurale. Dacă se consider necesar, persoana aflată în arest la domiciliu ar putea fi protejată, controlul asupra restricţiei menţionate putând fi cedat poliţiei, iar corespondenţa şi mijloacele de comunicare ale persoanelor ce locuiesc împreuna cu aceasta pot fi controlate şi ele.

Republica Kirgizstan instituie arestul la domiciliu ca sancţiune procedurală din anul 2004, alături de obligaţia de a nu părăsi localitatea, garanţia personală, cauţiunea, luarea în custodie şi transferul minorilor într-un centru educativ. Arestul la domiciliu trebuie înţeles ca fiind sancţiunea procedurală restrictivă privitoare la libertatea de mişcare a inculpatului, precum şi interdicţia de a comunica cu anumite persoane; de a primi şi a trimite corespondenţă; părăsirea imobilului pe timp de noapte; părăsirea imobilului, fără permisiunea supraveghetorului sau instanţei de judecată, luată de instanţa de judecată având în vedere vârsta inculpatului, starea de sănătate, starea civilă şi alte circumstanţe.

Forma consolidată din anul 2009 a Codului de procedură penală a *Republicii Croaţia* reglementează detenţia la domiciliu în dispoziţiile art. 119, care dispune că

[1] *Condiţiile arestului preventiv se aplică şi arestului la domiciliu, iar timpul petrecut în arest la domiciliu este echivalat ca timp petrecut în arest preventiv.*

atunci când sunt îndeplinite circumstanţele prevăzute de art. 123 prg. 1 pct. 1-4[1], instanţa de judecată poate dispune detenţia la domiciliu, în condiţiile în care se consideră ca suficientă restricţia inculpatului de a-şi părăsi locuinţa.

Anterior dispunerii detenţia la domiciliu, instanţa de judecată solicită de la inculpat[2] consimţământul scris al persoanelor care locuiesc în casa acestuia, cu privire la instalarea dispozitivelor tehnice folosite pentru supraveghere, pentru a asigura punerea în aplicare a detenţiei la domiciliu.

Prin hotărârea instanţei i va interzice inculpatului părăsirea domiciliului pe o anumită perioadă de timp; prin excepţie, îi poate fi acordată permisiunea de a-şi părăsi locuinţa pentru o perioadă determinată de timp, fie în cazul în care există necesitatea acordării de servicii medicale persoanei în cauză, fie există necesitatea părăsirii domiciliului, datorită circumstanţelor speciale ce ar putea duce la consecinţe grave pentru viaţa, sănătatea sau bunurile acelei persoane.

Detenţia la domiciliu este supravegheată prin intermediul autorităţilor poliţieneşti şi personalul din cadrul Ministerului de Justiţie.

Bulgaria instituie măsura arestului la domiciliu în categoria măsurilor procedurale de restricţie, care se impun ţinând cont de gradul de pericol social al infracţiunii, starea de sănătate, situaţia familială, profesia, vârsta şi alte circumstanţe personale ale inculpatului. Arestul la domiciliu reprezintă interzicerea inculpatului de a părăsi locuinţa sa, fără permisiunea organului abilitat, măsură dispusă de instanţa de judecată la propunerea procurorului, în condiţiile art. 64 65.

În *Bosnia şi Herţegovina*, arestul la domiciliu este reglementat în categoria măsurilor care garantează prezenţa suspectului sau inculpatului care conduc la desfăşurarea cu succes procesului penal, alături de citare, reţinere, cauţiune şi custodie, fiind prezentat în art. 140 cu titlul *Arestul la domiciliu şi interdicţia de a călătorii*, potrivit căruia dacă există circumstanţe care ar indica faptul că suspectul sau inculpatul ar putea fugi, s-ar putea ascunde sau ar putea pleca într-un loc necunoscut sau în străinătate, instanţa de judecată poate, prin decizie motivată, să dispună arestul la domiciliu, la propunerea unei părţi sau a avocatului apărării[3], specificând totodată locaţia unde va rămâne pe perioada măsurii, precum şi limitele de acces pe care nu le poate depăşi.

De asemenea, în aceleaşi circumstanţe, instanţa de judecată poate, fie ca o măsură adiţională arestului la domiciliu, fie ca o măsură separată, să dispună retragerea

---

[1] Detenţia poate fi dispusă în cazul în care există suspiciuni rezonabile că o persoană a comis o infracţiune şi în cazul în care:

1) există suspiciunea că persoana în cauză se sustrage anchetei sau există circumstanţe speciale, care indică pericolul că persoana care este ascunsă, identitatea sa nu poate fi stabilită etc.;

2) există circumstanţe special, care indică faptul că va distruge, ascunde, modifică sau falsifică probele sau urmele infracţiunii necesare soluţionării procesului penal sau că va împiedica acţiunea penală prin influenţarea martorilor, martori experţi;

3) există circumstanţe special, care indică suspiciunea că va recidiva sau va săvârşi o faptă cu care a ameninţat, pentru care legea prevede pedeapsa închisorii de cinci ani sau mai mare;

4) detenţia este considerată necesară pentru desfăşurarea netulburată a procedurilor datorită circumstanţelor deosebit de grave în care a fost comisă fapta.

[2] Potrivit art. 202 (8) *persoana aflată sub detenţie la domiciliu este persoana împotriva căreia a fost luată hotărârea de arest la domiciliu.*

[3] Prin excepţie, când se decide luarea în custodie, instanţa de judecată poate impune celui aflat în arest la domiciliu, interdicţia de călătorie, şi alte interdicţii, din oficiu, în loc să dispună sau să prelungească ţinerea în custodie.

temporară şi interzicerea emiterii a noi documente de călătorie, precum şi interdicţia de a folosi cartea de identitate pentru trecerea frontierei de stat a Bosniei şi Herţegovinei (interdicţie de călătorie).

Atunci când circumstanţele cazului o cer, instanţa de judecată poate dispune una sau mai multe din următoarele interdicţii, respectiv: interdicţia de a efectua anumite afaceri sau activităţi oficiale; interdicţia de a vizita anumite locuri sau zone; interdicţia de a se întâlni cu anumite persoane; raportarea ocazională la un anume organ şi / sau suspendarea temporară a permisului de conducere.

În ceea ce priveşte limitele măsurilor restrictive, fiind recunoscut dreptul suspectului sau inculpatului de a locui în propria casă, de a-şi vedea membrii familiei şi rudele apropiate în ce mod doreşte, cu excepţia situaţiei în care infracţiunea a fost comisă în detrimentul membrilor familiei sau rudelor apropiate. Nu este restricţionat nici dreptul suspectului sau inculpatului de a-şi desfăşura activitatea profesională, cu excepţia cazului în care măsura a fost luată în legătură cu comiterea unei infracţiuni în îndeplinirea acelei activităţi.

Hotărâre prin care se dispune arestul la domiciliu va fi depusă şi la organul de punere în executare a măsurii, respectiv organul de poliţie.

În *Albania*, arestul la domiciliu este reglementat în categoria ordinelor coercitive în arestul preventive, alături de interdicţia de a părăsi ţara; obligaţia de a te prezenta în faţa poliţiei judiciare; interdicţia şi obligaţia de a locui într-un anumit loc; securitatea proprietăţii; arestul preventive şi internarea temporară într-un spital de psihiatrie (art. 232 C. proc. pen.)

Prin hotărârea de arest la domiciliu, instanţa de judecată dispune suspectului sau inculpatului să nu părăsească locuinţa sau anumite locuri unde trăieşte, unde este la tratament sau îngrijit, iar atunci când consideră ca necesar, va impune restricţii sau interdicţii inculpatului, în comunicarea cu alte persoane, cu excepţia celor cu care conviețuieşte. Nu mai târziu de trei zile de la executarea ordinului de arest, instanţa audiază persoana împotriva căreia a fost emis ordinul de arestare preventivă sau de arest la domiciliu, după caz, urmând ca procurorul sau poliţia judiciară să monitorizeze respectarea hotărârii dispuse suspectului sau inculpatului.

Durata arestului la domiciliu e guvernată de aceleaşi reguli care se aplică şi detenţiei, iar perioada de timp petrecută în arest la domiciliu va fi luată în considerare la emiterea sentinţei.

Şi, nu în ultimul rând în Italia, ţară din care s-a inspirat şi legiuitorul român, arestul la domiciliu constituie o practică comună de detenţie a suspecţilor, precum şi o măsură alternativă de detenţie a celor care se află spre finalul termenului detenţiei, ori pentru persoanele a căror privare de libertate nu este posibilă datorită stării de sănătate care nu permite o privare de libertate.

3. Condiţiile generale de luare a măsurii arestului la domiciliu competenţa

Măsura arestului la domiciliu poate fi luată *numai faţă de inculpat* (chiar şi minor), dispusă de către judecătorul de drepturi şi libertăţi în faza urmăririi penale, de către judecătorul de cameră preliminară în procedura camerei preliminare sau de către instanţa de judecată în faza de judecată, cu respectarea îndeplinirii condiţiilor art. 223

(referitoare la arestarea preventivă[1]) şi dacă luarea acestei măsuri este necesară şi suficientă în vederea asigurării bunei desfăşurări a procesului penal, al împiedicării sustragerii suspectului ori a inculpatului de la urmărirea penală sau de la judecată ori al prevenirii săvârşirii altor infracţiuni[2].

Arestul la domiciliu poate fi dispus asupra inculpatului asupra căruia se constată îndeplinirea condiţiilor cumulative dispuse de art. 218 C. proc. pen., cu excepţia inculpatului faţă de care există suspiciunea rezonabilă[3] ca a săvârşit o infracţiune asupra unui membru de familie şi cu privire la inculpatul care a fost anterior condamnat definitiv pentru infracţiunea de evadare.

Judecătorul, indiferent de faza procesuală va trebui să aprecieze îndeplinirea condiţiilor de luarea a măsurii ţinând seama de gradul de pericol al infracţiunii, de scopul măsurii, de sănătatea, vârsta, situaţia familială şi alte împrejurări privind persoana faţă de care se ia măsura.

În faza de urmărire penală, la propunerea motivată a procurorului ce efectuează sau supraveghează urmărirea penală, însoţită de dosarul cauzei, competenţa de a dispune măsura arestului la domiciliu aparţine judecătorului de drepturi şi libertăţi de la instanţa căreia i-ar reveni competenţa să judece cauza în primă instanţă, de judecătorul de drepturi şi libertăţi de la instanţa de la locul săvârşirii infracţiunii sau sediul parchetului din care face parte procurorul care efectuează sau supraveghează urmărirea penală.

Odată ce a fost sesizat, judecătorul de drepturi şi libertăţi, fixează termen de soluţionare în camera de consiliu în termen de 24 de ore de la înregistrarea propunerii, ocazie cu care dispune şi citarea inculpatului, cu precizarea că neprezentarea inculpatului nu împiedică judecătorul să soluţioneze propunerea înaintată de procuror, urmând ca inculpatul să fie audiat atunci când este prezent.

---

[1] *(1) Măsura arestării preventive poate fi luată…. numai dacă din probe rezultă suspiciunea rezonabilă că inculpatul a săvârşit o infracţiune şi există una dintre următoarele situaţii:*

a) inculpatul a fugit ori s-a ascuns, în scopul de a se sustrage de la urmărirea penală sau de la judecată, ori a făcut pregătiri de orice natură pentru astfel de acte;

b) inculpatul încearcă să influenţeze un alt participant la comiterea infracţiunii, un martor ori un expert sau să distrugă, să altereze, să ascundă ori să sustragă mijloace materiale de probă sau să determine o altă persoană să aibă un astfel de comportament;

c) inculpatul exercită presiuni asupra persoanei vătămate sau încearcă să realizeze o înţelegere frauduloasă cu aceasta;

d) există suspiciunea rezonabilă că, după punerea în mişcare a acţiunii penale împotriva sa, inculpatul a săvârşit cu intenţie o nouă infracţiune sau pregăteşte săvârşirea unei noi infracţiuni.

(2) Măsura arestării preventive a inculpatului poate fi luată şi dacă din probe rezultă suspiciunea rezonabilă că acesta a săvârşit o infracţiune intenţionată contra vieţii, o infracţiune prin care s-a cauzat vătămarea corporală sau moartea unei persoane, o infracţiune contra securităţii naţionale prevăzută de Codul penal şi alte legi speciale, o infracţiune de trafic de stupefiante, trafic de arme, trafic de persoane, acte de terorism, spălare a banilor, falsificare de monede ori alte valori, şantaj, viol, lipsire de libertate, evaziune fiscală, ultraj, ultraj judiciar, o infracţiune de corupţie, o infracţiune săvârşită prin mijloace de comunicare electronică sau o altă infracţiune pentru care legea prevede pedeapsa închisorii de 5 ani ori mai mare şi, pe baza evaluării gravităţii faptei, a modului şi a circumstanţelor de comitere a acesteia, a anturajului şi a mediului din care acesta provine, a antecedentelor penale şi a altor împrejurări privitoare la persoana acestuia, se constată că privarea sa de libertate este necesară pentru înlăturarea unei stări de pericol pentru ordinea publică.

[2] N. M. Stoicu, *Reglementarea măsurilor preventive prin prisma protecţiei europene a drepturilor omului în procesul penal*, Ed. Cordial Lex, Cluj-Napoca, 2012, p. 70-71.

[3] Pentru mai multe detalii, a se vedea A. Fanu-Moca, C. Roşu, *Arestul la domiciliu – o măsură preventivă cu caracter de noutate în legislaţia română*, Revista Dreptul nr. 1/2014, p. 84.

În vederea garantării principiului caracterului echitabil al procesului penal şi, implicit al egalităţii armelor, al principiului dreptului la apărare, asistenţa juridică a inculpatului şi participarea procurorului[1] sunt obligatorii.

Judecătorul de drepturi şi libertăţi admite sau respinge propunerea procurorului prin motivată[2], după caz.În condiţiile în care admite propunerea procurorului va stabili în sarcina inculpatului, pentru o anumită perioadă, obligaţia de a nu părăsi imobilul în care locuieşte[3] fără permisiunea organului judiciar care a dispus măsura sau în faţa căruia se află cauza, precum şi de a se supune altor restricţii impuse de acesta. În condiţiile în care, judecătorul de drepturi şi libertăţi respinge propunerea procurorului, poate dispune prin aceeaşi încheiere măsura preventivă a controlului judiciar sau a controlului judiciar pe cauţiune.

În procedura camerei preliminare şi în faza de judecată, judecătorul de cameră preliminară sau instanţa de judecată în faţa căreia se află cauza, poate la cererea motivată a procurorului sau chiar din oficiu, dispune sau respinge măsura arestului la domiciliu prin încheiere motivată şi după aceeaşi procedură evidenţiată pentru faza urmăririi penale.

În faza de urmărire penală, durata pentru care poate fi dispusă măsura arestului la domiciliu este de cel mult 30 de zile, cu posibilitatea prelungirii, în caz de necesitate şi dacă se menţin temeiurile care au determinat luarea măsurii sau au apărut temeiuri noi, cu o perioadă ce nu depăşeşte 30 de zile, dar nu mai mult de 180 de zile.

Durata privării de libertate dispusă prin arestul la domiciliu nu se ia în calculul duratei maxime a măsurii arestului preventive a inculpatului în cursul urmăririi penale.

În vederea prelungirii măsurii arestului la domiciliu, judecătorul de drepturi şi libertăţi sesizat de către procuror, prin propunere motivată însoţită de dosarul cauzei, cu cel puţin 5 zile înainte de expirarea duratei măsurii, în camera de consiliu fixează termen de soluţionare a propunerii procurorului, mai înainte de expirarea duratei, ocazie cu care citează şi inculpatul. Participarea procurorului la măsura prelungirii este obligatorie, iar judecătorul fie admite, fie respinge propunerea procurorului prin încheiere motivată.

4. Conţinutul măsurii şi obligaţiile inculpatului

Persoanei faţă de care s-a dispus măsura arestului la domiciliu i se comunică, sub semnătură, în scris, drepturile oricărui inculpat[4], dreptul de încunoştinţare a membrilor

---

[1] P. Palcu, *Ministerul Public European, Mize, Realizări şi Perspective,* articol publicat în volumul conferinţei internaţionale de drept, studii europene şi relaţii internaţionale - *Politica legislativă între reglementare europeană, naţională şi internaţională. Noi perspective ale dreptului*, Ed. Hamangiu, Bucureşti 2013 p. 108-119.

[2] Potrivit art. 203 alin. (7), *încheierile pronunţate de judecătorul de drepturi şi libertăţi, de judecătorul de cameră preliminară sau de instanţa de judecată se comunică inculpatului şi procurorului care au lipsit de la pronunţare.*

[3] Potrivit art. 126 din Legea nr. 254 din 2013 pentru executarea pedepselor şi a măsurilor privative de libertate dispuse de organele judiciare în cursul procesului penal, publicată în M. Of. nr. 514 din 14 august 2013, prin *imobil în care se execută arestul la domiciliu* se înţelege locuinţa inculpatului, încăperea, dependinţa sau locul împrejmuit ţinând de acestea.

[4] Potrivit art. 83 *în cursul procesului penal, inculpatul are următoarele drepturi:*

a)dreptul de a nu da nicio declaraţie pe parcursul procesului penal, atrăgându-i-se atenţia că dacă refuză să dea declaraţii nu va suferi nicio consecinţă defavorabilă, iar dacă va da declaraţii acestea vor putea fi folosite ca mijloace de probă împotriva sa;

de familie ori a unei alte persoane, în temeiul art. 210 alin. (1)-(2), dreptul de acces la asistență medicală de urgență, dreptul de a contesta măsura și dreptul de a solicita revocarea sau înlocuirea acestei măsuri cu o altă măsură preventivă, urmând ca în cazul în care nu poate ori refuză să semneze, se va încheia un proces-verbal.

Dacă judecătorul care are competență în acest sens dispune prin încheiere motivată luarea măsurii, cu aceeași ocazie impune în mod expres inculpatului respectarea obligației principale de a nu părăsi imobilul în care locuiește, pe o anumită perioadă determinată de instanță, fără permisiunea organului judiciar. De asemenea, inculpatului îi mai revin obligații cumulative, corelative obligației principale, respectiv prezentarea în fața organului de urmărire penală, a judecătorului de drepturi și libertăți, a judecătorului de cameră preliminară sau a instanței de judecată, ori de câte ori est chemat, precum și obligația de a nu comunica cu persoana vătămată, cu membrii de familie ai acesteia, cu alți participanți la comiterea infracțiunii, cu martorii, experții și cu alte persoane stabilite de organul judiciar. Mai mult decât atât, pe perioada arestului la domiciliu, judecătorul poate dispune inculpatului, cu caracter permanent, purtarea unui sistem electronic de supraveghere denumit monitor glezna[1] și a cărui obligativitate de a se monta[2] există în toate statele în care este viabilă măsura arestului la domiciliu.

Judecătorul, prin încheiere, pentru o perioadă determinată de timp și indiferent de faza procesuală, la cererea scrisă și motivată a inculpatului, poate permite acestuia părăsirea imobilului pentru prezentarea la locul de muncă, la cursuri de învățământ sau de pregătire profesională ori la alte activități similare ori în vederea procurării mijloacelor esențiale de existență, precum și în alte situații temeinic justificate, dacă acest lucru este necesar pentru realizarea drepturilor ori intereselor legitime ale inculpatului. Prin excepție, în cazuri urgente, pentru motive întemeiate, inculpatul poate părăsi imobilul, fără permisiunea judecătorului sau a instanței de judecată, pe durata de timp strict necesară, informând imediat despre aceasta instituția, organul sau autoritatea

---

a[1]) dreptul de a fi informat cu privire la fapta pentru care este cercetat și încadrarea juridică a acesteia;

b)dreptul de a consulta dosarul, în condițiile legii;

c)dreptul de a avea un avocat ales, iar dacă nu își desemnează unul, în cazurile de asistență obligatorie, dreptul de a i se desemna un avocat din oficiu;

d)dreptul de a propune administrarea de probe în condițiile prevăzute de lege, de a ridica excepții și de a pune concluzii;

e)dreptul de a formula orice alte cereri ce țin de soluționarea laturii penale și civile a cauzei;

f)dreptul de a beneficia în mod gratuit de un interpret atunci când nu înțelege, nu se exprimă bine sau nu poate comunica în limba română;

g)dreptul de a apela la un mediator, în cazurile permise de lege;

g[1]) dreptul de a fi informat cu privire la drepturile sale;

h) alte drepturi prevăzute de lege.

[1] Pentru mai multe detalii, a se vedea N. Volonciu, P. Buneci, *Probele, mijloacele de probă și procedeele probatorii. Măsurile preventive și alte măsuri procesuale. Acte procesuale și procedurile comune*, articolul susținut în cadrul Conferinței internaționale - *Noua legislație penală. Tradiție, recodificare, reformă, progres juridic*, 26 octombrie 2012, București, vol. I, Ed. Universul Juridic, București, p. 206-207.

[2] Referitor la întrebarea dacă introducerea sistemului de monitorizare electronic ar putea reduce semnificativ populația aflată în detenție, a se vedea E. Maes, B. Mine, C. De Man, R. Van Brakel, *Thinking about electronic monitoring in the context of pre-trial detention in Belgium: a solution to prison overcrowding?*, *European Journal of Probation*, Vol. 4, No.2, 2012, p. 3-22, accesibilă on-line *http://www.ejprob.ro/index.pl/thinking_about_electronic_monitoring_in_the_context_of_pre-trial_detention_in_belgium_a_solution_to_prison_overcrowding*

desemnată cu supravegherea sa și organul judiciar care a luat măsura arestului la domiciliu ori în fața căruia se află cauza. Legea[1] distinge anumite cazuri ca fiind urgent în care inculpatul poate părăsi imobilul fără acordul organului judiciar, pentru a salva de la un pericol imediat viața, integritatea corporal sau sănătatea sa ori a altei personae sau un bun important al său ori al unei alte personae sau un interes general, împrejurări a căror veridicitate vor fi verificate de către organul de supraveghere.

Jurisprudența[2] Curții Europene a Drepturilor Omului admite că măsura preventivă a arestului la domiciliu deși nu este una restrictivă de drepturi, în ceea ce privește privarea de libertate aceasta trebuie să se facă prin constrângerea la un anumit spațiu, care nu va putea fi părăsit într-un interval de timp rezonabil.

Copia încheierii motivate a judecătorului sau a instanței de judecată, după caz, prin care s-a dispus măsura arestului la domiciliu se comunică, de îndată, inculpatului și instituției, organului sau autorității desemnate cu supravegherea sa, organului de poliție în a cărei circumscripție locuiește acesta, serviciului public comunitar de evidență a persoanelor și organelor de frontieră.

În încheierea prin care se dispune măsura arestului la domiciliu este prevăzută și măsura înlocuirii arestului la domiciliu cu cea a arestării preventive, pentru situația în care inculpatul încalcă cu rea-credință măsura sau obligațiile care decurg din aceasta, urmând ca atunci când cei care au fost desemnați cu verificarea periodică a respectării măsurii și obligațiilor inculpatului constată aceste încălcări, vor sesiza procurorul în cursul urmăririi penale sau judecătorul în celelalte situații. Mai mult decât atât, în vederea supravegherii respectării măsurii, legea permite organelor de poliție pătrunderea în imobilul în care se execută măsura, fără o prealabilă învoire a inculpatului sau a persoanelor care locuiesc cu acesta.

Când se constată că inculpatul a încălcat cu rea-credință măsura arestului la domiciliu sau obligațiile care îi revin ori există suspiciunea rezonabilă că a săvârșit cu intenție o nouă infracțiune pentru care s-a dispus punerea în mișcare a acțiunii penale împotriva sa, judecătorul de drepturi și libertăți, judecătorul de cameră preliminară ori instanța de judecată, la cererea motivată a procurorului sau din oficiu, poate dispune înlocuirea arestului la domiciliu cu măsura arestării preventive, moment la care se impune prezența obligatorie a inculpatului.

Concluzii

Urmând jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului, precum și modelul Codurilor de procedură penală din țările membre ale Uniunii Europene, în special cel italian, noul Cod de procedură penală intrat în vigoare la 1 februarie 2014, prin reglementarea arestului la domiciliu remarcăm extinderea sferei de individualizare a măsurilor preventive.

Deși o apreciem ca măsură pozitivă, prezentând avantaje atât pentru stat, cât și pentru inculpat, din păcate măsura este insuficient utilizată până la acest moment în practica judiciară, organele judiciare fiind reticenți în propunerea și dispunerea acestui tip de măsură. Pentru stat este fără doar și poate mai puțin costisitor să vegheze la respectarea măsurii arestului la domiciliu decât să suporte cheltuiala ocazionată cu

[1] Art. 127 din Legea nr. 254/2013 pentru executarea pedepselor și a măsurilor privative de libertate dispuse de organele judiciare în cursul procesului penal.

[2] Cauza Pekov v. Bulgaria, hotărârea CEDO din 30 iunie 2006, accesibilă pe http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-72950

detenția inculpaților, urmărindu-se prin aceasta, reducerea populației din penitenciare în condițiile în care fenomenul de suprapopulare continuă să distrugă sistemul penitenciar european, subminând ameliorarea condiţiilor de detenţie, evidențiate de un număr tot mai crescut de cauze în care țările au fost condamnate de către CEDO.

Un alt motiv pentru care practica judiciară este reticentă în dispunerea unei asemenea măsuri este și faptul că, recent înființatele birouri de supravegheri juridice, care funcţionează în cadrul serviciului de investigaţii criminale ale inspectoratelor județene de poliție nu sunt încă, funcţionale, mai exact, nu se ştie câți oameni vor funcționa aici, cum vor fi selectați, cum sunt formați în vederea unei supravegheri, inopinată și totodată intensivă, acestă categorie de personal fiind insuficientă la această dată pentru ca măsura arestului la domiciliu să fie viabilă.

Deşi apreciem alături de alți autori[1] că această măsură preventivă este una de bun augur pentru actuala reformă penală, fiind o măsură cu caracter special, de limitare moderată a libertății persoanei la un anumit spațiu determinat, dispună inculpatului însă apreciem că s-ar impune stabilirea în concret a categoriilor de infracțiuni care pot face obiectul unei asemenea măsuri, în funcție de gradul de pericol social și de limitele maxime ale pedepselor pentru infracțiunile săvârșite.

Bibliografie

1. A. Fanu-Moca, C. Roşu, *Arestul la domiciliu – o măsură preventivă cu caracter de noutate în legislația română*, Revista Dreptul nr. 1/2014

2. E. Maes, B. Mine, C. De Man, R. Van Brakel, *Thinking about electronic monitoring in the context of pre-trial detention in Belgium: a solution to prison overcrowding?*, *European Journal of Probation*, Vol. 4, No.2, 2012, pp 3 – 22, accesibilă on-line *http://www.ejprob.ro/index.pl/thinking_about_electronic_monitoring_in_the_context_of_pretrial_detention_in_belgium_a_solution_to_prison_overcrowding*

3. P. Palcu, *Ministerul Public European, Mize, Realizări şi Perspective,* articol publicat în volumul conferinței internaționale de drept, studii europene şi relaţii internaţionale - *Politica legislativă între reglementare europeană, naţională şi internaţională. Noi perspective ale dreptului*, Editura Hamangiu, Bucureşti, 2013

4. P. Palcu, *Drept penal european. Tendințe și perspective*, Ed. University Press Vasile Goldiș, Arad, 2011

5. N. M. Stoicu, *Reglementarea măsurilor preventive prin prisma protecției europene a drepturilor omului în procesul penal*, Ed. Cordial Lex, Cluj-Napoca, 2012

6. N. Volonciu, P. Buneci, *Probele, mijloacele de probă și procedeele probatorii. Măsurile preventive și alte măsuri procesuale. Acte procesuale și procedurile comune*, articolul susținut în cadrul Conferinței internaționale - *Noua legislație penală. Tradiție, recodificare, reformă, progres juridic*, vol. I, Editura Universul Juridic, București, 2012

[1] A. Fanu-Moca, C. Roşu, *op. cit.,* p. 97.

Divulgarea informațiilor secrete de serviciu sau nepublice (art. 304 NCP)

*Drd. av. Gabriel **GURITA***

Abstract: *Noul Cod Penal reglementează în mod autonom Divulgarea informațiilor secrete de serviciu sau nepublice în economia art. 304, infracțiunea neavând însă un caracter de noutate prin prisma conținutului său întrucât dispoziții penale anterioare sancționau aducerea la cunoștința publicului, în mod nelegal, a informațiilor de acest gen. Astfel, art. 298 din Codul penal anterior incrimina divulgarea secretului economic iar art. 20 din Legea nr. 682/2002 privind protecția martorilor reglementa divulgarea identității martorului protejat. Cu toate acestea, noua formulare a art. 304 din NCP poate genera controverse în interpretare atât cu privire la subiectul activ al infracțiunii cât și cu privire la înțelesul sintagmei divulgarea fără drept a acelor informații ce au caracter secret de serviciu sau nepublic.*

Cuvinte cheie: *divulgare, informații secrete de serviciu, informații nepublice*.

Intrarea în vigoare la data de 01 februarie 2014 a noului Cod Penal impune analiza noilor reglementări în materie, așa cum au fost acestea abordate de legiuitor, atât pentru cunoașterea temeinică a conținutului constitutiv al noilor infracțiuni cât și pentru identificarea carențelor legislative din norma de incriminare cu scopul înlăturării pe viitor a acestora.

Actualul Cod Penal, în conținutul titlului V *Infracțiuni de corupție și de serviciu* reglementează aceste categorii de fapte penale printr-o abordare distinctă în cele două capitole care îl compun, spre deosebire Codul Penal din 1969 care aborda în inițial aceste infracțiuni în conținutul unui singur capitol intitulat *Infracțiuni de serviciu* sau în legătura cu serviciul. Modificări ulterioare ale Codului Penal din 1969 au abordat acest gen de infracțiuni fie la categoria infracțiunilor contra libertății persoanei, fie la categoria infracțiunilor la regimul stabilit pentru anumite activități economice sau în anumite legi speciale.

Capitolul II al titlului V din actualul Cod Penal este destinat normelor de incriminare care au că obiect juridic general relații sociale referitoare la buna desfășurare a atribuțiunilor de serviciu, între acestea regăsindu-se și infracțiunea Divulgarea informațiilor secrete de serviciu sau nepublice prevăzută de art. 304 constând în forma de bază a acesteia, formă atenuată și formă agravată.

Cadru legal

Potrivit normei de incriminare din art. 304 actualul Cod penal, *(1) Divulgarea, fără drept, a unor informaţii secrete de serviciu sau care nu sunt destinate publicităţii, de către cel care le cunoaşte datorită atribuţiilor de serviciu, dacă prin aceasta sunt afectate interesele sau activitatea unei persoane, se pedepseşte cu închisoare de la 3 luni la 3 ani sau cu amendă.*

(2) Divulgarea, fără drept, a unor informaţii secrete de serviciu sau care nu sunt destinate publicităţii, de către cel care ia cunoştinţă de acestea, se pedepseşte cu închisoare de la o lună la un an sau cu amendă.

(3) Dacă, urmare a faptei prevăzute în alin. (1) şi alin. (2), s-a săvârşit o infracţiune împotriva investigatorului sub acoperire, a martorului protejat sau a persoanei incluse în Programul de protecţie a martorilor, pedeapsa este închisoarea de la 2 la 7 ani, iar dacă s-a comis cu intenţie *o infracţiune contra vieţii, pedeapsa este închisoarea de la 5 la 12 ani.*

Modalitatea de concepere a textului de incriminare corelată cu abrogarea Codului Penal din 1969 odată cu intrarea în vigoare a noului Cod Penal ne conduce la concluzia că legiuitorul a urmărit sintetizarea mai multor norme juridice cu aplicare în sfera relațiilor de serviciu în conținutul unei reglementări unice. Observația se impune întrucât legislația anterioară incrimina comunicarea unor informații ce nu erau destinate publicității atât prin art. 196 intitulat *Divulgarea secretului profesional* cât și prin art. 298 denumit *Divulgarea secretului economic.*

De asemenea, art. 20 din Legea 682/2002 privind protecția martorilor incrimina până la momentul abrogării explicite odată cu intrarea în vigoare a Codului penal actual, divulgarea informațiilor care puteau conduce la identificarea martorului protejat.[1]

Deși aparent acesta este un beneficiu considerabil, înlăturându-se astfel multitudinea normelor juridice specifice precum și incriminările în acte normative distincte, există totuși posibilitatea unor dificultăți în interpretarea și aplicarea textului în practica judiciară, aspecte pe care le vom aborda în cele ce urmează.

Obiectul infracţiunii

Infracțiunea prevăzută de art. 304 din noul Cod penal are un <u>obiect juridic special</u> constând în relațiile juridice referitoare la desfășurarea activității de serviciu care nu este compatibilă cu divulgarea informațiilor de serviciu sau nepublice. Comunicarea către alte persoane a acestor categorii de informații, pe de o parte, stânjenește libertatea persoanei prejudiciind-o în acest fel[2], pe de alta parte, poate periclita buna desfășurare a unor activităţi sociale.

Întrucât acțiunea de divulgare aduce atingere libertății persoanei sau bunei desfășurării a unei activităţi legale aceasta nu are <u>obiect material.</u>

Subiecţii infracţiunii

<u>Subiectul activ</u> al infracțiunii prevăzute de art. 304, în varianta alin. (1) și anume în forma de bază a acesteia, este unul circumstanțiat în sensul că acesta nu poate fi decât un funcționar public în sensul dispozițiilor art. 175 din noul Cod penal. Un articol subsecvent normei juridice precizate și anume art. 308 din actualul Cod penal arată că putând fi subiect activ al acestei infracțiuni și *persoana care exercită, permanent ori temporar, cu sau fără remuneraţie, o însărcinare de orice natură în serviciul unei persoane fizice dintre cele prevăzute de art. 175 alin. (2) ori în cadrul oricărei persoane juridice.*

---

[1] Legea nr. 682/2002 privind protecția martorilor modificată prin Legea nr. 187/2012 privind punerea în aplicare a noului Cod penal.

[2] Alexandru Boroi, *Drept penal. Partea specială - conform noului Cod penal*, Ed. C.H. Beck, Bucureşti 2011, p. 426.

În varianta alineatului 2 subiectul activ nu mai este unul circumstanțiat, putând fi orice persoană.

Subiectul pasiv al infracțiunii poate fi individualizat în raport de valoarea ocrotită respectiv lezată la momentul divulgării informației secret de serviciu sau nepublică.

Așadar, dacă prin divulgare s-a adus atingere libertății unei persoane, subiectul pasiv poate fi orice persoană astfel vătămată. Din acesta perspectivă, reglementarea anterioară prin dispoziția art. 196 Cod penal din 1969 care incrimina divulgarea secretului profesional și permitea potrivit art. 196 alin. (3) împăcarea părților era una mai permisivă în raport de reglementarea actuală care nu da posibilitatea încetării procesului penal în această modalitate[1].

În cazul formei agravate subiectul pasiv este circumstanțiat fiind necesar ca acesta să îndeplinească una dintre calitățile enumerate în art. 304 alin. (3) din noul Cod penal.

Apreciem că potrivit formulării noii reglementări poate avea calitatea de subiect pasiv al infracțiunii și statul situație posibilă în cazul în care funcționarul sau orice persoană care ia cunoștință despre acte și proceduri din cadrul urmării penale, divulgă aceste informații în detrimentul bunei desfășurări a cercetărilor în această fază a procesului penal, atunci când titularul acțiunii penale este statul.

Conținutul textului art. 304 din noul Cod penal din perspectiva analizei subiectului activ cât și a subiectului pasiv suscită deja discuții în rândul practicienilor dreptului întrucât, potrivit aprecierilor marii majorități a avocaților apărătorul nu poate fi subiect al infracțiunii, neavând calitatea de funcționar public.

În susținerea acestui punct de vedere se arată faptul că infracțiunea analizată se regăsește în capitolul destinat infracțiunilor de serviciu ce au ca obiect juridic general tocmai relații sociale referitoare la buna desfășurare a atribuțiunilor de serviciu, actul apărării neîncadrându-se în sfera unor astfel de atribuțiuni. Totodată, un alt argument îl constituie modificarea adusă și Legii 51/1995 privind exercitarea profesiei de avocat care la art. 37 alin. (1) arată că *in exercitarea profesiei avocaţii sunt ocrotiţi de lege, fără a putea fi asimilaţi funcţionarului public, cu excepţia situaţiilor în care atestă identitatea părţilor, a conţinutului sau datei unui act, precum şi a atribuţiilor exercitate în calitate de membru în organele de conducere a profesiei.*[2] Potrivit textului precizat avocatul nu este asimilat funcționarului public în sensul art. 304 din actualul Cod penal și, în consecință, nu poate fi subiect activ al infracțiunii.

În opinia noastră, avocatul poate fi subiect al acestei infracțiuni dar, cel mai probabil numai în forma sa atenuată prevăzută de art. 304 alin. (2) din noul Cod penal, tocmai ca o consecință a excluderii explicite a avocatului din categoria funcționarilor publici, așa cum am arătat mai sus. Situația poate fi posibilă, apărătorul inculpatului putând fi subiect activ al acestei infracțiuni atunci când aduce la cunoștință altor persoane aspecte privitoare la datele din fază de urmărire penală. Apreciem că opina aceasta se impune și în contextul reglementării de la art. 94 alin. (5) din noul Cod de procedura penală în care se arată că *în cursul urmăririi penale, avocatul are obligaţia de a păstra confidenţialitatea sau secretul datelor şi actelor de care a luat cunoştinţă cu ocazia consultării dosarului*[3]. Obligația se referă numai la faza urmăririi penale și, credem noi, exclude posibilitatea aducerii la cunoștință clientului a tuturor datelor și actelor de care

[1] Codul penal din 1969.

[2] Legea 51/1995 privind exercitarea profesiei de avocat modificată prin Legea nr.187/2012 privind punerea în aplicare a noului Cod penal.

[3] Noul Cod de procedură penală intrat în vigoare la data de 1 februarie 2014.

s-a luat la cunoştinţă, atunci când acesta din urmă nu a participat alături de apărătorul sau la consultarea cauzei.

În această ultimă situaţie supusă analizei apreciem că subiect pasiv al infracţiunii este statul întrucât prin divulgarea datelor şi actelor de care avocatul a luat la cunoştinţă a împiedicat buna desfăşurare a urmăririi penale, activitate desfăşurată de procuror.

Apreciem justificat raţionamentul mai sus enunţat cu atât mai mult cu cât art. 285 alin. (2) din noul Cod de procedura penală arată că *procedura din cursul urmăririi penale este nepublica*. Obligaţia de a nu divulga date din dosar ulterior finalizării urmăririi penale poate fi impusă doar de regulile de confidenţialitate dintre client şi avocat, ceea ce presupune că dacă există acordul primului, informaţiile pot fi aduse şi la cunoştinţa publicului, cu atât mai mult cu cât una dintre regulile ce guvernează fază de judecată în procesul penal român este regulă publicităţii şedinţei de judecată.

Conţinutul infracţiunii

Latura obiectivă

Elementul material constă în acţiunea de aducerea la cunoştinţa altor persoane a acelor informaţii care au caracter de secret de serviciu sau nepublic. Comunicarea informaţiilor trebuie să se realizeze cu întrunirea simultană a două condiţii esenţiale.

Aşadar, divulgarea trebuie făcută *fără drept* aspect ce presupune că nu există acceptul sau consimţământul titularului dreptului ocrotit sau nu există o îndatorire legală de a prezenţa informaţiile către alte persoane.

Deşi aparent noţiunea de *divulgare fără drept* a unor informaţii secret de serviciu sau nepublice nu ar fi susceptibilă de interpretări, în practică pot apărea situaţii care pot crea dificultăţi de interpretare. Astfel de situaţii se pot ivi atunci când printr-o dispoziţie de drept penal substanţial se deroga de la o altă dispoziţie de drept substanţial născându-se astfel un conflict între două norme juridice distincte. În acest context, o normă juridică poate obliga la denunţarea faptei penale cunoscute, iar o altă normă juridică obligă aceeaşi persoană la păstrarea secretului profesional privitor la datele şi informaţiile de care a luat cunoştinţă în exercitarea funcţiei sau profesiei. Problematica este una foarte sensibilă întrucât persoana poate invocă atât dispoziţia legală care îl obligă la confidenţialitate atunci când nu denunţă fapta cât şi pe cea care incriminează nedenunţarea atunci când divulgă secretul profesional. Persoana poate fi pusă aşadar în situaţia de a alege care dintre cele două fapte penale să o săvârşească pentru a evită comiterea alteia[1]. Teoria şi practica judiciară atât cea din ţară cât şi cea a altor state nu au dat un răspuns lipsit de echivoc la problema arătată, singura concluzie a prezentului studiu constând în aceea că în lipsa unor prevederi penale explicite întotdeauna alegerea uneia sau alteia dintre conduite rămâne la libera apreciere a persoanei aflată în această situaţie.

Deopotrivă se impune ca faptă să fie de natură a afecta interesele unei persoane. Neîntrunirea cumulativă a acestor condiţii are că şi consecinţă imposibilitatea sancţionării.

Deşi legiuitorul a prevăzut existenţa acestor două condiţii doar la alin. (1), întrucât aceasta este forma de bază a infracţiunii, ele trebuiesc întrunite şi pentru forma atenuata de la alin. (2) precum şi pentru forma agravata de la alin. (3).

Urmarea imediată constă în lezarea intereselor persoanei sau a activităţii acesteia.

[1] Alexandru Boroi, *Drept penal. Partea generală - conform noului Cod penal*, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2010, p. 256.

Legătura de cauzalitate rezultă din materialitatea faptei fără a fi necesară dovedirea ei.

Latura subiectivă a infracţiunii presupune săvârşirea infracţiunii cu forma de vinovăţie a intenţiei directe, prevăzând că prin acţiunea de divulgare va aduce atingere intereselor persoanei, urmare pe care a urmărit-o şi a acceptat-o. Infracțiunea există numai dacă persoana care a dezvăluit informațiile cunoștea caracterul secret de serviciu sau nepublic al acestora.

Actele premergătoare şi tentativa sunt posibile însă nu sunt încriminate de lege.

Modalităţi şi sancţiuni

Forma tip a infracțiunii este prevăzută la art. 304 alin. (1) din noul Cod penal, aspectele ce conturează infracțiunea fiind comune și celorlalte două forme de incriminare. Sancțiunea este închisoare de la 3 luni la 3 ani sau amendă.

Forma atenuată este prevăzută de art. 304 alin. (2) având toate elementele formei de bază cu singura diferență că subiectul pasiv poate fi orice persoană. Pedeapsa prevăzută de lege este cuprinsă între o luna și un an sau amendă.

Forma agravată are în vedere calitatea specială a subiectului pasiv în sensul că acesta este un investigator sub acoperire, un martor protejat sau o persoană inclusă în Programul de protecție al martorilor.

Martorul protejat este martorul, membrii familiei sale şi persoanele apropiate acestuia incluse în Programul de protecţie a martorilor, conform prevederilor Legii 682/2002 privind protecția martorilor. Potrivit aceluiaşi act normativ membrii de familie ai martorului protejat sunt soţul sau soţia, părinţii şi copiii acestuia iar persoana apropiată martorului protejat este persoana de care respectivul martor este legat prin puternice legături afective[1].

Persoana inclusă în Programul de protecție al martorilor este potrivit art. 4 alin. (2) din Legea nr. 682/2002 o persoană care are, într-o altă cauză, calitatea de organizator ori conducător de grup sau organizaţie criminală, instigator ori autor al infracţiunii de omor, omor calificat sau omor deosebit de grav.

Legiuitorul nu a inclus în acesta categorie și colaboratorii cu o altă identitate decât cea reală și informatorii, prin prezentul studiu apreciind că s-ar impune completarea normei de incriminare în acest sens.

Prima variantă a formei agravate se realizează atunci când, ca urmare a faptei prevăzute în alin. (1) și alin. (2), s-a săvârșit o infracțiune împotriva subiectului pasiv calificat la alin. (3), pedeapsa fiind în această situație închisoarea de la 2 la 7 ani.

A două variantă a formei agravate este realizată când, de asemenea, urmare a faptei prevăzute la alin. (1) și alin. (2), s-a comis cu intenție o infracțiune contra vieții aceluiași subiect pasiv circumstanțiat. Pentru această situație pedeapsă este închisoare de la 5 la 12 ani.

Din analiza art. 304 alin. (1), alin. (2) ai alin. (3) din actualul Cod penal observăm că deși legiuitorul stabilește o pedeapsă semnificativ redusă pentru săvârșirea infracțiunii în forma atenuată în raport de pedeapsa stabilită pentru săvârșirea infracțiunii în forma sa de bază, diferența sub aspectul limitelor de pedeapsă nu o mai regăsim în situația formei agravate.

Apreciem că o distincție legală s-ar impune prin modificarea art. 304 alin. (3) din actualul Cod penal tocmai pentru înlăturarea arbitrariului în aplicarea sancțiunilor de

[1] Legea nr.682/2002 privind protecţia martorilor modificată prin Legea nr.187/2012 privind punerea în aplicare a noului Cod penal.

către instanță. Astfel, dacă legiuitorul a stabilit limite de pedeapsă pentru forma atenuată cuprinse între o luna şi un an sau amendă iar pentru săvârşirea infracțiunii în forma sa de bază, având în vedere calitatea specială de funcționar a subiectului activ limite de pedeapsă între trei luni şi 3 ani sau amendă, pentru infracțiunea în forma sa de bază considerăm util că printr-o completarea a textului alin. (3) să se distingă între fapta prevăzută de alin. (1) și fapta prevăzută la alin. (2), ambele cu urmările precizate de alin. (3), aplicând regula proporționalității sancțiunii penale.

De altfel, legiuitorul a diferențiat pedeapsa în raport de subiectul activ al infracțiunii, aplicând regula proporționalității dar numai în ceea ce privește alin. (1), alin. (2), precum şi situația expres arătată la art. 308 din actualul Cod penal, din conținutul căruia se desprinde ideea că limitele pedepsei sunt reduse cu o treime dacă faptele sunt săvârşite de către persoane ce exercită o însărcinare în serviciul unei persoane prevăzute la art. 175 alin. (2)[1].

În lipsa unei precizări în text, în sensul completării analizate, se poate ajunge la situația în care faptă prevăzută de art. 304 alin. (3) teza 1 sau teza 2, săvârşită în condițiile precizate de art. 308 din noul Cod penal să fie sancționată prin reducerea limitelor de pedeapsă cu o treime, acesta în care subiectul activ este în mod evident unul special, având calitatea prevăzută în art. 308 alin. (1), în vreme ce aceeaşi faptă săvârşită de orice altă persoană dar care nu are calitatea de subiect activ circumstanțiat să fie sancționată avându-se în vedere limitele de pedeapsă nereduse indicate la art. 304 alin. (3).

Soluția prevăzută la acest moment de textul de incriminare este criticabilă din această perspectivă întrucât se impune ca legiuitorul să sancționeze mai sever săvârşirea unei infracțiuni de către subiectul activ circumstanțiat şi mai puțin sever faptă săvârşită de o persoană fără o calitate specială, distincție regăsită de altfel în orice alt text de incriminare.

Concluzionând, reglementarea infracțiunii prevăzute de art. 304 din noul Cod penal, în noua viziune a legislației penale, însumează toate normele juridice de incriminare anterioare cu referire la divulgarea informațiilor secret de serviciu sau nepublice, textul actual impunând completări în vederea lămuririi aspectelor echivoce.

Bibliografie

1. Boroi Alexandru, Drept penal. Partea specială - conform noului Cod penal, Editura C.H. Beck, București, 2011.
2. Boroi Alexandru, Drept penal. Partea generală - conform noului Cod penal, Editura C.H. Beck, București, 2010.
3. Codul penal din 1969
4. Legea nr. 682/2002 privind protecția martorilor modificată prin Legea nr.187/2012 privind punerea în aplicare a noului Cod penal
5. Legea nr. 51/1995 privind exercitarea profesiei de avocat modificată prin Legea nr. 187/2012 privind punerea în aplicare a noului Cod penal
6. Legea nr. 682/2002 privind protecția martorilor modificată prin Legea nr.187/2012 privind punerea în aplicare a noului Cod penal
7. Noul Cod de procedură penală intrat în vigoare la data de 1 februarie 2014
8. Noul Cod penal intrat în vigoare la data de 1 februarie 2014

[1] Noul Cod penal intrat in vigoare la data de 1 februarie 2014.

Infracţiunile contra patrimoniului – condiţii preexistente

Dorel ***ANDRAS****

Condiţiile preexistente săvârşirii infracţiuni se situează în timp anterior actelor de executare a săvârşirii infracţiuni şi ele pot fi definite ca fiind preexistente acelei fapte, concomitente cu săvârşirea infracţiunii şi subsecvente comiterii faptei penale.

Astfel, legea penală caracterizează infracţiunea ca fiind fapta prevăzută de legea penală, săvârşită cu vinovăţie, nejustificată şi imputabilă persoanei care a săvârşit-o. Valorile sociale ocrotite de normele dreptului penal sunt: suveranitatea, independența, unitatea şi indivizibilitatea statului, persoana, drepturile şi libertăţile acesteia, proprietatea, precum şi ordinea de drept.

În dreptul penal, valorile şi relaţiile sociale ce sunt ocrotite împotriva infracţiunilor, devin obiect al infracţiunilor, iar, după gradul mai întins ori mai restrâns de relaţiile sociale cu valoarea socială ocrotită, sunt caracterizate trei feluri de obiecte alea actului juridic:

1. Un obiect juridic generic
2. Al doilea ar fi un obiect juridic specific - special
3. Iar al treilea este obiectul juridic material direct şi nemijlocit

Obiectul juridic generic prin clasificarea infracţiunilor, cuprinse în partea specială, infracţiunile sunt structurate în 12 titluri, astfel: Titlul I: Infracţiuni contra persoanei; Titlul II: Infracţiuni contra patrimoniului; Titlul III: Infracţiuni privind autoritatea şi frontierele de stat; Titlul IV: Infracţiuni contra înfăptuirii justiţiei; Titlul V: Infracţiuni de corupţie şi de serviciu; Titlul VI: Infracţiuni de fals; Titlul VII: Infracţiuni contra siguranţei publice; Titlul VIII: Infracţiuni care aduc atingere unor relaţii privind convieţuirea socială; Titlul IX: Infracţiuni electorale; Titlul X: Infracţiuni contra securităţii naţionale; Titlul XI: Infracţiuni contra capacităţii de luptă a forţelor armate; Titlul XII: Infracţiuni de genocid, contra umanităţii şi de război.

În ceea ce priveşte infracţiunile contra patrimoniului, obiectul juridic generic este caracterizat de relaţiile sociale prin a căror formare, desfăşurare şi dezvoltare sunt apărate drepturile asupra patrimoniului, respectiv drepturile reale cu privire la bunuri, dreptul persoanei fizice de a dispune de bunurile sale după bunul său plac, cât şi a se menţine proprietatea bunului în patrimoniul persoanei fizice sau juridice. În cadrul acestui obiect juridic putem vorbi inclusiv de o subdiviziune a acestor infracţiuni, subdiviziune caracterizată de omogenitatea acestor infracţiuni, sistematizată în 5 capitole, astfel: Capitolul I: Furtul; Capitolul II: Tâlhăria şi pirateria; Capitolul III: Infracţiuni contra patrimoniului prin nesocotirea încrederii; Capitolul IV: Fraude comise prin sisteme informatice şi mijloace de plată electronice; Capitolul V: Distrugerea şi tulburarea de posesie.

Obiectul juridic specific sau special este definit ca fiind valoarea socială concretă căreia i se aduce atingere, infracţiune care săvârşită, determina individualităţile care o încadrează în cadrul acelui grup. Aceste relaţii se nasc şi se dezvoltă în legătură cu valoarea socială ocrotită de norma de drept în cadrul grupului din care face parte,

* Avocat-Baroul Hunedoara, doctorand la ULIM Chişinău – Republica Moldova.

raportată la subdiviziunea de care aparţine, şi prin ea sunt aparate valorile sociale particulare şi personale a persoanei fizice sau juridice.

Există şi infracţiuni complexe, care au un obiect juridic complex, având cel puţin două valori ocrotite de normele penale şi care pentru a se consuma, trebuie prin acţiunea infractorului să fie lezate ambele valori aparate şi ocrotite de legea penală.

În cazul când valorile sociale ocrotite sunt concomitente cu ocrotirea relaţiilor patrimoniale, ocrotirea patrimoniului va deveni obiect juridic principal al infracţiunii, iar ocrotirea relaţiilor sociale apărate prin norma dreptului va deveni un obiect juridic secundar.

Obiectul juridic material direct şi nemijlocit este caracterizat în general ca fiind lucrul, bunul sau persoana fizică contra căreia s-a îndreptat acţiunea sau inacţiunea incriminată şi prin care a fost pusă în primejdie ori a fost vătămată o altă persoană fie ea fizică sau juridică.

Infracţiunile contra patrimoniului au un obiect juridic material, fiind infracţiuni de rezultat, dar, în definirea altor infracţiuni, cum sunt cele a căror valoare socială este încorporată într-un lucru sau persoana, ele au doar obiect juridic, fiind infracţiuni de pericol.

Valoarea socială ocrotită şi apărată de normele dreptului, cum sunt faptele contra patrimoniului, obiectul material îl constituie tocmai bunul public sau privat, indiferent dacă acesta este un bun mobil sau imobil, bun asupra căruia a fost îndreptată acţiunea făptuitorului. În practica judiciară, nu interesează de multe ori proprietatea bunului, ci dreptul penal a înţeles să incrimineze orice fapte prin care se aduce atingere posesiei bunurilor aflate la o persoană. Ceea ce interesează este dacă bunul respectiv în momentul comiterii faptei, se află în patrimoniul persoanei fizice sau juridice. Există o derogare de la acest principiu, când bunul deşi a fost în posesia unei persoane, el a ieşit din posesia acesteia, şi a ajuns în posesia altei persoane, respectiv infracţiunea prevăzută de art. 243 Cod penal, respectiv infracţiunea de însuşire a bunului găsit sau ajuns din eroare la făptuitor, prin care, conform punctului 2, simpla însuşire prin găsirea unui bun şi nepredarea lui autorităților, într-un termen prevăzut de lege, este sancționată ca infracţiune.

Infracţiunile contra patrimoniului presupun existenţa unei situaţii de fapt, respectiv atât în ceea ce priveşte persoana părţii vătămate, valorile sociale ocrotite de lege, bunurile care se află asupra părţii vătămate sau care sunt în grija acestuia, precum şi acţiunea sau inacţiunea făptuitorului, acţiune sau inacţiune dependentă de făptuitor, prin care, datorită comportării făptuitorului, atrage consecinţe juridice de natură penală, şi prin care s-a creat asupra părţii vătămate o degradare a bunului, o lipsirea de folosinţă faţă de bunul respectiv, de aducerea a acestui bun în stare de neîntrebuinţare, sau pierderea proprietăţii acestuia, toate acestea fiind obligatoriu ca natura faptelor făptuitorului să fie regăsite în normele de incriminare a dreptului penal.

Pentru că fapta să constituie infracţiune, obiectul material trebuie lezat în substanţa lui, dar, lipsa obiectului materiala de la locul unde făptuitorul credea că se afla va face ca fapta să nu fie încadrată ca infracţiune consumată, ci încadrată că tentativa la acea infracţiune.

Încadrarea juridică a infracţiuni este importantă raportat la pedepsirea faptei penale de care se face vinovat persoana făptuitorului, ea fiind expresia materială a valorii sociale ocrotite de normele de incriminare penale, cât şi raportat la gravitatea faptei care este un criteriu de individualizare a faptei penale.

Un alt criteriu de definire a condiţiilor preexistente săvârşirii faptei, îl constituie subiecţii infracţiunii, subiecţi ai infracţiuni care pot fi definiţi în două categorii:

1. Un subiect activ
2. Un subiect pasiv

Subiectul activ al infracţiuni poate fi definită ca persoana care săvârşeşte efectiv infracţiunea, necontând dacă infracţiunea este una consumată sau ea a fost săvârşită doar în modalitatea tentativei.

În consumarea infracţiunii sau chiar în varianta tentativei, subiecţii activi ai infracţiuni pot avea calitatea de autori, instigatori sau complici.

Calitatea de autori o au toate persoanele care înţeleg să săvârşească această infracţiune şi participa în mod direct la consumarea ei.

Instigatorii sunt toţi acei infractori care, deşi nu participă direct la săvârşirea infracţiuni, prin vorbe, metode de comunicare sau alte metode de constrângere duc şi induc altor peroane ideea săvârşirii de infracţiuni, persoane care în urma acestor fapte săvârşesc infracţiunile penale la care au fost instigaţi.

Complicii pot fi definiţi ca făptuitorii datorită cărora autorii principali ajutaţi de aceşti complici, săvârşesc fapte penale şi ajută la săvârşirea de fapte penale.

Cerinţele esenţiale pe care trebuie să le îndeplinească orice subiect activ pot fi caracterizate astfel:

- persoana care săvârşeşte infracţiunea trebuie să fie una fizică; astfel, nu poate fi subiect al infracţiunilor contra patrimoniului persoana juridică;
- făptuitorul trebuie să aibă o anumită vârstă; legea prevede pentru infracţiunile contra patrimoniului ca făptuitorul să aibă împlinită o anumită vârstă la data comiterii faptei;
- făptuitorul să aibă responsabilitatea faptelor sale, având discernământul şi libertatea de voinţă şi acţiune; dacă o persoană nu are responsabilitatea faptelor, fiind lipsită de discernământ, nu poate fi vorba de o prevedere a consecinţelor penale la care se expune, astfel că şi asumarea faptelor sale nu poate fi una cu caracter juridic; când, de asemenea, nu există o libertate de acţiune şi voinţă a faptelor pe care le-a săvârşit persoană făptuitorului, nu poate fi vorba de răspundere penală, atâta timp cât poate a fost constrâns să facă ceea ce a făcut, sau i s-a impus să facă prin lipsirea lui de voinţă la săvârşirea acestor fapte.

Există şi o prevedere expresă care spune că infractorul, la săvârşirea anumitor infracţiuni, trebuie să aibă o anumită calitate, respectiv cea de funcţionar, în cazul infracţiunilor de delapidare. În acest caz în afara condiţiilor generale pe care trebuie să le îndeplinească făptuitorul trebuie să aibă şi acea condiţie specială de funcţionar.

În cazul anumitor infracţiuni, atât autorul, cât şi coautorii, instigatorii sau complicii trebuie să aibă aceleaşi calităţi.

Există şi situaţii când la aceste infracţiuni contra patrimoniului poate fi vorba de o participaţie improprie, sens în care instigatorul sau complicele atrag persoana autorului la săvârşirea acelei fapte penale, autorul săvârşind acea infracţiune din culpă sau fără vinovăţie.

În cazul subiectului pasiv, intitulată şi generic persoană vătămată, aceasta este caracterizată ca fiind persoana fizică sau juridică asupra căreia se răsfrânge activitatea infracţională, cu urmările imediate, caracterizate de starea de pericol atât a persoanei fizice sau juridice, cât şi a consecinţelor faptelor penale la care a fost expusă victima, cât şi normele de drept penal.

Infracţiunile contra patrimoniului au ca subiect de drept, orice persoane fizice sau juridice, chiar şi statul.

În cazul subiecţilor de drept persoane fizice sau juridice, aceste persoane trebuie să fi suferit personal consecinţa faptelor penale ale subiecţilor activi ai infracţiuni, şi prin urmare să li se fi produs un prejudiciu în urma acestor fapte.

Există şi situaţia când bunurile să fie proprietate publică, în acest caz subiect pasiv al infracţiuni fiind statul român, prin instituţiile sale abilitate în drept, respectiv instituţiile publice sau regiile autonome care au primit spre administrare sau concesionare bunuri proprietate publică.

Există şi o situaţie specială, când subiectul pasiv trebuie să aibă o calitate specială, cum era cel prevăzut din vechiul cod penal la art. 210 respectiv furtul între soţi, rude sau persoane care locuiesc împreună, unde subiectul pasiv trebuia să aibă calitatea de soţ, rudă sau persoana care locuieşte împreună cu subiectul activ.

Există şi infracţiuni complexe, cum sunt cele de tâlhărie şi piraterie, când, prin aducerea atingerii unor valori, subiectul pasiv a fost lezat atât ca persoană prin violenţele pe care le suportă prin acţiunile făptuitorului, cât şi ca patrimoniu, suferind un prejudiciu material prin acţiunile acestuia.

Conţinutul constitutiv al infracţiunilor contra patrimoniului este definit în doctrina penală sub două aspecte, respectiv o latură obiectivă şi o latură subiectivă.

Conţinutul acestei infracţiuni cuprinde condiţiile cerute de lege cu privire la actul de conduită interzis pe care le săvârşeşte făptuitorul, ori prin care acestea devin evidente şi relevante prin săvârşirea lor. Acţiunea făptuitorului interzisă prin normele de drept penal este conţinută în doctrina penală sub două aspecte: prima menţionată ca o latură obiectivă şi a doua având o latură subiectivă.

Latura obiectivă a acestei norme penale cercetează infracţiunea şi o caracterizează ca fiind o normă de incriminare privitoare la actul de conduită necesar pentru existenţa infracţiunii. Latura obiectivă are în vedere în examinarea infracţiunii trei componente esenţiale, şi respectiv: elementul material; urmarea imediată şi legătura de cauzalitate.

Elementul material al laturii obiective este caracterizat ca fiind actul de conduită interzis prin norma de incriminare, raportată la acţiunea sau inacţiunea făptuitorului.

Prin acţiune se înţelege ceva ce făptuitorul face şi săvârşeşte, iar ceea ce face acesta este interzis prin normele de drept penal.

Inacţiunea acestuia este exact contrariul acţiunii, respectiv fapta făptuitorului care se abţine să săvârşească o acţiune, inacţiune pe care legea o incriminează, şi prin inacţiunea sa încalcă o normă de drept penal, săvârşind în acest fel o infracţiune.

În cazul infracţiunilor îndreptate împotriva patrimoniului, acţiunea făptuitorului este îndreptată prin acţionarea acestuia în sfera penalului, făcând un act material interzis de lege, respectiv: să ia un bun mobil din posesia unei persoane, să-şi însuşească un bun sau o altă valoare de bani ce se află în administrarea sa, să distrugă un bun, să ocupe în tot sau în parte un imobil aflat în posesia unei alte persoane.

Ca element material, inacţiunea făptuitorului constă tocmai în a se abţine să facă ceea ce legea îl obliga să facă, acest aspect fiind caracterizat la infracţiunile îndreptate împotriva patrimoniului ca fiind: nerestituirea bunului şi reţinerea lui, deşi acel bun aparţine altei persoane; nepredarea unui bun găsit şi reţinerea acestuia în posesia sa.

În cadrul infracţiunilor îndreptate împotriva patrimoniului, elementul material are un conţinut alternativ, el fiind prevăzut spre exemplu în infracţiunea de tăinuire: primirea, dobândirea, transformarea ori înlesnirea valorificării unui bun, art. 270 cod penal.

Putem considera şi putem face o grupare a acestor infracţiuni în trei categorii, aşa cum şi doctrina penală le caracterizează: prima categorie fiind catalogată prin fapte de sustragere, realizată şi definită prin infracţiuni de furt, tâlhărie, piraterie etc.; a doua categorie fiind faptele penale realizate prin fraudă şi aceasta caracterizată prin infracţiuni de gestiune frauduloasă, abuz de încredere, înşelăciune etc.; iar a trei şi ultima categorie caracterizată prin fapte de samavolnicie, acestea fiind infracţiuni cum sunt distrugerea şi tulburarea de posesie.

Urmarea imediată a faptelor pe care le realizează făptuitorul, lezarea valorilor sociale apărate de legea penală, concretizate prin urmări imediate şi care conduc la un rezultat material sau la o stare de pericol. Faţă de această definiţie concretizată în doctrina penală, putem cataloga infracţiunile ca unele fiind infracţiuni materiale sau de rezultat, acestea având un rezultat concret, iar altele fiind infracţiuni de pericol sau formale.

Infracţiunile contra patrimoniului, faţă de această catalogare, şi faţă de împrejurarea că ele produc o pagubă în patrimoniul unei persoane fizice sau juridice, putem spune că ele sunt unele de rezultat, rezultatul concret al faptelor penale ale făptuitorului duc la pagubă produsă în detrimentul persoanei vătămate.

Între acţiune sau inacţiune trebuie să existe o legătură de cauzalitate, elementul material constituind cauza iar urmarea imediată constituind efectul faptei penale.

Infracţiunile contra patrimoniului fiind infracţiuni materiale, legătura de cauzalitate trebuie dovedită. Există infracţiuni la care legătura de cauzalitate între acţiunea făptuitorului şi rezultatul faptei sale, cum este infracţiunea de distrugere, concretizată prin însuşi fapta făptuitorului care realizează acea infracţiune, nu mai trebuie dovedită, ci, prin materialitatea faptei inculpatului duce şi la realizarea în concret a infracţiunii în esenţa sa.

În cazul infracţiunilor complexe, când un act material al făptuitorului legat de o conduită a acestuia şi de un alt act ulterior, exemplu ar fi infracţiunea de tâlhărie, când fapta inculpatului de a aduce victima în stare de inconştienţă, ameninţă victima sau neputinţa de a se apăra, urmată de un act material de furt, prin care făptuitorul ia un bun aflat în posesia victimei, după ce a procedat aşa cum am arătat mai sus, duce la un complex de infracţiuni, acest complex trebuie să aibă o strânsă legătură de cauzalitate, şi în esenţă duce la încadrarea faptei acestei persoane ca fiind infracţiunea de tâlhărie.

În cazul când această legătură de cauzalitate nu există, fapta inculpatului nu poate fi încadrată că fiind o infracţiune de tâlhărie, iar fiecare faptă a acestuia fiind o infracţiune distinctă, ducând la sancţionarea separată a fiecărei fapte. Există posibilitatea ca o anumită faptă a inculpatului să fie prevăzută de legea penală nu ca un complex de infracţiuni, ci ca o circumstanţă agravantă, în acest caz legătura de cauzalitate fiind evidentă, doar în circumstanţierea faptei şi nu la încadrarea juridică.

Latura subiectivă este caracterizată ca fiind totalitatea condiţiilor cerute de lege cu privire la atitudinea conştiinţei şi voinţei făptuitorului, atât faţă de faptă, cât şi de urmările acesteia. Vinovăţia făptuitorului include atitudinea psihică a acestuia faţă de faptă şi urmările ei, având ca element secundar, mobilul acestei fapte şi scopul pentru care s-a realizat această faptă.

Vinovăţia, pentru a exista, trebuie să fie săvârşită în condiţiile cerute de lege. Ea are o acţiune directă, respectiv o intenţie directă în săvârşirea faptei penale, când făptuitorul urmăreşte producerea rezultatului faptei sale, acceptând consecinţele şi urmările acestei fapte. Deci, putem spune că făptuitorul urmăreşte şi acceptă rezultatul faptelor sale penale. În cazul când făptuitorul prevede rezultatul acţiuni sale, deşi nu o urmăreşte,

acceptă producerea ei, putem spune că ne aflăm în faţa unei intenţii indirecte, în acest fel fiind caracterizate infracţiunile de însuşire a bunului găsit.

Motivul pentru care făptuitorul realizează acele fapte penale, impulsul ce-l determină pe acesta să comită fapta penală, cunoaşterea mobilului pentru care se realizează acea infracţiune este necesară a fi cunoscută, raportat la cunoaşterea periculozităţii făptuitorului, adaptarea sancţiunilor penale faţă de acesta.

Raportat la infracţiunile îndreptate contra patrimoniului, dorinţa de îmbogăţire sau de a săvârşi un rău asupra unui bun sau patrimoniu al altei persoane, duce la caracterizarea mobilului sau motivului pentru care inculpatul realizează acea faptă penală.

Ca orice faptă, şi fapta penală săvârşită de inculpat are ca scop final un ţel ce-şi doreşte a-l atinge, presupunând reprezentarea ca scop final a acţiunii inculpatului pentru care se realizează acea faptă penală.

Infracţiunile contra patrimoniului au un scop final, ele fiind săvârşite cu intenţie, această cerinţă esenţială când făptuitorul a urmărit realizarea şi finalizarea acţiunilor sale, acceptând rezultatul faptelor pe care le săvârşeşte, necontând dacă în final a şi atins acel scop urmărit şi finalizat, elementul material îmbrăcând forma intenţiei directe, putem spune, calificate.

Scopul urmărit de inculpat în cazul infracţiunilor contra patrimoniului este acela de a-şi însuşi un bun aflat în posesia sau proprietatea altei persoane sau micşorarea patrimoniului sau masei bunurilor acelei persoane, acţiuni asupra căreia sunt îndreptate faptele sale.

Concluzii

Prezenta lucrare înţelege să prezinte în linii mari, consideraţiile de drept prin care infracţiunile contra patrimoniului, prevăzute ca un capitol distinct în codul penal, înţelege să incrimineze faptele penale ale făptuitorilor, fapte penale care urmăresc şi au ca scop direct acţiuni îndreptate nu atât asupra persoanei părţii vătămate cât acţiuni împotriva patrimoniului acestora, acţiuni prin care se tinde a se atenta la aceste bunuri, indiferent dacă aceste bunuri sunt bunuri ale unei persoane private sau unei persoane juridice. Acţiunile, inacţiunile făptuitorilor, legăturile de cauzalitate dintre aceste acţiuni sau inacţiuni, scopurile urmărite de inculpaţi şi finalitatea acestor fapte pe care aceştia le realizează duc atât la încadrarea juridică a faptei, cât şi la sancţionarea acţiunilor şi impulsurilor sub care aceştia au acţionat.

Bibliografie

1. BULAI COSTICĂ, Manual de drept penal, partea generală, Editura ALL Beck, 1997
2. BOROI ALEXANDRU, Drept penal, partea generală, Editura All Beck, 1999
3. BOROI ALEXANDRU, Drept penal, partea specială, Editura CH Beck, 2006
4. DANES ŞTEFAN, s. a, Codul penal, Editura Tempus 1995
5. DOBRINOIU VASILE, Drept penal, Editura Lumina Lex, 1997
6. NISTOREANU GHEORGHE s.a. Drept penal şi procesual penal, editura All Beck 2004
7. NARCIS GIURGIU, Drept penal general, Editura Sunset, 1997

Noul Cod penal în discuţia specialiştilor

dr. Adrian-Milutin ***TRUICHICI****

Abstract: *În cuprinsul articolului sunt analizate principalele modificări aduse legislaţiei penale. Sunt trecute în revistă atât aspectele pozitive ale noii legislaţii penale, cât şi unele aspecte discutabile.*

Cuvinte cheie: *noua legislaţie penală, elemente pozitive, elemente discutabile*

Se ştie că încă de la publicarea sa proiectul noului Cod penal a fost supus unor ample analize de către specialişti, formulându-se multiple propuneri de perfecţionare a dispoziţiilor proiectului.

Printre primele analize şi comentarii ale proiectului se situează studiul profesorului Ilie Pascu,preluat în volumul omagial „Studii juridice în onoarea prof. dr. George Antoniu, editura Hamangiu 2009".

După părerea sa proiectul face un pas înainte prin aceea că dă un înţeles mult mai larg noţiunii de „membru de familie". Astfel conform art. 176 din proiect (devenind 177 după intrarea în vigoare a noului Cod penal), prin „membru de familie"se înţelege: a) ascendenţii şi descendenţii, fraţii şi surorile, copiii acestora, precum şi persoanele devenite prin adopţie,potrivit legii, astfel de rude; b) soţul; c) persoanele care au stabilit relaţii asemănătoare acelora dintre soţi sau dintre soţi şi copii, în cazul în care convieţuiesc.

Înţelesul dat de proiect noţiunii de "membru de familie" vine să absoarbă integral în conţinutul său noţiunea de „rude apropiate", dar cuprinde în egală măsură şi persoanele care au stabilit legături asemănătoare acelora dintre soţi sau dintre părinţi şi copii, când aceştia convieţuiesc[1].

Soluţia consacrată de proiect în sensul lărgirii sferei conţinutului noţiunii de „membru de familie" îşi găseşte justificarea în realitatea vieţii sociale, unde se constată un număr relativ mare de cupluri care trăiesc în prezent în uniunea liberă, neexistând niciun motiv pentru a refuza acestora o protecţie penală similară cu cea acordată cuplurilor căsătorite[2].

Referitor la infracţiunea de viol, proiectul Codului penal renunţă să menţină în conţinutul agravat al acestei infracţiuni împrejurarea în care victima este un „membru al familiei", dar reţine ca element circumstanţial de agravare a violului calitatea de rudă in linie directă, frate sau soră a victimei, ceea ce însemnă că, în ipoteza când victima este soţ sau concubin, se va reţine varianta tip a infracţiunii de viol[3].

---

* 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] Ilie Pascu, în *Studii juridice în onoarea prof. dr. George Antoniu*, Ed. Hamangiu, 2009, p. 195.

[2] *Ibidem*.

[3] *Idem*, p.196.

Interesante discutii asupra proiectului noului Cod penal au avut loc şi în cadrul Conferinţei ştiinţifice organizate de Asociaţia Română de Ştiinţe Penale la Iaşi în perioada 28-29 octombrie 2011.

În intervenţia sa, profesorul George Antoniu a pus în discuţie prevederile din proiect care reglementează distinct legalitatea incriminării de legalitatea pedepsei observând pe bună dreptate că în structura normei penale sunt cuprinse într-o unitate deplină atât descrierea faptelor interzise de legea penală, cât şi sancţiunea la care se expune acei care comit faptele pe care legea le interzice sau le ordonă. Sancţiunea penală n-ar putea să fie desprinsă de descrierea faptei incriminate (decât, eventual, din motive didactice); Codul penal nu este însă un manual ci un act normativ al cărui conţinut trebuie să se supună anumitor reguli de tehnică legislativă[1].

Reglementarea principiului legalităţii incriminării şi pedepsei în texte separate, după cum se referă la faptele incriminate sau la pedepse, măsuri de siguranţă sau măsuri educative s-ar abate nu numai de la cerinţa unitaţii structurii normei penale de incriminare, ci şi de la prevederile art. 49 ale Cartei drepturilor fundamentale a Uniunii Europene care exprimă într-o formulare unitară principiul legalităţii incriminării şi a pedepsei[2].

În continuare profesorul Antoniu exprimă câteva observaţii critice şi asupra modului în care proiectul defineşte infracţiunea.

Noua definiţie a infracţiunii cuprinde două noi trăsături şi anume ca fapta să fie nejustificată şi să fie imputabilă persoanei care a săvârşit-o. Prima cerinţă ar consacra ideea după care existenţa infracţiunii este condiţionată de lipsa caucauzelor justificative. Deşi aceasta corespunde realităţii, deoarece infracţiunea se defineşte şi printr-o *cerinţă negativă* (nu numai prin cele pozitive pe care le-am enunţat) anume lipsa cauzelor justificative, noţiunea nejustificat nu este aptă să redea realitatea la care ne referim. În limba română, această noţiune are semnificaţii multiple (nejustificat de severă, de blândă, nejustificat în sensul de a nu avea un temei, o raţiune etc.) şi nu numai aceea de lipsă a unor cauze justificative[3].

În discuţiile purtate asupra acestei formulări, în faţa comisiei parlamentare s-a arătat că mai potrivit ar fi să se redea integral ideea ce se vrea exprimată şi anume, lipsa cauzelor justificative („şi fără să existe o cauză justificativă"). Este discutabilă şi cerinţa ca fapta să fie imputabilă unei persoane. În doctrina penală s-a subliniat de mult caracterul echivoc al noţiunii de imputabilitate. Aceasta poate să aibă sensul de cerinţă ca fapta să fie comisă în mod voit (*imputatio facti*, o faptă este imputabilă lui X deoarece este efectul voinţei acestuia), după cum poate avea şi sensul de culpabilitate, o faptă este imputabilă lui X pentru că a comis-o având reprezentarea consecinţelor acesteia (imputaţie psihică). Unii autorii identifică imputabilitatea cu răspunderea penală (*imputaţia* de fapt şi cea psihică). În toate aceste ipoteze noţiunea de imputabilitate apare ca inutilă, deoarece se confundă cu vinovăţia care este subliniată explicit în definirea conceptului de infracţiune[4].

Consemnăm şi discuţia pe care o face profesorul Antoniu asupra reglementării participaţiei în proiectul noului Cod penal.

---

[1] George Antoniu, în *Noua Legislaţie penală în discuţia membrilor Asociaţiei Române de Ştiinţe Penale Iaşi*, 28-29 octombrie 2011, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2012, p. 13.

[2] *Ibidem*.

[3] *Idem*, p. 15.

[4] *Ibidem*.

Astfel, profesorul semnalează ca pozitiv soluţia proiectului de a separa autoratul de participaţie socotind că participanţi la infracţiune sunt numai instigatorul şi complicele care contribuie prin autor la săvârşirea infracţiunii în timp ce autorul săvârşeşte nemijlocit fapta. Sub acest aspect soluţia este mai corectă decât a legii penale anterioare[1].

Totodată observă că proiectul continuă să se situeze pe poziţia *profund discutabilă* după care actele de paticipaţie trebuie raportate la fapta prevăzută de legea penală şi nu la infracţiune, soluţie care singularizează legea noastră penală în raport cu celelalte legislaţii. Chiar dacă în cazuri izolate instigatorul şi complicele pot să fie traşi la răspundere şi dacă autorul comite fapta fără vinovăţie sau din culpă (participaţie improprie), aceasta nu exclude faptul că, *de regulă*, participanţii (instigatorul complicele), acţionează prin autor care săvârşeşte nemijlocuit infracţiunea adică o faptă prevăzută de legea penală comisă cu vinovăţie.

Soluţia Codului penal în vigoare ca şi a legii anterioare având caracter de excepţie; instituţia participaţiei nu poate fi definită în acest mod, adică prin referire la fapta prevăzută de legea penală, ci prin referire la regulile generale (de *eo quod plerumque fit,*despre ceea ce se petrece mai frecvent), adică prin referire la infracţiune[2].

De remarcat în cadrul contribuţiilor la analiza proiectului noului Cod penal şi reflecţiile profesorului Viorel Paşca de la Timişoara.

După părerea sa proiectul deşi aduce reglementari exprese în situaţiile în care infracţiunea complexă săvârşită cu intenţie depăşită, a produs numai rezultatul mai grav al acţiunii secundare, nu clarifica pe deplin situaţia tentativei la aceste infracţiuni, problemă care a generat opinii şi soluţii controversate în literatura şi practica judiciară[3].

Chiar dacă a clarificat modul de sancţionare a infracţiunii complexe cand s-a produs doar rezultatul mai grav al acţiunii secundare, rezolvarea adusă de proiect este doar parţială şi inconsecventă, incriminând tentativa acestor infracţiuni complexe praeterintenţionate doar cand fapta a avut ca urmare vatamarea corporală, nu şi moartea victimei, precum în Codul penal anterior[4].

Consecvenţa în logica incriminării ar fi impus ca şi în cazul în care faptele au avut moartea victimei, dar nu s-a realizat rezultatul infracţiunii absorbante, să se facă aceeaşi referire la fapta tentată cu consecinţele aplicării pedepsei în condiţiile art. 36 alin 3Cod penal, dar legiuitorul a preferat să prevadă într-un alineat sau articol distinct incriminarea acestei fapte cu un regim sancţionator unic atât pentru tentativă, cât şi pentru infracţiunea consumată[5].

După adoptarea proiectului noului Cod penal de către Parlament, devenind noul Cod penal, au continuat discuţiile asupra conţinutului noilor reglementări, remarcându-se atât laturile pozitive ale noului Cod (de exemplu renunţarea la definirea scopului legii penale şi la pericolul social, ca trăsătură esenţială a infracţiunii, reglemetarea cauzelor justificative, renunţarea la definirea tentativei relativ improprii şi altele) şi unele laturi negative susceptibile de controverse cum ar fi: reglementarea infracţiunii de comisiune prin omisiune, a intentiei depăşite, a pluralităţii intermediare, a modului de definire a infracţiunii continuate şi altele.

---

[1] *Idem*, p. 19.

[2] *Ibidem*.

[3] Viorel Pasca, în *Noua Legislaţie penală în discuţia membrilor Asociaţiei Române de Ştiinţe Penale Iaşi*, 28-29 octombrie 2011, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2012, p. 108.

[4] *Ibidem*.

[5] *Ibidem*.

Multe din inovaţiile noului Cod penal fiind considerate profund discutabile şi susceptibile de soluţii contradictorii.

O remarcabilă contribuţie la organizarea unor discuţii profunde şi multilaterale asupra noii legislaţii penale a avut-o manifestarea ştiinţifică de la Cluj din 27-29 Martie 2014, sub egida Asociaţiei Române de Ştiinţe Penale. De asemena, manifestări ştiinţifice legate de intrarea în vigoare a noii legislaţii penale au mai avut loc la Universitatea „Titu Maiorescu",Universitatea din Bucureşti,Institutul de Cercetări Juridice Acad. „Andrei Rădulescu" al Academiei Române.Numeroase luări de poziţii în legătură cu noile dispoziţii penale sunt de natură să stimuleze reflecţiile în continuare asupra noului Cod penal şi să contribuie treptat la perfecţionarea acestor dispoziţii.

Concluzii:

Discuţiile asupra noului Cod penal vor continua sa se desfasoare in vederea perfecţionării legislaţiei penale. Suntem convinşi că specialişti în dreptul penal işi vor aduce contribuţia la identificarea celor mai potrivite căi de îmbunătăţire a textelor noului Cod penal.

Bibliografie:

1. Studii juridice în onoarea prof. dr. George Antoniu, Editura Hamangiu, 2009.

2. Conferinţa cu tema: Noua Legislaţie penală în discuţia membrilor Asociaţiei Române de Ştiinţe Penale Iaşi, 28-29 octombrie 2011, Editura Universul Juridic, Bucureşti,2012.

3. The International Criminal Law Conference, Cluj-Napoca, România, 27-29 march 2014, Crimes, Criminals and the New Criminal Codes: Assessing the Effectiveness of the Legal Response, In Honorem Professor George Antoniu, Editura Accent, 2014.

4. Conferinţa interactivă „Noul Cod penal şi noul Cod de procedură penală la început de drum",21-22 martie 2014,Universitatea „Titu Maiorescu" Bucureşti.

5. Conferinţa „Reglementări fundamentale în noul Cod penal şi în noul Cod de procedură penală",3-4 aprilie 2014,Universitatea din Bucureşti.

Investigarea criminalistică a infracţiunilor informatice

Daniela ***DANCĂ***[*]
Remus ***DANCĂ***[**]

Abstract: *Dezvoltarea societăţii informaţionale prin utilizarea tehnologiilor informaţiei şi comunicaţiilor a generat posibilitatea săvârşirii unor infracţiuni într-o modalitate deosebită de cea tradiţională. Astfel, analiza fenomenului infracţional acoperă şi cibercriminalitatea, ca o nouă dimensiune a criminalităţii organizate. Lucrarea de faţă surprinde rolul pe care îl joacă investigarea criminalistică în procesul de luptă împotriva criminalităţii informatice, prin prezentarea aspectelor ce o deosebesc de alte tipuri de investigare clasice. Din cauza particularităţilor ciber-spaţiului şi a complexităţii infracţionalităţii informatice, identificarea criminalistică reprezintă o provocare pentru organele de investigare.*

Cuvinte cheie: *infracţiuni informatice, investigare criminalistică, urme informatice, percheziţie informatică*

Consideraţii introductive

Cercetările criminalistice în domeniul infracţiunilor realizate prin sisteme informatice se află într-un stadiu incipient, ca urmare a noutăţii acestei dimensiuni infracţionale. Desfăşurarea unei investigaţii criminalistice în mediul informatic presupune, în primul rând, înţelegerea aspectelor tehnice ale investigaţiei şi cunoaşterea în detaliu a cadrului juridic aplicabil, în special în situaţia unei anchete transfrontaliere.

Identificarea criminalistică descrie activitatea de investigare şi analiză a urmelor criminalistice în mediul electronic, stocate pe un suport magnetic sau codificate într-un computer. Complexitatea investigării criminalistice este determinată de volumul şi importanţa resurselor folosite. Ancheta criminalistică presupune folosirea de resurse materiale tehnice considerabile, implicarea unor investigatori specializaţi în domeniul informatic, dar şi consumul însemnat al resursei timp, întrucât prin natura infracţiunilor informatice investigaţia criminalistică reprezintă un proces de durată.

Particularităţile specifice spaţiului cibernetic reprezintă factori obiectivi de creştere a criminalităţii informatice şi îngreunează, astfel, procesul de investigare criminalistică.

Spaţiul cibernetic nu are graniţe, astfel încât infractorii se pot organiza în mod virtual, fără să se întâlnească personal, dând naştere unor reţele de criminalitate ce fac obiectul de cercetare al Serviciului de Prevenire şi Combatere a Criminalităţii Informatice, din cadrul Direcţiei de Investigare a Infracţiunilor de Criminalitate Organizată şi Terorism.

Caracterul transnaţional al infracţiunilor informatice iniţiate în România este determinat de prezenţa unor elemente de extraneitate, precum localizarea victimelor în străinătate sau finalizarea în străinătate a activităţilor infracţionale, de unde se ridică

[*] Asistent universitar doctorand, Universitatea "Titu Maiorescu" din Bucureşti, Facultatea de Drept.
[**] Tehnician criminalist, Inspectoratul de Poliţie al Judeţului Bacău.

produsul infracţiunii. Natura transfrontalieră a infracţiunilor informatice, respectiv reţele specializate plasate în străinătate, rămâne în continuare una dintre problemele greu de surmontat în soluţionarea operativă a dosarelor înregistrate.[1]

Anonimitatea făptuitorilor reprezintă o altă trăsătură a spaţiului cibernetic şi se obţine prin folosirea de software securizat, prin operarea de pe computere diferite sau prin servere situate pe teritoriile altor ţări.

Spaţiul virtual este caracterizat de fragilitatea urmelor digitale şi de rapiditatea cu care urmele electronice lăsate de infractori pot fi modificate sau şterse. Acest fapt determină o altă particularitate a infracţiunilor informatice, şi anume dificultatea obţinerii unor probe tradiţionale, cum ar fi impresiunile digitale.

Pe de o parte, persoanele care comit infracţiuni informatice, deşi pot proveni din medii diferite, au un grad de inteligenţă ridicat faţă de media infractorilor, sunt specializaţi în domeniu şi au totodată şi o motivaţie deosebită. Spre deosebire de infractorii obişnuiţi, infractorii de pe internet formează o categorie aparte, comunitate în care transferul de noutăţi în domeniu se face în permanenţă şi cu mare rapiditate, ceea ce îi face să fie mereu cu un pas înaintea anchetatorilor.[2]

Pe de altă parte, organele judiciare implicate în anchetarea infracţiunilor informatice trebuie să aibă multiple cunoştinţe în domeniul informatic, iar în cazul speţelor mai complexe, se recomandă ca echipa de investigatori să fie completată cu specialişti în domeniu, precum ingineri de sistem sau programatori.

Investigatorii care întreprind activităţi specifice anchetei criminalistice trebuie să cunoască principiile de funcţionare a unui computer, rolul îndeplinit de fiecare componentă hardware şi posibilităţile acestora de a efectua operaţii complexe şi de a stoca date, modul de funcţionare a diverselor sisteme de operare, al programelor care pot rula odată cu acestea.

Aspecte generale privind infracţiunile informatice

Criminalitatea informatică este în continuă creştere în România, dar şi la nivel internaţional. Noţiunea de infracţiune informatică desemnează orice act ilegal săvârşit prin intermediul unor operaţiuni electronice, care au ca ţintă periclitarea securităţii sistemelor informatice şi datele prelucrate de acestea.

Infracţionalitatea informatică poate fi definită în linii mari ca activitatea privind infrastructura tehnologiei informaţiei, care include accesul ilegal (neautorizat), interceptarea ilegală (a transmisiunilor nedestinate publicului, prin mijloace tehnice de la, către sau în cadrul computerului), interferenţa datelor (distrugerea neautorizată a datelor din computer, ştergerea, deteriorarea, modificarea sau eliminarea acestora), interferenţa sistemelor (intervenţia în funcţionarea sistemului unui computer prin introducerea, transmiterea, distrugerea, deteriorarea, ştergerea sau eliminarea datelor din

[1] Raportul de activitate al Direcţiei de Investigare a Infracţiunilor de Criminalitate Organizată şi Terorism, Bucureşti, 2011, p. 42-43, disponibil pe site-ul http://www.diicot.ro/index.php/informatii-de-interes-public/raport-de-activitate, accesat la 07.04.2014.

[2] M. Gheorghiţă, G. Alecu, *Cercetarea criminalistică a unor fraude informatice,* în *Investigarea criminalistică a infracţiunilor din domeniul crimei organizate*, Editor: Asociaţia Criminaliştilor din România Bucureşti, 2010, p. 88.

computer), folosirea necorespunzătoare a echipamentelor, furtul de identitate, frauda electronică. [1]

Noţiunea de criminalitate informatică include, pe lângă infracţiunile în legătură cu utilizarea calculatorului şi infracţiunile în care rolul computerului este acela de a depozita probe digitale referitoare la infracţiune, computerul nefiind folosit la săvârşirea infracţiunii *(computer-related crime)*.

Reglementări privind infracţionalitatea informatică

Reglementările la nivel internaţional cu privire la clasificarea infracţiunilor informatice suportă modificări constante, sistematizarea acestora realizându-se în funcţie de realităţile practicii. Codificarea adecvată şi implementarea corespunzătoare a dispoziţiilor normative, obligă la o colaborare internaţională la nivelul actorilor cu funcţie decizională şi al organelor judiciare competente.

Cu referire la reglementarea şi clasificarea infracţiunilor informatice, atât legislația naţională, cât şi cea internaţională fac obiectul unor modificări apărute din necesitatea adaptării la realitățile impuse de situația de fapt actuală. Clasificărilor legislative li se adaugă şi cele doctrinare, realizate de diverşi specialişti în domeniu.[2]

Politica Uniunii Europene în domeniul luptei împotriva criminalităţii organizate este definită prin cadrul general stabilit de Consiliul European prin Programul Stockholm, elaborat pentru perioada 2010-2014. Astfel, Uniunea Europeană stabileşte cadrul de acţiune în privinţa cooperării poliţieneşti şi judiciare, în care clarificarea regulilor juridice aplicabile cybercriminalităţii şi crearea la Europol a unei platforme europene de semnalare a infracţiunilor, constituie priorităţi unionale.

Organizaţia Naţiunilor Unite, la al doisprezecelea Congres pe probleme de prevenire a criminalităţii (desfăşurat în Salvador, Brazilia, 12-19 aprilie 2010), a evidenţiat importanţa găsirii de soluţii la provocările ridicate de infracţionalitatea informatică.

Convenţia Consiliului Europei privind criminalitatea informatică adoptată la Budapesta, la 23 noiembrie 2001[3] reprezintă unul dintre instrumentele legislative internaţionale de mare însemnătate în reglementarea domeniului criminalităţii informatice. În cadrul acestui acord, infracţiunile informatice sunt împărţite în trei mari categorii:

- Infracţiuni împotriva confidenţialităţii, integrităţii şi disponibilităţii datelor şi sistemelor informatice (spre exemplu: accesarea ilegală, interceptarea ilegală, afectarea integrităţii datelor, afectarea integrităţii sistemului, abuzurile asupra dispozitivelor);
- Infracţiuni informatice (falsificarea informatică şi frauda informatică);
- Infracţiuni referitoare la conţinut (pornografia infantilă şi infracţiuni referitoare la atingerile aduse proprietăţii intelectuale şi drepturilor conexe).

România este semnatară a convenţiei din anul 2004.

---

[1] C. Toader, *Infracţionalitatea cibernetică,* în *Investigarea criminalistică a infracţiunilor din domeniul crimei organizate*, Editor: Asociația Criminaliştilor din România Bucureşti, 2010, p. 333.

[2] G. Panfil, E. A. Neacşu, *Infracţiunile informatice şi rolul acestora în cadrul criminalităţii organizate,* în *Investigarea criminalistică a infracţiunilor din domeniul crimei organizate*, Editor: Asociația Criminaliştilor din România Bucureşti, 2010, p. 159.

[3] Ratificată prin Legea nr. 64 din 24/03/2004, publicat în ***Monitorul*** Oficial, Partea I nr. 343 din 20/04/2004.

La nivel naţional, tendinţa crescătoare a infracţiunilor comise împotriva sistemelor sau datelor informatice ori comise cu ajutorul tehnologiei informaţiei este relevată de indicatorii statistici urmăriţi, reprezentaţi atât de numărul cauzelor înregistrate, cât şi de numărul cauzelor soluţionate ori rămase în lucru.[1]

Evoluția crimei organizate în România în ultimii ani, este strâns legată de evoluția criminalității informatice şi de folosirea mai intensă a tehnologiei informaţiilor şi comunicaţiilor în comiterea de infracţiuni.[2] Acest trend ascendent al criminalităţii informatice a determinat şi în ţara noastră adoptarea unor reglementări legislative penale de sancţionare a faptelor care constituie infracţiuni specifice spaţiului cibernetic.

Noul Cod Penal şi Noul Cod de Procedură Penală, intrate în vigoare la 1 februarie 2014, răspund realităţilor sociale actuale şi reglementează noul domeniu al infracţionalităţii informatice, prin adăugarea unor instituţii juridice cu caracter de noutate. Astfel, Partea generală a Codului Penal actual defineşte la articolul 180 noţiunile de sistem informatic şi date informatice. De asemenea, Partea specială a Codului Penal, în cadrul Titlului II - *Infracţiuni contra patrimoniului,* reglementează şi un capitol privitor la fraudele comise prin sisteme informatice şi mijloace de plată electronice. Noul Cod de Procedură Penală în Partea Generală prevede la articolul 152 procedura de conservare rapidă a datelor informatice şi a datelor privind traficul informaţional. Tot ca element de noutate, legiuitorul reglementează instituţia percheziţiei informatice şi alte elemente procedurale privind obiectele, înscrisurile sau datele informatice.

Unul dintre principalele acte normative referitoare la incriminarea infracţiunilor informatice îl reprezintă Legea nr. 161/2003 privind unele măsuri pentru asigurarea transparenţei în exercitarea demnităţilor publice, a funcţionarilor publici şi în mediul afacerilor, prevenirea şi sancţionarea corupţiei. Infracţiunile informatice sunt prevăzute în Titlul III al legii, preluând în mare măsură prevederile Convenţiei Consiliului Europei de la Budapesta privind criminalitatea informatică, prin enumerarea infracţiunilor în categorii similare.[3]

Principalele infracţiuni prevăzute în Legea 365/2002, privind comerţul electronic fac referire la folosirea instrumentelor de plată electronică, deţinerea de echipamente în vederea falsificării, falsul în declaraţii în vederea emiterii sau utilizării instrumentelor de plată electronică, efectuarea de operaţiuni financiare în mod fraudulos sau efectuarea de operaţiuni neautorizate într-un sistem informatic.

În baza enumerărilor şi clasificărilor legislative, doctrina de specialitate realizează, de asemenea, o clasificare a gamei largi de activităţi ilegale cuprinse de infracţionalitatea informatică. Conform criteriului rolului avut de sistemele informatice în comiterea infracţiunii, infracţiunile informatice se clasifică în: [4]

---

[1] Raportul de activitate al Direcţiei de Investigare a Infracţiunilor de Criminalitate Organizată şi Terorism, Bucureşti, 2012, p. 39, disponibil pe site-ul http://www.diicot.ro/index.php/informatii-de-interes-public/raport-de-activitate, accesat la 07.04.2014.

[2] G. Panfil, E. A. Neacşu, *Infracţiunile informatice şi rolul acestora în cadrul criminalităţii organizate,* în *Investigarea criminalistică a infracţiunilor din domeniul crimei organizate*, Editor: Asociaţia Criminaliştilor din România Bucureşti, 2010, p. 157-159.

[3] I. Vasiu, L. Vasiu*, Informatică juridică şi drept informatic*, Ed. Albastră, Cluj-Napoca, 1999, p. 145.

[4] T. Amza, C.-P. Amza, *Criminalitatea informatică*, Ed. Lumina Lex, Bucureşti, 2003, p. 4-5; G. Panfil, E. A. Neacşu, *Infracţiunile informatice şi rolul acestora în cadrul criminalităţii organizate,* în *Investigarea criminalistică a infracţiunilor din domeniul crimei organizate*, Editor: Asociaţia Criminaliştilor din România Bucureşti, 2010, p. 157-159; C. Toader, *Infracţionalitatea cibernetică,* în

- infracţiuni clasice perfecţionate prin utilizarea sistemelor informatice (fraudă, contrafaceri, prostituţie, înşelăciune în mediul electronic), în care sistemele informatice, reţelele de calculatoare sau echipamentele sunt instrumente de facilitare a comiterii unor infracţiuni;

- infracţiuni specifice domeniului cibernetic (pirateria software, furtul de carduri sau falsificarea instrumentelor de plată electronice, virusarea reţelelor informatice, terorismul electronic, hărţuirea prin e-mail etc.), săvârşite cu ajutorul sistemelor informatice, în care reţeaua de calculatoare, echipamentele sau datele stocate în sistemele informatice, constituie ţinte ale infracţiunii. Aceste infracţiuni pot fi săvârşite doar prin intermediul sistemelor informatice.

Alături de reglementările legislative, în România funcţionează şi organisme cu atribuţii în prevenirea şi combaterea criminalităţii informatice. Spre exemplu, în cadrul Direcţiei de Investigare a Infracţiunilor de Criminalitate Organizată şi Terorism funcţionează Serviciul de Prevenire şi Combatere a Criminalităţii Informatice, iar în cadrul Direcţiei de Combatere a Criminalităţii Organizate a Poliţiei Române, structura specializată ce are în competenţă prevenirea, investigarea şi cercetarea criminalităţii informatice este reprezentată de Serviciul de Combatere a Criminalităţii Informatice.

Aspecte privind investigarea criminalistică a infracţiunilor informatice

Investigarea criminalistică a sistemelor informatice poate fi definită ca fiind investigarea realizată prin utilizarea unor metode ştiinţifice şi certe de asigurare, strângere, validare, identificare, analiză, interpretare, documentare şi prezentare a probelor de natură digitală, obţinute din surse de natură informatică, în scopul facilitării descoperirii adevărului în procesul penal.[1]

Principalele elemente urmărite în cadrul investigaţiei criminalistice se referă, în special, la identificarea aparaturii sau a altor mijloace de accesare care au fost folosite sau care au fost destinate să servească la săvârşirea faptei, a informaţiilor obţinute în urma acţiunii ilegale, a hardware-ului ca rezultat al infracţiunii, a locului săvârşirii infracţiunii, identificarea autorului care a săvârşit ilegalităţi în mediul electronic şi a eventualilor participanţi, stabilirea condiţiilor care au favorizat comiterea faptei şi consecinţele faptei.[2]

Investigarea criminalistică a infracţiunilor informatice presupune parcurgerea unor etape organizatorice şi operative: identificarea incidentului; pregătirea investigaţiei – pregătirea instrumentelor, percheziţia domiciliară, percheziţia informatică sau accesul la sistemele informatice; formularea strategiei de abordare în funcţie de tehnologia implicată şi de posibilele consecinţe asupra persoanelor şi instituţiilor implicate; asigurarea probelor; strângerea probelor; examinarea probelor – examinarea elementelor care sunt în legătură cu fapta penală investigată; analiza probelor – determinarea semnificaţiei probelor şi relevarea concluziilor cu privire la fapta investigată; prezentarea probelor – sintetizarea concluziilor şi prezentarea lor într-un mod inteligibil,

---

Investigarea criminalistică a infracţiunilor din domeniul crimei organizate, Editor: Asociaţia Criminaliştilor din România Bucureşti, 2010, p. 333-335.

[1] M.M. Crăciun, *Descoperirea şi probarea delictelor în sistemul informatic cu ajutorul tehnicii de calcul şi al expertizei criminalistice,* în *Metode şi tehnici de identificare criminalistică*, Editor: Asociaţia Criminaliştilor din România, Bucureşti, 2006, p. 441.

[2] I. Vasiu, *Criminalitatea informatică*, Ed. Nemira, Bucureşti, 1998, p. 18.

pentru nespecialişti; restituirea probelor – dacă este cazul, returnarea către proprietarii de drept ai obiectelor reţinute în timpul investigaţiei. De asemenea, se apreciază oportunitatea confiscării obiectelor. [1]

Mijloacele materiale de probă în mediul informatic

Sistemele informatice în ancheta criminalistică joacă rolul de mediu de stocare şi regăsire a indiciilor sau probelor ce privesc modul de săvârşire a unei infracţiuni. Prin *„sistem informatic”* se înţelege orice dispozitiv sau ansamblu de dispozitive interconectate sau aflate în relaţie funcţională, dintre care unul sau mai multe asigură prelucrarea automată a datelor, cu ajutorul unui program informatic.[2]

Probele descoperite şi analizate în cadrul procedurii de investigare a infracţiunilor informatice pot fi de natură fizică şi digitală, în sensul că pot consta în componente hardware şi în mijloace media care conţin date.

Obiectele ce au fost folosite la comiterea infracţiunii informatice fac parte din categoria “corpurilor delicte”, întrucât aceste mijloace materiale de probă reprezintă mijloace de săvârşire a infracţiunii. De regulă, astfel de obiecte constituie izvor de probe, căpătând calitatea de surse de date procesuale. În ciuda conţinutului informativ deosebit de important, valoarea probatorie a acestora nu este dinainte stabilită, organele judiciare valorificându-le prin coroborarea cu celelalte mijloace de probă.[3]

Principalele elemente utilizate în procesul identificării criminalistice, specifice infracţiunilor informatice sunt urmele electronice. Urma reprezintă, în sens larg, orice modificare produsă la locul săvârşirii infracţiunii şi care poate fi utilă cercetării criminalistice.[4]

Probele digitale sunt acele informaţii cu valoare probantă pentru organele de urmărire penală şi pentru instanţele judecătoreşti care sunt stocate, prelucrate sau transmise prin intermediul unui sistem informatic. Probele digitale cuprind probele informatice, probele audio digitale, video digitale, cele produse sau transmise prin calculatoare, telefoanele mobile sau alte dispozitive electronice.[5]

Caracteristica principală a acestui tip de probe este faptul că nu sunt evidente. Pentru ca aceste probe să fie disponibile şi utilizabile sunt folosite echipamente de investigaţie şi software-uri specifice. Urmele lăsate în spaţiul virtual pot dispărea cu uşurinţă, aşa încât pentru a identifica făptuitorul, infracţiunile informatice trebuie investigate extrem de rapid. Totodată, din cauza fragilităţii probelor digitale, investigatorii trebuie să ia măsuri speciale de protecţie pentru a strânge, păstra şi examina aceste probe.

---

[1] S. Văcaru, *Particularităţi ale investigării criminalistice a infracţiunilor informatice,* în *Investigarea criminalistică a infracţiunilor din domeniul crimei organizate*, Editor: Asociaţia Criminaliştilor din România Bucureşti, 2010, p. 377.

[2] Articolul 180 din Noul Cod Penal.

[3] E. Stancu, *Tratat de criminalistică*, ed. a V-a, revăzută şi adăugită, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2010, p. 772.

[4] Voinea D., Gh. Popa, C. Lăzureanu, *Urmele – obiect de studiu al criminalisticii,* Asociaţia Criminaliştilor din România, Ed. Era, Bucureşti, 2006, p. 8.

[5] S. Văcaru, *Particularităţi ale investigării criminalistice a infracţiunilor informatice,,* în *Investigarea criminalistică a infracţiunilor din domeniul crimei organizate*, Editor: Asociaţia Criminaliştilor din România Bucureşti, 2010, p. 377-378.

Urma electronică reprezintă în mediul informatic o adevărată amprentă a persoanei care utilizează în mod ilegal un sistem informatic, fiind una dintre cele mai importante ţinte ale investigaţiei criminalistice a infracţiunilor informatice.[1]

Investigarea criminalistică a urmei electronice presupune examinarea echipamentelor şi a calculatorului şi implică următoarele etape: identificarea computerului-sursă, conservarea urmelor informatice, prelevarea şi examinarea urmelor precum şi elaborarea unui proces-verbal însoţit de un raport detaliat, în conformitate cu dispoziţiile legale în vigoare.

Identificarea autorului infracţiunii informatice se poate face prin identificarea IP-ului utilizatorului, prin analiza fişierelor log sau prin coroborarea unor mijloace materiale de probă.

Utilizatorul unui computer se identifică şi comunică într-o reţea de astfel de echipamente printr-o adresă IP (Internet Protocol Address), ce reprezintă număr unic de identificare alocat de furnizorul de servicii de internet. IP-ul poate fi static sau dinamic, în funcţie de necesitatea de a fi conectat în permanenţă la internet sau la reţea.

Adresele IP fixe identifică precis furnizorul de servicii şi persoana căreia i-a fost atribuit. Sistemul de IP-uri mobile determină însă identificarea în mod clar numai a furnizorului de servicii, întrucât în momentul conectării la reţea, calculatorul preia orice IP disponibil al furnizorului.

Identificarea IP-ului nu permite neapărat şi o identificare a utilizatorului calculatorului. Sistemul informatic localizat cu acel IP poate fi o victimă a unui atac de tip *IP spoofing,* prin care atacatorul modifică protocolul de comunicare şi se foloseşte de existenţa comunicării în reţea pentru a obţine acces la informaţii sau pentru a rula programe.[2]

Utilizatorul poate fi identificat şi localizat şi pe baza analizării fişierelor de tip *log,* unde sunt stocate urmele electronice ale utilizatorului de internet. Un fişier log înregistrează toate operaţiunile informatice de pe un server şi conţine: data şi ora de pornire şi de oprire a sistemelor informatice, IP-ul utilizatorului (util mai ales în cazul IP-urilor dinamice), porturile (puncte de conexiune) folosite sau scanate, fişierele accesate, timpul petrecut în locaţie, erorile apărute în sistem şi acţiunile corective realizate, confirmarea manipulării corecte a fişierelor de date şi a rezultatelor procesărilor informatice. Calculatorul care generează log files-urile va utiliza timpul local, fiind necesară calcularea diferenţelor de fus orar.[3]

Noul Cod de Procedură Penală preia dispoziţiile procedurale din Legea 161/2003 şi stabileşte condiţiile de conservare rapidă a datelor informatice şi a datelor privind traficul informaţional. Furnizorii de servicii de internet sunt obligaţi să pună la dispoziţia organelor judiciare date informatice necesare strângerii de probe ori identificării suspectului sau a inculpatului, în cazul în care există pericolul pierderii sau modificării acestora. Aşadar, recuperarea fişierelor *log* de la furnizorii de internet reprezintă o etapă deosebit de importantă în identificarea infractorilor cibernetici.

În practică apare însă un impediment major în dobândirea fişierelor log spre examinare. Furnizorii de internet menţin pentru o anumită perioadă de timp fişierele cu *log*-uri, aceste informaţii fiind disponibile chiar numai pentru câteva zile, în funcţie de politica de funcţionare sau de capacitatea tehnică a furnizorului. Din această

[1] E. Stancu, *Tratat de criminalistică*, ed. a V-a, revăzută şi adăugită, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2010, p. 772.

[2] I. Vasiu, L. Vasiu, *Criminalitatea în cyberspaţiu,* Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2011, p. 109-110.

[3] *Ibidem*, p. 334.

perspectivă, resursa timp şi rapiditatea în cercetarea infracţiunilor informatice joacă un rol crucial.

Localizarea IP-ului sau examinarea fişierelor log înlesnesc de cele mai multe ori identificarea făptuitorului, însă în practică făptuitorul îşi poate ascunde identitatea, prin folosirea de servere proxy – servicii anonime de conectare la internet, care interpuse între furnizorul primar şi victimă, îngreunează sau chiar împiedică identificarea făptuitorului.

Consideraţii privind procedeele de examinare a sistemelor informatice

Urmele electronice sunt descoperite şi ridicate prin procedee probatorii ca cercetarea la faţa locului şi percheziţia, în funcţie de specificul infracţiunii informatice investigate. Datorită particularităţilor infracţionalităţii informatice, ridicarea de mijloace materiale de probă se realizează, ca regulă în baza autorizaţiei de percheziţie. Ca situaţie de excepţie, dacă tipul de infracţiune permite, cercetarea la faţa locului reprezintă procedura de adunare a probelor.

Sub aspectul examinării sistemelor informatice şi al ridicării probelor, activitatea de cercetare la faţa locului şi activitatea de percheziţie prezintă multe similitudini.

Percheziția informatică are ca scop descoperirea şi strângerea probelor necesare justei soluționări a cauzei prin efectuarea unei activităţi de cercetarea a unui sistem informatic sau a unui suport de stocare a datelor informatice. De asemenea, percheziţia reprezintă un procedeu de căutare, descoperire şi luare a obiectelor şi înscrisurilor, care conţin sau poartă urme ale unei infracțiuni și care pot servi la aflarea adevărului, precum și de identificare a altor elemente de fapt, ce ar putea fi utile la realizarea actului de justiție. [1]

Pătrunderea într-un sistem informatic sau mijloc de stocare a datelor informatice fie direct, fie de la distanţă, prin intermediul unor programe specializate ori prin intermediul unei reţele, în scopul de a identifica probe se realizează în baza mandatului de acces, în conformitate cu dispoziţiile Codului de procedura penală în vigoare.

Ori de câte ori, pentru descoperirea şi strângerea probelor, este necesară cercetarea unui sistem informatic sau a unui suport de stocare a datelor informatice, organul competent prevăzut de lege poate dispune efectuarea unei percheziții, dispozițiile din Codul de procedura penală referitoare la efectuarea percheziției domiciliare şi a percheziţiei informatice aplicându-se în mod corespunzător.

Pentru a putea obține informații cu valoare doveditoare, care sunt stocate, prelucrate sau transmise prin intermediul unui sistem informatic, procurorul trebuie să obțină atât mandat de percheziție domiciliară, cât şi autorizaţie de percheziție informatică sau de acces într-un sistem informatic. Aşadar, analiza şi verificarea sistemelor informatice, a mediilor de stocare electronice, a computerului ca instrument al infracţiunii pot fi realizate numai în temeiul unei autorizații de percheziție şi a unui mandat de acces în sistemul informatic, în funcţie de specificul infracţiunii informatice cercetate.

Conform articolului 166, alin. (10) Cod Procedură Penală, în cazul în care, cu ocazia efectuării percheziţiei unui sistem informatic sau a unui suport de stocare a datelor informatice, se constată că datele informatice căutate sunt cuprinse într-un alt sistem

[1] N. Grofu, *Câteva considerații referitoare la percheziția informatică,* în *Investigarea criminalistică a infracțiunilor din domeniul crimei organizate*, Editor: Asociația Criminaliștilor din România București, 2010, p. 120-123.

informatic sau suport de stocare a datelor informatice şi sunt accesibile din sistemul sau suportul iniţial, procurorul dispune de îndată conservarea, copierea datelor informatice identificate şi va solicita de urgenţă completarea autorizaţiei iniţiale.

Înainte de a examina sistemele şi datele informatice, trebuie realizate procedurile criminalistice tradiționale de analiză a spațiului percheziționat, în vederea identificării urmelor fizice, cu o materializare în spaţiu (amprente, alte urme materiale). Se prelevează urmele digitale, biologice sau alte dovezi de ordin fizic ce se găsesc pe tastatură, mouse, pe instrumentele de stocare a datelor (CD-ROM-uri, memory stick-uri) sau pe alte componente ale sistemului informatic. Întrucât procesul de ridicare a urmelor ar putea să afecteze echipamentul ce trebuie analizat sau informaţiile pe care le conţine, urmele latente trebuie ridicate după recuperarea integrală a probelor electronice.

Conservarea urmelor informatice iniţiale reprezintă unul dintre cele mai importante aspecte atunci când se cercetează şi se accesează un sistem informatic, întrucât urma electronică este susceptibilă de alterare din surse multiple. Prin urmare, trebuie respectate procedurile pentru asigurarea securităţii probelor.

Înaintea efectuării cercetării propriu-zise, se fixează informaţiile referitoare la parametrii de funcţionare a sistemului informatic, fără a acţiona asupra echipamentului electronic, care se lasă în starea în care a fost găsit. Este interzisă mutarea computerului în timp ce sistemul funcționează pentru a evita producerea unor schimbări iremediabile în baza de date.[1]

Întregul spaţiu trebuie fixat prin fotografiere, de orientare şi de detaliu. Computerul se fotografiază atât din faţă, pentru a imobiliza imaginea de pe desktop, cât şi din spate pentru a fixa conexiunile sistemului. De asemenea, se fotografiază separat fiecare obiect principal (monitorul, tastatura, mouse-ul, unitatea centrală, imprimantă).

Specialistul criminalist sigilează de îndată instrumentele ce conțin date perisabile (fizice sau electronice). Ulterior, sunt înlăturate cablurile prin care se realizează conexiunea la internet, pentru a preveni accesul neautorizat sau contaminarea sistemului informatic.

În vederea colectării şi conservării datelor informatice în forma iniţială, sistemul informatic supus investigaţiei trebuie să fie izolat sau mutat într-o locaţie sigură. În privinţa ridicării mijloacelor materiale de probă, Codul de Procedură Penală prevede faptul că procurorul de caz poate dispune efectuarea de copii, care servesc ca mijloc de probă, dacă ridicarea obiectelor care conţin datele informatice ar afecta grav desfăşurarea activităţii persoanelor care deţin aceste obiecte.

Aspecte privind procedura ridicării sistemelor informatice

Analizarea componentelor de hardware şi de software ale sistemelor informatice supuse percheziţiei se poate realiza la locul percheziţiei sau elementele sistemelor informatice pot fi ridicate şi cercetate în laboratoare criminalistice special amenajate. Oportunitatea ridicării sistemelor informatice se apreciază în funcţie de criteriul volumului probelor şi de criteriul dificultăţilor de natură tehnică.

Ridicarea sistemelor informatice se apreciază în funcţie de specificul săvârşirii infracţiunii, fiind oportună în situaţia în care spaţiul fizic este limitat sau dacă volumul

[1] C. Leu, *Identificări ce pot fi realizate în cazul cercetării unor infracţiuni săvârşite în mediul electronic,* în *Metode şi tehnici de identificare criminalistică*, Editor: Asociația Criminaliștilor din România, București, 2006, p. 318-319.

de date de procesat este mare, necesitând astfel un timp îndelungat pentru a fi cercetate. De asemenea, ridicarea este justificată şi de grija de a nu distruge datele în decursul examinării de către investigatori, ce nu au cunoştinţe suficiente asupra echipamentului sau programelor.

În procesul de ridicare a componentelor sistemului, organele de cercetare penală trebuie instruite în mod special pentru a proteja probele de natură electronică. În acest sens, procedura ridicării sistemelor informatice presupune parcurgerea următoarelor etape:[1]

Prima etapă: închiderea sistemului. Dacă sistemul a fost găsit închis, în momentul pătrunderii investigatorilor, nu trebuie sub niciun motiv pornit. Dacă sistemul a fost găsit deschis, el trebui închis, pentru a se putea proceda la ridicarea lui.

Etapa a doua: etichetarea componentelor. În cazul în care se impune dezasamblarea, fiecare componentă a sistemului trebuie etichetată, înainte de modificarea configuraţiei, în vederea ridicării probelor. Se poate realiza şi o schiţă a componentelor, cu precizarea simbolurilor folosite pentru etichetare.

Etapa a treia: protejarea împotriva modificării conţinutului suporturilor magnetice de stocare.

Etapa a patra: ridicarea propriu-zisă. Ridicarea probelor trebuie făcută cu multă grijă, evitându-se orice avariere a componentelor.

Ridicarea şi transportarea hardware-ului şi a documentelor în vederea cercetării sistemului în laborator se poate face parţial sau integral.

Computerele sunt instrumente electronice foarte fragile ce pot fi sensibile la temperatură, umiditate, şoc mecanic, electricitate statică, surse magnetice. Echipa de cercetare se asigură că toate mijloacele materiale de probă, atât cele electronice cât şi cele clasice sunt controlate şi protejate fizic, prin împachetare şi sigilare, accesul nefiind permis până la desfacerea în laborator.

Sursele magnetice se ambalează, de preferat, în ambalajul original, dacă este disponibil, în caz contrar se folosesc pungile antistatice. Pentru protejarea discurilor, benzilor magnetice, cheilor USB sau rapoartelor imprimate, se vor aplica următoarele proceduri: totalitatea suporturilor fizice vor fi stocate în locaţii sigure, în acord cu specificaţiile producătorilor.[2]

În timpului transportului trebuie asigurată securitatea suporturilor fizice. Modul de împachetare va fi realizat astfel încât să protejeze conţinutul contra oricăror deteriorări care pot apărea în tranzit. Cutiile în care sunt ambalate mijloacele materiale de probă vor fi încuiate. Transportarea se face personal de către organele judiciare specializate în criminalitate informatică. Trebuie să se evite expunerea mijloacelor materiale de probă la răceala, umiditate, căldura excesivă. De asemenea, trebuie evitate şocurile sau vibraţiile excesive.[3]

Depozitarea mijloacelor materiale de probă se face în mediu uscat, răcoros, la distanţă de sursele de radiaţii electromagnetice, de căldură sau umezeală.

---

[1] *Ibidem,* p. 318-319.

[2] I. Vasiu, L. Vasiu, *Criminalitatea în cyberspaţiu,* Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2011, p. 336.

[3] S. Văcaru, *Particularităţi ale investigării criminalistice a infracţiunilor informatice,* în *Investigarea criminalistică a infracţiunilor din domeniul crimei organizate*, Editor: Asociaţia Criminaliştilor din România Bucureşti, 2010, p. 378-379.

Examinarea criminalistică a datelor înscrise pe mediile de stocare electronice

Procedura de cercetare criminalistică a datelor informatice este extrem de complexă, cuprinzând activităţi de examinare a mijloacelor materiale de probă, de analiză tehnică şi de fixare a rezultatelor într-un proces-verbal detaliat. Procedura de examinare impune listarea tuturor fişierelor conţinute de mediul de stocare examinat, indiferent dacă acesta conţine sau nu potenţiale probe.

În mod normal, mediile de stocare originale nu sunt folosite în examinarea criminalistică propriu-zisă. Mediile de stocare electronice ce fac obiectul investigaţiei sunt verificate în privinţa viruşilor şi ulterior clonate cu ajutorul unui software special într-un alt mediu de stocare care conţine un mediu steril din punct de vedere criminalistic. Spre deosebire de copierea simplă a datelor, clonarea mediului de stocare presupune copierea întregului conţinut al discului, inclusiv a fişierelor temporare sau şterse şi a datelor aflate pe porţiunile avariate sau libere ale discului. Această copie exactă a datelor originale va fi utilizată în investigaţii, în scopul de a păstra integritatea urmelor iniţiale. Se recomandă realizarea a două copii, pe una dintre ele realizându-se analiza propriu-zisă, cealaltă fiind o copie de rezervă.[1]

Grupul de investigare este autorizat să examineze orice sistem, program sau dată informatică pentru realizarea obiectivelor de cercetare. Accesul adecvat la sistemele informatice va include copierea de date informatice şi analizarea configuraţiilor sistemelor.

Activităţile de investigare nu vor modifica datele sau programele informatice, iar orice date sau programe informatice copiate în timpul desfăşurării activităţilor de cercetare vor fi protejate adecvat.

Analiza tehnică realizată de către organele judiciare se poate face prin utilizarea unor programe de detectare a intruziunilor şi a anomaliilor produse sistemului sau datelor informatice. Informaţii utile investigaţiei se găsesc de regulă în filele-text, în mailuri sau imagini care încă există pe hard- disc. Apoi, dacă este cazul, spaţiul nealocat şi spaţiul inactiv corespunzător fiecărui fişier sunt examinate pentru identificarea de date ascunse, pierdute sau criptate. Fişierele protejate cu parolă sunt decriptate de către investigator şi examinate.

Investigatorii pot recupera cu ajutorul unor instrumentele software chiar documente şterse din calculator, întrucât acestea dispar doar aparent din memoria sistemului. Atunci când o filă este ştearsă, în cele mai multe cazuri computerul şterge doar intrarea către locaţia filelor şi textul original continuă să existe încă în locaţia de pe hard.

Procesul de investigare criminalistică şi de examinare a urmelor informatice se finalizează cu elaborarea de procese verbale. Rezultatul percheziţiei sau a cercetării la faţa locului, în funcţie de specificul infracţiunii informatice analizate, se va consemna într-un proces verbal, cu respectarea dispoziţiilor din Codul de procedură penală, la care se va ataşa raportul detaliat de examinare a urmelor informatice.

Concluzii

Evoluţia tehnologiilor informaţiei şi comunicaţiilor a avut un impact major în manifestarea criminalităţii informatice, ce justifică un tip de intervenţie a organelor judiciare cu un înalt grad de dificultate. Ancheta criminalistică este extrem de complexă

[1] *Ibidem*, p. 378-379.

pentru investigatori, implicând multiple cunoştinţe din domeniul juridic, informatic şi tehnic.

Abilitatea infractorilor cibernetici de a depăşi frontierele ţării determină necesitatea unei atente coordonări legislative şi instituţionale, alături de utilizarea resurselor umane şi tehnologice în cadrul unei investigaţii amănunţite şi temeinice. Organele decizionale naţionale şi internaţionale acţionează în zona dezvoltării continue a practicilor şi procedurilor de natură să ghideze modul în care se efectuează investigaţiile criminalistice în cazul infracţiunilor informatice.

Caracteristicile infracţiunilor informatice, atipice mediului de investigat tradiţional, determină o serie de particularităţi în privinţa examinării criminalistice a sistemelor informatice. Astfel, percheziţia şi în mod excepţional cercetarea la faţa locului, prezintă aspecte particulare, determinate de natura şi trăsăturile urmelor criminalistice din mediul informatic.

Procedeele de examinare a sistemelor informatice cuprind activităţi deosebite, definitorii pentru identificarea făptuitorului, a instrumentelor de săvârşire a infracţiunii, a locului comiterii faptei şi a tuturor celorlalte elemente care ajută la justa soluţionare a cauzei.

Conservarea urmelor informatice, ridicarea sistemelor informatice şi analizarea propriu-zisă a datelor informatice reprezintă etape în investigarea criminalistică care sunt specifice anchetei criminalistice a infracţiunilor informatice.

Bibliografie

I. Tratate, cursuri

1. Amza T., Amza C.-P., *Criminalitatea informatică*, Ed. Lumina Lex, Bucureşti, 2003.
2. Stancu E., *Tratat de criminalistică*, Ed. a V-a, revăzută şi adăugită, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2010.
3. Vasiu I., Vasiu L., *Criminalitatea în cyberspaţiu,* Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2011.
4. Vasiu I., Vasiu L., *Informatică juridică şi drept informatic*, Ed. Albastră, Cluj-Napoca, 1999.
5. Vasiu I., *Criminalitatea informatică,* Ed. Nemira, Bucureşti, 1998.
6. Voinea D., Gh. Popa, C. Lăzureanu, *Urmele – obiect de studiu al criminalisticii,* Asociaţia Criminaliştilor din România, Ed. Era, Bucureşti, 2006.

II. Articole şi studii

1. Crăciun M. M., *Descoperirea şi probarea delictelor în sistemul informatic cu ajutorul tehnicii de calcul şi al expertizei criminalistice,* în *Metode şi tehnici de identificare criminalistică*, Editor: Asociația Criminaliştilor din România, Bucureşti, 2006.
2. Gheorghiţă M., Alecu G., *Cercetarea criminalistică a unor fraude informatice,* în *Investigarea criminalistică a infracţiunilor din domeniul crimei organizate*, Editor: Asociația Criminaliştilor din România Bucureşti, 2010.
3. Grofu N., *Câteva consideraţii referitoare la percheziţia informatică,* în *Investigarea criminalistică a infracţiunilor din domeniul crimei organizate*, Editor: Asociația Criminaliştilor din România Bucureşti, 2010.

4. Leu C., *Identificări ce pot fi realizate în cazul cercetării unor infracţiuni săvârşite în mediul electronic,* în *Metode şi tehnici de identificare criminalistică*, Editor: Asociația Criminaliștilor din România, Bucureşti, 2006.

5. Panfil G., Neacşu E. A., *Infracțiunile informatice și rolul acestora în cadrul criminalității organizate,* în *Investigarea criminalistică a infracțiunilor din domeniul crimei organizate*, Editor: Asociația Criminaliștilor din România București, 2010.

6. Toader C., *Infracționalitatea cibernetică,* în *Investigarea criminalistică a infracțiunilor din domeniul crimei organizate*, Editor: Asociația Criminaliștilor din România București, 2010.

7. Văcaru S., *Particularități ale investigării criminalistice a infracțiunilor informatice,* în *Investigarea criminalistică a infracțiunilor din domeniul crimei organizate*, Editor: Asociația Criminaliștilor din România București, 2010.

8. Raportul de activitate al Direcţiei de Investigare a Infracţiunilor de Criminalitate Organizată şi Terorism, Bucureşti, 2011, disponibil pe site-ul http://www.diicot.ro/index.php/informatii-de-interes-public/raport-de-activitate, accesat la 07.04.2014.

9. Raportul de activitate al Direcţiei de Investigare a Infracţiunilor de Criminalitate Organizată şi Terorism, Bucureşti, 2012, disponibil pe site-ul http://www.diicot.ro/index.php/informatii-de-interes-public/raport-de-activitate, accesat la 07.04.2014.

III. Legislaţie

1. Codul penal şi Codul de procedură penală, intrate în vigoare în februarie 2014.

2. Convenţia de la Budapesta a Consiliului Europei privind criminalitatea informatică, din 23 noiembrie 2001, ratificată prin Legea nr. 64 din 24/03/2004, publicat în ***Monitorul*** Oficial, Partea I nr. 343 din 20/04/2004.

3. Hotărârea nr. 271 pentru aprobarea Strategiei de securitate cibernetică a României şi a Planului de acţiune la nivel naţional privind implementarea Sistemului naţional de securitate cibernetică, publicat în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 296, din 23.05.2013.

4. Legea nr. 161/2003 privind unele măsuri pentru asigurarea transparenţei în exercitarea demnităţilor publice, a funcţionarilor publici şi în mediul afacerilor, prevenirea şi sancţionarea corupţiei.

5. Legea 365/2002 privind comerţul electronic.

Principalele modificări aduse de noul Cod de procedură penală

Maria-Georgiana ***TEODORESCU****

Abstract: *Noul Cod de Procedură Penală (NCPP) modifică considerabil instituțiile de drept procesual penal, atât prin introducerea unora noi (i.e. arestul la domiciliu, acordul de recunoaștere a vinovăției, contestația la durata procesului penal, etc.) cât și prin modificarea celor existente (i.e. dreptul la apărare, celeritatea, etc.), în scopul mai bunei gestionări a activității de urmărire penală și de judecată, în acord cu respectarea principiilor de drept ce guvernează întreg procesul penal. Prezentul articol oferă o privire de ansamblu schematică asupra principalelor modificări aduse de Codul de procedură penală. Odată cu intrarea sa în vigoare, de la 1 februarie 2014, fiind vorba de norme de imediată aplicare, Noul cod a avut un puternic impact asupra jurisprudenței, atât prin instituțiile noi create cât și prin modificarea considerabilă a celor vechi, reușind să genereze deja probleme de practică neunitară.*

Cuvinte cheie: *Noul cod de procedură penală, modificări, arest la domiciliu, contestație, recurs în casație*

Prezentul articol oferă o privire de ansamblu schematică asupra principalelor modificări aduse de Codul de procedură penală. Odată cu intrarea sa în vigoare, de la 1 februarie 2014, fiind vorba de norme de imediată aplicare, Noul cod a avut un puternic impact asupra jurisprudenței, atât prin instituțiile noi create cât și prin modificarea considerabilă a celor vechi, reușind să genereze deja probleme de practică neunitară.

Astfel, cu titlu de exemplu, în doar două luni de la intrarea în vigoare, au beneficiat de arestul la domiciliu (în locul măsurii arestării preventive) 146 de persoane în întreaga țară. De asemenea, instanțele au dispus măsura controlului judiciar pentru 2459 de persoane cercetate (în locul măsurii obligării de a nu părăsi localitatea sau țara) și măsura controlului judiciar pe cauțiune pentru 20 de inculpați. Totodată, s-au dat deja de către procurori numeroase soluții de clasare și de renunțare la urmărire penală, în conformitate cu prevederile noului cod.

Detaliem în cele ce urmează principalele modificări ale Codului de Procedură Penală:

1. Fazele procesuale

Dacă în vechiul cod procesul penal avea trei faze (urmărirea penală, judecata şi executarea hotărârilor), conform NCPP procesul penal va avea patru faze: urmărirea penală (care începe mai întâi *in rem* şi apoi *in personam*), camera preliminară, judecata (în primă instanţă şi, eventual, în calea de atac a apelului, singura cale ordinară menţinută) şi executarea hotărârii judecătoreşti definitive.

Noutatea este, aşadar, reprezentată de camera preliminară, pe care o găsim reglementată în Cod la art. 342-348, şi în cadrul căreia judecătorul de cameră

* Asist.univ.drd., Univ. Titu Maiorescu București, Facultatea de Drept.

preliminară se pronunță asupra legalității sesizării instanței, administrării probelor și efectuării actelor de către organele de urmărire penală.

2. Organele judiciare

Conform art. 30 NCPP organele judiciare sunt: organele de cercetare penală, procurorul, judecătorul de drepturi și libertăți, judecătorul de cameră preliminară și instanțele judecătorești. În ceea ce privește organele de urmărire penală ele sunt procurorul şi organele de cercetare penală (cele ale poliţiei judiciare şi cele speciale). Așadar, sunt introduse două organe judiciare noi: judecătorul de cameră preliminară și judecătorul de drepturi și libertăți.

3. Judecătorul de drepturi și libertăți și judecătorul de cameră preliminară

În cursul urmăririi penale *judecătorul de drepturi și libertăți* este competent să soluționeze cererile privind măsurile preventive, măsurile asigurătorii, măsurile de siguranţă cu caracter provizoriu, percheziţia, folosirea tehnicilor speciale de supraveghere. Acesta devine ulterior incompatibil să soluţioneze cauza pe fond. Tot acest judecător, la cererea procurorului, poate proceda şi la audierea anticipată a martorului dacă există riscul să nu mai poată fi audiat ulterior în faza de judecată.

Înainte de începerea judecății propriu-zise se parcurge procedura de cameră preliminară în care legalitatea probelor administrate şi a trimiterii în judecată sunt verificate (în termen de minim 20 de zile si maxim 60 zile de la sesizarea instanţei) de către un *judecător de cameră preliminară.*

Prin introducerea procedurii de cameră preliminară se elimină posibilitatea restituirii ulterioare a cauzei la parchet în vederea refacerii urmăririi penale sau a actului de sesizare, singurul moment în care se mai poate dispune această soluție fiind în cadrul acestei proceduri.

Soluțiile pe care la poate dispune judecătorul de cameră preliminară conform art. 346 NCPP sunt fie de începere a judecății dacă se constată legalitatea sesizării instanței și administrării probelor, fie de restituire a cauzei la parchet dacă rechizitoriul este neregulamentar întocmit sau dacă a exclus toate probele administrate.

În măsura în care se constată legalitatea probelor administrate și a trimiterii în judecată, judecătorul de cameră preliminară va rămâne competent să soluționeze cauza pe fond.

4. Compunerea instanței

Conform NCPP, judecata revine completului de judecată alcătuit dintr-un judecător în primă instanţă (3 la ICCJ) şi doi judecători în apel (5 la ICCJ). Vechiul cod reglementa completul de 1 judecător la fond (3 la ICCJ), 2 în apel și 3 în recurs (5 la ICCJ).

În ceea ce privește măsurile preventive, se prevede un judecător de drepturi și libertăți sau de cameră preliminară care se va pronunța pe aceste măsuri, și tot unul, de la instanța ierarhic superioară, care se va pronunța asupra contestației formulate asupra încheierii de ședință.

5. Modificările principale în materia competenţei

Sub aspectul competenței procurorului, s-a restrâns categoria infracţiunilor pentru care procurorul efectuează urmărirea penală.

Tribunalul nu va mai judeca căi de atac ci doar fonduri. Hotărârile judecătoriilor și tribunalelor vor fi apelate doar la Curtea de apel.

Se desființează Tribunalul Militar Teritorial şi parchetul aferent. Rămân instanțe militare doar Tribunalul Militar și Curtea Militară de Apel.

6. Părţile şi subiecţii procesuali principali

Modificările vizează în principal învinuitul şi partea vătămată, celelalte părți ale procesului penal rămânând neschimbate.

Astfel, persoana care a suferit o vătămare prin infracțiune este introdusă în proces ca *persoană vătămată* (se elimină instituția părții vătămate), iar dacă nu vrea să participe, trebuie să declare expres acest lucru, caz în care va putea fi audiată ca martor; când pretinde repararea prejudiciului, persoana vătămată devine *parte civilă*.

În schimb, persoana cu privire la care din datele şi probele existente rezultă bănuiala rezonabilă că a săvârşit o faptă prevăzută de legea penală se va numi *suspect* (după ce începe urmărirea penală împotriva sa), iar când se pune în mişcarea acţiunea penală împotriva lui va fi *inculpat*. Este înlocuită, aşadar, noțiunea de învinuit cu cea de suspect.

7. Măsurile preventive

Măsurile preventive reglementate de cod sunt: reținerea, controlul judiciar, controlul judiciar pe cauțiune, arestul la domiciliu și arestarea preventivă.

Reţinerea poate fi dispusă de organul de cercetare penală sau procuror pe 24 ore cu privire la suspect sau inculpat. Celelalte măsuri se dispun doar cu privire la inculpat.

Controlul judiciar şi controlul judiciar pe cauţiune nu mai reprezintă măsuri subsecvente arestării preventive, ci alternative la arestare; ele se dispun în fiecare fază procesuală de cel care exercită funcţia respectivă, respectiv de procuror, de judecătorul de cameră preliminară sau de instanța de judecată.

Se introduce o nouă măsură preventivă: arestul la domiciliu, pe care o poate dispune doar un judecător de drepturi și libertăți în cursul urmăririi penale, unul de cameră preliminară în faza de cameră preliminară sau instanța de judecată.

8. Procedurile scurte de judecată

i.*Acordul de recunoaştere a vinovăției*. În faza de urmărire penală, pentru infracţiuni pedepsite cu maxim 7 ani închisoare, între procuror şi inculpat se poate încheia un acord de recunoaştere a vinovăţiei dacă inculpatul recunoaşte fapta, acceptă încadrarea juridică, şi este de acord cu cuantumul pedepsei şi modul de executare propuse de procuror; acordul va fi avizat de procurorul ierarhic superior şi va fi încuviinţat de instanţa de judecată.

ii.*Recunoaşterea vinovăției în faza de judecată*. Pentru orice infracţiune în afară de cele sancţionate cu detenţiune pe viaţă, inculpatul poate *recunoaşte învinuirea* şi poate cere ca judecata să se facă pe baza probelor administrate în faza de urmărire penală, caz în care se vor reduce cu o treime limitele de pedeapsă legale (fostul art. 320^1 din vechiul CPP).

9. Nepedepsirea inculpatului

Pentru infracţiuni pedepsite de lege cu închisoarea până la 7 ani, procurorul poate decide în anumite condiţii să *renunţe la urmărirea penală* dacă nu există interes public (introducându-se principiul oportunităţii urmăririi penale), dispunând ca inculpatul să îndeplinească anumite obligaţii.

Dacă dosarul este trimis în judecată, instanţa poate decide *renunţarea la aplicarea pedepsei* aplicând un avertisment dacă pedeapsa prevăzută de lege este de până la 5 ani. Pentru infracţiuni pedepsite de lege cu închisoarea până în 7 ani şi dacă pedeapsa stabilită este amenda sau închisoare de cel mult 2 ani, judecătorul poate constata vinovăţia inculpatului şi poate dispune *amânarea aplicării pedepsei*, caz în care va acorda un termen de doi ani în care el să îndeplinească anumite obligaţii, iar la finalul perioadei va decide dacă va mai aplica pedeapsa.

10. Garantarea dreptului la apărare

Se introduc noi drepturi şi obligaţii faţă de prevederile din vechiul cod: avocatul are dreptul să participe la audierea oricărei persoane în cursul procesului (fostul art. 172 CPP) şi are acces la dosar oricând (precum şi să obțină copii xerox), limitarea acestui drept fiind foarte strictă; ca urmare, este înlăturată prezentarea materialului de urmărire penală ca şi condiţie prealabilă trimiterii în judecată.

Când avocatul ales nu se prezintă şi este înlocuit de unul din oficiu, acestuia i se dă un termen pentru a pregăti apărarea, care în faza de judecată este de minim 3 zile.

Atunci când inculpatul este trimis în judecată, lui i se va comunica rechizitoriul. Părţilor li se comunică sub semnătură drepturile şi obligaţiile procesuale.

Orice audiere în această fază procesuală este, de regulă, înregistrată audio sau chiar audiovideo (dacă există mijloace tehnice).

În ceea ce privește obligaţia organelor de urmărire penală de a aştepta avocatul ales al suspectului sau inculpatului, NCPP prevede un termen de maxim 2 ore, după care se poate chema apărător din oficiu.

11. Medierea

Dreptul la un mediator se comunică părţilor şi subiecţilor procesuali principali înainte de audiere. Există în continuare posibilitatea ca victima şi suspectul sau inculpatul să încheie înţelegeri cu privire la pretenţiile civile, fie direct între ele (*tranzacţie*), fie prin intermediul unui terţ (*mediere civilă în procesul penală*) – în latura civilă a procesului aceasta va duce la soluţionarea acţiunii civile potrivit voinţei părţilor, iar în latura penală a procesului va constitui un element de individualizare a pedepsei, permițând ca judecătorul să dispună renunţarea la aplicarea pedepsei, amânarea aplicării pedepsei, suspendarea condiţionată a executării pedepsei, ori să reţină circumstanţe atenuante având ca efect reducerea pedepsei cu o treime şi chiar să dispună liberarea condiţionată a celui închis în penitenciar înainte de executarea în întregime a pedepsei.

Noul cod permite şi *medierea penală*, iar din acest punct de vedere vor exista două categorii de infracţiuni:

-infracțiunile pentru care încheierea unui acord de mediere între infractor şi victimă va împiedica începerea sau desfăşurarea procesului penal (infracţiunile urmăribile la plângerea prealabilă şi cele urmăribile din oficiu dar pentru care este posibilă împăcarea).

-infracţiunile pentru care acordul de mediere poate constitui un element ca procurorul să renunţe la urmărirea penală şi să acorde infractorului un termen de 9 luni în care să îndeplinească obligaţiile asumate prin acord.

12. Sesizarea organului judiciar prin plângere prealabilă

Apar modificări la termenul în care se poate introduce plângerea prealabilă: de la termenul de 2 luni de la data cunoaşterii făptuitorului se trece la termenul de 3 luni de la data cunoaşterii comiterii faptei.

13. Respectarea termenului rezonabil al procesului penal.

Sunt introduse prevederi care vor duce la urgentarea soluţionării unui dosar:

- Când dosarul ajunge în faţa completului de judecată după ce a trecut de camera preliminară, cauza nu mai poate fi restituită la procuror.
- Orice schimbare de domiciliu a părţii se comunică în 3 zile, altfel citarea ei la domiciliul iniţial rămâne valabilă.
- Dacă inculpatul este arestat, termenele de judecată se dau la interval de maxim 7 zile.
- Inculpatul poate solicita să fie judecat în lipsă.
- Se poate acorda doar un singur termen pentru angajarea apărătorului.
- În faza de judecată se vor readministra probele din faza de urmărire penală numai dacă acestea sunt contestate.
- Dacă urmărirea penală sau judecata în primă instanţă durează mai mult de un an, respectiv în apel durează mai mult de 6 luni, se poate face contestaţie cu privire la durată la judecătorul de drepturi şi libertăţi, respectiv la instanţa ierarhic superioară.

14. Minorii

Dacă victima este o persoană fără capacitate de exerciţiu sau cu capacitate de exerciţiu restrânsă, acordarea asistenţei juridice este obligatorie. Pentru minorul păgubit, procurorul este cel care poate exercita acţiunea civilă dacă nu o face reprezentantul legal.

Dacă suspectul/inculpatul este minor, în proces se citează Direcţia generală de asistenţă socială şi protecţie a minorului (în faza de urmărire penală), respectiv Serviciul de probaţiune (în faza de judecată) şi e obligatorie efectuarea unui referat de evaluare de către acest serviciu.

Minorii pot fi condamnaţi doar la măsuri educative neprivative sau privative de libertate. (nu mai pot fi condamnați la pedeapsa cu închisoarea).

15. Soluţionarea cauzelor

- Procurorul poate dispune netrimiterea în judecată prin clasare (când sunt impedimente legale la declanşarea sau desfăşurarea urmăririi penale) sau renunţare la urmărirea penală (când nu există interes public). Aceste soluţii pot fi atacate cu plângere la judecătorul de cameră preliminară. Trimiterea în judecată se dispune prin rechizitoriu, şi numai ulterior punerii în mişcare a acţiunii penale prin ordonanţă care se emite obligatoriu când există probe de vinovăţie a inculpatului.
- Instanţa poate dispune achitarea sau încetarea procesului penal, respectiv condamnarea (numai când îşi formează convingerea că acuzaţia a fost dovedită dincolo

de orice îndoială rezonabilă), amânarea aplicării pedepsei, renunţarea la aplicarea pedepsei sau suspendarea sub supraveghere.

Dispare aşadar suspendarea condiționată şi este înlocuită de renunţarea la aplicarea pedepsei, respectiv amânarea aplicării pedepsei.

16. Munca în folosul comunității

Procurorul, respectiv instanţa de judecată pot stabili prestarea unei munci în folosul comunității numai cu acordul inculpatului/condamnatului (ca obligaţie în caz de renunţare la urmărire penală, de amânare a executării pedepsei sau de renunţare la aplicarea pedepsei, respectiv în caz de înlocuire a amenzii penale neplătite din motive neimputabile). Atunci când amenda penală nu se plăteşte cu rea-credinţă, sancţiunea este înlocuirea ei cu închisoarea.

17. Căile de atac

Dispare calea de atac a recursului, astfel că sentinţele pronunţate în primă instanţă vor putea fi atacate doar cu apel, care este devolutiv în întregime. Hotărârea astfel pronunţată este definitivă şi se pune în executare.

Numai pentru 5 motive care vizează doar legalitatea poate fi exercitată calea extraordinară de atac numită recurs în casaţie, care se soluţionează de ICCJ.

Se menţin din vechiul cod căile de atac extraordinare contestaţia în anulare şi revizuirea.

18. Probleme de practică neunitară

Ca şi până acum, pentru soluţii definitive diferite în ce priveşte dezlegarea unor spețe, ICCJ poate fi sesizată să pronunţe o decizie în interesul legii. Noul cod prevede că pentru procesele pe rol, instanţa de control judiciar unde se află cauză poate sesiza de asemenea ICCJ pentru a pronunţa o hotărâre prealabilă cu privire la chestiunea în drept ce comportă discuţii.

19. Executarea pedepselor

Executarea pedepsei închisorii mai poate fi amânată sau întreruptă numai pentru două motive:

- boală gravă care nu poate fi tratată nici în sistemul penitenciar, nici sub pază permanentă în sistemul civil şi dacă lăsarea în libertate a condamnatului nu prezintă pericol pentru ordinea publică;
- starea de graviditate sau copil mai mic de un an.

Aşadar, s-a eliminat cazul privind considerentele familiale sau de la locul de muncă.

În concluzie, Noul Cod de Procedură Penală se apropie simțitor de legislații penale europene mai moderne, prin introducerea unor instituții absolut necesare: arestul la domiciliu, medierea penală, acordul de recunoaştere a vinovăției, prestarea unei munci în folosul comunității, etc. Totodată, se implementează și măsuri esențiale în ceea ce privește respectarea drepturilor omului, garantarea dreptului la libertate și la un proces echitabil, măsuri ce vor atrage o scădere a numărului de condamnări a României la Curtea Europeană a Drepturilor Omului pentru încălcarea art. 5 şi 6 CEDO.

Pedepsele şi demnitatea persoanei umane

Izabela ***BRATILOVEANU****

Abstract: *Demnitatea persoanei umane este implicită ori de câte ori se pune problema protejării persoanei umane împotriva procedeelor crude, procedee care sunt adânc înrădăcinate în istorie. Faptul că şi deţinutul este o persoană umană care are dreptul să fie tratat omeneşte este o idee care a prins contur foarte lent. Locul viziunii despre condamnat ca individ care trebuie controlat este luat de o viziune asupra acestuia ca fiinţă umană cu nevoi specifice, cu caracter şi aspiraţii distincte care pot fi orientate spre realizări utile atât societăţii, cât şi lui. Tratamentul aplicat deţinuţilor trebuie să reflecte faptul că ei continuă să facă parte din comunitate, nu că sunt excluşi din ea.*

Cuvinte cheie: *demnitatea persoanei umane; reinserţia socială a deţinuţilor; pedepsele corporale; pedeapsa cu moartea; detenţiunea pe viaţă.*

1. De la pedepsele aflictive la pedepsele care au ca scop resocializarea condamnatului

Demnitatea persoanei umane este implicită ori de câte ori se pune problema protejării persoanei contra procedeelor crude. Aceste procedee sunt profund înrădăcinate în istorie.

Primele legislaţii penale româneşti, Pravilele lui Matei Basarab şi Vasile Lupu prescriau ca pedepse principale: scoaterea ochilor pentru cel care goneşte un păzitor de vite şi pentru cel care fură a treia oară; tăierea mâinilor pentru cel care tăia via şi pomii vecinilor, care pune foc la un grajd sau magazie, care dărâmă casa sau grajdul altora, pentru paricid (care este apoi ucis); tăierea în bucăţi a cadavrului celui vinovat de paricid; însemnarea la nas a celui care fură a doua oară lucruri de mică valoare, a hoţului din biserici, a mamei care îşi prostituează fiica; arderea de viu a celui care pune foc la o casă, a slugii care fură femeia sau fiica stăpânilor; arderea cadavrelor falsificatorilor de monezi şi a sodomiştilor; plimbarea goi şi bătaia în public a celor care se făceau vinovaţi de bigamie, a hoţilor la prima greşeală, a săracilor care seduc fecioare, a bărbaţilor care îşi prostituează soţia, a suduitorilor; legarea de cozile cailor a slugii care vinde pe feciorul sau robul altuia şi în cazul paricidului; spânzurătoarea pentru cel care dă drumul noaptea din grajd oilor şi acestea sunt mâncate de fiare, pentru cel care a comis mai multe tâlhării, pentru cel care a furat a treia oară, a slugii care a furat a doua oară de la stăpân, a ucigaşilor, a răpitorilor de fecioare şi de femei cinstite, a seducătorilor la a treia înfăptuire, a incestuoşilor; tăierea capului pentru cei care au cheltuit banii pe care trebuiau să îi predea, perceptorii de taxe ilegale, falsificatorii de monedă, sodomiştii, bărbaţii care îşi prostituează fiica şi soţia ori care ţin casă de toleranţă, îndemnătorii la lepădare de călugărie, atentatorii la viaţa înalţilor dregători; munca în mine pentru boierul recidivist în tâlhărie, pentru cel care a furat pentru prima dată la drumul mare, pentru boierul care vinde fiul sau robul cuiva, pentru

* Doctorand, Facultatea de Drept şi Ştiinţe Sociale, Universitatea din Craiova.

bigami, suduitori; surghiunul pentru boierul care a rănit pe cineva pentru a-l fura, vameşul corupt; bătaia pentru cel care fură animale, unelte agricole, recolte, care intră cu vitele în ogorul altuia, umblă cu măsuri false, otrăveşte câine ciobănesc, seduce fecioară; cazna pentru a descoperi furturi, omoruri, otrăviri, complicităţi; ruşinarea pentru suduitor, sodomist, defăimător, care s-a lepădat de călugărie, pentru copiii otrăvitorilor; amenda pentru cel care reţine pe ţăranul altuia, fură plug, mută hotar pe ascuns, boier ucigaş (uneori), bogatul care seduce o fecioară; confiscarea averii înlocuieşte pedeapsa pentru suduitori şi uneltitori ai domniei; despăgubirea valorii prădate; pierderea zestrei pentru soţia adulteră; azilul în biserică pentru toate faptele, mai puţin răpitul de femei, adulter, crimă; dezmoştenirea copiilor pentru cei care se împreunează cu animalele; tăierea limbii pentru cei care jură strâmb; moartea prin sabie pentru robul care are raporturi cu stăpâna lui, incest, otrăviri, vrăjitorie, dezertare la duşman, răzvrătirea poporului contra domnului; raderea părului pentru hoţii din biserică; tragerea în ţeapă a fost practicată în timpul domniei lui Ştefan cel Mare, Vlad Ţepeş, Ioan Vodă cel Cumplit, Radu Mihnea, Leon Tomşa, până la începutul secolului al XIX-lea; legarea la stâlp, înecarea şi jugul au fost practicate până la Regulamentul Organic; compoziţia (înţelegerea între părţi) s-a practicat până în secolul al XIX-lea, însoţită de amenzi, doar pentru infracţiunile private, care nu periclitau comunitatea sau autoritatea domnească. Pravilele se referă la „scoaterea ochilor, otrăvire, tăierea capului, spânzurarea câte doi de păr, punerea la plug, arderea în foc, purtarea de cozile cailor, ocna, surghiunul, orbirea, tăierea vreunui membru al trupului, însemnarea nasului, pecetluirea la mână, bătaia cu toiage, închiderea în gros, confiscarea averii şi altele”[1]. Închisorile îndeplineau cu precădere funcţia de loc de executare a supliciilor şi de aşteptare a unei pedepse corporale (schingiuiri, bătăi, omoruri).

Codul Penal din 1865[2], ale cărui dispoziţii au fost preluări aproape integrale din Codul Penal francez, prevedea în art. 10 că cei condamnaţi la muncă silnică „vor fi supuşi unui regim aspru. Până la înfiinţarea stabilimentelor penitenciare, osândiţii la asemenea pedeapsă se vor întrebuinţa la lucrările cele mai aspre înăuntrul minelor sau şi în afară din mine, pentru lucrările de utilitate publică. Ei vor fi puşi în fiare. Acei care lucrează în mine, noaptea se vor scoate afară şi se vor închide în temniţă, având şi fiare la picioare”. Femeile condamnate la muncă silnică erau de asemenea supuse unui regim aspru. Toţi deţinuţii erau obligaţi să poarte o uniformă care se deosebea în funcţie de pedeapsa aplicată, pentru a putea fi uşor identificaţi prin vestimentaţie. Cei condamnaţi la pedeapsa recluziunii, erau supuşi unui regim bazat pe muncă obligatorie. Condamnaţii la pedeapsa recluziunii erau închişi într-o casă de recluziune, care se baza în principiu pe munca obligatorie.

În plus, condamnarea aducea şi degradarea civică care consta:

„1. În destituirea şi excluderea condamnaţilor de la orice funcţiune şi oficiu public;

2. În pierderea dreptului de vot, alegere şi eligibilitate şi în general de toate drepturile civile şi politice şi de dreptul de a purta vreo decoraţiune, sau vreun alt semn sau titlu distinctiv de onoare;

3.În incapacitatea de a fi numit jurat sau expert, de a fi întrebuinţat ca martor în acte şi de a depune mărturii în judecată, decât pentru a da nişte simple arătări;

---

[1] Şt. Berechet, *Judecata la români*, în lucrarea O. Gorescu, Văcăreşti Mânăstire. Văcăreşti Penitenciar, Bucureşti, 1930.

[2] Pentru detalii, a se vedea P. Pastion şi M.I. Papadopolu, *Codul penal Adnotat*, Ed. Librăriei Socec& Comp, Bucureşti, 1922.

4. În incapacitatea de a face parte din vreun consiliu de familie, de a fi tutore, curatore, subrogat-tutore sau consilier judecătoresc, decât numai al copiilor săi, şi atunci după chibzuinţa familiei;

5. În pierderea dreptului de a purta arme, de a servi în armată, de a ţine şcoală, sau de a fi împiegat în vreunul din stabilimentele de instrucţiune ca profesor, institutor, învăţător sau priveghetor."

O schimbare însemnată de perspectivă dacă ne raportăm la reglementarea actuală, despre exemplu, la Ordinul nr. 41. 232/1992 al Directorului General al Penitenciarelor care interzice cu desăvârşire folosirea lanţurilor la mâini şi picioare, ca mijloc de imobilizare, indiferent de gradul de periculozitate al deţinuţilor sau de abaterile disciplinare săvârşite de aceştia. Pentru imobilizarea deţinuţilor periculoşi prezenţi la instanţele de judecată şi organele de urmărire penală ori în alte situaţii, se folosesc numai cătuşele din dotare şi, în paralel, s-a propus luarea de măsuri de întărire a escortelor, pentru a se evita evenimente negative. Persoanele condamnate poartă ţinuta civilă, indiferent de regimul de executare a pedepsei privative de libertate, iar în cazul în care nu dispun de ţinută civilă, aceasta se asigură gratuit de administraţia penitenciarului.

Sunt aflictive pedepsele care tind să distrugă corpul, să-l lezeze într-un anumit mod, fie prin atingeri aduse integrităţii fizice, fie chiar prin uciderea condamnatului. Represiunea penală în sistemele punitive feudale avea drept ţintă corpul, suferinţa fizică fiind în mod expres afişată, iar corpul era expus pe străzile localităţilor, după executarea pedepsei, mutilat, dezmembrat, supus la cazne, spânzurat. Camerele de tortură existau în toate închisorile şi majoritatea deţinuţilor erau supuşi supliciilor pentru mărturisirea faptelor comise.

Reificarea corpului condamnatului vizează atât supliciile pe care le suportă, cât şi exploatarea muncii care i-a fost impusă în condiţii extrem de dure. Figura în arsenalul pedepselor condamnarea la muncă silnică, muncă efectuată în nişte condiţii atât de grele încât îi reducerea pe cei condamnaţi la nimic. Se adăuga la această suferinţă fizică suferinţa psihică la care condamnatul era expus. Condamnatul era tratat ca un sclav, îi era negată umanitatea. Schimbarea de optică a fost lentă către o considerare a muncii ca fiind un important factor de resocializare. Reificarea corpului rezultând din acest tip de pedeapsă a fost înlocuită în prezent cu sacralizarea sa. Legislaţia actuală exclude toate acele pedepse care nu au ca obiectiv decât să facă persoana să sufere. Nu mai sunt prevăzute pedepse care vizează lichidarea fizică a condamnatului, pedepsele aflictive şi infamante. Pedeapsa cu moartea a fost abolită prin Decretul nr. 6/1990 şi înlocuită cu pedeapsa detenţiunii pe viaţă[1]. Acest progres a avut la bază luarea în considerare a respectului demnităţii persoanei condamnate.

Faptul că şi deţinutul este o persoană umană care are dreptul să fie tratat omeneşte este o idee care a prins contur foarte lent. Respectul pentru demnitatea umană, ca expresie a valorii persoanei înţeleasă în mod complet, se află în spatele schimbărilor şi trebuie să avem încredere că aceste manifestări „suscitate de prejudecata de irecuperabilitate a criminalilor", astăzi au dispărut[2]. Cel care săvârşeşte o infracţiune, oricât de gravă ar fi aceasta, nu este şi nu poate fi considerat în genere ca nerecuperabil şi situat

[1] Decretul nr. 6 din 7 ianuarie 1990 pentru abolirea pedepsei cu moartea, pentru modificarea şi abrogarea altor prevederi din Codul Penal şi alte acte normative, publicat în M. Of. nr. 4 din 8 ianuarie 1990.

[2] R. Merle, *La pénitence et le droit*, Théologie, droit canonique, droit pénal, Cerf-Cujas, Coll. Éthique et société, 1985, p. 74.

în afara procesului educativ ci, dimpotrivă, trebuie implicat cu mai multă amploare în acest proces[1]. Locul viziunii despre condamnat ca individ care trebuie controlat este luat de o viziune asupra acestuia ca fiinţă umană cu nevoi specifice, caracter şi aspiraţii diferite care pot să fie orientate spre realizări utile atât societăţii cât şi lui. Astfel, în România, în timpul regimului comunist, pedepsele aplicate erau extrem de dure, mai ales în cazul condamnărilor cu caracter politic. Legea nr. 221/2009 privind condamnările cu caracter politic şi măsurile administrative asimilate acestora (măsurile luate de organele fostei miliţii sau securităţi, având drept scop dislocarea şi stabilirea de domiciliu obligatoriu, internarea în unităţi şi colonii de muncă, stabilirea unui loc de muncă obligatoriu) a dat dreptul la acordarea de despăgubiri pentru prejudiciile morale suferite, aceste pedepse aducând atingere demnităţii persoanelor condamnate. Aşa cum reţine Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie în Decizia nr. 6.133/2011[2] „Orice arestare şi condamnare la o pedeapsă privativă de libertate, dacă este nedreaptă, produce celor în cauză suferinţe morale prin lezarea demnităţii şi onoarei şi a libertăţii individuale. Aceste suferinţe au avut un caracter mult mai accentuat în închisorile comuniste, fiind de notorietate că deţinuţii politici erau trataţi inuman" şi în Decizia nr. 4575/2011 "(...) condiţiile în care a executat pedeapsa privativă de libertate, au fost generatoare de intense suferinţe şi susceptibile să afecteze demnitatea acestuia. A fost legat în lanţuri doi ani, a fost bătut crunt aproape zilnic, regimul de detenţie a fost foarte dur, putând fi calificat drept cel mai sever tratament aplicat deţinuţilor. În privinţa condiţiilor de executare a pedepsei constând în muncă silnică, art. 28 şi următorul din Codul penal al Republicii Populare România precizează că aceasta se execută în penitenciare anume destinate, condamnatul fiind închis, la începutul pedepsei, într-o celulă individuală şi ţinut astfel ziua şi noaptea timp de un an şi şase luni".

În literatura de specialitate se admite constant că una dintre funcţiile pedepsei este cea de exemplaritate. Se consideră, cu îndreptăţit temei, că fermitatea, promptitudinea, intransigenţa cu care este pedepsit infractorul exercită o influenţă benefică asupra celorlalţi membrii ai societăţii care astfel vor fi determinaţi să nu săvârşească infracţiuni[3]. Trebuie însă clarificat faptul că demnitatea persoanei umane interzice transformarea pedepsei într-un spectacol public. Aduc atingere demnităţii toate acele tratamente conform cărora individul este tratat ca simplu obiect în mâinile puterii publice. Aplicarea unei pedepse extrem de dure unui individ nu trebuie justificată pe seama ideii de a intimida pe toţi ceilalţi să comită o astfel de faptă, căci persoana umană nu trebuie să fie privită ca un instrument pentru atingerea unui obiectiv public. Pe aceeaşi linie de raţionament se situează şi o Decizie a Consiliului Constituţional francez din 20 ianuarie 1994, ocazie cu care s-a arătat că „executarea pedepselor privative de libertate în materie corecţională şi criminală a fost concepută, nu doar pentru a proteja societatea şi pentru a asigura pedepsirea condamnatului, dar de asemenea pentru a favoriza schimbarea în bine a acestuia şi pregătirea sa pentru o eventuală reinserţie"[4].

---

[1] C. Niculeanu, *Tratat de drept penal. Partea generală. Vol. II. Sancţiunile penale în Noul Cod Penal,* Sitech, 2012, p. 29.

[2] Pentru ideea că arestarea pe nedrept este susceptibilă să producă suferinţe morale, de natură să lezeze demnitatea şi onoarea, a se vedea Î.C.C.J., Secţia civilă şi de proprietate intelectuală, Decizia nr. 1043/2012, Decizia nr. 1120/2003, Decizia nr. 14/2012, Decizia nr. 1586/2012.

[3] A se vedea C. Mitrache, C. Mitrache, *Drept penal român. Partea generală*, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2007, p. 191.

[4] Consiliul Constituţional, 20 ianuarie 1994, Decizia nr. 93-334 DC, Legea instituind o pedeapsă necomprimabilă, JO 26 ianuarie 1994, p. 1380.

Progrese au fost realizate pe plan intern prin adoptarea legii nr. 254/2013 privind executarea pedepselor şi a măsurilor privative de libertate dispuse de organele judiciare în cursul procesului penal[1] care completează reforma amplă începută în materie penală şi procesual penală ce se promovează în acest moment prin intermediul noilor coduri penal şi de procedură penală, iar pe de altă parte, continuă noua viziune în materia executării pedepselor, lansată prin adoptarea legii nr. 275/2006. Aşa cum se prevede în articolul 3 din legea nr. 254/2013, scopul executării pedepselor şi a măsurilor privative de libertate este prevenirea săvârşirii de noi infracţiuni, iar prin executarea lor se urmăreşte formarea unei atitudini corecte faţă de ordinea de drept, faţă de regulile de convieţuire socială şi faţă de muncă, în vederea reintegrării în societate a deţinuţilor sau persoanelor internate.

De asemenea, s-a prevăzut expressis verbis că deţinuţii îşi exercită toate drepturile civile şi politice, cu excepţia celor care au fost interzise, potrivit legii, prin hotărârea definitivă de condamnare, precum şi a celor a căror neexercitare sau exercitare restrânsă rezultă inerent din privarea de libertate ori din raţiuni de menţinere a siguranţei deţinerii (art. 7 din Legea nr. 254/2013).

Unul dintre elementele de noutate foarte importante aduse de legea nr. 254/2013 constă în stabilirea o dată cu regimul de executare al pedepsei a unui program de resocializare, adaptat persoanei condamnate în funcţie de conduita, personalitatea, vârsta, stare de sănătate, nevoile identificate şi posibilităţile de reintegrare socială ale celui condamnat, intitulat „individualizare administrativă a regimului de executare a pedepsei privative de libertate". În funcţie de aceste criterii, persoana condamnată este inclusă în activităţi educative, culturale, terapeutice, de consiliere psihologică şi de asistenţă socială, moral-religioase, instruire şcolară şi formare profesională. Este vorba despre un plan individualizat de evaluare şi de intervenţie educativă şi terapeutică care se stabileşte pentru fiecare deţinut de către specialiştii serviciului de educaţie şi asistenţă psihosocială, în care în funcţie de nevoi şi de riscuri, sunt stabilite activităţile şi programele recomandate. În plus, tinerii condamnaţi sunt incluşi pe durata executării pedepsei, în programe speciale educaţionale, de asistenţă psihologică şi asistenţă socială, care sunt stabilite în funcţie de vârsta şi de personalitatea fiecărui condamnat.

Individualizarea, din perspectiva de a resocializa condamnatul, este extrem de importantă. Această schimbare de viziune are la bază ideea potrivit căreia pedeapsa privativă de libertate „este actualmente aplicată uman, deoarece cel care o suportă este o persoană umană, căreia oricare ar fi decăderea sa, trebuie să-i respectăm demnitatea şi sentimentele"[2]. Ea este „o pedeapsă foarte aflictivă, dar moralizatoare şi respectând demnitatea omului"[3]. Prin urmare, trebuie subliniat „sfârşitul unei epoci, cea în care respectul pentru om era în totalitate ignorat"[4] în beneficiul unei noi concepţii în care „demnitatea omului şi respectul pentru integritatea sa fizică apar din nou ca bunurile cele mai preţioase"[5].

Într-o opinie, se consideră că individualizarea pedepsei poate constitui o atingere adusă demnităţii umane, datorită vagului care o înconjoară. Se apreciază că, lipsa

[1] Publicată în M. Of. al României, Partea I, nr. 514 din 8 august 2013.

[2] G. Stefani, G. Levasseur şi R. Jambu-Merlin, *Criminologie et sciences pénitentiares*, Dalloz, Paris, 1972, p. 481.

[3] Ibid, p. 6.

[4] F. Debove, *Libertès physiques du détenu et droit européen ou l'histoire d'une Convention passe-muraille*, R.P.D.P., 1997, p. 50.

[5] Ibid.

„realelor explicaţii ale judecătorilor cu privire la motivele alegerii lor", ar afecta demnitatea condamnaţilor deoarece „individualizarea poate fi resimţită ca fiind arbitrară, în timp ce parametrii care o conduc sunt puţin vizibili"[1]. Noul Cod Penal aduce clarificări importante sub acest aspect, reglementând mult mai riguros criteriile generale de individualizare a pedepsei. Potrivit art. 74, stabilirea duratei sau a cuantumului pedepsei se face în raport cu gravitatea infracţiunii săvârşite şi cu periculozitatea infractorului, care se evaluează după următoarele criterii: *a)* împrejurările şi modul de comitere al infracţiunii, precum şi mijloacele folosite; *b)* starea de pericol creată pentru valoarea ocrotită; *c)* natura şi gravitatea rezultatului produs ori a altor consecinţe ale infracţiunii; *d)* motivul săvârşirii infracţiunii şi scopul urmărit; *e)* natura şi frecvenţa infracţiunilor care constituie antecedente penale ale infractorului; *f)* conduita după săvârşirea infracţiunii şi în cursul procesului penal; *g)* nivelul de educaţie, vârsta, starea de sănătate, situaţia familială şi socială[2].

În spatele reinserţiei asociate cu demnitatea umană, se găseşte de fapt o schimbare de filosofie care invită administraţia penitenciară nu la paza persoanelor deţinute - termen ce evocă o „depersonalizare"- ci la „tratamentul" lor. Fără a intra în detaliile acestei probleme, trebuie precizat că dacă în cazul individualizării pedepsei, aceasta presupune doar un răspuns mecanic al unei concepţii despre omul delincvent, principiul personalizării pedepsei răspunde aceleiaşi preocupări de a se determina pedeapsa în funcţie de particularismul persoanei căreia i se adresează, dar în cadrul unei noi paradigme; personalizarea pedepsei trimite aici nu la un principiu de generalitate, ci de unicitate, trebuind să fie aplicată de o manieră specifică fiecărui autor al infracţiunii, perceput ca persoană unică. Or, în doctrină s-a arătat în mod just că demnitatea marchează simultan singularitatea fiecărei fiinţe umane şi egala sa apartenenţă la genul uman[3].

Executarea pedepselor trebuie să aibă ca scop reintegrarea deţinuţilor în societate. Rolul unui regim de privare de libertate nu este acela de a desocializa individul. Orice pedeapsă comportă o parte de infamie socială, de degradare, deci de atingere publică şi legitimă a demnităţii persoanei care trebuie menajată în timpul executării pedepsei şi trebuie să o reparăm în momentul în care aceasta ia sfârşit prin măsuri de reinserţie socială[4]. Tratamentul aplicat deţinuţilor trebuie să reflecte faptul că ei continuă să facă parte din comunitate, nu că sunt excluşi din ea. Acesta este argumentul pentru care pregătirea deţinuţilor pentru perioada de după eliberare trebuie să înceapă de îndată ce este posibil, după ce sunt primiţi în penitenciar, în sensul că ei trebuiesc reeducaţi, susţinuţi în întărirea legăturilor cu familiile lor şi să li se dea posibilitatea să-şi dezvolte aptitudinile şi calităţile care să le permită reintegrarea în comunitatea din care fac parte. Prin prevederile legii nr. 254/2013 se răspunde acestor exigenţe. În perioada de carantină şi observare, sunt desfăşurate activităţi de evaluare şi intervenţie iniţială.

---

[1] R. Koering-Joulin, J.F. Seuvic, *Droits fondamentaux et droit criminel*, Les droits fondamentaux. Une nouvelle catégorie juridique, AJDA, 1998, număr special, p.121 şi G. Levasseur, *De la minimisation de l'enquête de personalité à la generalization du pouvoir discrétionaire*, R.S.C. 1961, p. 83.

[2] Referitor la aceeaşi problemă, vom aminti dispoziţiile art. 72 alin. (1) din Codul penal anterior: "La stabilirea şi aplicarea pedepselor se ţine seama de dispoziţiile părţii generale a acestui Cod, de limitele de pedeapsă fixate în partea specială, de gradul de pericol social al faptei săvârşite, de persoana infractorului şi de împrejurările care atenuează sau agravează răspunderea penală".

[3] A se vedea, B. Maurer, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme,* Documentation française, Paris, 1999, p. 357.

[4] X. Bioy, *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, Dalloz, Paris, 2003*,* p.579.

La sfârşitul acestei perioade, regimul de executare a pedepsei privative de libertate se stabileşte în funcţie de criterii detaliat stabilite, ţinându-se seama de durata condamnării, conduita, personalitatea, gradul de risc, nevoile identificate ale persoanei condamnate, necesare pentru includerea sa în programe educaţionale, de asistenţă psihologică şi asistenţă socială, precum şi de disponibilitatea acesteia de a presta muncă şi de a participa la activităţi educative, culturale, terapeutice, de consiliere psihologică şi asistenţă socială, moral-religioase, instruire şcolară şi formare profesională. Trebuie menţionată cu acest prilej soluţia de a se întocmi un Plan individualizat de evaluare şi intervenţie educativă şi terapeutică pentru fiecare persoană condamnată la o pedeapsă privativă de libertate, plan în care sunt consemnate activităţile şi programele recomandate, în funcţie de nevoile identificate. O atenţie specială este acordată tinerilor pentru care sunt concepute programe sociale, educaţionale, de asistenţă psihologică şi de asistenţă socială, includerea în aceste programe făcându-se raportat la vârsta şi la personalitatea fiecărui deţinut. De asemenea, minorilor li se asigură posibilitatea menţinerii legăturii cu familia sau cu persoanele cu care aceştia au legături afective puternice, prin suplimentarea dreptului la vizite, convorbiri telefonice sau on-line[1].

2. Pedepsele corporale

În cauza Tyrer contra R.U.[2], Curtea Europeană a Drepturilor Omului s-a pronunţat cu privire la compatibilitatea pedepselor corporale cu art. 3 din Convenţie. Reclamantul A.T., cetăţean britanic domiciliat în insula Man, a fost condamnat la vârsta de 15 ani de către un Tribunal local pentru tineri la trei lovituri de vergea pentru agresare neprovocată cauzând daune corporale. El a introdus recurs la Înalta Curte de Justiţie din insula Man, care a fost respins. Sentinţa a fost executată în aceeaşi zi la postul de poliţie, în prezenţa tatălui şi a unui medic. În plângerea adresată Comisiei la 21 septembrie 1972, acesta considera că pedeapsa corporală încalcă art. 3 din Convenţia Europeană a Drepturilor Omului.

Curtea Europeană a Drepturilor Omului a considerat că pentru ca o pedeapsă să fie degradantă, umilirea sau dispreţuirea pe care o provoacă trebuie să se situeze la un nivel deosebit şi să difere de nivelul obişnuit de umilire normal şi aproape inevitabil al pedepselor judiciare. Aprecierea Curţii este relativă, depinzând în special de natura şi contextul pedepsei, ca şi de modalităţile de executare. Curtea a determinat câteva elemente relevante pentru a decide că bătaia aplicată reclamantului a fost degradantă. Pedepsele judiciare corporale presupun ca o fiinţă umană să procedeze la violenţe fizice asupra semenilor săi; este vorba despre violenţe instituţionalizate, al căror caracter se combină cu ansamblul procedurii oficiale presupus de pedeapsă şi cu faptul că executanţii sunt complet străini delincventului. Instanţa europeană a stabilit că, deşi A.T. nu a suferit leziuni fizice grave sau durabile, pedeapsa sa - constând în a-l trata ca

[1] Curtea Constituţională germană, prin decizia 116 BverfGE 69 (2006) a explicat că executarea pedepsei închisorii îi afectează în mod deosebit pe tineri, reţinând în acest sens mai multe argumente. Percepţia despre timp a tinerilor diferă în raport cu cea a persoanelor în vârstă şi suferă mai mult când sunt forţaţi să fie singuri, personalităţile lor fiind mai puţin formate decât cele ale adulţilor. Având în vedere aceste argumente, Curtea Constituţională federală a subliniat importanţa consilierii, timpului liber, activităţii fizice, educaţiei continue, în dublu scop: pentru a se evita o vătămare ireparabilă a personalităţii acestora şi pentru a le permite reintegrarea în societate. Pornind de la principiul demnităţii umane, Curtea a declarat contactele familiale ca fiind cruciale pentru o „învăţare socială pozitivă" şi pentru dezvoltarea corespunzătoare a personalităţii umane.

[2] Cauza Tyrer contra R.U., Hotărâre din 25 aprilie 1978.

pe un obiect în mâinile puterii politice – *a adus atingere demnităţii şi integrităţii fizice a acestuia*; el a suportat angoasa de a aştepta violenţele care i-au fost aplicate.

În ceea ce priveşte conformitatea pedepselor cu art. 3 din Convenţia europeană a drepturilor omului, instanţa de la Strasbourg are o abordare dinamică, evolutivă, admiţând, începând cu hotărârea pronunţată în cauza Tyrer „influenţa evoluţiei şi a normelor în mod comun acceptate ale politicii penale a statelor membre ale Consiliului Europei în acest domeniu".

3. Pedeapsa cu moartea

În ceea ce priveşte incompatibilitatea pedepsei cu moartea cu principiul respectării demnităţii umane, vom reţine soluţiile practicii judiciare din Africa de Sud şi din Canada. Curtea Constituţională a Africii de Sud, în cauza Statul contra Makwanyane[1], a apreciat că pedeapsa cu moartea „implică, prin însăşi natura sa, o negare a umanităţii persoanei executate" şi „este degradantă deoarece lipseşte persoana condamnată de toată demnitatea sa şi o tratează ca obiect care trebuie eliminat de către stat". De referinţă rămâne cauza Joseph Kindler contra Canada[2], în care Curtea Supremă din Canada a decis că pedeapsa cu moartea este „nedemnitatea supremă a unui individ, ultima pedeapsă corporală, lobotomia finală şi completă, şi castrarea absolută şi irevocabilă. Este ultima profanare a demnităţii umane". În jurisprudenţa sa, instanţa de contencios european a drepturilor omului nu a analizat decât condiţiile de pronunţare şi de punere în aplicare, nu şi compatibilitatea de principiu a pedepsei cu moartea cu principiul respectării demnităţii umane.

În dreptul nostru, această problemă nu s-a pus, pedeapsa cu moartea fiind abolită prin Decretul Lege nr. 6/1990[3] şi înlocuită cu pedeapsa detenţiunii pe viaţă.

4. Detenţiunea pe viaţă

În ceea ce priveşte compatibilitatea pedepsei detenţiunii pe viaţă cu principiul respectării demnităţii persoanei umane, Comisia Europeană a Drepturilor Omului a afirmat în anul 1978 că „deşi acest lucru ar fi de dorit, nici o dispoziţie a Convenţiei, în mod particular art. 3 nu poate să fie interpretat ca impunând autorităţilor naţionale obligaţia de a reexamina cazul deţinuţilor care execută detenţiunea pe viaţă, pronunţată în mod legal în vederea unei reduceri sau întreruperi definitive a acesteia"[4]. Ulterior, Curtea Europeană a Drepturilor Omului şi-a schimbat poziţia, respectul demnităţii umane părând să ţină de păstrarea unei „supape" de eliberare în beneficiul condamnatului. Doar închisoarea fără speranţă de ieşire este atentatorie la demnitatea persoanei umane. Într-o cauză recentă, instanţa europeană a precizat că în ceea ce priveşte detenţiunea pe viaţă, art. 3 trebuie să fie interpretat ca impunând ca această pedeapsă să fie compresibilă, în sensul de a fi supusă unei reanalizări care să permită autorităţilor naţionale să verifice dacă, în cursul executării pedepsei, deţinutul a evoluat şi progresat în direcţia reabilitării astfel încât nu există motive penologice care să permită menţinerea în detenţie[5].

---

[1] Cauza nr. CCT/3/94, 1995, &26.
[2] Cauza Joseph Kindler împotriva Canada, 1992, 6 CRR (2d) 193 SC, 241.
[3] Publicat în Monitorul Oficial al României nr. 4 din 8 ianuarie 1990.
[4] Comm. E.D.O. 6 mai 1978, cerere nr. 7994/77, Ann. Vol. XXI, p. 527.
[5] Cauza Vinter şi alţii, cerere nr. 66069/09, 130/10, 3896/10, hotărâre din 9 iulie 2013.

Este de menţionat că judecătorul european face trimitere la jurisprudenţa instanţei constituţionale germane pentru a sublinia că este incompatibil cu demnitatea persoanei umane, ca esenţă înseşi a Convenţiei, dacă statul privează o persoană de libertate fără să i se dea cel puţin o şansă de a şi-o recupera într-o zi[1].

Problema a fost rezolvată în acelaşi sens de Curtea Constituţională germană într-o cauză binecunoscută[2] din 1977, la care ne vom referi în continuare. În cauză, un dependent de droguri care l-a ameninţat pe inculpat că va dezvălui faptul că vindea droguri interzise, dacă nu i se va furniza un anumit drog pe care îl plătise, a fost împuşcat de inculpat în cap de trei ori, de la o distanţă mică. Cauza a ajuns la Curtea Constituţională federală deoarece Curtea Regională din Verden, care l-a judecat pe inculpat, a apreciat că detenţiunea pe viaţă este incompatibilă cu art.1 din Legea fundamentală germană. Instanţa care l-a judecat pe inculpat a considerat că pedeapsa intră în conflict cu obligaţia legiuitorului de a respecta demnitatea fiecărei fiinţe umane la care inclusiv criminalii au dreptul, pentru că nu oferă inculpatului nici o posibilitate de reintegrare în societate, ceea ce l-ar reduce la un simplu obiect şi provoacă deteriorare mentală care ar fi urmarea cunoaşterii de către condamnat a faptului că nu se va mai putea întoarce la societate.

Demnitatea persoanei umane este o valoare centrală în ordinea constituţională germană, pe care statul este obligat să o respecte şi să o protejeze. Curtea Constituţională a apreciat că acest lucru este bazat pe concepţia despre persoana umană ca fiinţă moral-spirituală înzestrată cu libertatea de a se autodetermina şi de a se dezvolta pe ea însăşi. Însă, această libertate nu este cea a unui individ izolat, ci a unei persoane care se află în legătură cu comunitatea şi obligată de aceasta. Curtea a considerat că statul trebuie să privească pe fiecare individ din cadrul comunităţii ca având o valoare egală cu a celorlalţi, fiind contrar principiului demnităţii umane ca persoanele să fie doar instrumente în mâna statului. În dreptul penal, s-a reţinut că demnitatea umană determină natura pedepsei aplicate (interzicerea pedepselor inumane şi degradante), cât şi relaţia dintre vinovăţia inculpatului şi expiere. Aşadar, este interzis statului să-l transforme pe inculpat în obiect al prevenţiei crimei, în detrimentul dreptului acestuia la valoare socială şi respect. Cauza informează de o manieră remarcabilă cu privire la faptul că toţi indivizii, indiferent de faptele săvârşite, trebuie să fie văzuţi ca scopuri în sine şi nu pot fi consideraţi doar ca instrumente pentru realizarea unor alte scopuri; acest lucru fiind valabil şi pentru condamnaţi; detenţiunea pe viaţă nu poate să fie văzută numai ca un mijloc de a descuraja comiterea anumitor infracţiunii, când unii dintre deţinuţii condamnaţi la această pedeapsă pot să fie reintegraţi în societate.

Instanţa constituţională germană a dedus din garanţia inviolabilităţii demnităţii umane o obligaţie pentru deţinuţi de a depune toate eforturile de a se resocializa, de a-şi păstra capacitatea să facă faţă vieţii şi de a contracara efectele negative ale încarcerării şi schimbările distructive ale personalităţii, determinate de executarea unei pedepse privative de libertate. Jurisprudenţa germană este constantă cu privire la faptul că reabilitarea prizonierului rezultă în mod imperios din articolele 2 alin. (1) şi 1 alin. (1) din Legea fundamentală. Statul trebuie să ia toate măsurile pentru ca unui prizonier să i

[1] Paragraful 113.

[2] Cauza Detenţiunii pe viaţă, 1977, 45 BVerfGE 187. Pentru detalii, a se vedea D. Kommers şi A. Miller Russel, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Duke University Press, London, 2012, p. 363-371.

se dea şansa de a se reintegra în societate, după ispăşirea pedepsei[1].Rezultă din demersul argumentativ al Curţii că pedeapsa cu închisoarea pe viaţă nu este, în sine, neconstituţională, însă nu poate să fie aplicată uman dacă prizonierului îi este refuzată apriori orice posibilitate de întoarcere la societate[2]. După cum s-a pronunţat şi Curtea Supremă din Israel, în numeroase decizii: „Detenţiunea pe viaţă (...) nu necesită ca deţinutului să-i fie negat dreptul la integritatea fizică şi la protecţia împotriva violării demnităţii sale umane. O persoană deţinută este lipsită de libertatea sa; nu este privată de umanitatea sa"[3].

În dreptul român, pedeapsa detenţiunii pe viaţă a fost introdusă prin art. 1 din Decretul-lege nr. 6/1990, prin înlocuirea pedepsei cu moartea. Detenţiunea pe viaţă este reglementată strict şi amănunţit prin intermediul dispoziţiilor înscrise în art. 56-59 din Noul Cod penal. Pentru a avea loc liberarea condiţionată din pedeapsa detenţiunii pe viaţă, se cer a fi întrunite următoarele condiţii: *a)* să fi executat efectiv 20 de ani de detenţiune; *b)* să aibă o bună conduită pe toată durata executării pedepsei; *c)* să-şi îndeplinească integral obligaţiile civile stabilite prin hotărârea de condamnare, exceptând cazul în care dovedeşte că nu a avut nici o posibilitate să le îndeplinească şi *d)* instanţa trebuie să aibă convingerea că persoana condamnată s-a îndreptat şi se poate reintegra în societate.

5. Concluzii

Respectarea demnităţii persoanei umane în locurile de detenţie implică o umanizare a localurilor şi a relaţiilor. Demnitatea persoanei umane reprezintă un instrument de interpretare a calităţii vieţii carcerale care mai întâi impune autorităţilor să se abţină să aducă atingere la tot ceea ce postulează respectul său, apoi, pentru a le determina să acţioneze în vederea asigurării acestui respect. În consecinţă, transpunerea demnităţii în universul carceral antrenează o schimbare radicală a concepţiilor cu privire la închisoare, deţinut şi tratamentul său. Evoluţia pedepsei de-a lungul secolelor a fost constantă, de la pedepsele aflictive la pedepsele care vizează resocializarea condamnatului. Importanţa deosebită a legăturii dintre articolul 3 din Convenţia Europeană a Drepturilor Omului şi demnitatea persoanei umane rezultă din definiţia pe care literatura de specialitate o dă dreptului protejat de acest articol din textul convenţional

[1] Cauza închisorii pe viaţă se înscrie într-un şir mai lung de decizii în care Curtea Constituţională germană tratează problema reabilitării. Încă din anul 1973, în Cauza Lebach, Curtea Constituţională germană reţinea că principiul demnităţii umane şi principiul statului social obligă autorităţile să-i reabiliteze pe prizonieri în aşa fel încât, după o perioadă de timp rezonabilă, aceştia să poată fi reintegraţi în societate.

[2] Ulterior adoptării acestei decizii, o modificare adusă Codului Penal a permis instanţelor să elibereze un deţinut pentru o perioadă de 5 ani, după ce acesta a executat 15 ani din pedeapsă şi dacă gravitatea vinovăţiei nu impunea să continue să execute pedeapsa. În luarea deciziei, instanţele luau în considerare următoarele aspecte: personalitatea deţinutului, comportamentul său în închisoare, circumstanţele infracţiunii şi capacitatea sa de a duce o viaţă normală în afara închisorii. Într-o cauză din anul 2006 (117 BverfGE 71), instanţa constituţională federală a precizat că instanţele pot să refuze să întrerupă executarea detenţiunii pe viaţă dacă sunt dovezi clare că s-ar putea ca prizonierul să repete comiterea infracţiunii, însă că gradul de vinovăţie al acestuia nu impune o executare necontenită a pedepsei închisorii pe viaţă.

[3] PPA 4463/94 Golan contra Serviciile penitenciare, 1996, IsrSC 50 (4) 136, HCJ 355/79 Katlan contra Serviciile penitenciare, 1980, IsrSC 34(3).

ca fiind „dreptul absolut de a nu suporta acte contrare demnităţii umane”[1]. Curtea Europeană a Drepturilor Omului a analizat compatibilitatea pedepselor (detenţiunea pe viaţă, închisoarea şi pedepsele corporale) cu principiul respectării demnităţii umane.

6. Bibliografie

1. **Bioy Xavier**, *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, Dalloz, Paris, 2003.

2. **Debove Frédéric**, *Libertès physiques du détenu et droit européen ou l'histoire d'une Convention passe-muraille*, R.P.D.P., 1997.

3. **Defilippi Claudio, Bosi Debora, Harvey Rachel**, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Napoli, 2006.

4. **Gorescu Octav**, Văcăreşti Mînăstire. Văcăreşti Penitenciar, Bucureşti, 1930.

5. **Koering-Joulin Renée, Seuvic Jean-François**, *Droits fondamentaux et droit criminel*, Les droits fondamentaux. Une nouvelle catégorie juridique, AJDA, 1998, număr special, p.121.

6. **Kommers P. Donald şi Miller A. Russel.,** *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Duke University Press, London, 2012.

7. **Levasseur Georges**, *De la minimisation de l'enquête de personalité à la generalization du pouvoir discrétionaire*, R.S.C. 1961.

8. **Maurer Beatrice**, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme,* Documentation française, Paris, 1999.

9. **Merle Roger**, *La pénitence et le droit*, Théologie, droit canonique, droit pénal, Cerf-Cujas, Coll. Éthique et société, 1985.

10. **Mitrache Constantin, Mitrache Cristian**, *Drept penal român. Partea generală*, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2007.

11. **Niculeanu Costel**, *Tratat de drept penal. Partea generală. Vol. II. Sancţiunile penale în Noul Cod Penal,* Sitech, 2012.

12. **Pastion Paul şi Papadopolu Mihai**, *Codul penal Adnotat*, Ed. Librăriei Socec& Comp, Bucureşti, 1922.

13. **Stefani Gaston, Levasseur Georges şi Jambu-Merlin Roger**, *Criminologie et sciences pénitentiares*, Dalloz, Paris, 1972.

14. Decretul nr. 6 din 7 ianuarie 1990 pentru abolirea pedepsei cu moartea, pentru modificarea şi abrogarea altor prevederi din Codul Penal şi alte acte normative, publicat în M. Of. nr. 4 din 8 ianuarie 1990.

15. Legea nr. 254/2013 privind executarea pedepselor şi a măsurilor privative de libertate dispuse de organele judiciare în cursul procesului penal publicată în M. Of. al României, Partea I, nr. 514 din 8 august 2013.

[1] V. Piccioni, *Art. 3, divieto di tortura*, în C. Defilippi, D. Bosi, R. Harvey, La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, Napoli, 2006, p.107.

Membrul de familie – subiect al infracțiunii de viol

Andrada ***NOUR****

Abstract: *De-a lungul istoriei, dreptul penal se constituie ca o recunoaștere a faptului că societatea a manifestat permanent o preocupare pentru ocrotirea valorilor sale fundamentale, în contextul existenței în rândurile sale a unor factori umani negativi capabili să submineze echilibrul social și o bună conviețuire. Ignorând pericolul unor astfel de tendințe și fără o riposta cât mai eficient împotriva acțiunilor sociale distructive, societatea ar înregistra, desigur, un regres. Cu toate acestea însă, în cadrul acțiunilor și măsurilor de combatere a fenomenului infracțional, într-o societate modernă, trebuie respectate atât drepturile victimei, cât și cele ale agresorului.*

Studiile psiho-sociologice au dovedit că infracțiunile privitoare la viața sexuală săvârșite de către un membru de familie au fost mult mai traumatizante decât cele comise de un necunoscut, motiv pentru care aceste fapte trebuie incriminate și sancționate pe măsură. Indiferent dacă subiectul pasiv a fost supus unui singur abuz sau unor abuzuri repetate, el trebuie protejat de astfel de acte degradante și violente, care îi provoacă îndelungi și puternice traume psihice și care îi periclitează sănătatea fizică.

Cuvinte cheie: *Codul penal actual, libertatea sexuală, infracțiunile privind viața sexuală, infracțiunea de viol, membru de familie*

Libertatea sexuală în contextul existenţei statului de drept

Una dintre libertăţile individuale ale persoanei, care preocupă fiecare societate în parte, precum şi instituţiile europene, o constituie libertatea sexuală – problematica având importante implicaţii socio-morale. Libertatea sexuală, ca una din libertăţile individuale ale persoanei, este protejată de lege şi organele judiciare trebuie să intervină prompt ori de câte ori aceasta este încălcată, apreciind de la caz la caz, în ce măsură este vorba de o exercitare abuzivă a libertăţii sexuale sau de o înfrângere a acesteia.[1] În condiţiile existenţei statului de drept, dreptul penal este chemat să asigure cadrul juridic corespunzător, pentru apărarea valorilor sociale fundamentale. În cadrul valorilor sociale apărate de legea penală, un loc important îl ocupă protecţia persoanei şi a drepturilor acesteia[2] şi, implicit, a libertăţii sexuale, întrucât orice faptă care atentează la libertatea vieţii sexuale ori la inviolabilitatea acesteia, atentează practic la dreptul persoanei la integritate corporală, sănătate, onoare ori chiar la viaţa persoanei.

La nivelul jurisprudenţei Curţii Europene a Drepturilor Omului s-a remarcat o schimbare a viziunii asupra libertăţii sexuale a persoanei. Hotărârile Curţii Europene a

* Asist. Univ. Drd., Universitatea "Hyperion" din București.

[1] Ioana Claudia ILIEȘ, „Infracțiuni privitoare la viața sexuală. Sinteză de practică judiciară", http://studia.law.ubbcluj.ro/articol.php?articolId=146.

[2] Ion Ifrim, Roxana Oana Ionescu, "Protecția penală a vieții sociale și intime a persoanei", Revista Română de Sociologie, serie nouă, anul XX, București, 2009, p. 511-514.

Drepturilor Omului reflecta faptul că aceasta a impus statelor membre ale Uniunii Europene garantarea respectării libertăţii sexuale în limite juste.

În România, în reglementarea incriminării faptelor ce constituie infracţiuni privitoare la viaţa sexuală, legiuitorul a avut în vedere, printre altele, Declaraţia Universală a Drepturilor Omului; Pactul Internaţional privitor la drepturile civile şi politice; Convenţia Europeană a Drepturilor Omului; Carta Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene; Directiva 2002/73/CE din 23 septembrie 2002 de modificare a Directivei 76/207/CEE a Consiliului privind punerea în aplicare a principiului egalităţii de tratament între bărbaţi şi femei în ceea ce priveşte accesul la încadrarea în muncă, la formarea şi la promovarea profesională, precum şi condiţiile de muncă; Convenţia Consiliului Europei pentru protecţia copiilor împotriva exploatării sexuale şi a abuzurilor sexuale, adoptată la Lanzarote la 25 octombrie 2007, pe care România a semnat-o la aceeaşi dată.

Noua reglementare a infracţiunii de viol

Noul Cod penal, intrat în vigoare la 01.02.2014, incriminează în capitolul al VIII-lea într-o viziune nouă, infracţiunile împotriva libertăţii şi integrităţii sexuale „pe baza unei noi concepţii în acord cu soluţiile diferitelor coduri europene în materie, privind relaţiile dintre infracţiunile înscrise în această categorie”[1].

Violul a fost redefinit, primind o nouă accepţiune, de inspiraţie spaniolă (Codul penal spaniol – art. 179), portugheză (Codul penal portughez, art. 164), germana (Codul penal german – § 177), austriacă (Codul penal austriac – § 201) şi franceză (Codul penal francez – art. 222-23), atât din legislaţia penală a acestor state, cât şi din doctrină şi jurisprudenţa lor.

Aşadar, în versiunea noului Cod penal, infracţiunea de viol prevăzută în art. 218, are următoarea formulare:

(1) Raportul sexual, actul sexual oral sau anal cu o persoană, săvârşit prin constrângere, punere în imposibilitate de a se apăra ori de a-şi exprima voinţa, sau profitând de această stare, se pedepseşte cu închisoare de la 3 la 10 ani şi interzicerea exercitării unor drepturi.

(2) Cu aceeaşi pedeapsă se sancţionează orice alte acte de penetrare vaginală sau anala comise în condiţiile alin. (1).

(3) Pedeapsa este închisoarea de la 5 la 12 ani şi interzicerea exercitării unor drepturi atunci când:

A) victima se afla în îngrijirea, ocrotirea, educarea, paza sau tratamentul făptuitorului;

B) victima este rudă în linie directă, frate sau soră;

C) victima nu a împlinit vârsta de 16 ani;

D) fapta a fost comisă în scopul producerii de materiale pornografice;

E) fapta a avut ca urmare vătămarea corporală.

F) fapta a fost săvârşită de două sau mai multe persoane împreună.

(4) Dacă fapta a avut ca urmare moartea victimei, pedeapsa este închisoarea de la 7 la 18 de ani şi interzicerea exercitării unor drepturi.

(5) Acţiunea penală pentru fapta prevăzută în alin. (1) şi (2) se pune în mişcare la plângerea prealabilă a persoanei vătămate.

[1] Expunere de motive la proiectul Codului penal, disponibilă la adresa http://www.cdep.ro/proiecte/2009/300/00/4/em304.pdf.

(6) Tentativa la infracţiunile prevăzute în alin. (1) - (3) se pedepseşte.

Observăm că această nouă reglementare a infracţiunii de viol se aseamănă foarte mult cu corespondenţa sa din Codul penal francez[1], care, în art. 222-23 încadrat în categoria infracţiunilor împotriva "integrităţii fizice sau psihologice a persoanei", prevede ca „orice act de penetrare sexuală, indiferent de natură sa, săvârşit împotriva unei alte persoane prin violenţă, constrângere, ameninţare sau surprindere, reprezintă viol."

În expunerea de motive a actualului Cod penal[2] se arata ca în privinţa infracţiunii de viol, noua reglementare a avut ca punct de plecare "actul de penetrare" şi, astfel, obiectul material al acestei infracţiuni îl vor constitui "raportul sexual – în înţelesul pe care această sintagmă l-a cunoscut în mod tradiţional în dreptul nostru, acela de conjuncţie a organului sexual masculin cu cel feminin –, actul sexual oral şi respectiv actul sexual anal, indiferent dacă în aceste ultime cazuri este vorba de un act heterosexual sau homosexual". Totodată, "se includ în conţinutul infracţiunii de viol şi actele de penetrare vaginală sau anală, realizate în alte modalităţi (prin introducere de obiecte, degete etc.)". În varianta acestui Cod penal, practic infracţiunea de viol "acoperă toate actele de penetrare, indiferent dacă au fost comise de agresor asupra victimei sau dacă victima a fost obligată să facă acest lucru".

Violul săvârşit asupra unui membru de familie

Varianta anterioară a Codului penal – cel adoptat în 1968, în vigoare de la 01.01.1969 – incrimina violul în dispoziţiile art. 197. Desigur, în aproape jumătate de secol de la intrarea sa în vigoare, acest Cod a suferit numeroase modificări şi completări, în contextul evoluţiei societăţii şi a nevoii satisfacerii cerinţelor acesteia. Este necesar de menţionat faptul că înaintea apariţiei Legii 197/2000 pentru modificarea şi completarea unor dispoziţii din Codul penal[3], nu existau nici în doctrină, nici în practică judiciara divergente sau neclarităţi privind cerinţele esenţiale pentru încadrarea juridică a faptei în infracţiunea de viol.

Odată cu apariţia acestei norme de incriminare, precum şi a O.U.G. nr. 89/2001 pentru modificarea şi completarea unor dispoziţii din Codul penal referitoare la infracţiuni privind viaţa sexuală[4], aprobată cu modificări şi completări prin Legea nr. 61/2002[5] şi prin O.U.G. nr. 143/2002 pentru modificarea şi completarea unor dispoziţii din Codul penal şi unele legi speciale, în vederea ocrotirii minorilor împotriva abuzurilor sexuale[6], aprobată prin Legea nr. 45/2003[7], a apărut o serie de controverse datorate reformulării şi completării pline de ambiguitate ale elementului material ale infracţiunii de viol.

---

[1] www.legifrance.gov.fr.

[2] Expunere de motive la proiectul Codului penal, disponibilă la adresa http://www.cdep.ro/proiecte/2009/300/00/4/em304.pdf.

[3] Publicată în "Monitorul oficial al României", partea I, nr. 568 din 15.11.2000.

[4] Publicată în "Monitorul oficial al României", partea I, nr. 338 din 26.06.2001.

[5] Legea nr. 61/2002 privind aprobarea O.U.G. nr. 89/2001 pentru modificarea şi completarea unor dispoziţii din Codul penal referitoare la infracţiuni privind viaţa sexuală, publicată în "Monitorul oficial al României", partea I, nr. 65 din 30.01.2002.

[6] "Monitorul oficial al României", partea I, nr. 804 din 05.11.2002.

[7] Legea nr. 45/2003 privind aprobarea O.U.G. nr. 143/2002 pentru modificarea şi completarea unor dispoziţii din Codul penal şi unele legi speciale, în vederea ocrotirii minorilor împotriva abuzurilor sexuale, publicată în "Monitorul oficial al României", partea I, nr. 51 din 29.01.2003.

Una din problemele apărute în practică judiciară, care a generat controverse şi în doctrină, se referea la încadrarea juridică a faptei atunci când subiect pasiv al infracţiunii de viol săvârşite în modalitatea raportului sexual, era un membru al familiei, rudă în linie dreaptă, precum şi în situaţia în care violul era comis intre fraţi şi surori.

În jurisprudenţa s-au înregistrat doua abordări teoretice cu privire la stabilirea încadrării juridice în astfel de cazuri, ceea ce a determinat în practică pronunţarea unor soluţii diferite în privinţa încadrării juridice şi a sancţiunilor aplicate unor fapte identice, după cum urmează:

1.Fapta de viol (în modalitatea raportului sexual) săvârşită asupra unui membru de familie care este rudă în linie directă sau între fraţi şi surori întruneşte elementele constitutive ale infracţiunii de viol, prevăzută de art. 197 alin. (2) lit. b¹) din Codul penal; practica judiciara a decis asupra alegerii acestei încadrări juridice, considerând că infracţiunea de viol în formă agravata, reglementata în art. 197 alin. (2) lit. b¹) C. pen., astfel cum a fost modificat prin Legea nr. 197/2000, absoarbe în conţinutul său infracţiunea de incest, prevăzută de art. 203 C. pen.

2.Fapta de viol (în modalitatea raportului sexual) săvârşită asupra unui membru de familie care este rudă în linie directă sau între fraţi şi surori întruneşte elementele constitutive ale infracţiunilor de viol şi incest, prevăzute de art. 197 alin. (2) lit. b¹) şi art. 203 din Codul penal, în concurs ideal. În această situaţie, s-a apreciat că, dimpotrivă, prin incriminarea distinctă în art. 197 alin. (2) lit. b¹) a raportului sexual cu un membru al familiei, nu s-a absorbit şi infracţiunea de incest, prevăzută de art. 203 din Codul penal, întrucât, prin introducerea variantei agravate a violului asupra unui membru al familiei, legiuitorul a intenţionat să împiedice comiterea actului sexual de orice natură cu o persoană de sex diferit sau de acelaşi sex membru al familiei, prin constrângerea acesteia sau profitând de imposibilitatea ei de a se apăra ori de a-şi exprima voinţa, în timp ce prin incriminarea raporturilor sexuale între rude în linie directă precum şi între fraţi şi surori s-a urmărit respectarea bazelor morale ale familiei şi salvarea fondului biologic al societăţii, deoarece fapta duce la degradarea speciei umane.[1]

În privinţa existenţei concursului între infracţiunile de viol şi incest s-a pronunţat şi Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie, apreciind că, întrucât există diferenţe atât sub aspectul elementelor materiale ale celor două infracţiuni, cât şi sub cel al subiectului pasiv, incestul nu poate fi absorbit în infracţiunea de viol. Cu toate acestea însă, inclusiv la nivelul instanţei supreme s-au pronunţat hotărâri contradictorii[2] în acest sens.

În vederea soluţionării acestei probleme, procurorul general al Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie a promovat în baza art. 414² alin. (1) C.pr. pen., un recurs în interesul legii în vederea interpretării şi aplicării unitare dispoziţiilor art. 197 alin. (2) lit. b¹) şi art. 203 din Codul penal[3], apreciind că „soluţia corectă este aceea care consideră că fapta de viol (săvârşită în modalitatea unui raport sexual) asupra unui membru de familie care este rudă în linie directă sau între fraţi şi surori întruneşte

[1] Parchetul de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție, Recurs în interesul legii în materie penală nr 9744/2750/2004.

[2] A se vedea: deciziile nr. 34 din 10 martie 2003 şi nr. 218 din 5 iulie 2004, pronunţate în dosarele nr. 109/2002 şi nr. 36/2004; Decizia nr. 891 din 13 februarie 2004, pronunţată în dosarul nr. 5594/2003.

[3] Parchetul de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție, Recurs în interesul legii în materie penală nr 9744/2750/2004.

elementele constitutive ale infracţiunilor de viol şi incest, prevăzute de art. 197 alin. (2) lit. b[1]) şi art. 203 din Codul penal, în concurs ideal".

Sintetizând atât aspectele legale, precum şi pe cele de teorie şi practica judiciară, în rezolvarea acestei situaţii, procurorul general a prezentat o serie de argumente prin care demonstrează că reţinerea unui concurs intre viol şi incest nu conduce la o sancţionare dublă pentru aceeaşi situaţie.

În plus, este evident că intenţia legiuitorului, atunci când a introdus varianta agravată prevăzută de art. 197 alin. (2) lit. b[1]) din Codul penal, a fost doar aceea de a sancţiona mai sever o infracţiune săvârşită asupra unor persoane foarte apropiate, nu şi de a proceda la o renunţare a incriminării unor fapte ai căror subiecţi se suprapun în anumite situaţii cu cei ai infracţiunii de viol, dar care ocroteşte alte valori sociale decât acesta.[1]

Recursul a fost admis prin decizia nr. II/2005[2] pronunţată în dosarul nr. 2/2005 de către Secţiile unite ale Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie, în care s-au decis[3] următoarele: În aplicarea dispoziţiilor art. 33 lit. b) din Codul penal, referitoare la concursul de infracţiuni[4], stabilesc: Raportul sexual cu o persoană de sex diferit, care este rudă în linie directă sau frate ori soră, prin constrângerea acesteia sau profitând de imposibilitatea ei de a se apăra ori de a-şi exprima voinţa, constituie atât infracţiunea de viol prevăzută de art. 197 alin. (1) din Codul penal şi alin. (2) lit. b[1]) din acelaşi articol (dacă victima locuieşte şi gospodăreşte împreună cu făptuitorul), cât şi infracţiunea de incest prevăzută de art. 203 din Codul penal, în concurs ideal.

În vederea combaterii violentelor domestice, a fost introdusă, alături de celelalte modificări ale Codului penal anterior, modalitatea agravantă "victima este membru al familiei", la art. 197 alin. (2) lit. b[1]) C. pen., dar şi formularea acesteia a constituit izvorul unor controverse.

Astfel, un prim aspect adus în discuţie în literatura de specialitate a fost faptul că aceasta agravantă s-ar absorbi parţial în conţinutul celei prevăzute în art. 197 alin. (2) lit. b) C. pen. ("victima se afla în îngrijirea, ocrotirea, educarea, paza sau în tratamentul făptuitorului"), cu toate că, în opinia mea, s-a considerat a fi necesară introducerea alin. (2) lit. b[1]) în cadrul art. 197, întrucât, în afara membrilor familiei, pot exista şi alte persoane cărora să le revină obligaţia de îngrijire, ocrotire, educare, paza sau tratament. Mai mult decât atât, violul în acest caz constituie o faptă mai gravă, deoarece este săvârşită de o persoană care se afla într-o situaţie specială în raport cu victima, şi anume, are o calitate (părinte, tutore, profesor, medic curant, gardian etc.), care îi oferă posibilitatea să preseze psihologic asupra victimei spre a o determina la un act sexual[5].

---

[1] Parchetul de pe lângă Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie, Recurs în interesul legii în materie penală nr 9744/2750/2004.

[2] Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie, Secţiile unite, dec. nr. II/.2005, publicată în "Monitorul oficial al României", partea I, nr. 867 din 27.09.2005, la adresa http://www.cdep.ro/pls/legis/legis_pck.htp_act_text?idt=66869.

[3] Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie, Secţiile unite, dec. nr. II/.2005, publicată în "Monitorul oficial al României", partea I, nr. 867 din 27.09.2005, la adresa http://www.cdep.ro/pls/legis/legis_pck.htp_act_text?idt=66869.

[4] Potrivit art. 33 lit. b) din Codul penal, există concurs de infracţiuni (ideal) atunci „când o acţiune sau inacţiune, săvârşită de aceeaşi persoană, datorită împrejurărilor în care a avut loc şi urmărilor pe care le-a produs, întruneşte elementele mai multor infracţiuni".

[5] Alexandru Boroi, *Drept penal. Partea specială*, ed. a 2-a revizuită, Bucureşti, Ed. C.H. Beck, 2008, p. 170.

Însă, problema se datorează modului în care noţiunea de membru de familie a fost definită în art. 149¹ C. pen. ("soţul sau rudă apropiată, dacă aceasta din urmă locuieşte şi gospodăreşte împreună cu făptuitorul"), întrucât în situaţia în care subiectul pasiv este o rudă apropiată, dar nu "locuieşte şi gospodăreşte împreună cu făptuitorul", atunci condiţia nu va fi îndeplinită, iar făptuitorul va răspunde pentru săvârşirea infracţiunii în formă simplă, nu în cea agravata, determinându-se o diferenţiere nejustificată de tratament.

De asemenea, aşa cum precizăm anterior, definirea noţiunii de membru de familie după cum a fost făcută în art. 149¹ C. pen. ridică probleme şi în privinţa încadrării juridice a faptei (viol sau incest) în situaţia în care acţiunea este un raport sexual cu o rudă în linie directă ori între frate şi soră.

Şi în situaţia infracţiunii de viol asupra soţului său soţiei exista un aspect criticabil. Desigur, având în vedere multiplele consecinţe negative pe care un act sexual săvârşit prin constrângerea soţiei sau a soţului le poate avea asupra victimei sau chiar a copiilor, infracţiunea săvârşită în această modalitate trebuie incriminata. Dar, fiind vorba despre o infracţiune săvârşită în formă agravata, urmărirea penală începe din oficiu, retragerea plângerii sau împăcarea părţilor neputând înlătura răspunderea penală.

În opinia mea, aspectul discutabil era chiar imposibilitatea înlăturării răspunderii penale prin retragerea plângerii sau prin împăcarea părţilor, întrucât astfel se putea periclita însăşi unitatea familiei.

Aşadar, consider că violul săvârşit asupra unei rude apropiate ar fi trebuit reglementat distinct de cel săvârşit asupra soţiei sau a soţului, iar în cazul celui din urmă, punerea în mişcare a acţiunii penale ar trebui condiţionată de existenţa plângerii prealabile.

Actualul Cod penal reformulează definirea noţiunii de "membru de familie" în art. 177 alin. (1), astfel: "a) ascendenţii şi descendenţii, fraţii şi surorile, copiii acestora, precum şi persoanele devenite prin adopţie, potrivit legii, astfel de rude; b) soţul; c) persoanele care au stabilit relaţii asemănătoare acelora dintre soţi sau dintre părinţi şi copii, în cazul în care convieţuiesc", iar în alin. (2) se dispune ca" Dispoziţiile din legea penală privitoare la membru de familie, în limitele prevăzute în alin. (1) lit. a), se aplică, în caz de adopţie, şi persoanei adoptate ori descendenţilor acesteia în raport cu rudele fireşti".

După cum observăm şi în expunerea de motive a Noului Cod penal[1], "sensul dat noţiunii de membru de familie [...] vine să absoarbă integral în conţinutul său noţiunea de rude apropiate, dar cuprinde în egală măsură şi persoanele care au stabilit legături asemănătoare acelora dintre soţi sau dintre părinţi şi copii, cu condiţia convieţuirii". Aşadar, în actualul Cod penal, remarcăm încă un element de noutate, necesar totodată, şi anume faptul că legiuitorul a extins sfera de cuprindere a noţiunii de "membru de familie" şi asupra persoanelor "care au stabilit relaţii asemănătoare acelora dintre soţi sau dintre părinţi şi copii, în cazul în care convieţuiesc", având în vedere realitatea societăţii contemporane în care există nenumărate cupluri "care trăiesc astăzi în uniune liberă" şi cărora, atât timp cât nu exista nici un temei legal potrivnic, n-ar trebui să le refuzăm "o protecţie penală similară cu cea acordată cuplurilor căsătorite".

Mai trebuie remarcat că legiuitorul a renunţat în actualul Cod penal la formularea "soţul sau rudă apropiată, dacă aceasta din urmă locuieşte şi gospodăreşte împreună cu

[1] Expunere de motive la proiectul Codului penal, disponibilă la adresa http://www.cdep.ro/proiecte/2009/300/00/4/em304.pdf.

făptuitorul", care avea drept consecinţă diferenţieri nejustificate de tratament, în sensul că agresorul, deşi rudă apropiată, ajungea să răspundă pentru fapta sa, în formă simplă a infracţiunii doar pentru că nu locuia şi nu gospodărea cu victima.

Aşa cum am prezentat mai sus, la art. 218 alin. (3) lit. b) din actualul Cod penal a fost introdusă ca modalitate agravantă împrejurarea în care "victima este rudă în linie directă, frate sau soră", în locul celei în care victima era membru al familiei. Legiuitorul explica în expunerea de motive[1] raţionamentul acestei reformulări, prin referire la infracţiunea de incest: "pentru a rezulta cu claritate că această faptă absoarbe incestul, punând astfel capăt incertitudinilor din practica judiciara". Totodată, legiuitorul mai precizează faptul că în categoria infracţiunilor contra libertăţii şi integrităţii sexuale a fost menţinut doar "incestul agresiv, prevăzut că forma agravata a unor infracţiuni. În ceea ce priveşte incestul consimţit, acesta a fost reglementat în categoria infracţiunilor contra familiei"[2].

Concluzii

În opinia mea, în condiţiile în care în art. 177 alin. (1) din actualul Cod penal s-a modificat şi completat definirea noţiunii de „membru de familie", indicat ar fi fost să se păstreze vechea formulare (`victima este membru de familie"), întrucât, în încercarea soluţionării controverselor în privinţa concursului intre infracţiunea de incest şi cea de viol [reglementata de art. 197 alin. (2) lit. b¹) C. pen.], s-a pierdut din vedere reglementarea violului conjugal. Practic, în noua reglementare, violul comis asupra soţului nu mai constituie o modalitate agravantă, făptuitorul urmând a răspunde doar pentru varianta simplă a acestei infracţiuni.

Având în vedere modificările care au intervenit în noul Cod penal la celelalte infracţiuni privitoare la viaţa sexuală, consider de bun augur faptul că s-a renunţat la sintagma `de sex diferit sau de acelaşi sex" în formularea art. 218 a noului Cod penal, întrucât ea devenise inutilă.

În opinia mea este criticabila, în contextul noului Cod penal, incriminarea violului conjugal doar în varianta simplă, ştiut fiind faptul că un act sexual săvârşit prin constrângerea soţiei sau a soţului poate avea consecinţe foarte grave atât asupra victimei, cât şi în privinţa integrităţii psihice a copiilor.

Aşadar, consider că violul săvârşit asupra soţiei sau a soţului şi [în referire la art. 177 alin. (1)] violul săvârşit între „persoanele care au stabilit relaţii asemănătoare acelora dintre soţi" ar trebui să rămână reglementat ca modalitate agravantă, sub condiţia punerii în mişcare a acţiunii penale doar la plângerea prealabilă a persoanei vătămate.

Având în vedere faptul că noua modalitate de incriminare a infracţiunii de viol s-a realizat într-o formulare care a reuşit să rezolve aspectele negative expuse anterior, găsindu-şi expresia într-o variantă modernă, având drept sursă de inspiraţie legislaţii europene cu o tradiţie democratică veche, consider că recursurile în interesul legii promovate în vederea asigurării unor interpretări şi aplicări uniforme vor rămâne de domeniul trecutului, cel puţin în cadrul acestui domeniu de interes.

Pe fondul unei societăţi în care omul a început să atenteze la valorile fundamentale sacre ale persoanei şi ale vieţii săvârşind împotriva ei fapte considerate inacceptabile

[1] Expunere de motive la proiectul Codului penal, disponibilă la adresa http://www.cdep.ro/proiecte/2009/300/00/4/em304.pdf.

[2] Expunere de motive la proiectul Codului penal, disponibilă la adresa http://www.cdep.ro/proiecte/2009/300/00/4/em304.pdf.

atât pe plan social, cât şi pe plan familial, legiuitorul roman a încercat prin noua formulare a infracţiunii de viol să ia măsuri corespunzătoare inclusiv pentru a proteja familia când chiar membrii familiei săvârşesc astfel de acţiuni.

Incriminând infracţiunea de viol în formă agravată atunci când ea este săvârşită în cadrul familiei de către unul dintre membrii acesteia, practic legiuitorul încearcă să protejeze dezvoltarea armonioasă a individului, având în vedere faptul că familia reprezintă „celula de bază a societăţii", care are menirea să asigure nevoia de protecţie şi „confortul emoţional", transmiţând valorile fundamentale umane generaţiei viitoare.

Bibliografie

a.Articole, studii, monografii

1. Academia Romana – Institutul de Lingvistică "Iorgu Iordan", Dicţionarul explicativ al limbii române, Ediţia a II-a, Editura Universul Enciclopedic, Bucureşti, 1998.

2. G. Antoniu în T. Vasiliu (coord.), Codul penal al RSR comentat şi adnotat. Partea specială, Vol. I, Ed. Ştiinţifică şi Enciclopedică, Bucureşti 1975.

3. C. Barbu, Ocrotirea persoanei în dreptul penal al RSR, Ed. Scrisul Românesc, Craiova 1977.

4. Alexandru Boroi, Drept penal. Partea specială, Ediţia a 2-a revizuita, Bucureşti, Editura C. H. Beck, 2008.

5. I. V. Brisc, "Infracţiuni privind viaţa sexuală. Modificările şi completările aduse acestor infracţiuni prin Legea nr. 197/2000 şi prin Ordonanţa de urgenţă a Guvernului nr. 89/2001", în "Dreptul", nr. 11/2002

6. H. Diaconescu, "Structura juridică şi conţinutul constitutiv al infracţiunii de viol ca urmare a modificării prevederilor art. 197 din Codul penal prin Legea nr. 197 din 13 noiembrie 2000, în "Dreptul", nr. 10/2001

7. M. Gorunescu, "Infracţiunile privitoare la viaţa sexuală – între Codul penal în vigoare şi Noul Cod penal, în "Analele Universităţii Constantin Brâncuşi din Targu-Jiu. Seria Ştiinţe juridice", nr. 2/2010.

8. Ion Ifrim, Roxana Oana Ionescu, "Protecţia penală a vieţii sociale şi intime a persoanei", Revista Romană de Sociologie, serie nouă, anul XX, Bucureşti, 2009.

9. I. C. Ilies, "Infracţiuni privitoare la viaţa sexuală. Sinteza de practică judiciara", în "Studia Universitas Babes-Bolyai. Iurisprudentia", 2004 la http://studia.law.ubbcluj.ro/articol.php?articolId=146

10. I. G. Ioniţă, "Unele consideraţii în legătură cu infracţiunile privitoare la viaţa sexuală, în "Dreptul", nr. 3/2003

B. Legislaţie, Decizii

1.Expunere de motive la proiectul Codului penal, disponibilă la adresa http://www.cdep.ro/proiecte/2009/300/00/4/em304.pdf

2.Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie, Secţiile unite, dec. nr. ÎI/.2005, publicată în "Monitorul oficial al României", partea I, nr. 867 din 27.09.2005, la adresa http://www.cdep.ro/pls/legis/legis_pck.htp_act_text?idt=66869.

3.Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie, Secţiile unite, dec. nr. III/.2005, publicată în "Monitorul oficial al României", partea I, nr. 867 din 27.09.2005.

4.Legea nr. 61/2002 privind aprobarea O.U.G. nr. 89/2001 pentru modificarea şi completarea unor dispoziţii din Codul penal referitoare la infracţiuni privind viaţa sexuală, publicată în "Monitorul oficial al României", partea I, nr. 65 din 30.01.2002.

5.Legea nr. 45/2003 privind aprobarea O.U.G. nr. 143/2002 pentru modificarea şi completarea unor dispoziţii din Codul penal şi unele legi special, în vederea ocrotirii minorilor împotriva abuzurilor sexuale, publicată în "Monitorul oficial al României", partea I, nr. 51 din 29.01.2003.

6.www.legifrance.gov.fr

7."Monitorul oficial al României", partea I, nr. 568 din 15.11.2000.

8."Monitorul oficial al României", partea I, nr. 338 din 26.06.2001.

9. "Monitorul oficial al României", partea I, nr. 804 din 05.11.2002.

10.Parchetul de pe lângă Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie, Recurs în interesul legii în materie penală nr 9744/2750/2004.

11.Parchetul de pe lângă Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie, Recurs în interesul legii în materie penală nr 6848/1899/2004, la http://www.mpublic.ro/recursuri/ 2005_penal/r_04_07_2005.htm.

Actul sexual cu un minor. Aspecte comparative între reglementarea anterioară și cea actuală privind protecţia minorului

Andrada ***NOUR****

Abstract: *Actualul Cod penal incriminează în capitolul al VIII-lea într-o viziune nouă, infracţiunile împotriva libertăţii şi integrităţii sexuale, într-o concepţie aliniată reglementărilor din diferitele coduri europene în materie, în ceea ce priveşte ocrotirea relaţiilor sociale înscrise în această categorie.*

În contextul recentei intrări în vigoare a noului Cod penal, în prezenta lucrare mi-am propus realizarea unei analize sumare a infracţiunii de act sexual cu un minor aşa cum este ea incriminată în prezent, cu un examen comparativ raportat la reglementarea anterioară.

Fără îndoială, această infracţiune constituie una dintre gravele infracţiuni ce se pot săvârşi împotriva persoanei, având în vedere faptul că subiectul pasiv este un minor, iar la această vârstă persoană nu are suficientă forţă pentru a se apăra de agresorul său. De asemenea, trebuie să luăm în considerare şi alte aspecte, precum ar fi faptul că pierderea inocenţei prin începerea vieţii sexuale la o vârstă fragedă poate avea consecinţe destul de grave pentru dezvoltarea fizică şi psihică a minorului.

Cuvinte cheie: *act sexual cu un minor, reglementarea anterioară, actualul Cod penal, infracţiuni privind viaţa sexuală, limita de vârstă*

I. Scurtă introducere

În prezenta lucrare, mi-am propus să realizez o analiză a infracţiunii de act sexual cu un minor atât din perspectiva incriminării conţinute în actualul Cod penal, cât şi din cea a reglementării anterioare, folosind metode de cercetare consacrate: metoda documentaţiei, metoda comparativă, metoda logică, examinarea practicii judiciare sau metoda aplicativă, argumentându-mi susţinerile pe opinii susţinute în doctrină, soluţii de practică judiciară publicate şi nepublicate, dispoziţii din legislaţia penală a altor state.

Orice atentat la normele privind protecţia vieţii sexuale, orice faptă prin care se aduce atingere moralităţii sau libertăţii vieţii sexuale sunt contrare societăţii şi au drept consecinţă afectarea integrităţii fizice şi psihice a persoanei.

Legislaţia noastră naţională încearcă protejarea minorilor împotriva oricăror forme de abuz, având în vedere totodată şi abuzurile sexuale care, conform studiilor, au multiple efecte negative atât asupra dezvoltării personalităţii copilului, cât şi asupra integrării lui în societate. Implicaţiile negative pe care le are începerea vieţii sexuale la vârste fragede asupra minorului sunt diferite şi în strânsă legătură cu o serie de factori precum vârsta şi personalitatea copilului sau natura relaţiei pe care acesta o are cu infractorul şi înainte, dar şi după săvârşirea faptei. Infracţiunea de act sexual cu un minor a fost considerată ca fiind una dintre cele mai periculoase încă din vechime, dacă, sub o denumire sau alta, o regăsim incriminată încă din dreptul feudal.

* Asist. Univ. Drd., Universitatea "Hyperion" din Bucureşti.

II. Conţinutul juridic al infracţiunii de act sexual cu un minor

În capitolul al VIII-lea intitulat Infracţiuni împotriva libertăţii şi integrităţii sexuale, actualul Cod penal incriminează în cadrul art. 220, actul sexual cu un minor în varianta tip ca fiind raportul sexual, actul sexual oral sau anal, precum şi orice alte acte de penetrare vaginală sau anală comise cu un minor cu vârsta între 13 şi 15 ani.

Legiuitorul a prevăzut în cadrul celui de al doilea alineat, situaţia în care fapta prevăzută în alin. (1) a fost comisă asupra unui minor care nu a împlinit vârsta de 13 ani.

În alineatul următor este prevăzută şi împrejurarea în care fapta prevăzută în alin. (1) a fost comisă de un major cu un minor cu vârsta cuprinsă între 13 şi 18 ani, iar majorul a abuzat de autoritatea ori influenţa pe care o are asupra victimei.

Faptele prevăzute de alin. (1) – (3) prezintă o gravitate mai mare atunci când:

A). Minorul este rudă în linie dreaptă, frate sau soră;

B). Minorul se afla în îngrijirea, ocrotirea, educarea, paza sau tratamentul făptuitorului;

C). A fost comisă în scopul producerii de materiale pornografice.

Faptele prevăzute în alin. (1) şi alin. (2) nu se sancţionează dacă diferenţa de vârsta nu depăşeşte 3 ani.

Remarcăm faptul că incriminarea acestei fapte în actualul Cod penal a fost făcută într-o viziune nouă, total diferită de formularea să anterioară ce se regăsea în cadrul art. 198 şi care prevedea la alin. (1) ca fiind infracţiune actul sexual de orice natură, cu o persoană de sex diferit sau de acelaşi sex, care nu a împlinit vârsta de 15 ani, iar la alin. (2), actul sexual de orice natură, cu o persoană de sex diferit sau de acelaşi sex între 15 şi 18 ani, dacă fapta este săvârşită de tutore, curator, supraveghetor, îngrijitor, medic curant, profesor sau educator, folosindu-se de calitatea sa.

În alin. (3), se dispune că fapta este mai gravă dacă actul sexual de orice natură, cu o persoană de sex diferit sau de acelaşi sex, care nu a împlinit vârsta de 18 ani, a fost determinat de oferirea sau darea de bani ori alte foloase de către făptuitor, direct sau indirect, victimei.

Faptele prevăzute de alin. (1)-(3) prezintă o gravitate mai mare dacă au fost săvârşite în scopul producerii de materiale pornografice ori dacă, pentru realizarea acestui scop, a fost folosită constrângerea.

Fapta este mai gravă dacă actul sexual cu persoana care nu împlinise 15 ani a fost săvârşit în condiţiile art. 197 alin. (2) lit. b), ori dacă faptele referitoare la ambele categorii de victime au avut urmările prevăzute la art. 197 alin. (2) lit. c).

Fapta este şi mai gravă când a avut ca urmare moartea victimei.

III. Analiză comparativă

I. Conţinut juridic: În Codul penal anterior, sintagma "act sexual, de orice natură, cu o persoană de sex diferit sau de acelaşi sex" a generat o serie întreagă de dificultăţi în privinţa modului în care ea ar fi trebuit înţeleasă sau interpretată.

În opinia mea, în modalitatea de incriminare anterioară, odată cu abrogarea dispoziţiilor art. 200 C. pen. şi reformularea art. 201 C. pen., era necesar ca legiuitorul să fie cel care să stabilească sensul noţiunii de "act sexual".

De asemenea, consider că formularea "act sexual", care are în vedere o arie de cuprindere suficient de mare, nu mai trebuia să fie însoţită şi de precizarea "de orice natură", precizare care n-a făcut decât să includă şi toate manifestările "aberante" de satisfacere a instinctului sexual, dând naştere atâtor confuzii şi interpretări.

În cele din urmă, printr-o decizie[1] a Instanţei supreme, s-a dispus ca sintagma mai sus menţionată trebuie interpretată în sensul de "orice modalitate de obţinere a unei satisfacţii sexuale prin folosirea sexului sau acţionând asupra sexului, între persoane de sex diferit sau de acelaşi sex".

Actualul Cod penal incriminează actul sexual cu un minor, stabilind mai multe modalităţi normative de săvârşire a faptei, raportate la vârsta minorului. În raport cu reglementarea anterioară, observăm că modalitatea tip a infracţiunii şi-a găsit o expresie nouă, pornind de la ideea de act de penetrare, astfel încât în conţinutul acestei infracţiuni se vor include raportul sexual – în înţelesul pe care aceasta sintagmă l-a cunoscut în mod tradiţional în dreptul nostru, acela de conjuncţie a organului sexual masculin cu cel feminin – actul sexual oral şi respectiv actul sexual anal, indiferent dacă în aceste ultime cazuri este vorba de un act heterosexual sau homosexual[2], precum şi toate actele de penetrare vaginală sau anală, realizate în alte modalităţi (prin introducere de obiecte, degete etc.) indiferent dacă au fost comise de agresor asupra victimei sau dacă victimă a fost determinată să facă acest lucru[3].

În ceea ce priveşte modalităţile agravate, observăm că acestea s-au modificat substanţial, la unele dintre ele renunţându-se totalmente, fapt care, în opinia mea, constituie un aspect criticabil. Astfel, în noua formulare nu s-au mai regăsit următoarele agravante:

- Cea în ipoteza căreia fapta era mai gravă dacă actul sexual a fost determinat de oferirea sau darea de bani ori alte foloase de către făptuitor, direct sau indirect, victimei.
- Cea care avea drept urmare moartea sau sinuciderea victimei.

Trebuie menţionat, de asemenea, ca noua reglementare cuprinde şi o cauză de nepedepsire pentru faptele prevăzute în alin. (1) şi alin. (2) dacă diferenţa de vârstă dintre victima şi agresor nu depăşeşte 3 ani, lăsându-se astfel dezincriminate actele sexuale liber consimţite ce au loc între minorii de vârste apropiate[4].

II. Condiţii preexistente

1. Obiectul infracţiunii

Atât obiectul juridic special, cât şi cel material sunt identice în cazul ambelor variante de reglementare.

Obiectul juridic special constă în relaţiile sociale referitoare la apărarea libertăţii şi inviolabilităţii sexuale a oricărei persoane de sex feminin sau de sex masculin, în perioada minorităţii.

Obiectul material îl constituie corpul minorului de sex feminin sau de sex masculin, victimă a acestei infracţiuni.

2. Subiecţii infracţiunii

Subiectul activ: în varianta tip a incriminării anterioare, orice persoană putea avea această calitate. În cazul prezentului act normativ în vigoare, subiect activ al acestei infracţiuni poate fi orice persoană atât în cazul primului alineat, cât şi în cazul celui de al doilea, cu precizarea că diferenţa de vârstă dintre victima şi subiectul activ trebuie să fie de minimum trei ani pentru că acesta din urmă să poată fi tras la răspundere penală.

---

[1] I.C.C.J., Secţiile Unite, Decizia nr. III/2005, Recurs în interesul legii (M. Of. nr. 867 din 27 septembrie 2005).

[2] Expunere de motive la proiectul Codului penal, disponibilă la adresa http://www.cdep.ro/proiecte/2009/300/00/4/em304.pdf.

[3] Expunere de motive la proiectul Codului penal, disponibilă la adresa http://www.cdep.ro/proiecte/2009/300/00/4/em304.pdf.

[4] Soluţia este în acord cu prevederile Convenţiei de la Lanzarote din 2007.

Participaţia penală se putea realiza în oricare dintre formele sale în ambele situaţii la care ne-am referit mai sus. În cadrul celorlalte modalităţi agravante vorbim de subiect activ calificat, după cum urmează:

- În cadrul art. 198, alin. (2) din Codul penal anterior, agresorul trebuia să aibă calitatea tutore, curator, supraveghetor, îngrijitor, medic curant, profesor sau educator;
- În cadrul art. 220 C.pen., la alin. (3), se prevede ca agresorul trebuie să fi împlinit vârsta majoratului la data comiterii faptei, iar la alin. (4) trebuie să fie rudă în linie dreaptă, frate sau soră a subiectului pasiv ori să fie cel în îngrijirea, ocrotirea, educarea, paza sau tratamentul căruia se afla victima.

În cazul infracţiunii de act sexual cu un minor, s-a considerat că trebuie să se distingă după cum subiectul activ este major sau tot un minor, în vederea realizării protecţiei integrităţii sexuale a victimei, aşa cum se întâmplă şi în cazul legislaţiei penale a altor state[1]. Astfel, în privinţa actului sexual comis de un major cu un minor s-a păstrat limita actuală de vârstă (15 ani), fiind diferenţiată şi sancţiunea în raport de vârsta minorului, după cum acesta a împlinit sau nu 13 ani[2].

Atât în formularea anterioară intrării în vigoare a actualului Cod penal, cât şi în noua reglementare a infracţiunii de act sexual cu un minor, legiuitorul a ales să limiteze sfera subiectului activ doar la persoana fizică, care poate fi de sex diferit sau de acelaşi sex, deşi România se număra printre ţările semnatare ale Convenţiei de la Lanzarote[3].

Subiectul pasiv: În ambele reglementări, deşi legea nu arata limita minimă de la care persoana este susceptibila să devină subiect pasiv al infracţiunii, se admite ca această limită este în legătură cu momentul când victima dobânzişte capacitatea de a avea o relaţie sexuală.[4] De asemenea, când subiectul pasiv are o vârstă mult prea fragedă, prin constrângere sau profitându-se de imposibilitatea de a se apăra ori de a-şi exprima voinţa, victima nu poate consimţi, fapta va primi încadrarea juridică în infracţiunea de viol.[5] În ambele variante de incriminare, subiectul pasiv este calificat, însă limitele de vârsta impuse sunt diferite. Astfel:

- În varianta art. 198 a Codului penal anterior, victima, indiferent de sex, putea fi minorul sub 15 ani sau cel cu vârsta cuprinsă între 15 şi 18 ani, având în acelaşi timp unele relaţii speciale cu agresorul;
- În varianta art. 220, victima trebuie să nu fi îndeplinit vârsta de 13 ani [alin. (2)], să aibă între 13 şi 15 ani [alin. (1)] ori între 13 şi 18 ani [alin. (3)].

III. Conţinutul constitutiv

1. Latura obiectivă

a.Elementul material:

- Incriminarea prevăzută în art. 198 alin. (1) presupune realizarea unui act sexual de orice natură cu o persoană de acelaşi sex sau de sex diferit care-şi dă consimţământul în

[1] De exemplu, in cazul Codului penal german, §174 si §176.

[2] Expunere de motive la proiectul Codului penal, disponibila la adresa http://www.cdep.ro/proiecte/2009/300/00/4/em304.pdf.

[3] Art. 26 al Convenţiei de la Lanzarote o serie de dispoziţii privind tragerea la răspundere penală inclusiv a persoanei juridice pentru faptele de abuz sexual comise asupra copiilor atunci când au fost săvârşite în beneficiul acesteia de către orice persoană fizică care a acţionat individual sau în calitate de membru al unui organ al persoanei juridice.

[4] Alexandru Boroi, Drept penal. Partea specială (Conform Noului Cod penal), Ed. C. H. Beck, Bucureşti, 2011, p. 131 si Alexandru Boroi, Drept penal. Partea specială, ed. a II-a, Ed. C. H. Beck, Bucureşti, 2008, p. 173.

[5] I.C.C.J., Secţiile Unite, Decizia nr. III/2005, Recurs în interesul legii (M. Of. nr. 867 din 27 septembrie 2005).

mod tacit sau expres. Legiuitorul a considerat irelevantă pentru obţinerea consimţământului împrejurarea în care făptuitorul a insistat pentru a întreţine actul sexual. În situaţia prevăzută în alin. (2), obţinerea consimţământului victimei este condiţionată de faptul că făptuitorul uzează de calitatea sa de tutore, curator, supraveghetor, îngrijitor, medic curant, profesor sau educator. Referitor la ipoteza în care subiectul activ obţine consimţământul unei minore care nu a împlinit vârsta de 15 ani în vederea întreţinerii unui raport sexual printr-o falsă promisiune de căsătorie, în practică judiciară s-a decis că nu se realizează concurs între infracţiunile de seducţie şi cea de act sexual cu un minor.

- La art. 220 se prevede că elementul material este reprezentat de raportul sexual, actul sexual oral sau anal, precum şi de orice alte acte de penetrare vaginală sau anala comise cu un minor de acelaşi sex sau de sex diferit, care-şi manifesta consimţământul în mod tacit sau expres. Legiuitorul a considerat şi în actuala reglementare ca fiind irelevantă pentru obţinerea consimţământului împrejurarea în care făptuitorul a insistat pentru a întreţine actul sexual. În variantele agravante conţinute în alin. (3) şi (4) lit. a) şi b) se cere îndeplinită condiţia ca făptuitorul să uzeze de autoritatea sau de influenţa avută asupra subiectului pasiv, de calitatea sa de rudă în linie directă, frate sau soră ori de faptul că victima se afla în îngrijirea, ocrotirea, educarea, paza sau tratamentul sau.

b.Urmărea imediată, care constă în realizarea actului sexual consimţit, trebuie să se producă. Cerinţa se cere a fi îndeplinită în ambele variante de reglementare.

c.Legătura de cauzalitate trebuie să existe între acţiunea subiectului activ şi rezultatul socialmente periculos, cerinţa prevăzută atât în formularea anterioară, cât şi în cea actuală a infracţiunii de act sexual cu un minor.

2. Latura subiectivă: formă de vinovăţie este intenţia directă, dar eroarea cu privire la vârsta minorului constituie o cauză care înlătură caracterul penal al faptei, operând dispoziţiile art. 51 alin. (1) din Codul penal anterior (sau, în reglementarea actuală, cele prevăzute în art. 30 alin. (1)).

IV. Forme. Modalităţi. Sancţiuni.

1.Forme: în cazul ambelor variante normative, actele e pregătire sunt posibile, dar rămân nepedepsite; momentul consumării infracţiunii este momentul în care are loc actul sexual, cu precizarea că dacă actul se repetă cu aceeaşi ocazie, ne aflăm în prezenţa unei infracţiuni unice, iar dacă se repetă în realizarea aceleiaşi rezoluţii infracţionale, dar în ocazii diferite, avem o infracţiune unică săvârşită în formă continuata. Deosebirea între cele două modalităţi de incriminare priveşte cazul tentativei. Astfel, în modalitatea anterioară, tentativa era posibilă doar sub forma tentative imperfecte, fiind pedepsită, pe când în reglementarea actuală, tentativa la acesta infracţiune, deşi posibilă, rămâne nepedepsită.

2.Modalităţi şi sancţiuni:

- În varianta prevăzută în art. 198, existau două modalităţi normative, cea în care subiectul pasiv nu a împlinit vârsta de 15 ani, precum şi cea în care victima are vârsta cuprinsă între 15 şi 18 ani, iar fapta este săvârşită de un tutore, curator, supraveghetor, îngrijitor, medic curant, profesor sau educator, folosindu-se de calitatea sa. În situaţia acestor două modalităţi normative, sancţiunea aplicabilă este pedeapsa închisorii de la 3 la 10 ani. De asemenea, legiuitorul a prevăzut şi o serie de modalităţi agravate: când actul sexual a fost determinat de oferirea sau darea de bani ori alte foloase de către făptuitor victimei, direct sau indirect [alin. (3)], pedeapsa aplicabilă fiind închisoarea stricată de la la 3 la 12 ani şi interzicerea exercitării unor drepturi; când faptele prevăzute la alin. (1) – (3) prezintă o gravitate sporită, întrucât au fost comise în scopul producerii de materiale pornografice [alin. (4) teza I], sub sancţiunea pedepsei închisorii

de la 5 la 15 ani şi interzicerea exercitării unor drepturi, când pentru realizarea acestui scop s-a folosit constrângerea, fapta se consideră a fi şi mai gravă [alin. (4), teza a II-a], fiind pedepsită cu închisoare de la 5 la 18 ani şi interzicerea exercitării unor drepturi. În acest ultim caz, legiuitorul a avut în vedere faptul că victima fiind minoră, în unele situaţii depinde efectiv de făptuitor, şi astfel a extins sfera modalităţilor de realizare a constrângerii conţinute în art. 46 (care se referea la valori ce ţin de persoana umană, precum viaţa, sănătatea libertatea etc.), la orice valoare (inclusiv patrimonială) ce prezintă interes major pentru victima. Modalităţile normative din art. 198 alin. (1) au următoarele agravante: situaţia reglementată în art. 197 alin. (2) lit. b) (victima se afla în îngrijirea, ocrotirea, educarea, paza sau tratamentul făptuitorului); când s-a cauzat victimei o vătămare gravă a integrităţii sau a sănătăţii [art. 198 alin. (5), teza a II-a], sancţionată cu pedeapsa închisorii de la 5 la 18 ani şi interzicerea unor drepturi; cazul când fapta a avut ca urmare moartea sau sinuciderea victimei [art. 198 alin. (6)], situaţie în care este prevăzută închisoarea de la 15 la 25 de ani şi interzicerea unor drepturi.

- În actuala reglementare, pentru varianta tip prevăzută din alin. (1) legiuitorul a prevăzut că minorul să aibă la data comiterii infracţiunii vârstă cuprinsă între 13 şi 15 ani, iar pentru agravanta de la alin. (2), care prevede împrejurarea că victima nu a împlinit 13 ani, sancţionează faptă cu pedeapsa închisorii de la 2 la 7 ani şi interzicerea exercitării unor drepturi. Pentru săvârşirea infracţiunii în varianta tip, pedeapsa prevăzută este închisoarea de la unu la 5 ani. În situaţiile prevăzute în alin. (1) şi alin. (2), dacă diferenţa de vârstă dintre subiectul activ şi subiectul pasiv nu depăşeşte 3 ani, atunci fapta nu se pedepseşte. Această prevedere a făcut obiectul unor discuţii în doctrina. În ipoteza în care fapta de bază a fost săvârşită de o persoană majoră cu un minor care are vârsta cuprinsă între 13 şi 18 ani, abuzând totodată de autoritatea ori influenţa sa asupra subiectului pasiv, pedeapsa prevăzută este, de asemenea, închisoarea de la 2 la 7 ani şi interzicerea exercitării unor drepturi. Legiuitorul a prevăzut că modalitate agravantă şi împrejurarea în care minorul este rudă în linie directă, frate sau soră cu făptuitorul, sancţiunea aplicabilă în acest caz fiind închisoarea de la 3 la 10 ani şi interzicerea exercitării unor drepturi. Aici se reţine şi infracţiunea de incest în concurs ce cea de act sexual cu un minor. Această agravantă operează alături de ipotezele în care minorul se află în îngrijirea, ocrotirea, educarea, paza sau tratamentul făptuitorului sau când fapta a fost săvârşită în scopul producerii de materiale pornografice.

Examinând şi comparând apoi regimul sancţionator prevăzut în cele două variante de incriminare a infracţiunii de act sexual cu un minor, constatăm o reducere substanţială a limitelor minime şi maxime pentru pedepsele prevăzute, reducere pe care legiuitorul încearcă s-o justifice în expunerea de motive prin precizarea că "practica ultimului deceniu a demonstrat că nu mărirea exagerată a limitelor de pedeapsa este soluţia eficientă pentru combaterea criminalităţii"[1].

IV. Concluzii

În cadrul acestui articol, am încercat să realizez o examinare sumară a infracţiunii de act sexual cu un minor, aşa cum este incriminată în noua reglementare a Codului penal actual, precum şi o analiză comparativă cu prevederile anterioare, având în vedere faptul că în noua legislaţie pedepsele s-au îmblânzit, iar o serie de modalităţi agravante

[1] Expunere de motive la proiectul Codului penal, disponibilă la adresa http://www.cdep.ro/proiecte/2009/300/00/4/em304.pdf.

şi, în opinia mea, cu rol esenţial în combaterea abuzurilor săvârşite asupra minorilor, au fost scoase din norma penală la care fac referire.

Având în vedere recenta intrare în vigoare a actualului Cod penal se impune cu necesitate examinarea atentă a noii variante de incriminare a infracţiunii de act sexual cu un minor, în scopul identificării eventualelor lipsuri şi a formulării unor propuneri de modificare sau completare corespunzătoare.

Vârsta la care actul sexual se consideră consimţit de care minor, diferă de la o ţară la alta, în funcţie de anumite particularităţi specifice în ceea ce priveşte politica penală a statului respectiv, cunoscându-se totodată şi o multitudine de excepţii de la aceste limite. Astfel, limitele privind vârsta minimă se încadrează în intervalul cuprins între 18 ani (în cazul Turciei şi al Maltei) şi 13 ani (cazurile Spaniei şi României, conform noului Cod penal în vigoare de la 01.02.2014). La nivel European, limitele minime ale vârstei minorului pentru a i se considera valabil consimţământul în vederea întreţinerii unui act sexual, cu excepţia celor enunţate mai sus, sunt următoarele:

- 14 ani: Albania, Austria, Bosnia şi Herzegovina, Bulgaria, Croaţia, Estonia, Germania, Ungaria, Italia, Liechtenstein, Macedonia, Muntenegru, Portugalia, San Marino, Serbia;
- 15 ani: Cehia, Danemarca, Insulele Feroe, Franţa, Grecia, Islanda, Monaco, Polonia, România, Slovacia, Slovenia, Suedia;
- 16 ani: Andorra, Armenia, Azerbaijan, Belarus, Belgia, Cyprus (partea turcă), Finlanda, Georgia, Letonia, Lituania, Luxemburg, Moldova, Olanda, Norvegia, Rusia, Elveţia, Ucraina, Anglia şi Tara Galilor, Scoţia, Irlanda de Nord, Gibraltar;
- 17 ani: Cipru (partea greacă), Irlanda.

În cazul art. 220 din actualul Cod penal, întrucât raportul sexual deşi este unul consimţit, are consimţământul afectat minoritatea subiectului pasiv, consider că ar fi indicat să se reţină concurs între varianta agravată a acestei infracţiuni [prevăzută la alin. (4) lit. a)] şi cea de incest, prevăzută în art. 377, mai ales că ultimul text la care am făcut referire nu distinge.

Chiar dacă pentru realizarea actului sexual exista consimţământul minorului, acesta nu se considera valabil, fiind viciat fie de incapacitatea acestuia de aprecia implicaţiile manifestării sale de voinţă, fie de o restrângere a libertăţii sale de voinţa datorate influenţei, încrederii şi/sau autorităţii deţinute de făptuitor asupra subiectului pasiv şi folosite în scopul săvârşirii faptei. Necesitatea incriminării acestei infracţiuni izvorăşte totodată şi din insuficienta experienţa de viaţă a minorului, care de cele mai multe ori este incapabil să opună rezistenţă necesară apărării de cei care doresc să întreţină cu el acte sexuale.

În contextul unei intense preocupări la nivel internaţional în vederea combaterii traficului cu minori, a abuzurilor sexuale îndreptate împotriva minorilor ori a pornografiei infantile, statele lumii au încercat adoptarea unor măsuri legislative din ce în ce mai drastice împotriva acestor fenomene nocive. Astfel, inclusiv unele dintre cele mai liberale ţări în privinţa recunoaşterii şi garantării libertăţii sexuale au legiferat măsuri extrem de severe în scopul asigurării protecţiei minorilor.

România, confruntându-se de asemenea, cu astfel de probleme, până la intrarea în vigoarea a actualului Cod penal, a adoptat sancţiuni penale dintre cele mai dure în vederea combaterii acestui fenomen infracţional. Chiar şi aşa, conform statisticilor Direcţiei Generale de Protecţie a Copilului, numai în perioada 01.03.2011 – 30.03.2012, au fost înregistrate 672 de cazuri de abuz sexual împotriva minorilor (în 402 cazuri, copiii, victime ale infracţiunii de viol, nu împliniseră vârsta de 13 ani în momentul

abuzului, iar în patru dintre cazuri, copiii nu împliniseră vârsta de doi ani!). Într-un asemenea context consider că reducerea pedepselor în cazul infracţiunilor de abuz sexual împotriva minorilor prevăzute în actuala varianta a Codului penal ca fiind total nepotrivită.

Totodată, consider că anumite modalităţi agravante nu ar fi trebuit fi complet dezincriminate, cum ar fi actul sexual cu minor consimţit prin oferirea sau darea de bani sau alte foloase ori actul sexual cu un minor urmat de moartea sau sinuciderea victimei.

Subscriu opiniilor altor autori, conform cărora "nepreluarea dispoziţiei art. 198 alin. (3) al legii penale anterioare, precum şi a ipotezei în care s-a cauzat victimei o vătămare corporală, în textul legii penale este considerată o soluţie nejustificată, întrucât reprezintă modalităţi frecvente de comitere a acestei infracţiuni, iar vătămările sunt posibile în cazul faptei examinate"[1].

De asemenea, în opinia mea, legiuitorul român nu ar fi trebuit să stabilească cea mai joasă limita din cadrul statelor europene în ceea ce priveşte limita minimă la care actul sexual să poată fi consimţit de un minor.

Având în vedere că infracţiunea de act sexual cu un minor are consecinţe deosebit de negative în ceea ce priveşte dezvoltarea psihico-emoţională a copilului, consider că pedepsele stabilite pentru alin. (1) şi (2) ale art. 220 sunt reduse nejustificat şi că ar fi trebuit să se păstreze cele din reglementarea anterioară.

Bibliografie

A. Articole, studii, monografii

1. Academia Romana – Institutul de Lingvistică "Iorgu Iordan", Dicţionarul explicativ al limbii române, Ediţia a II-a, Editura Universul Enciclopedic, Bucureşti, 1998.

2. G. Antoniu în T. Vasiliu (coord.), Codul penal al RSR comentat şi adnotat. Partea specială, Ed. Ştiinţifică şi Enciclopedică, Bucureşti 1975, vol. I.

3. C. Barbu, Ocrotirea persoanei în dreptul penal al RSR, Ed. Scrisul Românesc, Craiova 1977.

4. V. Beliş, Medicină legală. Curs pentru Facultăţile de Ştiinţe Juridice, Casa Editoriala "Odeon", Bucureşti, 1999.

5. Alexandru Boroi, Drept penal. Partea specială, Ediţia a 2-a revizuita, Bucureşti, Editura C. H. Beck, 2008.

6. Alexandru Boroi, Drept penal. Partea specială (Conform Noului Cod penal), Ed. C. H. Beck, Bucureşti, 2011

7. I.V. Brisc, "Infracţiuni privind viaţa sexuală. Modificările şi completările aduse acestor infracţiuni prin Legea nr. 197/2000 şi prin Ordonanţa de urgenţă a Guvernului nr. 89/2001", în "Dreptul", nr. 11/2002

[1] Viorel Pașca, *Actul sexual cu un minor (Infracțiuni contra libertății și integrității sexuale)*, în *Manual de drept penal. Partea specială*, vol. I, de Petre Dungan, Tiberiu Medeanu, Viorel Pașca, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p. 215, *Idem* Actul sexual cu un minor (Infracțiuni contra libertății si integrității sexuale), în *Manual de drept penal. Partea specială*, vol. I, *Prezentare comparativă a Noului Cod penal și a Codului penal din 1968*, de Petre Dungan, Tiberiu Medeanu, Viorel Pașca, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 218, citat de Constantin Duvac, *Infracțiunile contra persoanei din perspective Noului Cod penal și a Codului penal în vigoare*, Revista de Drept penal, nr. 4, anul XIX, octombrie-decembrie 2012, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 74.

8. Constantin Duvac, Infracţiunile contra persoanei din perspective Noului Cod penal şi a Codului penal în vigoare, Revista de Drept penal, nr. 4, anul XIX, octombrie-decembrie 2012, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2012, p. 74.

9. M. Gorunescu, "Infracţiunile privitoare la viaţa sexuală – între Codul penal în vigoare şi Noul Cod penal, în "Analele Universităţii Constantin Brâncuşi din Targu-Jiu. Seria Ştiinţe juridice", nr. 2/2010.

10. Ion Ifrim, Roxana Oana Ionescu, "Protecţia penală a vieţii sociale şi intime a persoanei", Revista Romană de Sociologie, serie nouă, anul XX, Bucureşti, 2009.

11. I. C. Ilieş, "Infracţiuni privitoare la viaţa sexuală. Sinteza de practică judiciară", în "Studia Universitas Babes-Bolyai. Iurisprudentia", 2004 la http://studia.law.ubbcluj.ro/articol.php?articolId=146

12. I. G. Ioniţă, "Unele consideraţii în legătură cu infracţiunile privitoare la viaţa sexuală, în "Dreptul", nr. 3/2003

13. Gh. Nistoreanu, V. Dobrinoiu, Al. Boroi, I. Pascu, V. Lazăr, *Drept penal, Partea specială*, Editura Europa Nova, Bucureşti, 1997

14. Viorel Pasca, Actul sexual cu un minor (Infracţiuni contra libertăţii şi integrităţii sexuale), în Manual de drept penal. Partea specială, vol. I, de Petre Dungan, Tiberiu Medeanu, Viorel Pasca, Ed. Universul Juridic, Bucureşti

B. Legislaţie, Decizii

1.Expunere de motive la proiectul Codului penal, disponibilă la adresa http://www.cdep.ro/proiecte/2009/300/00/4/em304.pdf

2. Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie, Secţiile unite, dec. nr. ÎI/.2005, publicată în "Monitorul oficial al României", partea I, nr. 867 din 27.09.2005, la adresa http://www.cdep.ro/pls/legis/legis_pck.htp_act_text?idt=66869.

3. Legea nr. 61/2002 privind aprobarea O.U.G. nr. 89/2001 pentru modificarea şi completarea unor dispoziţii din Codul penal referitoare la infracţiuni privind viaţa sexuală, publicată în "Monitorul oficial al României", partea I, nr. 65 din 30.01.2002.

4. Legea nr. 45/2003 privind aprobarea O.U.G. nr. 143/2002 pentru modificarea şi completarea unor dispoziţii din Codul penal şi unele legi special, în vederea ocrotirii minorilor împotriva abuzurilor sexuale, publicată în "Monitorul oficial al României", partea I, nr. 51 din 29.01.2003.

5. "Monitorul oficial al României", partea I, nr. 568 din 15.11.2000.

6. "Monitorul oficial al României", partea I, nr. 338 din 26.06.2001.

7. "Monitorul oficial al României", partea I, nr. 804 din 05.11.2002.

8. Parchetul de pe lângă Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie, Recurs în interesul legii în materie penală nr 9744/2750/2004.

9. Parchetul de pe lângă Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie, Recurs în interesul legii în materie penală nr 6848/1899/2004, la http://www.mpublic.ro/recursuri/ 2005_penal/r_04_07_2005.htm.

Măsura arestării preventive din perspectiva Legii nr. 135/2010 privind Codul de procedură penală

Gina ***NEGRUŢ****

Abstract*: Garantarea libertăţii persoanei reprezintă una dintre preocupările permanente ale legiuitorului român. Respectarea dispoziţiilor în materia protecţiei dreptului la libertate şi siguranţă individuală, consacrate în Constituţie în cuprinsul art. 23 şi menţinerea în dispoziţiile Codului de procedură penală urmăresc asigurarea tuturor garanţiilor procesuale în materia respectării drepturilor şi libertăţilor individuale.*

Cuvinte cheie: *măsuri preventive, reţinerea, arestarea preventivă, renunţarea la urmărirea penală, soluţii de netrimitere în judecată*

1. Consideraţii generale privind măsurile preventive

Ca o consecinţă a faptului că reacţia societăţii faţă de cei ce intră în conflict cu legea penală nu este arbitrară, ci, dimpotrivă chibzuită şi amplu reglementată prin dispoziţiile legii[1], între săvârşirea infracţiunii şi aplicarea unei pedepse autorului ei situându-se procesul penal, pe cale de consecinţă, acestuia îi revine rolul, ca activitate organizată în vederea descoperirii infracţiunilor, identificarea şi prinderea infractorilor, strângerea şi administrarea probelor, tragerea la răspundere penală prin aplicarea unei sancţiuni[2].

În acest sens, dreptul penal modern nu vine doar să legitimeze prerogativa statului de a pedepsi (jus puniendi), ci are în acelaşi timp rolul de a stabili cadrul în care se poate exercita această prerogativă, acest drept nefiind unul discreţionar, el putând fi exercitat decât în conţinutul şi limitele prevăzute de lege[3]. Pentru realizarea acestor obiective este necesar ca principiile procesului penal să nu se aplice în mod izolat, ci într-o continuă interacţiune şi condiţionare reciprocă, fiecare principiu în parte, cât şi ansamblul acestora concurând mai mult sau mai puţin la aflarea adevărului în cadrul procesului penal.

Pentru desfăşurarea normală a procesului penal şi a realizării scopului acestuia, au fost instituite dispoziţii procesual penale care reglementează dispunerea măsurilor procesuale, care să asigure realizarea scopului imediat al acestuia, respectiv, constatarea la timp şi în mod complet a faptelor care constituie infracţiuni în vederea tragerii la răspundere a cesteia.

---

* Doctorand, Universitatea Titu Maiorescu – Bucureşti.

[1] Gaston Stefani, Georges Levasseur, Bernard Bouloc, *Procédure pénale*, deuxième édition, Dalloz, Paris, 1984, p. 1

[2] Ion Neagu, *Tratat de procedură penală*, Ed. Pro, Bucureşti, 1997, p. 1; Vintilă Dongoroz şi colaboratorii, *Explicaţii teoretice ale Codului de procedură penală român*, *Partea specială*, vol. II, Ed. Academiei Republicii Socialiste România, Bucureşti, 1976, p. 5; Alexandru Boroi, *Drept penal. Partea generală*, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2008, p. 14.

[3] Florin Streteanu, *Drept penal. Partea generală (suport de curs)*, p. 2, document disponibil online în www.scribd.com.

În scopul asigurării bunei desfăşurări a procesului penal, se pot dispune de către organele judiciare anumite măsuri preventive. Acestea sunt măsuri de drept procesual penal cu caracter de constrângere care constau în privarea de libertate sau restrângerea libertăţii de mişcare a suspectului sau a inculpatului, dispunerea acestora aducând atingere unuia dintre drepturile fundamentale ale persoanei, şi anume dreptul la libertate[1]. Obiectivul dispunerii acestora este reprezentat de necesitatea realizării scopului procesului penal, iar reglementarea acestora prin dispoziţiile Codului de procedură penală reprezintă un argument în sprijinul necesităţii asigurării bunei desfăşurări a procesului penal. Dacă în cuprinsul Legii nr. 29/1968 privind Codul de procedură penală[2], cu modificări şi completări, măsurile preventive care puteau fi dispuse conform prevederilor art. 136 erau: reţinerea, obligarea de a nu părăsi localitatea, obligarea de a nu părăsi ţara şi arestarea preventivă, în Legea nr. 135/2010 privind Codul de procedură penală[3], ca urmare a necesităţii armonizării legislaţiei penale şi procesual penale, legiuitorul a extins sfera măsurilor preventive care se pot dispune faţă de suspect sau faţă de inculpat pe parcursul procesului penal.

În acord cu jurisprudenţa Curţii Europene a Drepturilor Omului, s-a urmărit reglementarea explicită a principiului proporţionalităţii oricărei măsuri preventive cu gravitatea acuzaţiei aduse unei persoane, precum şi a principiului necesităţii unei astfel de măsuri pentru realizarea scopului legitim urmărit prin dispunerea sa.

Pornind de la dispoziţiile art. 5 alin. (1) lit. c) din Convenţia Europeană pentru apărarea drepturilor omului şi a libertăţilor fundamentale[4], care consacră dreptul la libertate şi la siguranţă pentru orice persoană, reiterăm faptul că nimeni nu poate fi arestat sau reţinut decât în vederea aducerii sale în faţa autorităţii judiciare competente[5], sau dacă există motive verosimile de a bănui că a săvârşit o infracţiune sau când există motive temeinice de a crede în necesitatea de a-l împiedica să săvârşească o infracţiune sau să fugă după săvârşirea acesteia, situaţie în care privarea de libertate are un scop precis[6]. De asemenea, tot în cuprinsul Convenţiei la art. 5 alin. (3) se prevede că,,Orice persoană arestată sau deţinută trebuie adusă de îndată înaintea unui judecător sau a altui magistrat împuternicit prin lege cu exercitarea atribuţiilor judiciare şi are dreptul de a fi judecată într-un termen rezonabil sau eliberată în cursul procedurii. Punerea în libertate poate fi subordonată unei garanţii care să asigure prezentarea persoanei în cauză la audiere". De altfel, aceste dispoziţii se regăsesc şi în cuprinsul art. 9 din C.pr.pen., ca principiu fundamental al procesului penal, potrivit căruia,,orice măsură privativă sau restrictivă de libertate se dispune în mod excepţional şi doar în cazurile şi în condiţiile prevăzute de lege".

---

[1] Anca-Lelia Lorincz*, Drept procesual penal*, ed. a III-a revăzută şi adăugită, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2011, p. 224.

[2] Legea nr. 29/1968 privind Codul de procedură penală, publicată în B.Of. nr. 145-146 din 12 noiembrie 1968, republicat în M.Of. nr. 78 din 30 aprilie 1997.

[3] Legea nr. 135/2010 privind Codul de procedură penală, publicată în M.Of. nr. 486 din 15 iulie 2010, modificată şi completată cu dispoziţiile Legii nr. 255/2013 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 135/2010 privind Codul de procedură penală şi pentru modificarea şi completarea unor acte normative care cuprind dispoziţii procesual penale, publicată în M.Of. nr. 515 din 14 august 2013.

[4] Document disponibil online în www.mae.ro.

[5] A se vedea cauza *Pantea c România*, CEDH, 3 iunie 2003, în Corneliu Bîrsan, *Convenţia europeană a drepturilor omului. Comentariu pe articole*, vol. I. Drepturi şi libertăţi, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2005, p. 318.

[6] Corneliu Bîrsan, *Convenţia europeană a drepturilor omului. Comentariu pe articole*, vol. I., *op. cit.*, p. 310.

Tot ca urmare a necesităţii adoptării unui Cod de procedură penală care să asigure crearea unei jurisprudenţe unitare la nivel naţional, cu respectarea celor mai exigente standarde internaţionale în materie procesual penală, respectiv standardele Curţii Europene a Drepturilor Omului[1], prin dispoziţiile art. 3 al C.pr.pen. a fost reglementată modalitatea în care se exercită în cursul procesului penal următoarele funcţii judiciare: de urmărire penală (prin organele de cercetare penală şi procuror), de dispoziţie asupra drepturilor şi libertăţilor fundamentale în cursul urmăririi penale (prin judecătorul de drepturi şi libertăţi), de verificare a legalităţii trimiterii sau netrimiterii în judecată (prin procedura de cameră preliminară) şi de judecată (de către instanţele de judecată).

În actuala reglementare, în conţinutul art. 29 C.pr.pen. se prevede distinct care sunt participanţii în procesul penal, fapt care nu era prezentat în mod explicit în cuprinsul actualei reglementări[2]. Din acest punct de vedere, C.pr.pen. prevede că participanţii în procesul penal sunt: organele judiciare, avocatul, părţile, subiecţii procesuali principali, precum şi alţi subiecţi procesuali. Ca şi organe judiciare, legiuitorul a prevăzut în cuprinsul art. 30 C.pr.pen., următoarele organe specializate ale statului care realizează activitatea judiciară: organele de cercetare penală, procurorul, judecătorul de drepturi şi libertăţi, judecătorul de cameră preliminară, precum şi instanţele judecătoreşti. În ceea ce priveşte atribuţiile judecătorului de drepturi şi libertăţi, acesta, împreună cu judecătorul de cameră preliminară, au atribuţii specifice în materia drepturilor şi libertăţilor suspectului sau inculpatului, deci şi în ceea ce priveşte dispunerea măsurilor preventive, respectiv în ceea ce priveşte verificarea legalităţii administrării probelor în faza de urmărire penală şi a legalităţii sesizării instanţei de judecată de către procuror[3].

În ceea ce priveşte dispunerea măsurilor preventive, cerinţele dispoziţiilor art. 202 din C.pr.pen., impun existenţa probelor sau a indiciilor temeinice din care rezultă suspiciunea rezonabilă că o persoană a săvârşit o infracţiune şi dacă organele judiciare apreciază că împiedicarea sustragerii suspectului ori a inculpatului de la urmărirea penală sau de la judecată ar contribui la asigurarea desfăşurării normale a procesului penal şi la prevenirea săvârşirii unor alte infracţiuni.

2. Dispunerea măsurilor preventive

Faţă de dispoziţiile C.pr.pen. anterior, cadrul actual al măsurilor preventive dispuse conform art. 202 alin. (4) C.pr.pen., cuprinde reţinerea, controlul judiciar, controlul judiciar pe cauţiune, arestul la domiciliu şi arestarea preventivă.

Cu privire la competenţa organului judiciar de a dispune asupra măsurilor preventive, remarcăm o delimitare clară a atribuţiilor organului de cercetare penală, procurorului, judecătorului de drepturi şi libertăţi în cursul urmăririi penale, precum şi a judecătorului de cameră preliminară în procedura de cameră preliminară, iar a instanţei de judecată în cursul judecăţii. Astfel, reţinerea se poate dispune faţă de suspect sau inculpat de către organul de cercetare penală sau de către procuror, numai în cursul urmăririi penale. De asemenea, controlul judiciar şi controlul judiciar pe cauţiune pot fi luate faţă de inculpat, în cursul urmăririi penale, de către procuror şi de către judecătorul de drepturi şi libertăţi, în procedura de cameră preliminară, de către

[1] Expunere de motive privind Proiectul Codului de procedură penală, document disponibil online în www.just.ro.

[2] A se vedea Sorina Siserman -„*Judecătorul de cameră preliminară*", în R.D.P., nr. 4/2009, p. 30.

[3] Expunere de motive privind Proiectul Codului de procedură penală, document disponibil online în www.just.ro.

judecătorul de cameră preliminară prin încheiere. În cursul judecăţii, măsura poate fi dispusă de către instanţa de judecată prin încheiere motivată.

În ceea ce priveşte dispunerea măsurii arestului la domiciliu şi a arestării preventive, aceste măsuri pot fi luate faţă de inculpat[1], în cursul urmăririi penale, de către judecătorul de drepturi şi libertăţi, în procedura de cameră preliminară, de către judecătorul de cameră preliminară, iar în cursul judecăţii, de către instanţa de judecată, conform dispoziţiilor art. 203 alin. (3) C.pr.pen.

Faţă de condiţiile generale de dispunere a măsurilor preventive, atunci când există probe din care să rezulte suspiciunea rezonabilă că inculpatul a săvârşit o infracţiune, măsura arestului preventiv faţă de inculpat se poate dispune dacă inculpatul a fugit ori s-a ascuns, în scopul de a se sustrage de la urmărirea penală sau de la judecată, ori a făcut pregătiri de orice natură pentru astfel de acte; dacă inculpatul încearcă să influenţeze un alt participant la comiterea infracţiunii, un martor ori un expert sau să distrugă, să altereze, să ascundă ori să sustragă mijloace materiale de probă sau să determine o altă persoană să aibă un astfel de comportament; dacă inculpatul exercită presiuni asupra persoanei vătămate sau încearcă să realizeze o înţelegere frauduloasă cu aceasta şi dacă există suspiciunea rezonabilă că, după punerea în mişcare a acţiunii penale împotriva sa, inculpatul a săvârşit cu intenţie o nouă infracţiune sau pregăteşte săvârşirea unei noi infracţiuni.

De asemenea, Codul de procedură penală actual prevede şi condiţii speciale de dispunere a măsurii arestării preventive, dispoziţii strict limitative fiind prevăzute în cuprinsul art. 223 alin. (2), precum şi criterii legale în raport cu care urmează a fi apreciată starea de pericol pentru ordinea publică (gravitatea faptei, modul şi circumstanţele de comitere a acesteia, anturajul şi mediul din care provine inculpatul, antecedentele penale şi alte împrejurări privitoare la persoana acestuia)[2].

Pe de altă parte, dispoziţiile Codului de procedură penală nu fac nicio referire la posibilitatea dispunerii măsurii arestării preventive asupra suspectului, faţă de care, potrivit prevederilor art. 203 alin. (1), se poate lua doar măsura reţinerii de către organul de cercetare penală sau procuror prin ordonanţă, dacă sunt îndeplinite condiţiile menţionate la art. 202 C.pr.pen. şi doar pentru o durată de cel mult 24 de ore. Însă, din cuprinsul prevederilor art. 77 C.pr.pen., suspectul este persoana cu privire la care, din datele şi probele existente în cauză, rezultă bănuiala rezonabilă că a săvârşit o faptă prevăzută de legea penală, dar faţă de acesta nu se poate dispune decât măsura preventivă a reţinerii, iar în cazul în care este necesară privarea de libertate a acestuia dincolo de durata celor 24 de ore, este necesar ca faţă de acesta să se pună în mişcare

[1] Conform dispoziţiilor art. 82 din C.pr.pen.„Persoana împotriva căreia s-a pus în mişcare acţiunea penală devine parte în procesul penal şi se numeşte inculpat”.

[2] Art. 223 alin. (2) din C.pr.pen.„Măsura arestării preventive a inculpatului poate fi luată şi dacă din probe rezultă suspiciunea rezonabilă că acesta a săvârşit o infracţiune intenţionată contra vieţii, o infracţiune prin care s-a cauzat vătămarea corporală sau moartea unei persoane, o infracţiune contra securităţii naţionale prevăzută de Codul penal şi alte legi speciale, o infracţiune de trafic de stupefiante, trafic de arme, trafic de persoane, acte de terorism, spălare a banilor, falsificare de monede ori alte valori, şantaj, viol, lipsire de libertate, evaziune fiscală, ultraj, ultraj judiciar, o infracţiune de corupţie, o infracţiune săvârşită prin mijloace de comunicare electronică sau o altă infracţiune pentru care legea prevede pedeapsa închisorii de 5 ani ori mai mare şi, pe baza evaluării gravităţii faptei, a modului şi a circumstanţelor de comitere a acesteia, a anturajului şi a mediului din care acesta provine, a antecedentelor penale şi a altor împrejurări privitoare la persoana acestuia, se constată că privarea sa de libertate este necesară pentru înlăturarea unei stări de pericol pentru ordinea publică”.

acţiunea penală, când există probe din care rezultă presupunerea rezonabilă că a săvârşit o infracţiune şi nu există cazuri care împiedică punerea în mişcare sau exercitarea acesteia, potrivit dispoziţiilor art. 15 C.pr.pen., devenind astfel inculpate. Este adevărat că în cuprinsul dispoziţiilor Codului de procedură penală, alături de principiile clasice existente în actuala reglementare (principiul aflării adevărului, al prezumţiei de nevinovăţie, al dreptului la apărare, al respectării demnităţii umane) fiind introduse şi principii noi, precum cel al dreptului la un proces echitabil desfăşurat într-un termen rezonabil, al separării funcţiilor judiciare în procesul penal, al obligativităţii acţiunii penale strâns legate de cel subsidiar al oportunităţii, al dreptului la libertate şi siguranţă, ne bis in idem, iar în materia probaţiunii, al loialităţii în obţinerea probelor[1].

Recunoaştem de asemenea faptul că, în cursul urmăririi penale, organul de urmărire penală strânge şi administrează probe atât în favoarea, cât şi în defavoarea suspectului, însă pentru ca infractorul să îmbrace pe parcursul procesului penal diverse„haine juridice”[2], administrarea probelor necesită timp la dispoziţia organelor judiciare, motiv pentru care considerăm că timpul de 24 de ore este insuficient pentru administrarea unor probe suficiente şi totodată şi punerea în mişcare a acţiunii penale faţă de suspect şi implicit transformarea sa în inculpat pentru a dispune mai departe măsura preventivă a arestării preventive. Iată de ce considerăm oportun reintroducerea faţă de persoana suspectului a posibilităţii dispunerii măsurii arestării preventive, astfel cum prevedeau normele Codului de procedură penală anterior, când faţă de persoana învinuitului se putea dispune măsura arestării preventive, conform dispoziţiilor art. 146.

În ceea ce priveşte durata arestării preventive a inculpatului în cursul urmăririi penale, aceasta nu poate depăşi 30 de zile, în afară de cazul când aceasta este prelungită în condiţiile legii, iar prelungirea acesteia în cursul urmăririi penale se poate face dacă temeiurile care au determinat arestarea iniţială impun în continuare privarea de libertate a inculpatului sau există temeiuri noi care justifică prelungirea măsurii, doar la propunerea motivată a procurorului care efectuează sau supraveghează urmărirea penală, urmând a fi dispusă de către judecătorul de drepturi şi libertăţi de la instanţa căreia i-ar reveni competenţa să judece cauza în primă instanţă sau de la instanţa corespunzătoare în grad acesteia în a cărei circumscripţie se află locul de deţinere, locul unde s-a constatat săvârşirea infracţiunii ori sediul parchetului din care face parte procurorul care a întocmit propunerea.

De altfel, în practica judiciară au existat unele contradicţii şi aspecte controversate în ceea ce priveşte măsura arestării preventive şi prelungirea arestării. Astfel, prin Decizia nr. 546/4 din decembrie 1997, Curtea Constituţională[3] a admis excepţia de neconstituţionalitate cu privire la art. 149 alin. (3) din Legea nr. 29/1968 privind Codul de procedură penală, cu modificări şi completări, constatând că în legătură cu prevederea conform căreia arestarea inculpatului în cursul judecăţii durează până la soluţionarea definitivă a cauzei sunt aplicabile dispoziţiile art. 23 alin. (4) din Constituţie şi contrar acestei opinii, prin Decizia nr. 1813/1999[4], Î.C.C.J. s-a pronunţat în legătură cu

[1] Expunerea de motive privind Proiectul Codului de procedură penală, document disponibil online în www.just.ro.

[2] A se vedea Ion Neagu, *Drept procesual penal. Partea generală*, vol. I, Ed. Euro – Trading, Bucureşti, 1992, p. 100; Anca-Lelia Lorincz*, Drept procesual penal*, Ed. Universul Juridic, Ediţia a II-a revăzută şi adăugită, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2009, p. 70; Gianina Anemona Radu, *Drept procesual penal. Partea generală*, Ed. C.H.Beck, Bucureşti, 2012, p. 57.

[3] Document disponibil online în www.legex.ro.

[4] Document disponibil online în www.scj.ro.

aplicarea art. 149 alin. (3)[1]. Neuniformitatea deciziilor pronunţate şi uneori caracterul diametral opus al acestora în legătură cu instituţia arestării preventive a avut rezonanţe negative asupra practicii judiciare în materie, soluţiile contradictorii identificate în practica judiciară referitor la arestarea preventivă şi prelungirea arestării preventive au privit în special următoarele aspecte: cererea de revocare a măsurii arestării preventive, schimbarea încadrării juridice a faptei inculpatului pe timpul judecării sesizării procurorului cu prelungirea arestării preventive, necesitatea motivării referatului procurorului de prelungire a arestării preventive.

În ceea ce priveşte încetarea de drept a măsurii arestării preventive în cazul soluţiilor de netrimitere în judecată, Codul de procedură penală actual prevede competenţa exclusivă a procurorului în cazul încetării de drept a măsurii arestării preventive ca urmare a dispunerii unei soluţii de netrimitere în judecată. Prin noua reglementare, actualele soluţii de neîncepere a urmăririi penale, încetare a urmăririi penale, scoatere de sub urmărire penală şi clasare sunt înlocuite cu soluţia clasării, introducându-se o nouă soluţie de neurmărire şi netrimitere în judecată şi anume renunţarea la urmărirea penală. Astfel, în cazul unei soluţii de netrimitere în judecată, măsură arestării preventive încetează, existând obligaţia de înştiinţare despre soluţia respectivă. Dispunerea soluţiei clasării se face prin ordonanţă, în care se fac menţiuni şi cu privire la încetarea de drept a măsurii preventive dispuse în cauză, iar în cazul în care inculpatul este arestat preventiv, procurorul înştiinţează prin adresă administraţia locului de deţinere în vederea punerii de îndată în libertate a inculpatului[2]. De asemenea, în cazul renunţării la urmărirea penală, ordonanţa trebuie să cuprindă menţiunea cu privire la încetarea de drept a măsurii preventive dispuse în cauză. În vederea înştiinţării despre soluţia renunţării la urmărirea penală, conform dispoziţiilor art. 318 alin. (7) C.pr.pen., se va comunica copie după ordonanţă persoanei care a făcut sesizarea, suspectului, inculpatului sau altor persoane interesate, fără a se prevedea şi obligaţia înştiinţării prin adresă a administraţiei locului de deţinere, dacă inculpatul este arestat preventiv.

3. Concluzii

Considerăm oportun ca în baza dispoziţiilor art. 5 din Convenţia Europeană pentru apărarea drepturilor omului şi a libertăţilor fundamentale, care subliniază importanţa deosebită a dreptului fundamental pe care îl consacră acest text pentru persoana umană, şi anume dreptul la libertate şi la siguranţă, precum şi în baza jurisprudenţei consacrate în materia respectării acestui drept fundamental, ca în cazul dispunerii măsurii arestării preventive, să fie respectate dispoziţiile legale privind condiţiile de luare a acestei măsuri preventive. Afirmarea acestor principii în cuprinsul dispoziţiilor Codului de procedură penală asigură o recunoaştere unanimă a importanţei respectării acestora, ca o garanţie a protejării individului împotriva arbitrariului autorităţilor statale, astfel ca organele judiciare să respecte corelativ şi normele procesual penale care reglementează

[1] Instanţa de judecată sesizată cu judecarea unei cauze în care există inculpaţi arestaţi preventiv este obligată să verifice legalitatea arestării, iar în situaţia în care se constată îndeplinirea condiţiilor prevăzute de lege în privinţa sesizării şi arestării preventive, măsura este valabilă până la intervenţia unei hotărâri definitive. De la această prevedere se exceptează situaţia în care a intervenit revocarea.

[2] Anca-Lelia Lorincz„*Încetarea de drept a măsurilor preventive în cazul soluţiilor de netrimitere în judecată şi necesitatea corelării dispoziţiilor în domeniu, în urma modificărilor operate prin Legea nr. 202/2010*", în Revista Dreptul, nr. 9/2011, p. 216-217.

normala desfăşurare a procesului penal în scopul descoperirii infracţiunilor, identificarea şi prinderea infractorilor, strângerea şi administrarea probelor şi a tragerii la răspundere penală prin aplicarea unei sancţiuni.

Bibliografie:

1. Corneliu Bîrsan, Convenţia europeană a drepturilor omului. Comentariu pe articole, vol. I. Drepturi şi libertăţi, Editura C.H. Beck, Bucureşti, 2005

2. Alexandru Boroi, Drept penal. Partea generală, Editura C.H. Beck, Bucureşti, 2008

3. Vintilă Dongoroz, Siegfried Kahane, Ion Oancea, Iosif Fodor, Nicoleta Iliescu, Constantin Bulai, Rodica Stănoiu, Victor Roşca, Explicaţii teoretice ale Codului de procedură penală român. Partea specială, vol. II, Editura Academiei Republicii Socialiste România, Bucureşti, 1976

4. Anca-Lelia Lorincz, Drept procesual penal, Editura Universul Juridic, Ediţia a II-a revăzută şi adăugită, Bucureşti, 2011

5. Anca-Lelia Lorincz -„Încetarea de drept a măsurilor preventive în cazul soluţiilor de netrimitere în judecată şi necesitatea corelării dispoziţiilor în domeniu, în urma modificărilor operate prin Legea nr. 202/2010", în Revista Dreptul, nr. 9/2011

6. Ion Neagu, Drept procesual penal. Partea generală, vol. I, Editura Euro – Trading, Bucureşti, 1992

7. Ion Neagu, Tratat de procedură penală, Editura Pro, Bucureşti, 1997

8. Ion Neagu, Tratat de procedura penală, Editura Universul Juridic, Bucureşti, 2011

9. Gianina Anemona Radu, Drept procesual penal. Partea generală, Editura C.H.Beck, Bucureşti, 2012

10. Sorina Siserman -„Judecătorul de cameră preliminară", în R.D.P., nr. 4/2009

11. Gaston Stefani, Georges Levasseur, Bernard Bouloc, Procédure pénale, deuxième édition, Dalloz, Paris, 1984

12. Florin Streteanu, Drept penal. Partea generală (suport de curs), document disponibil online în www.scribd.com

Măsurile asigurătorii din perspectiva Legii nr. 135/2010 privind Codul de procedură penală

*Doctorand Mohammad Ali **RABABAH***

Abstract: *Pentru asigurarea desfăşurării normale a procesului penal şi a realizării tragerii la răspundere penală a persoanelor care au săvârşit infracţiuni, legiuitorul a reglementat dispunerea măsurilor procesuale, în scopul prevenirii şi înlăturării anumitor situaţii a căror apariţie ar împiedica buna desfăşurare a activităţilor organelor judiciare.*

Cuvinte cheie: *Măsuri procesuale, măsuri asigurătorii, **s**echestrul penal propriu-zis, notarea sau înscrierea ipotecară, poprirea*

1. Consideraţii generale privind dispunerea măsurilor procesuale

Ca urmare a faptului că scopul imediat al procesului penal este reprezentat de constatarea la timp şi în mod complet a faptelor care constituie infracţiuni, astfel încât orice persoană care a săvârşit o infracţiune să fie pedepsită conform vinovăţiei sale şi nicio persoană nevinovată să nu fie trasă la răspundere penală, considerăm că prin dispunerea măsurilor procesuale se urmăreşte de către legiuitor tragerea la răspundere penală a persoanei care a săvârşit infracţiuni. În consecinţă, pentru asigurarea desfăşurării normale a procesului penal şi a realizării scopului acestuia, legiuitorul a reglementat dispunerea măsurilor procesuale, pentru a preveni şi înlătura anumite situaţii a căror apariţie ar împiedica buna desfăşurare a activităţilor judiciare.

Unii autori[1] au considerat că măsurile procesuale reprezintă mijloace de constrângere prin care organul judiciar asigură îndeplinirea de către părţi şi de către celelalte persoane care participă în procesul penal a obligaţiilor lor procesuale şi garantează executarea pedepsei şi repararea pagubei produse prin infracţiune, din acest punct de vedere putând fi considerate măsuri cu caracter adiacent faţă de activitatea principală a organelor judiciare[2].

Alţi autori[3] au considerat că măsurile procesuale sunt instituţii de drept procesual penal care constau în anumite privaţiuni sau constrângeri personale ori reale determinate de condiţiile şi împrejurările în care se desfăşoară procesul penal.

Pe de altă parte, alţi autori[4] consideră că elementul de privaţiune nu este caracteristic măsurilor procesuale şi ca urmare scopul luării acestor măsuri nu este cel de constrângere, ci acela de a asigura realizarea scopului procesului penal, măsură cu care

---

[1] Grigore Teodoru, Drept procesual penal român. Partea generală, vol. II, Universitatea„Alexandru Ioan Cuza", Iaşi, 1974, p. 191; Ion Neagu, Tratat de procedură penală. Partea generală, ed. a II-a, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2010, p. 540.

[2] Ilie Istrate, Libertatea persoanei şi garanţiile ei procesual penale, Ed. Scrisul românesc, Craiova, 1984, p. 26.

[3] Vintilă Dongoroz şi colaboratorii, Explicaţii teoretice ale Codului de procedură penală român. Partea generală, vol. I, Ed. Academiei, Bucureşti, 1975, p. 308.

[4] Nicolae Volonciu, Tratat de procedură penală. Partea generală, vol. I, Ed. Paideia, Bucureşti, 1993, p. 399.

suntem de acord, ca urmare a faptului că măsurile de ocrotire nu presupun o acţiune de constrângere, ci dimpotrivă acestea urmăresc protejarea anumitor categorii de persoane care, datorită privării de libertate sau a restrângerii libertăţii suspectului[1] sau inculpatului pe parcursul procesului penal, ar rămâne fără îngrijire.

De regulă, măsurile procesuale au caracter facultativ, deoarece dispunerea acestora este lăsată la aprecierea organului judiciar, astfel că desfăşurarea procesului penal s-ar putea face şi fără dispunerea anumitor măsuri procesuale[2]. De la această regulă, există şi unele excepţii care intervin atunci când luarea unor măsuri procesuale este obligatorie, de exemplu, în cazul săvârşirii unei infracţiune de corupţie, o infracţiune asimilată infracţiunilor de corupţie sa a unei infracţiuni împotriva intereselor financiare ale Uniunii Europene, când dispunerea măsurilor asigurătorii este obligatorie, conform prevederilor art. 20 din Legea nr. 78/2000.

Categoriile de măsuri procesual penale ce pot fi dispuse în cursul procesului penal au fost clasificate în funcţie de anumite criterii: valoarea socială asupra căreia se îndreaptă, persoana împotriva căreia se pot lua, faza procesuală în care pot fi dispuse, scopul special urmărit prin luarea lor, organul judiciar care le dispune şi modul în care sunt reglementate în lege[3].

În funcţie de ultimul criteriu de clasificare putem spune că în conformitate cu prevederile Legii nr. 135/2010 privind Codul de procedură penală se pot dispune măsuri preventive (reţinerea, controlul judiciar, controlul judiciar pe cauţiune, arestul la domiciliu şi arestarea preventivă), precum şi alte măsuri procesuale care includ măsurile de ocrotire, măsurile de siguranţă, măsurile asigurătorii, restituirea lucrurilor şi restabilirea situaţiei anterioare săvârşirii infracţiunii.

Din categoria măsurilor de siguranţă, ca măsuri procesuale ce pot fi dispuse cu titlu provizoriu pe parcursul procesului penal faţă de persoanele care au săvârşit infracţiuni, cu scopul de a înlătura starea de pericol pe care o reprezintă aceste persoane pentru societate şi pentru prevenirea săvârşirii de noi fapte prevăzute de legea penală menţionăm obligarea provizorie la tratament medical şi internarea medicală provizorie.

Măsurile asigurătorii sunt măsuri procesuale cu caracter real care constau în indisponibilizarea bunurilor **mobile şi** imobile ale suspectului, inculpatului sau părţii responsabile civilmente în vederea confiscării speciale a reparării pagubei produse prin infracţiune, precum şi pentru garantarea executării pedepsei amenzii[4]. Aceste măsuri au un caracter asigurător, nu şi reparator[5], fiind dispuse prin hotărâre judecătorească în vederea reparării pagubei, obligă pe inculpat sau partea responsabilă civilmente la acoperirea prejudiciului. De altfel, dispunerea acestor măsuri asigurătorii se face pentru

---

[1] Conform dispoziţiilor art. 33 alin. (1) din Legea nr. 135/2010 privind Codul de procedură penală,,,subiecţii procesuali principali sunt suspectul şi persoana vătămată".

[2] Anca Lelia Lorincz, Drept procesual penal, ed. a 3-a, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2011, p. 222.

[3] Ion Neagu, Tratat de procedură penală. Partea generală, ed. a II-a, *op. cit.*, p. 541; Anca Lelia Lorincz, Drept procesual penal, ed. a 3-a, *op. cit.*, p. 223; Ion Neagu, Atanasiu Crişu, Aurel Ciobanu, Andrei Zarafiu, Drept procesual penal, ed. a II-a, Ed. All Beck, Bucureşti, 2004, p. 27; Alexandru Boroi, Gheorghe Nistoreanu, Drept penal şi drept procesual penal, ed. a IV-a, Ed. All Beck, Bucureşti, 2005, p. 424; Gheorghe Nistoreanu, Mihai Apetrei, Laurenţiu Nae, Carmen Silvia Paraschiv, Anca Lelia Lorincz, Drept procesual penal, Ed. Europa Nova, Bucureşti, 1996, p. 129

[4] Ion Neagu, Tratat de procedură penală. Partea generală, ed. a II-a, *op. cit.*, p. 622; Anca Lelia Lorincz, Drept procesual penal, ed. a III-a, *op. cit.*, p. 257; Gianina Anemona Radu, Drept procesual penal. Partea generală, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2012, p. 331

[5] Ion Neagu, Tratat de procedură penală. Partea generală, ed. a II-a, *op. cit.*, p. 623

a evita ascunderea, distrugerea, înstrăinarea sau sustragerea de la urmărire a bunurilor care pot forma obiectul confiscării speciale sau extinse sau care pot servi la garantarea executării pedepsei amenzii sau a cheltuielilor judiciare ori a reparării pagubei produse prin infracţiune.

Conform dispoziţiilor art. 249 alin. (2) C. pr. pen.[2], măsurile asigurătorii constau în indisponibilizarea anumitor bunuri, prin instituirea sechestrului asupra acestora, nemaiputând fi înstrăinate sau grevate cu sarcini, sustragerea lor sau înlăturarea ori distrugerea unui sigiliu legal aplicat constituind infracţiunile de sustragere de sub sechestru (art. 261 N.C. pen.), respectiv rupere de sigilii (art. 260 N.C. pen.)[1].

Conform dispoziţiilor art. 249 alin. 5 din C. pr. pen. măsurile asigurătorii în vederea reparării pagubei produse prin săvârşirea infracţiunii şi pentru garantarea executării cheltuielilor judiciare se pot lua faţă de bunurile mobile şi imobile care aparţin suspectului, inculpatului sau părţii responsabile civilmente, până la concurenţa valorii probabile a pagubei şi pentru garantarea executării cheltuielilor judiciare. De asemenea, măsurile asigurătorii pentru garantarea executării pedepsei amenzii se dispun numai asupra bunurilor suspectului sau inculpatului conform dispoziţiilor art. 249 alin. (3) C. pr. pen., deoarece răspunderea penală este personală şi numai bunurile persoanei care urmează a răspunde din punct de vedere penal pot fi indisponibilizate în acest scop[2].

Tot în cuprinsul art. 249 la alin. (8) C. pr. pen. se prevede că nu se poate dispune măsura sechestrului asupra bunurilor care aparţin unei autorităţi sau instituţii publice ori unei alte persoane de drept public, reprezentate de bunurile de interes public şi nici bunurile exceptate de lege, în principiu, luarea măsurilor asigurătorii este facultativă, măsurile asigurătorii în vederea reparării pagubei putându-se lua la cererea părţii civile sau din oficiu.

Deşi dispunerea măsurilor asigurătorii este facultativă, totuşi legea reglementează cazurile în care luarea măsurilor asigurătorii este obligatorie, şi anume în cazul în care persoana vătămată este lipsită de capacitate de exerciţiu sau cu capacitate de exerciţiu restrânsă, precum şi în cazul infracţiunilor de corupţie conform prevederilor art. 20 din Legea nr. 78/2000 pentru prevenirea, descoperirea şi sancţionarea faptelor de corupţie.

Dispunerea măsurilor asigurătorii revine procurorului, în faza de urmărire penală, prin ordonanţă, iar în procedura de cameră preliminară[3] sau în cursul judecăţii, această măsură poate fi dispusă de către judecătorul de cameră preliminară sau de instanţa de judecată, din oficiu sau la cererea procurorului prin încheiere motivată, **conform prevederilor art. 249 alin. (1) C.pr.pen.** Dacă dispunerea măsurilor asigurătorii se poate face de către procuror în faza de urmărire penală, precum şi de către judecătorul de cameră preliminară şi instanţă în faza de judecată, aducerea la îndeplinire a măsurilor asigurătorii se va putea face de către organele de cercetare penală, dispunere care, spre deosebire de dispoziţiile anterioare ale art. 164 din C.pr.pen. se puteau aduce la

[1] Anca Lelia Lorincz, Drept procesual penal, ed. a III-a, *op. cit.*, p. 257

[2] Ion Neagu, Tratat de procedură penală. Partea generală, ed. a II-a, *op. cit.*, p. 624; Anca Lelia Lorincz, Drept procesual penal, ed. a III-a, *op. cit.*, p. 257 -258

[3] În cadrul organelor judiciare, alături de instanţele judecătoreşti şi organele de urmărire penală, sunt incluşi: judecătorul de drepturi şi libertăţi şi judecătorul de cameră preliminară, care vor avea atribuţii specifice în materia drepturilor şi libertăţilor suspectului sau inculpatului, respectiv în verificarea legalităţii administrării probelor în faza de urmărire penală şi a legalităţii sesizării instanţei de judecată de către procuror. A se vedea Expunerea de motive la Legea nr. 135/2010 privind Codul de procedură penală. Document disponibil online în www.cdep.ro

îndeplinire şi de către secretarul parchetului, în cazul în care urmărirea penală se efectua de către procuror.

2. Măsurile asigurătorii privite în special

Din analiza reglementărilor procedurii de luare a măsurii asigurătorii rezultă că sechestrul penal se poate realiza în una din următoarele forme: sechestrul penal propriu-zis; notarea sau înscrierea ipotecară şi poprirea, aceste măsuri fiind modalităţi ale sechestrului judiciar, deosebindu-se însă după natura bunurilor asupra cărora sunt dispuse[1]. Astfel, bunurile asupra cărora sunt instituite măsuri asigurătorii sunt indisponibilizate, în sensul că persoana care le are în proprietate pierde atributul dispoziţiei, iar când bunurile sechestrate trebuie ridicate în mod obligatoriu, atunci acea persoană pierde şi folosinţa acelui bun[2].

Pe de altă parte, sechestrul asigurător, poprirea asigurătorie şi sechestrul judiciar sunt măsuri asigurătorii care se pot dispune de către instanţa de judecată în cadrul unui proces civil, dispoziţiile relative la aceste instituţii fiind reglementate în mod expres în Codul de procedură civilă, şi se aduc la îndeplinire prin intermediul executorului judecătoresc. Astfel, în cazul popririi asigurătorii dispuse în procesul civil îi sunt aplicabile dispoziţiile art. 780 din N.C.proc.civ., conform căruia se poate înfiinţa poprirea asigurătorie asupra sumelor de bani, titlurilor de valoare sau asupra altor bunuri mobile incorporale urmăribile datorate debitorului, ori deţinute în numele său de o a treia persoană, sau pe care aceasta din urmă i le va datora în viitor, în temeiul unor raporturi juridice existente.

De asemenea, reglementarea măsurii sechestrului asigurător şi cel judiciar se realizează prin dispoziţiile Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă[3] şi se pot aplica asupra bunurilor mobile şi imobile aflate în patrimoniul debitorului. Cu toate că ambele măsuri constau în indisponibilizarea şi conservarea bunurilor mobile şi imobile aflate în patrimoniul debitorului, se diferenţiază prin faptul că în timp ce sechestrul asigurător conform prevederilor art. 951 N.C.proc.civ. constă în indisponibilizarea bunurilor mobile şi imobile urmăribile ale debitorului, aflate în posesia sa sau a unui terţ, în scopul valorificării în momentul în care creditorul unei sume de bani va obţine un titlu executoriu, sechestrul judiciar, conform dispoziţiilor art. 971 N.C.proc.civ. constă în indisponibilizarea bunurilor care formează obiectul litigiului sau, în condiţiile legii, a altor bunuri, prin încredinţarea pazei acestora unui administrator-sechestru desemnat conform prevederilor art. 975 N.C.proc.civ.[4]. Se poate observa că sub aspectul reglementării categoriilor de bunuri care fac obiectul acestei măsuri, sechestrul penal propriu –zis se aseamănă cu sechestrul asigurător din procesul penal, acesta fiind de fapt şi motivul pentru care organele judiciare şi

---

[1] Gheorghe Nistoreanu şi colaboratorii, Drept procesual penal, Ed. Europa Nova, Bucureşti, 1996, p. 143.

[2] Ion Neagu, Atanasiu Crişu, Aurel Ciobanu, Andrei Zarafiu, Drept procesual penal, curs selectiv, ed. a II-a, *op. cit.*, p. 60.

[3] Legea nr. 134/2010 a fost publicată în M. Of. nr. 485 din 15 iulie 2010. Această lege a fost modificată şi completată prin dispoziţiile Legii nr. 76/2012 şi publicată în M. Of. nr. 542 din 3 august 2012.

[4] A se vedea Ioan Leş, *Tratat de drept procesual civil*, cu referiri la Proiectul Codului de procedură civilă, ed. a V-a, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2010, p. 222; Florin Moţiu, *Contracte speciale conform Noului Cod civil*, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2012, p. 313.

legiuitorul utilizează pentru a desemna sechestrul propriu-zis din procesul penal, atât termenul de,,sechestru", cât şi expresia,,sechestru asigurător".

2.1. Sechestrul penal propriu-zis

Sechestrul penal propriu-zis reprezintă măsura asigurătorie cea mai des întâlnită în practica judiciară şi constă în indisponibilizarea bunurilor mobile care aparţin suspectului, inculpatului[1] sau părţii responsabile civilmente, în scopul reparării pagubei produse prin infracţiune sau pentru garantarea executării pedepsei amenzii[2].

Printre reglementările instituite în noul Cod de procedură penală referitoare la măsurile asigurătorii, se regăsesc şi dispoziţii exprese atât cu privire la sechestru şi formele de manifestare ale sechestrului cât şi cu privire la procedura sechestrului şi procesul-verbal de sechestru.

În vederea lămuririi aspectelor comparative privind măsura ridicării de obiecte şi măsura asigurătorie a sechestrului este necesar să facem o prezentare succintă a reglementării celor două acte procesuale - ridicarea de obiecte şi măsura asigurătorie a sechestrului.

Potrivit art. 169 N.C.proc.pen., organul de urmărire penală sau instanţa de judecată are obligaţia să ridice obiectele şi înscrisurile ce pot servi ca mijloc de probă în procesul penal. Pe de altă parte, conform dispoziţiilor art. 170 alin. l N.C.proc.pen. orice persoană fizică sau juridică are obligaţia de a prezenta şi preda obiectele sau înscrisurile menţionate organului de urmărire penală sau instanţei de judecată, la cererea acestora, iar în cazul în care obiectul sau înscrisul cerut nu este predat de bunăvoie, organul de urmărire penală prin ordonanţă sau instanţa de judecată prin încheiere, dispune ridicarea silită a acestora, sens în care, până la soluţionarea definitivă a cauzei, mijloacele materiale de probă se păstrează de organul de urmărire penală sau de instanţa de judecată la care se găseşte dosarul.

Din examinarea acestor dispoziţii privitoare la măsura ridicării de obiecte şi înscrisuri se pot reţine următoarele concluzii relevate şi în literatura de specialitate, şi anume[3]: ridicarea de obiecte şi înscrisuri constituie un act procedural care serveşte la strângerea fără întârziere şi cât mai completă a mijloacelor de probă care conţin sau sunt purtătoare de urme materiale ale infracţiunii şi care pot servi la aflarea adevărului în vederea soluţionării cauzei penale.

Scopul imediat al ridicării de obiecte şi înscrisuri este reprezentat de prezenţa acestora la dosarul cauzei ca mijloace de probă sau păstrarea lor, în cazul în care nu pot

---

[1] Într-o speţă, prin rezoluţia nr. 19/P/2003 din 19 februarie 2005, Parchetul Naţional Anticorupţie - secţia de combatere a infracţiunilor conexe infracţiunilor de corupţie - a început urmărirea penală împotriva învinuiţilor P.F. si C.C., sub aspectul săvârşirii infracţiunilor prevăzute de art. 10 lit. c din Legea nr. 78/2000 cu aplicarea art. 41 al. 2 C.pen., art. 255 cu aplicarea art. 41 al. 2 C.pen. şi art. 26 C.pen. raportat la art. 10 lit. b din Legea nr. 78/2000. La data de 19 aprilie 2005, prin Ordonanţa nr. 19/P/2003, Parchetul Naţional Anticorupţie - secţia de combatere a infracţiunilor conexe infracţiunilor de corupţie, a instituit sechestrul asigurător prin blocarea conturilor personale ale învinuiţilor, precum şi a conturilor societăţilor comerciale la care aceştia sunt acţionari. Document disponibil online în www.jurisprudentacedo.ro

[2] Ion Neagu, *Tratat de procedură penală. Partea generală*, ed. a II-a, *op. cit.*, p. 627; Anca Lelia Lorincz, Drept procesual penal, ed. a 3-a, *op. cit.*, p. 259; Ion Ivănescu, Nicolae Conea -,,Luarea măsurii asigurătorii a sechestrului penal", în Revista Dreptul, nr. 5/1995, p. 20

[3] Vintilă Dongoroz şi colaboratorii, *Explicaţii teoretice ale Codului de procedură penală*, vol. I, Ed. Academiei, 1975, p. 236-258; Ion Neagu, *Drept procesual penal*, Ed. Academiei române, Bucureşti,1988, p. 281.

fi ataşate la dosar, în depozitul organelor de urmărire penală sau al instanţei de judecată până la soluţionarea definitivă a cauzei, aceasta fiind o obligaţie pentru organele de urmărire penală sau instanţa de judecată conform dispoziţiilor art. 162 alin. (3) din N.C.proc.pen. După ce se dispune măsura sechestrului faţă de acestea, se vor lăsa în păstrare celui la care se află, sau unui custode, în cazul în care este vorba despre obiecte care nu pot fi ridicate.

În vederea apărării drepturilor cetăţenilor, Codul de procedură penală conţine dispoziţii speciale privind restituirea obiectelor şi înscrisurilor ridicate: de îndată ce organul de urmărire penală sau instanţa de judecată constată că obiectul sau înscrisul nu are legătură cu cauza, deci nu constituie un mijloc de probă şi se dispune restituirea acestuia persoanei căreia îi aparţine. Nu se restituie obiectele care, deşi nu au legătură cu cauza sunt totuşi supuse confiscării speciale [art.162 alin. (4) N.C.proc.pen.].

Obiectele care servesc ca mijloace de probă, dacă nu sunt supuse confiscării, pot fi restituite chiar înainte de soluţionarea cauzei, afară de cazul când prin această restituire s-ar putea stânjeni aflarea adevărului[1].

Din dispoziţiile alin. (2) al art. 249 din N.C.pr.pen. reiese că măsurile asigurătorii ce se pot lua în cursul procesului penal constau în indisponibilizarea bunurilor mobile sau imobile, prin instituirea unui sechestru asupra acestora.

Procedura sechestrului începe ca şi în Legea nr. 29/1968 privind Codul de procedură penală, cu modificări şi completări[2], cu dispoziţia de instituire a sechestrului, care, însă, potrivit reglementării noului Cod de procedură penală poate fi luată prin ordonanţă, de procuror în cursul urmăririi penale sau prin încheiere motivată, de judecătorul de cameră preliminară în procedura de cameră preliminară ori de instanţa de judecată în cursul judecăţii [art. 249 alin. (1) N.C.pr.pen.].

Menţionăm că legiuitorul, atunci când a reglementat procedura sechestrului în dispoziţiile N.C.pr.pen. a lărgit sfera persoanelor care pot să acorde sprijin organului care aplică sechestrul, astfel că pe lângă experţi, se poate recurge dacă este cazul şi la evaluatori, aşa cum este dispus prin prevederile art. 252 alin. (1) N.C.pr.pen.

Se observă de asemenea, că şi în reglementarea N.C.pr.pen. aprecierea cu privire la solicitarea sprijinului unor evaluatori sau experţi este lăsată la latitudinea organului care procedează la aplicarea sechestrului deoarece sintagma „în caz de necesitate" întâlnită în reglementarea Legii nr. 29/1968 privind Codul de procedură penală, cu modificări şi completări la art. 165 alin. (1) C.pr.pen. care a fost înlocuită cu expresia „dacă este cazul", în dispoziţiile art. 252 alin. (1) N.C.pr.pen., fără ca această schimbare de termeni să determine o schimbare de înţeles în cadrul reglementării unei dispoziţii imperative în locul celei facultative.

O modificare semnificativă în cuprinsul prevederilor N.C.pr.pen. este reprezentată de modalitatea de realizare a sechestrului cu sau fără ridicarea bunurilor mobile.

Astfel, dacă în actuala reglementare a Codului de procedură penală se prevede că în cazul în care bunurile mobile au fost sechestrate, ele pot rămâne în continuare în posesia persoanei la care au fost găsite cu obligaţia ca aceasta să nu le înstrăineze sau să le greveze, iar în cazul în care există pericol de înstrăinare, bunurile mobile sechestrate vor fi puse sub sigiliu sau ridicate, putându-se numi un custode, conform dispoziţiilor

[1] A se vedea Î.C.C.J., dec. pen. nr. 55 din 16 ianuarie 2012; C.A. Suceava, s. pen., dec. pen. nr. 468 din 22 august 2005, document disponibil online în www.legeaz.net.

[2] Codul de procedură penală adoptat prin Legea nr. 29/1968, publicată în B. Of. nr. 145-146 din 12 noiembrie 1968.

art. 252 alin. (9) N.C.pr.pen., fiind astfel exclusă posibilitatea lăsării bunurilor mobile sechestrate, nesigilate, în posesia celui faţă de care s-a luat măsura.

Schimbarea de reglementare menţionată asigură o mai mare protecţie şi securitate a bunurilor mobile sechestrate, însă nu conferă posibilitatea acoperirii tuturor situaţiilor ce pot apare în practică. Menţionăm astfel că actuala reglementare este mult mai eficientă, lăsând la aprecierea organului care procedează la aplicarea sechestrului dispunerea acestei măsuri, în funcţie de situaţia concretă din momentul respectiv. În ceea ce priveşte procesul-verbal de sechestru care se întocmeşte în cazul punerii în aplicare a sechestrului propriu-zis, nu se remarcă diferenţe mari în dispoziţiile N.C.pr.pen. la art. 253 faţă de dispoziţiile Legii nr. 29/1968 privind Codul de procedură penală, cu modificări şi completări. Diferenţa însă constă în faptul că un exemplar al acestui proces-verbal de sechestru se poate lăsa şi unui vecin, în lipsa persoanei asupra bunurilor căreia s-a aplicat sechestrul.

Aplicarea sechestrului se face nu numai la domiciliul suspectului sau inculpatului, ci şi la domiciliul persoanelor responsabile civilmente, care nu au contribuit la săvârşirea infracţiunii, ele fiind introduse în cauză sub aspect civil.

Din analiza textului legal care reglementează procedura sechestrului în reglementarea N.C.pr.pen., se constată faptul că dispoziţiile alineatelor 2 - 8 ale art. 252 sunt aproape identice cu cele din Legea nr. 29/1968 privind Codul de procedură penală, cu modificări şi completări, respectiv cu dispoziţiile art. 165 alin. (2)-(8).

Astfel, ca urmare a faptului că pentru anumite bunuri mobile există riscul mai mare de înstrăinare, legea prevede că acestea trebuie ridicate în mod obligatoriu, în cazul: bunurilor perisabile; metalelor sau pietrelor preţioase ori obiectelor confecţionate; mijloacelor de plată străine; titlurilor de valoare interne, obiectelor de artă sau de muzeu şi colecţiilor de valoare; sumelor de bani care formează obiectul sechestrului. Astfel, metalele sau pietrele preţioase ori obiectele confecţionate cu acestea, se depun la cea mai apropiată instituţie bancară competentă în termen de 48 de ore de la ridicare.

Spre deosebire de dispoziţiile alin. (4) şi (5) ale art. 165 din Legea nr. 29/1968 privind Codul de procedură penală, cu modificări şi completări, potrivit cărora obiectele prevăzute la se predau în termen de 48 de ore de la ridicare şi doar dacă sunt strict necesare urmăririi penale, se depun ulterior, dar nu mai târziu de 48 de ore de la rezolvarea cauzei de procuror [art. 165 alin. (6) C.pr.pen.], în reglementarea N.C.pr.pen. sunt avute în vedere toate etapele procesului penal, cu excepţia fazei de executare. Astfel, conform dispoziţiilor alin. (6) al art. 252 din N.C.pr.pen., obiectele prevăzute la alineatele 4 şi 5 ale aceluiaşi articol se predau, ca regulă generală, în termen de 48 de ore de la ridicare, cu excepţia situaţiilor în care sunt strict necesare urmăririi penale, procedurii de cameră preliminară sau judecăţii, când depunerea se face ulterior, dar nu mai târziu de 48 de ore de la pronunţarea în cauză a unei soluţii definitive.

Mijloacele de plată străine, se depun la cea mai apropiată instituţie bancară competentă, fiind posibilă valorificarea de către instituţia bancară competentă, în cazul în care aceasta consideră necesar.

Titlurile de valoare interne, obiectele de artă sau de muzeu şi colecţiile de valoare, se predau spre păstrare instituţiilor de specialitate, în termen de 48 de ore de la ridicare.

În cazul în care obiectul sechestrului este reprezentat de sume de bani, precum şi din bani rezultaţi din valorificarea bunurilor perisabile sau a mijloacelor de plată străine, acestea se consemnează după caz, pe numele învinuitului, inculpatului sau persoanei responsabile civilmente, la dispoziţia organului care a dispus instituirea sechestrului,

căruia i se predă recipisa de consemnare a sumei, în termen de cel mult 3 zile de la ridicarea banilor ori de la valorificarea bunurilor.

Spre deosebire de dispoziţiile Legii nr. 29/1968 privind Codul de procedură penală, cu modificări şi completări, care în privinţa bunurilor perisabile sechestrate impunea cerinţa predării acestora unităţilor comerciale cu capital majoritar de stat, potrivit profilului activităţii [art. 165 alin. (3) C.pr.pen.], în reglementarea N.C.pr.pen., cu privire la aceleaşi bunuri se prevede predarea lor către „autorităţile competente, potrivit profilului de activitate".

În ceea ce priveşte procesul-verbal de sechestru cu care se încheie procedura de punere în aplicare a sechestrului propriu-zis, nu se remarcă diferenţe mari de reglementare în cuprinsul art. 253 din N.C.pr.pen. faţă de reglementarea anterioară cuprinsă în dispoziţiile art. 166 din Legea nr. 29/1968 privind Codul de procedură penală, cu modificări şi completări.

Acest proces-verbal se întocmeşte în trei exemplare, din care un exemplar se lasă persoanei căreia i s-a aplicat sechestrul, iar, în lipsa acesteia, celor cu care locuieşte, administratorului, portarului ori celui care, în mod obişnuit, îl înlocuieşte sau unui vecin, iar un exemplar se înaintează organului judiciar care a dispus luarea măsurii asigurătorii, în termen de 24 de ore de la încheierea procesului-verbal. În cazul în care bunurile (în parte sau în totalitate) au fost predate unui custode, atunci şi acesta va putea primi o copie de pe procesul-verbal.

Un element de noutate absolută în dispoziţiile N.C.pr.pen. îl constituie obligaţia organului judiciar care a dispus instituirea sechestrului de a cere organului competent notarea ipotecară a bunurilor mobile sechestrate, anexând o copie de pe ordonanţa sau încheierea prin care s-a dispus sechestrul şi un exemplar de pe procesul-verbal de sechestru, conform dispoziţiilor art. 253 alin. (4) şi (5) N.C.proc.pen.

2.2. Notarea sau înscrierea ipotecară

Notarea sau înscrierea ipotecară reprezintă o măsură asigurătorie, fiind şi o formă a sechestrului penal. Aceasta constă în indisponibilizarea bunurilor imobile ale învinuitului, inculpatului sau părţii responsabile civilmente în raporturile cu terţii impunându-se îndeplinirea formalităţilor de publicitate a notării sau înscrierii ipotecare[1]. Această măsură se impune în vederea garantării reparării pagubei produse prin infracţiune sau a executării pedepsei amenzii.

În scopul realizării acestei măsuri pentru bunurile imobile sechestrate, organul care a dispus instituirea sechestrului va solicita organului competent luarea inscripţiei ipotecare asupra bunurilor sechestrate şi va anexa copii după actul prin care s-a dispus sechestrul şi un exemplar al procesului-verbal de sechestru. Cu privire la această măsură, într-o opinie s-a exprimat că nu se poate săvârşi infracţiunea de sustragere de sub sechestru, deoarece însuşi bunurile imobile nu pot fi sustrase, acestea neputând fi obiect material al acestei infracţiuni prevăzute la art. 261 N.C.pen.[2] În această situaţie, organul competent să înscrie ipoteca este instanţa în a cărei rază teritorială se află

[1]Vintilă Dongoroz şi colaboratorii, *Explicaţii teoretice ale Codului de procedură penală român. Partea generală*, vol. I, Ed. Academiei Republicii Socialiste România, Bucureşti, 1974, p. 341; Conform prevederilor art. 2 alin. (2) lit. d) din Legea nr. 7/1996,,publicitatea imobiliară, care asigură opozabilitatea drepturilor reale imobiliare, a drepturilor personale, a actelor şi faptelor juridice, precum şi a oricăror raporturi juridice supuse publicităţii, referitoare la imobile".

[2] Ion Neagu, *Tratat de procedură penală. Partea generală*, ed. a 2-a, *op. cit.*, p. 630.

imobilul respectiv, de altfel procedura de notare sau înscriere ipotecară se subordonează dispoziţiilor Legii nr. 7/1996 privind cadastrul şi publicitatea imobiliară[1].

2.3. Poprirea

Ultima dintre măsurile asigurătorii care se poate dispune pe parcursul procesului penal este poprirea. Aceasta reprezintă tot o formă a sechestrului penal şi constă în indisponibilizarea sumelor de bani datorate învinuitului, inculpatului sau părţii responsabile civilmente.

Conform prevederilor art. 254 N.C. pr. pen., poprirea se înfiinţează asupra sumelor de bani datorate cu orice titlu suspectului, inculpatului sau părţii responsabile civilmente, de către o a treia persoană ori de către cel păgubit. Acestea sunt poprite în mâinile acestora şi în limitele prevăzute de lege, constituind un mijloc important de recuperare atunci când făptuitorul este angajatul unităţii păgubite[2].

Specific popririi este caracterul triunghiular al acestei măsuri, care presupune participarea obligatorie a trei subiecţi procesuali: creditorul popritor, debitorul poprit şi terţul poprit şi existenţa a trei raporturi juridice distincte, care preced înfiinţarea popririi: un raport între creditorul popritor (persoana vătămată care se constituie parte civilă în scopul garantării reparării pagubei produse prin infracţiune sau statul atunci când se urmăreşte garantarea executării pedepsei amenzii) şi debitorul poprit (suspect, inculpat sau parte responsabilă civilmente), al doilea raport între debitorul poprit şi terţul poprit (persoana fizică sau juridică care datorează suspectului, inculpatului sau părţii responsabile civilmente o sumă de bani), precum şi al treilea raport juridic, între creditorul popritor şi terţul poprit, în conţinutul căruia sunt incluse obligaţiile terţului de a nu face nici o plată din suma poprită până la definitivarea popririi, precum şi de a face, la această dată, plata direct către creditorul popritor.

Sumele poprite se consemnează la dispoziţia organului judiciar care a dispus poprirea sau a organului de executare, în termen de 5 zile de la scadenţă, iar recipisele se predau procurorului, judecătorului de cameră preliminară sau instanţei de judecată în 24 de ore de la consemnare.

---

[1] Legea nr. 7/1996 privind cadastrul şi publicitatea imobiliară, modificată şi completată, publicată în M.Of. nr. 61 din 26 martie 1996. Conform art. 36 alin. 6 din prezenta lege,„În toate cazurile când prin lege se acordă un privilegiu imobiliar sau o ipotecă legală pentru garantarea vreunui drept sau creanţe, acestea se vor înscrie din oficiu în cartea funciară, cu excepţia situaţiei în care părţile renunţă în mod expres la acest beneficiu; înscrierea privilegiului sau a ipotecii legale se face, de regulă, în temeiul înscrisului din care rezultă creanţa privilegiată sau care conferă dreptul de a lua o inscripţie ipotecară".

[2] Într-o speţă, inculpatul C.C. a fost trimis în judecată prin rechizitoriul din 20 mai 2010, întocmit de Parchetul de pe lângă Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie -Direcţia Naţională Anticorupţie - Secţia de combatere a corupţiei, pentru săvârşirea infracţiunii prevăzute şi pedepsite de art. 6[1] din Legea nr. 78/2000, cu modificările şi completările ulterioare, cu aplicarea art. 41 alin. (2) C. pen. Prin ordonanţa nr. 310/P/2009 din 6 mai 2010 a Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie - Direcţia Naţională Anticorupţie - Secţia de combatere a corupţiei - în conformitate cu prevederile art. 163 şi urm. din C. proc. pen. şi ale art. 20 din Legea nr. 78/2000, cu modificările şi completările ulterioare, s-a dispus instituirea popririi asupra sumei de 200.000 euro, depusă de inculpatul C.C. pe numele său şi la dispoziţia organului de urmărire penală. În motivarea ordonanţei, procurorii de caz au reţinut că, din cercetările efectuate până la data de 6 mai 2010, a rezultat că inculpatul V.C. a pretins şi primit de la inculpatul C.C. suma de 200.000 euro, motiv pentru care, în temeiul art. 20 din Legea nr. 78/2000, potrivit căruia, în cazul în care s-a săvârşit o infracţiune din cele prevăzute în Legea nr. 78/2000, luarea măsurilor asigurătorii este obligatorie, a aplicat măsura asigurătorie asupra sumei menţionate. Document disponibil online în www.scj.ro

3. Concluzii

Ca urmare a modificărilor survenite în cuprinsul normelor procesual penale care reglementează dispunerea măsurilor asigurătorii în Legea nr. 135/2010 privind Codul de procedură penală, remarcăm faptul că nu au intervenit modificări substanţiale în ceea ce priveşte categoriile de măsuri de siguranţă, ci în ceea ce priveşte competenţa dispunerii acestora, în condiţiile în care în privinţa participanţilor în procesul penal, Codul de procedură penală a adus câteva modificări în raport cu vechea reglementare, alături de instanţele judecătoreşti şi organele de urmărire penală, fiind cuprinşi judecătorul de drepturi şi libertăţi şi judecătorul de cameră preliminară, care au atribuţii specifice pe parcursul procesului penal.

Remarcăm că în materia dispunerii măsurilor de siguranţă, competenţa revine procurorului, în faza de urmărire penală, prin ordonanţă, iar în procedura de cameră preliminară sau în cursul judecăţii, această măsură poate fi dispusă de către judecătorul de cameră preliminară sau de instanţa de judecată, procedura dispunerii acestor măsuri nefiind în acest caz deloc simplificată, ci dimpotrivă.

Bibliografie

- Alexandru Boroi, Gheorghe Nistoreanu, Drept penal şi drept procesual penal, Ediţia a IV-a, Editura All Beck, Bucureşti, 2005

- Vintilă Dongoroz şi colaboratorii, Explicaţii teoretice ale Codului de procedură penală român. Partea generală, vol. I, Editura Academiei Republicii Socialiste România, Bucureşti, 1974

- Vintilă Dongoroz şi colaboratorii, Explicaţii teoretice ale Codului de procedură penală român. Partea generală, vol. I, Editura Academiei, Bucureşti, 1975

- Ion Neagu, Drept procesual penal, Editura Academiei române, Bucureşti,1988

- Ion Neagu, Tratat de procedură penală. Partea generală, Ediţia a II-a, Editura Universul Juridic, Bucureşti, 2010

- Ilie Istrate, Libertatea persoanei şi garanţiile ei procesual penale, Editura Scrisul românesc, Craiova, 1984

- Ion Ivănescu, Nicolae Conea -„Luarea măsurii asigurătorii a sechestrului penal”, în Revista Dreptul, nr. 5/1995

- Ioan Leş, Tratat de drept procesual civil, cu referiri la Proiectul Codului de procedură civilă, Ediţia a V-a, Editura C.H. Beck, Bucureşti, 2010

- Anca Lelia Lorincz, Drept procesula penal, Ediţia a 3-a, Editura Universul Juridic, Bucureşti, 2011

- Florin Moţiu, Contracte speciale conform Noului Cod civil, Editura Universul Juridic, Bucureşti, 2012

- Ion Neagu, Atanasiu Crişu, Aurel Ciobanu, Andrei Zarafiu, Drept procesual penal, Ediţia a II-a, Editura All Beck, Bucureşti, 2004

- Gheorghe Nistoreanu, Mihai Apetrei, Laurenţiu Nae, Carmen Silvia Paraschiv, Anca Lelia Lorincz, Drept procesual penal, Editura Europa Nova, Bucureşti, 1996

- Gianina Anemona Radu, Drept procesual penal. Partea generală, Editura C.H.Beck, Bucureşti, 2012

- Grigore Teodoru, Drept procesual penal român. Partea generală, vol. II, Universitatea„Alexandru Ioan Cuza”, Iaşi, 1974

- Nicolae Volonciu, Tratat de procedură penală. Partea generală, vol. I, Editura Paideia, Bucureşti, 1993

Reglementări europene și naționale în materia traficului de persoane

Olga Andreea ***URDA****[*]

Abstract: *O formă a sclaviei moderne, traficul de persoane reprezintă o formă de violare a drepturilor omului, fiind un atentat atât împotriva securității individului cât și împotriva securității statului. Traficul de persoane este un fenomen în expansiune şi dificil de înfruntat, fiind mai întâi de toate o parte componentă a luptei împotriva criminalităţii el implică de asemenea şi politicile de imigrare, dreptul de azil, libertatea de circulaţie, politica economică şi socială.*

Este una din crimele care, în zilele noastre, se comite tot mai frecvent într-un cadru internaţional, dezvoltarea globalizării deţinând un rol important în acest domeniu. Această infracţiune afectează întreaga comunitate internațională, statele membre având obligația să prevină și să reprime comiterea traficului de persoane.

Pentru ca prevenirea şi combaterea traficului de persoane să fie eficiente, răspunsurile la nivel local trebuie coordonate şi sprijinite de iniţiativele de la nivel naţional şi internaţional, precum şi de principalii responsabili, astfel încât să se creeze un mediu propice în care să poată funcţiona

Absența unor reglementări comune ale traficului de persoane la nivel național, reprezintă unul dintre principalele obstacole în lupta acestui fenomen. Se impune cu necesitate armonizarea definițiilor juridice, a procedurilor de cooperare atât pe plan național cât și regional, cu respectarea normelor internaționale adoptate în materie. Crearea unui cadru juridic adecvat, conform principiilor definite în documentele reglementările adoptate la nivel internațional, va contribui în mod semnificativ la reprimarea și prevenirea fenomenului traficului de persoane.

În condiţiile în care fenomenul traficului de persoane a căpătat nuanţe ce fac imposibilă combaterea lui prin eforturile separate ale statelor, se impune o strânsă cooperare în acest domeniu.

Începând cu anul 2001, în România, a fost elaborată şi adoptată legislaţie în materia traficului de persoane şi au fost dezvoltate structuri de luptă împotriva acestui flagel, toate aceste măsuri având rolul armonizării legislației noastre cu cea a Uniunii Europene.

Cuvinte cheie: *trafic de persoane, drept penal european, Uniunea Europeană, sclavie, drepturile omului*

[*] Asistent universitar drd., Facultatea de Drept, Universitatea ”Alexandru Ioan Cuza” din Iași.

1. Politica internațională privind combaterea și prevenirea traficului de persoane

Dispariția treptată a frontierelor interne evidențiază pericolul fenomenului de criminalitate organizată, impunându-se cu necesitate o acțiune comună a statelor în crearea de strategii adaptate și rapide, ca reacție eficientă împotriva fenomenului[1].

El se află sub controlul rețelelor criminale, violente și puternice, de dimensiune internațională, care utilizează mijloace tehnologice moderne; acest trafic este o piață extrem de rentabilă care pune în joc sume astronomice de bani și care constituie fundamentul corupției, chiar și în statele europene industrializate.

Traficul de persoane a devenit o problemă prioritară, căreia trebuie să i se opună un sistem anti-trafic eficient.

Convenția de la Palermo definește traficul de persoane ca fiind „recrutarea, transportarea, transferarea, adăpostirea sau primirea unei persoane, prin amenințarea sau prin utilizare forței sau a altor forme de constrângere, prin răpire, prin escrocare, înșelăciune sau abuz de putere, prin utilizarea unei situații vulnerabile, prin darea ori primirea de bani sau foloase, pentru obținerea consimțământului unei persoane care are controlul asupra alteia, în scopul exploatării[2]".

Din punctul de vedere al respectării drepturilor omului, lupta contra traficului de persoane apare, fără nicio îndoială printre primele preocupări al instrumentelor internaționale multilaterale[3].

1.1. Reglementări ONU în materia prevenirii și combaterii traficului de persoane

Organizația Națiunilor Unite are și misiunea de a coordona activitatea de prevenire și combatere a traficului de persoane în lume, coordonare care se axează pe de o parte pe crearea de norme juridice internaționale iar pe de altă parte pe intensificarea cooperării între statele membre[4].

Un prim instrument de cooperare internațională în materia prevenirii și combaterii traficului de persoane a fost adoptat la nivelul ONU, și anume Convenția pentru reprimarea traficului de ființe umane și a exploatării prostituției semenilor[5]. Obiectivul principal al acestei Convenții este identificarea unor măsuri eficiente în lupta împotriva tuturor formelor de trafic de ființe umane și a exploatării prostituției, în condițiile în care aceste acte sunt considerate, așa cum reiese și din preambul Convenției, ca fiind „incompatibile cu demnitatea și valoarea persoanei umane și pun în pericol bunăstarea individului, familiei și a comunității". Traficul de persoane reprezintă o ofensă adusă

[1] Elena-Ana Mihuț, Demian Moca, *Metodica cercetării traficului de persoane,* în Revista Dreptul, nr. 4/2007, p. 174.

[2] Art. 2 Directiva 2011/36/UE privind prevenirea și combaterea traficului de persoane și protejarea victimelor acestuia precum și art. 4 din Convenția Consiliului Europei privind lupta împotriva traficului de persoane, conțin definiții asemănătoare.

[3] Laurent Moreillon, Aline Willi-Jayet, *Coopération judiciare pénale dans l'Union Européenne*, Helbing &Lichtenhahn, Paris, 2005, p. 574.

[4] Ada Iuliana Popescu, *Traficul de persoane. Implicații juridico-penale,* Ed. Universității „Alexandru Ioan Cuza", Iași, 2010, p. 51.

[5] Aprobată de Adunarea generală a Națiunilor Unite prin Rezoluția 317 (IV) din 2 decembrie 1949. Intrată în vigoare la 25 iulie 1951, conform dispozițiilor art. 24. România a aderat la Convenție la 10 decembrie 1954 prin Decretul nr. 482 publicat în „Buletinul Oficial al României", Partea I, nr. 46 din 10 decembrie 1954.

valorii sociale şi umane, condiţie în care, în conformitate cu textul Convenţiei, consimţământul persoanei nu înlătură atragerea răspunderii pentru săvârşirea unei asemenea fapte[1].

În decembrie 2000 au fost adoptate de asemenea, Convenţia internaţională privind lupta împotriva crimei organizate transfrontaliere împreună cu Protocolul adiţional privind prevenirea, reprimarea şi pedepsirea traficului de persoane, în special al femeilor şi copiilor, Protocolul adiţional împotriva traficului de migranţi pe uscat, pe apă sau prin aer şi Protocolul adiţional împotriva fabricării şi traficului ilicit de arme, părţi sau componente ale acestora şi muniţie, fiind subliniată încă odată necesitatea unei acţiuni la nivel internaţional în această materie[2].

În 2009 ONU a elaborat o „Lege model în combaterea traficului de persoane" care conţine prevederile ce se impun a fi introduse de către statele în dreptul intern, prevederi adaptate fiecărui stat parte, indiferent de particularităţile juridice, sociale, economice sau culturale[3].

1.2. Consiliul Europei şi fenomenul traficului de persoane

Fondându-se pe principiile democraţiei şi al respectului drepturilor şi libertăţilor fundamentale ale omului, Consiliul Europei a realizat o serie de activităţi ce vizează lupta împotriva traficului de persoane.

Politica penală a Consiliului Europei a recunoscut problema traficului de persoane, în special femei şi copii, încă din anul 1991, când a fost adoptată Recomandarea Comitetului de Miniştri al Consiliului Europei nr. R 91 privind exploatarea sexuală, pornografia, prostituarea şi traficul de copii şi tineri adulţi.

În 1992-1993, cu ajutorul Grupului de experţi în domeniul traficului de femei, aflat sub autoritatea Comitetului director pentru egalitatea între femei şi bărbaţi, Consiliul Europei a identificat cele mai urgente domenii de acţiune în această materie, domenii care au fost structurate în Planul de acţiune împotriva traficului de femei. Acest Plan propune piste de reflexie şi de cercetare în scopul de a formula, la adresa statelor membre, recomandări pe plan legislativ, judiciar şi represiv al traficului de persoane; pe planul ajutorului, susţinerii şi reabilitării victimelor precum şi în ceea ce priveşte programele de prevenire a acestui fenomen infracţional[4].

Problema traficului de persoane a provocat îngrijorare şefilor statelor şi guvernelor ţărilor membre ale Consiliului Europei, reunite la Summit-ul de la Strasbourg în octombrie 1997, declaraţia finală, adoptată cu această ocazie, consideră explicit violenţa împotriva femeilor şi orice formă de exploatare sexuală a femeilor drept o ameninţare pentru securitatea cetăţenilor şi a democraţiei în Europa.

Statele membre ale Consiliului Europei au fost încurajate să elaboreze planuri de acţiune naţionale împotriva traficului de persoane. În acest scop Consiliul a pregătit în 1996 un plan de acţiune model împotriva traficului şi a încurajat elaborarea unor planuri naţionale, în special în Europa de Sud-Est.

---

[1] Giania Anemona Cudriţescu, *Traficul de fiinţe umane în dreptul comparat,* în Revista Dreptul, nr. 4/2007, p. 286.

[2] Union interparlamentaire et ONUDOC, *Combattre la traite des personnes,* Guide à l'usage des parlementaires, nr. 16, 2009, p. 2.

[3] United Nationas Office on Drugs and Crime, *Model Law against Trafficking in Persons,* Viena, 2009, p. 1.

[4] http://www.coe.int/.

La 3 mai 2005 Comitetul Miniştrilor a adoptat Convenţia Consiliului Europei privind traficul de fiinţe umane, deschisă spre semnare la 16 mai 2005 la Varşovia, cu ocazia celui de-al treilea Summit al şefilor de stat şi de guvern ai statelor membre ale Consiliului Europei[1].

Convenția Consiliului Europei privind traficul de femei își propune ca obiective prevenirea și combaterea traficului de persoane, protecția drepturilor fundamentale ale victimelor traficului de ființe umane prin realizarea unui cadru complet de protecție și asistență a victimelor și martorilor și nu în ultimul rând promovarea cooperării internaționale în domeniul traficului de ființe umane.

În conformitate cu art. 36 din Convenție, a fost înființat Grupul de experți pentru lupta împotriva traficului de ființe umane (GRETA) cu rolul de a monitoriza aplicarea Convenției de către părți.

În septembrie 2006 a fost lansată Campania *Consiliului Europei asupra luptei împotriva traficului de ființe umane.* Scopul acestei Campanii este de a sensibiliza guvernele, parlamentele, ONG-urile şi societatea civilă asupra problemei traficului de persoane în Europa de astăzi.

1.3. Reglementarea infracțiunii de trafic de persoane la nivelul Uniunii Europene

Pe plan internaţional, traficul de persoane a stârnit îngrijorare şi a determinat numeroase reacţii. În contextul internaţional al preocupării pentru combaterea fenomenului de trafic de persoane, Uniunea Europeană a lansat un program comun anti-trafic, concretizat în diverse acte normative, în declaraţii, convenţii şi recomandări ale instituţiilor europene.

Reglementări relevante în cadrul Uniunii Europene:

Includerea Capitolului VI – Justiţie şi Afaceri Interne în Tratatul de la Maastricht a reprezentat un pas semnificativ în crearea unui cadru pentru cooperarea în domeniul combaterii traficului de persoane[2].

Rezoluția privind exploatarea prostituției și a traficului de ființe umane[3], rezoluție care identifică problematica traficului de persoane dinspre țări sărace din fostul bloc comunist către statele bogate ale Europei occidentale, soluția propusă pentru reducerea riscului pentru ca femeile să lucreze ca prostituate sau să fie exploatate în acest sens constând în îmbunătățirea acestora la un loc de muncă, învățământ și reabilitare socială.

Tratatul de la Amsterdam a avut un rol deosebit de important pentru incriminarea traficului de persoane. În acest sens, statelor membre li s-a trasat obligația de a adopta măsuri legislative pentru aproximarea normelor penale naționale și a celor referitoare la cooperarea judiciară în domeniu[4]. În acest sens art. 29 din TUE face referire expresă la necesitatea adoptării unui cadru legislativ adecvat pentru prevenirea criminalității organizate și a luptei împotriva traficului de persoane.

Conferința europeană referitoare la prevenirea și combaterea traficului de persoane – O provocare mondială pentru secolul al XXI-lea", organizată între 18 și 20 septembrie 2002, de OIM cu sprijinul Comisiei Europene, al Parlamentului European, al statelor membre ale Uniunii Europene precum și a celor candidate, cuprinde o anexă ce conține

---

[1] România a ratificat Convenția Consiliului Europei privind lupta împotriva traficului de ființe umane prin Legea nr. 300/2006, publicată în M. Of. nr. 622 din 19 iulie 2006.

[2] Tom Obokata, *Trafficking of Human Beings from a Human Rights Perspective: Towards a Holistic Approach,* Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2006, p. 97.

[3] Publicată în J. Of. L 120 din 16.05.1989

[4] Ada Iuliana Popescu, *op. cit.*, p. 131.

o serie de recomandări, de norme şi cele mai bune practici şi exprimă necesitatea creării de către Comisie a unui grup de experţi privind traficul de persoane şi reprezintă un moment de referinţă la nivelul Uniunii Europene în material luptei împotriva traficului de fiinţe umane.

Rezultat al Conferinţei a fost Declaraţia de la Bruxelles asupra prevenirii şi combaterii traficului de persoane, un prim instrument adoptat în materia traficului de persoane, care anticipa instituirea unei legislaţii proprii Uniunii Europene, dar şi a unei strategii eficiente în reprimarea traficului de persoane[1].

În martie 2003, prin Decizia 2003/209/CE[2], a fost instituit Grupul de experţi privind traficul de persoane, format din persoane calificate, capabile să dezbată subiecte legate de traficul de fiinţe umane şi deţinând o experienţă semnificativă dobândite din activităţile pentru administraţiile statelor membre ale Uniunii Europene şi ale statelor candidate, şi ale organizaţiilor interguvernamentale, angajate în combaterea traficului de persoane. Ulterior Comisia a abrogat această Decizie, adoptând Decizia 2007/675/CE[3], instituind un nou grup consultativ, numit tot Grupul de Experţi privind traficul de persoane. Scopul principal al Grupului de Experţi a fost acela de a informa Comisia cu privire la evoluţia acţiunilor Uniunii Europene în materia combaterii şi prevenirii traficului de persoane[4].

Un document important adoptat în materia traficului de persoane îl constituie Acţiunea comună adoptată de Consiliu în temeiul articolului K.3 al Tratatului Uniunii Europene, relativ la lupta contra traficului de fiinţe umane şi a exploatării sexuale a copiilor[5], adoptată cu scopul ca până la finalul anului 1999, statele membre să incrimineze în legislaţia naţională traficul de persoane şi să adopte normele procedurale necesare prevenirii şi combaterii acestui fenomen infracţional.

Comisia elaborează, în ianuarie 2001, o propunere a unei Decizii cadru[6], întemeiată pe Protocolul Convenţiei ONU, relativă la lupta contra traficului de fiinţe umane, Decizie cadru care a fost adoptată în iulie 2002 şi care a abrogat parţial Acţiunea comună din 1997 referitoare la traficul de persoane. Prin adoptarea Deciziei-cadru 2002/629/JAI s-a adus o contribuţie semnificativă la prevenirea şi combaterea traficului de persoane prin completarea instrumentelor deja adoptate în această materie, totuşi utilitatea practică a acestui instrument rămâne limitată, având în vedere faptul că deciziile-cadru sunt lipsite de efect direct.

Directiva 2004/81/CE a Consiliului din 29 aprilie 2004 privind permisul de şedere eliberat resortisanţilor ţărilor terţe care sunt victime ale traficului de persoane sau care au făcut obiectul unei facilitări a imigraţiei ilegale şi care cooperează cu autorităţile competente[7], are ca obiect definirea condiţiilor de acordare a permiselor de şedere cu durată limitată, resortisanţilor ţărilor terţe care cooperează în combaterea traficului de persoane sau facilitării imigraţiei ilegale. În concret această Directivă ar putea să fie

[1] Silvia Scarpa, *Trafficking in Human Beings. Modern Slavery*, Oxford University Press,Oxford, 2008, p. 195.

[2] Publicată în J. Of. al UE, L 79, 26.03.2003.

[3] Decizia 2007/675/CE a Comisiei din 17 octombrie 2007 de înfiinţare a Grupului de experţi privind traficul de persoane, publicată în J. Of. L 277, 20.10.2007.

[4] Tom Obokata, *Trafficking of Human Beings from a Human Rights Perspective: Towards a Holistic Approach,* Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2006, p.96.

[5] Publicată în J. Of. al UE, L 63 din 04.03.1997.

[6] Decizia-cadru a Consiliului din 19 iulie 2002 privind combaterea traficului de persoane (2002/629/JAI), Publicată în J. Of. al UE, L 203/1, din 1.08.2002.

[7] Publicată în J. Of. al UE, L 261/19 din 6.08.2004.

asimilată unei măsuri de cooperare judiciară. Astfel dispozițiile sale încurajează victimele să denunțe autorii infracțiunilor și să demonteze rețelele de imigrație clandestină și de trafic de persoane, acordându-le un anumit tip de protecție.

În decembrie 2005 a fost publicat în Jurnalul Oficial al Uniunii *Europene Planul UE privind cele mai bune practici, standarde şi proceduri de combatere şi prevenire a traficului de fiinţe umane*[1], ca răspuns la Programul de la Haga, prin care Comisia și Consiliul erau invitate să stabilească un plan de dezvoltare de norme comune, bune practici și mecanisme de prevenire și combatere a traficului de persoane[2].

Un rol semnificativ l-a avut și adoptarea Deciziei nr. 779/2007/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 20 iunie 2007 de instituire, pentru perioada 2007-2013, a unui program special de prevenire și combatere a violenței împotriva copiilor, a tinerilor și a femeilor, precum și de protecție a victimelor și a grupurilor expuse riscurilor (programul Daphne III), ca parte a Programului general „Drepturile fundamentale și justiția”[3]

În aprilie 2011 a fost adoptată Directiva 2011/36/UE[4] a Parlamentului European și a Consiliului privind prevenirea și combaterea traficului de persoane și protejarea victimelor acestuia, precum și de înlocuire a Decizie-cadru 2002/629/JAI a Consiliului, ce are ca obiective principale prevenirea traficului de persoane și o mai bună protecție a victimelor. În acest scop Directiva 2011/36/UE instituie norme minime privind „definirea infracțiunilor și a sancțiunilor penale în materie de trafic de persoane, introducând de asemenea dispoziții comune, pentru a asigura o mai bună prevenire în cazul acestei categorii de infracțiuni și o mai bună protecție a victimelor acestora”[5].

Libera circulație a persoanelor și globalizarea în general, au avut un foarte mare impact asupra evoluției traficului de persoane, înlocuirea deciziei-cadru cu o directivă care se bucură de efect direct, și care obligă statelor într-o măsură mai mare, beneficiind de măsuri de constrângere efective, subliniază îngrijorarea Uniunii în fața unui fenomen care este în plină expansiune și față de care se impun adoptarea unor instrumente radicale și eficiente.

2. Reglementarea traficului de persoane în legislația românească

Începând cu anul 2001, în România, a fost elaborată şi adoptată o legislaţie internă şi au fost dezvoltate structuri de luptă împotriva traficului de persoane, au fost sporite resursele puse la dispoziţia poliţiei pentru anchetarea şi aducerea în faţa instanţei a celor implicaţi în comerţul cu fiinţe umane şi au fost înfiinţate adăposturi care să ofere ajutor victimelor.

[1] Publicat în J.Of. al UE C 311 din 9.12.2005

[2] Comunicarea Comisiei, Consiliului și a Parlamentului european din 10 mai 2005 „Programul de la Haga: zece priorităţi pentru următorii cinci ani. Un parteneriat pentru relansarea europeană în domeniul libertății, securității și justiției” publicat în Jurnalul oficial Seria C 236 din 24.9.2005COM(2005) 184, consultat la data 08.08.2013.

[3] Publicată în J. Of. al UE L 173/19 din 3.07.2007

[4] Publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene L. 101/1 din 15.04.2011.

[5] Art. 1 Directiva 2011/36/UE.

2.1. Reglementări relevante

Legea nr. 678/2001[1] cu modificările şi completările ulterioare, privind prevenirea şi combaterea traficului de persoane constituie primul act normativ din dreptul intern care abordează traficul de persoane ca formă distinctă de criminalitate şi care incriminează activităţi susceptibile de a contribui la realizarea lui[2].

Hotărârea Guvernului nr. 299/2003 pentru aprobarea Regulamentului de aplicare a dispoziţiilor Legii nr. 678/2001 privind prevenirea şi combaterea traficului de persoane[3] care stabileşte atribuţiile instituţiilor abilitate în prevenirea traficului de persoane, metodologia de repatriere a cetăţenilor români victime ale traficului de persoane precum şi măsurile de asistenţă şi protecţie a victimelor traficului de persoane care se impun a fi adoptate.

Hotărârea nr. 1142 din 27 noiembrie 2012 privind aprobarea Strategiei naţionale împotriva traficului de persoane pentru perioada 2012-2016 şi a Planului naţional de acţiune 2012-2014 pentru implementarea Strategiei naţionale împotriva traficului de persoane pentru perioada 2012-2016[4].

Relevanţă în această materie au şi o serie de dispoziţii constituţionale şi mă refer aici la art. 22 din Constituţia României care protejează dreptul la viaţă, integritate fizică şi psihică, precum şi faptul că „nimeni nu poate să fi supus torturii şi nici unui fel de pedeapsă sau tratament inuman sau degradant", precum şi la art. 23, 25, 39 şi 49 alin. (3) din Constituţia României[5].

Legea nr. 39/2003 privind prevenirea şi combaterea criminalităţii organizate[6], lege care defineşte grupul infracţional organizat şi care încadrează traficul de persoane şi infracţiunile în legătură cu traficul de persoane în rândul infracţiunilor grave[7].

2.2. Infracţiuni privind traficul de persoane

Noul Cod penal reglementează infracţiunile în materia traficului de persoane în cadrul Capitolului VII intitulat Traficul şi exploatarea persoanelor vulnerabile. În acest capitol sunt incriminate următoarele fapte penale: sclavia (art. 209), traficul de persoane (art. 210), traficul de minori (art. 211), supunerea la muncă forţată sau obligatorie (art. 212), proxenetismul (art. 213), exploatarea cerşetoriei (art. 214), folosirea unui minor în scop de cerşetorie (art. 215) şi folosirea serviciilor unei persoane exploatate (art. 216).

Prin incriminarea acestor fapte se urmăreşte protejarea libertăţii fizice a individului, a drepturilor, demnităţii şi sănătăţii acestuia, valori sociale incompatibile cu exploatarea acestuia de către alte persoane[8].

---

[1] Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 783 din 11 decembrie 2001.

[2] Elena-Ana Mihuţ, Demian Moca, *op. cit.*, p. 174.

[3] Publicate în M. Of. al României, Partea I, nr. 206 din 31.03.2003.

[4] Publicată în M. Of. al României, Partea I, nr. 820 din 06.12.2012.

[5] Iuliana Gabriela Oltei, *Traficul de persoane. cadrul juridic,* Revista de Drept Penal, nr. 2/2009, nr. XVI, Ed. R. A. Monitorul Oficial, Bucureşti, 2009, p. 127.

[6] Publicată în M. Of. al României, Partea I, nr. 50 din 29 ianuarie 2003.

[7] Art. 2 lit. b), pct. 12 din Legea nr. 39/2003 privind prevenirea şi combaterea criminalităţii organizate.

[8] Petre Dungan, Tiberiu Medeanu, Viorel Paşca, *Drept penal. Partea specială. Prezentare comparativă a noului Cod penal şi a Codului penal din 1968,* Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2012, p. 170.

2.2.1. Traficul de persoane și traficul de minori

Deși prima infracțiune reglementată în capitolul Traficul și exploatarea persoanelor vulnerabile este sclavia această incriminare nu mai corespunde realității istorice fiind înlocuită de formele moderne de sclavie, și anume, traficul de persoane și de minori[1].

Conform art. 210 noul Cod penal, constituie infracțiunea de trafic de persoane „recrutarea, transportarea, transferarea, adăpostirea sau primirea unei persoane în scopul exploatării acesteia, săvârșită: a) prin constrângere, răpire, inducere în eroare sau abuz de autorizate; b) profitând de imposibilitatea de a se apăra sau de a-și exprima voința ori de starea vădită de vulnerabilitate a acelei persoane; c) prin oferirea, darea, acceptarea sau primirea de bani ori de alte foloase în schimbul consimțământului persoanei care are autorizate asupra acelei persoane".

Această reglementare preia cu unele modificări, incriminarea traficului de persoane din Legea 678/2001, articolul 12. Regimul sancționatoriu mult mai blând adoptat de noul Cod penal nu este însă în concordanță cu politica în materie adoptată la nivel european.

Art. 211 noul Cod penal reglementează infracțiunea de trafic de minori, prin aceasta înțelegându-se „recrutarea, transportarea, transferarea, adăpostirea sau primirea unui minor, în scopul exploatării acestuia".

Denumirile celor două fapte penale sunt contradictorii, în condițiile în care logic ar fi părut ca acestea să fie „traficul de persoane adulte" și „traficul de minori".

Art. 216 noul Cod penal incriminează folosirea serviciilor unei persoane exploatate, incriminare ce nu are corespondent în Codul penal de la 1968, dar are corespondent în infracțiunea reglementată de art. 14^1 Legea nr. 678/2001. Astfel constituie infracțiune fapta persoanei care utilizează serviciile ce intră în sfera exploatării unei persoane, așa cum sunt reglementate în art. 182 noul Cod penal, prestate de o persoană despre care beneficiarul știe că este victimă a traficului de persoane ori a traficului de minori.

Această incriminare este introdusă în legislația noastră prin Legea nr. 230 din 30 noiembrie 2010[2], asigurând transpunerea în legislația noastră a dispozițiilor art. 19 din Convenția Consiliului Europei privind traficul de persoane, care obligă statele membre să evalueze posibilitatea adoptării unor măsuri legislative și a altor măsuri necesare pentru a califica drept infracțiune, în conformitate cu dreptul intern, utilizarea serviciilor care fac obiectul exploatării unei persoane, având cunoștință că persoana în cauză este victima traficului de ființe umane.

Este criticabil totuși faptul că noul Cod penal nu a preluat decât o singură circumstanță agravantă din legea specială, și anume când traficul de persoane este săvârșit de un funcționar public în exercițiul atribuțiilor de serviciu. Celelalte agravante prevăzute de Legea nr. 678/2001 în art. 12 alin. (2) și 3, și anume săvârșirea faptei de două sau mai multe persoane împreună; s-a cauzat victimei o vătămare gravă a integrității corporale sau a sănătății precum și cazul în care fapta a avut ca urmare moartea sau sinuciderea victimei nu au mai fost prevăzute de noul Cod Penal.

Tratamentul sancționatoriu asemănător atât în cazul infracțiunii de trafic de persoane cât și în cazul celei de trafic de minori face practic inutilă această diferențiere. În acest sens, s-ar fi impus sancționarea mai aspră a traficului de minori, așa cum era prevăzută

[1] Vasile Dobrinoiu, Pascu Ilie, Dobrinoiu Vasile, Hotca Mihai Adrian, Ioan Chiș, Maxim Dobrinoiu, Costică Păun, Traian Dima, Mirela Gorunescu, *Noul Cod penal comentat. Partea specială*, vol. 2, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 122.

[2] Publicată în M. Of. al României, Partea I, nr. 812 din 6.12.2010.

în vechea reglementare, având în vedere vulnerabilitatea crescută a victimei şi mai ales impactul asupra dezvoltării ulterioare a copilului victimă a traficului de persoane.

În acest sens facem referire şi la recomandările privind regulile de conduită emise de Înaltul Comisariat al Naţiunilor Unite pentru drepturile omului (UNHCHR) care sfătuiesc statele să ia în considerare următorul lucru: "Iniţierea unor prevederi legislative pentru introducerea unor pedepse penale eficiente şi proporţionale (inclusiv pedepse privind custodia, ce face posibilă extrădarea în cazul anumitor persoane). În limita compatibilităţii, legislaţia trebuie să prevadă pedepse adiţionale pentru persoanele găsite vinovate de trafic în circumstanţe agravante, inclusiv de trafic de copii, sau de infracţiuni la care au fost complici sau pe care le-au comis funcţionarii statului[1]".

Consider că este dificil pentru practician în special modul în care s-a înțeles preluarea doar parțială a infracțiunilor în legătură cu traficul de persoane în noul Cod penal, parte din reglementările din Legea 678/2001 rămânând în vigoare. Astfel dacă în trecut aveam un instrument unitar cu care lucram și care reglementa aceste infracțiuni, acum lucrăm cu două instrumente, care teoretic ar trebui să se completeze reciproc.

2.3. Protecţia victimei traficului de persoane

Prin victimă înţelegem "orice persoană umană care suferă, direct sau indirect, consecinţele fizice, materiale sau morale ale unei acţiuni sau inacţiuni criminale[2]."

Victima traficului de persoane reprezintă persoana recrutată, transportată înăuntrul sau în afara unor frontiere, cumpărată, vândută, transferată, primită sau adăpostită de altă(e) persoană(e), prin folosirea inducerii în eroare, a constrângerii (inclusiv prin utilizarea ameninţărilor sau abuzului de autoritate) sau cauzate de datorii, cu scopul aducerii sau menţinerii ei, cu sau fără plată, într-o formă de aservire (sexuală, de reproducere sau lucru casnic), sau într-o formă de muncă forţată, de prelevare de organe, constrânsă sau nu de datorii în condiţii asemănătoare sclaviei.

În acţiunea de prevenire şi combatere a traficului de persoane se impune o abordare globală şi internaţională, atât în ceea ce priveşte stabilirea de măsuri pentru prevenirea traficului, prevenirii traficanţilor, cât şi vizând protecţia victimelor traficului, respectarea şi garantarea drepturilor fundamentale ale acestora.

În legislaţia română există în prezent mai multe acte normative care conţin reglementări referitoare la protecţia victimelor infracţiunii de trafic de persoane şi anume:

Legea nr. 678/2001 privind prevenirea şi combaterea traficului de persoane;

Legea nr. 211/2004 privind unele măsuri pentru asigurarea protecţiei victimelor infracţiunilor[3], așa cum a fost modificată prin reglementările ulterioare și care transpune în legislația internă Convenția europeană privind compensarea victimelor infracțiunilor violente, dar și Decizia-cadru a Consiliului nr. 2001/220/JAI privind statutul victimelor în cadrul procedurilor penale[4] și Directiva Consiliului 2004/80/CE referitoare la despăgubirea victimelor infracțiunilor[1].

---

[1] www.icmpd.org.

[2] Protocolul ONU privind Prevenirea, Combaterea, şi sancţionarea traficului de persoane, în special al femeilor şi copiilor, adiţional la Convenţia Naţiunilor Unite împotriva Crimei Organizate Transfrontaliere, 2000.

[3] Publicată în M. Of. al României, Partea I, nr. 505 din 4 iunie 2004.

[4] Publicată în J. Of al UE, L 82 din 22.03.2001. Această Decizie-cadru stabilește ca obiectiv apropierea actele cu putere de lege și normele administrative, în măsura necesară realizării obiectivului

Legea nr. 565/2002 privind ratificarea Convenţiei ONU împotriva criminalităţii transnaţionale organizate[2];

Legea nr. 682/2002 privind protecţia martorilor[3] care reglementează măsurile de protecţie a martorilor a căror viaţă, integritate corporală sau libertate este ameninţată ca urmare a deţinerii de către aceştia a unor informaţii ori date cu privire la săvârşirea unor infracţiuni grave, pe care le-au furnizat sau au fost de acord sa le furnizeze organelor judiciare şi care au un rol determinant în descoperirea infractorilor şi în soluţionarea unor cauze[4].

Hotărârea de Guvern nr. 1216/2001 privind aprobarea Planului naţional de acţiune pentru combaterea traficului de fiinţe umane;

Hotărârea de Guvern nr. 299/2003 privind Regulamentul de aplicare a Legii nr. 678/2001.

În ceea ce priveşte protecţia minorilor România a adoptat o serie de instrumente legislative în acest scop, printre cele mai importante numărându-se:

Legea nr. 272/2004 pentru promovarea şi protecţia drepturilor copilului[5], care stabileşte în art. 109 obligaţia instituită în sarcina Ministerului Afacerilor Interne si Ministerului Muncii, Familiei, Protecţiei Sociale si Persoanelor Vârstnice, în colaborare cu Ministerul Educaţiei Naţionale, „să efectueze demersurile necesare pentru adoptarea tuturor masurilor legislative, administrative şi educative destinate asigurării protecţiei efective împotriva oricăror forme de trafic intern sau internaţional al copiilor, în orice scop sau sub orice forma, inclusiv de către propriii părinţi".

Hotărârea de Guvern nr. 1295/2004 privind aprobarea Planului naţional de acţiune pentru prevenirea şi combaterea traficului de copii[6].

Hotărârea de Guvern nr. 1504/2004 privind Planul naţional de acţiune pentru prevenirea şi combaterea abuzului sexual asupra copilului şi a exploatării în scopuri comerciale[7].

Hotărârea de Guvern nr. 1443/2004 privind metodologia de repatriere a copiilor români neînsoţiţi şi asigurarea măsurilor de protecţie specială în favoarea acestora[8].

2.4. Neurmărirea penală sau neaplicarea de sancţiuni victimei

Prin incriminarea traficului de persoane nu trebuie să se aducă victimelor prejudicii. Acest aspect prezintă importanţă atât sub aspectul protecţiei drepturilor omului cât şi a nevoii de a se trage la răspundere adevăraţii vinovaţi[9].

---

de a oferi un înalt grad de protecţie victimelor infracţiunilor, indiferent de statul membru în care acestea se află.

[1] Publicată în J. Of al UE, L 82 din 22.03.2001, care stabileşte în sarcina statelor membre obligaţia de a se asigura ca victimele infracţionalităţii în cadrul Uniunii Europene trebuie să aibă dreptul la o despăgubire echitabilă şi corespunzătoare prejudiciilor suferite, indiferent de locul din Uniunea Europeană unde a fost săvârşită infracţiunea.

[2] Publicată în M. Of. al României, Partea I, nr. 813 din 8 noiembrie 2002**.**

[3] Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I nr. 964 din 28/12/2002.

[4] Art. 1 Legea nr. 682/2002 privind protecţia martorilor.

[5] Publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 159 din 5 martie 2014.

[6] Publicată în M. Of. al României, Partea I nr. 802 din 31.08.2004.

[7] Publicată în M. Of. al României, Partea I nr. 878 din 27.09.2004.

[8] Publicată în M. Of. al României, Partea I nr. 873 din 24.09.2004.

[9] Maria Grazia Giammarinaro*, Comments on developments in the anti-trafficking legislation and legislative reform process (April – October 2003*) în Lara Project. Trafficking in human beings.

Directiva 2001/36/UE stabileşte în art. 8 obligaţia statelor membre de a lua măsurile necesare pentru a se asigura că autoritățile lor competente au dreptul de a nu urmări penal sau de a nu impune sancțiuni victimelor traficului de persoane pentru implicarea lor în activități infracționale pe care au fost obligate să le săvârşească drept consecință directă a faptului că au făcut obiectul traficului de persoane.

Art. 20 din Legea 678/2001 transpune aceste dispoziții şi prevede faptul că „Persoana supusă traficului de persoane, care a săvârşit, ca urmare a exploatării sale, infracţiunea de trecere frauduloasă a frontierei unui stat ori donare de organe, ţesuturi ori celule de origine umană nu se pedepseşte pentru aceste infracţiuni.[1]"

2.5. Organisme naționale competente în combaterea traficului de persoane

Atribuţii în domeniul prevenirii şi combaterii traficului de persoane, separat sau în cooperare, au potrivit dispoziţiilor din Legea nr. 678/2001, Ministerul Afacerilor Externe,

Ministerul Muncii şi Solidarităţii Sociale, Ministerul Administraţiei şi Internelor, Ministerul Educaţiei şi Cercetării, Ministerul Sănătăţii şi Familiei, Ministerul Justiţiei, Ministerul Public, Autoritatea Naţională pentru Protecţia Copilului şi Adopţie, Consiliile Judeţene, Consiliile Locale şi alte instituţii.

În prevenirea şi combaterea traficului de persoane, se pot implica potrivit dispoziţiilor din lege şi organizaţiile neguvernamentale ori reprezentanţi ai societăţii civile care separat ori prin cooperare cu organisme similare sau instituţii ale statului, pot desfăşura activităţi în acest sens.

Agenția Națională Împotriva Traficului de Persoane a fost înființată în 2005[2] și are rolul de a „coordona, evalua și monitoriza la nivel național aplicarea politicilor în domeniul traficului de persoane de către instituțiile publice, precum și a celor din domeniul protecției și asistenței acordate victimelor acestuia[3]"

La inițiativa Agenției Naționale Împotriva Traficului de Persoane a fost elaborată Strategia națională împotriva traficului de persoane pentru perioada 2012-2016, ca urmare a finalizării de implementare a Strategiei națională împotriva traficului de persoane pentru perioada 2016-2010.

Sistemul național centralizat de evidență a datelor privind fenomenul traficului de persoane (SIMEV[4]), a fost creat pentru a permite identificarea și referirea spre asistență a victimelor și potențialelor victime. Rolul SIMEV este de a stoca și prelucra datele

---

Criminal law reform in south-eastern Europe. Proceeding of the final regional seminar Durrës, Albania, 30 october-1 november, 2003, p. 45.

[1] Art. 20 alin. (2) din Legea 678/2001 prevede faptul că Persoana supusă traficului de persoane care a săvârşit una dintre contravenţiile prevăzute la art. 3 pct. 3 şi 6 nu se sancţionează, însă legiuitorul a omis să efectueze modificări în lege iar articolul 3 din lege nu conţine aceste contravenţii, prevede doar necesitatea prevenirii traficului de persoane prin acţiunile susţinute a diverselor organisme naţionale.

[2] Hotărârea Guvernului nr. 1584/2005 pentru înființarea, organizarea și funcționarea Agenției Naționale de Prevenire a Traficului de Persoane și Monitorizarea a Asistenței Acordate Victimelor Traficului de Persoane, publicată în M. Of. al României nr. 5 din 4.01.2006, modificată prin HG nr. 1083 din 16.08.2006 privind modificarea și completarea Hotărârii Guvernului nr. 1584/2005 publicată în M. Of. al României nr. 727 din 25.08.2006.

[3] Art. 2 al HG nr. 1584/2005 pentru înființarea, organizarea și funcționarea Agenției Naționale Împotriva Traficului de Persoane.

[4] Sistemul integrat de monitorizare și evaluare a victimelor traficului de persoane.

obținute prin implementarea Mecanismului național de identificare și referirea a victimelor traficului de persoane[1].

3. Concluzii

Pentru îndeplinirea obiectivului comun al construcţiei europene, crearea unei societăţi moderne, bazată pe eficienţă şi coeziune socială, societatea românească actuală trebuie să facă faţă factorilor economico–sociali cu caracter distructiv şi să răspundă provocărilor de relansare economică, promovate la nivel internaţional.

Traficul de persoane este un fenomen care, în ultimii ani, a cunoscut o dezvoltare fulminantă și care aduce grave atingeri demnității umane și libertății fundamentale a victimelor[2]. În vederea reprimării acestui fenomen, o serie de instrumente juridice au fost adoptate atât la nivel internațional cât și național. Însă aceste măsuri nu sunt suficiente,traficul de persoane aparține crimei organizate, și este greu de controlat.

Aparent, se creează impresia existenţei la nivelul statului nostru a unui cadru legislativ necesar şi suficient ca instrument de lucru în domeniul protecţiei victimelor traficului de persoane, însă din punct de vedere calitativ, o parte importantă din aceste legi nu satisfac exigenţele impuse de evoluţia fenomenului traficului de persoane şi nu oferă o protecţie reală, eficientă si utilă pentru victime. Se impune astfel o mai bună coordonare a legislației interne cu reglementările adoptate la nivel internațional.

Bibliografie

1. Cudrițescu Giania Anemona, *Traficul de ființe umane în dreptul comparat,* în Revista Dreptul, nr. 4/2007, p. 285-292

2. Dungan Petre, Medeanu Tiberiu, Pașca Viorel, *Drept penal. Partea specială. Prezentare comparativă a noului Cod penal și a Codului penal din 1968,* Editura Universul Juridic, București, 2012

3. Giammarinaro Maria Grazia*, Comments on developments in the anti-trafficking legislation and legislative reform process (April – October 2003*) în Lara Project. Trafficking in human beings. Criminal law reform in south-eastern Europe. Proceeding of the final regional seminar Durrës, Albania, 30 october-1 november, 2003, p. 45-47.

4. Mihuț Elena-Ana, Moca Damian, *Metodica cercetării traficului de persoane,* în Revista Dreptul, nr. 4/2007, p.174-181

5. Moreillon Laurent, Willi-Jayet Aline, *Coopération judiciare pénale dans l'Union Européenne*, Helbing &Lichtenhahn, Paris, 2005

6. Obokata Tom, *Trafficking of Human Beings from a Human Rights Perspective: Towards a Holistic Approach,* Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2006

7. Oltei Iuliana Gabriela, *Traficul de persoane. cadrul juridic,* Revista de Drept Penal, nr. 2/2009, nr. XVI, Editura R. A. Monitorul Oficial, Bucureşti, 2009, p. 122-129 Popescu Ada Iuliana, *Traficul de persoane. Implicații juridico-penale,* Editura Universității „Alexandru Ioan Cuza", Iași, 2010.

8. Popescu Ada Iuliana, *Traficul de persoane. Implicații juridico-penale,* Editura Universității „Alexandru Ioan Cuza", Iași, 2010

[1] Hotărârea nr. 1142/2012 - Anexa nr. 1 Strategia națională împotriva traficului de persoane pentru perioada 2012-2016, publicată în M. Of. al României, Partea I, nr. 820 din 06.12.2012.

[2] *Noul Cod penal; Noul Cod de procedură penală: legile de punere în aplicare*. Ediție îngrijită de Tudorel Toader, Ed. Hamangiu, București, 2014, p. 104.

9. Pascu Ilie, Dobrinoiu Vasile, Hotca Mihai Adrian, Ioan Chiş, Maxim Dobrinoiu, Costică Păun, Traian Dima, Mirela Gorunescu, *Noul Cod penal comentat. Partea specială*, vol. 2, Editura Universul Juridic, Bucureşti, 2012

10. Scarpa Silvia, *Trafficking in Human Beings. Modern Slavery*, Oxford University Press,Oxford, 2008

11. Consiliul Europei, GRETA, *Raportul cu privire la implementarea Convenţiei Consiliului Europei privind lupta împotriva traficului de fiinţe umane,* 2012.

12. Noul Cod penal; Noul Cod de procedură penală: legile de punere în aplicare. Ediţie îngrijită de Tudorel Toader, Editura Hamangiu, Bucureşti, 2014.

13. Office des Nations Unies contre la drogue et la crime, *Référentiel d'aide à la Lutte contre la Traite des Personnes. Programme mondial contre la traite des êtres humains*, Viena, 2009

14. Union interparlamentaire et ONUDOC, *Combattre la traite des personnes,* Guide à l'usage des parlementaires, nr. 16, 2009

15. United Nationas Office on Drugs and Crime, *Model Law against Trafficking in Persons,* Viena, 2009

Rezolvarea acţiunii civile în procesul penal în reglementarea noului Cod de procedură penală

Dumitru Claudiu ***CAZAN****

Abstract: *Conform expresiei cunoscută în dreptul roman - ius persequendi în iudicio quod sibi debetur, acţiunea semnifică dreptul de a urmări în justiţie ceea ce ţi se datorează.*

Reglementări succesive în cadrul dreptului procesual penal român au restrâns sau au extins posibilitatea persoanei prejudiciate prin comiterea unei infracţiuni de a solicita repararea pagubei într-un singur cadru procesual. Astfel, legiuitorul român a adoptat sistemul confuziunii acţiunii civile cu acţiunea penală, aplicarea pedepsei penale şi repararea prejudiciului realizându-se urmare a unei singure acţiuni a persoanei prejudiciate. Dreptul procesual penal român a cunoscut şi sistemul separaţiei soluţionării acţiunii civile de acţiunea penală, când acţiunea penală era soluţionată de o instanţă penală militară, caz în care acţiunea civilă se exercită obligatoriu şi separat în faţa unei instanţe civile.

Legea nr. 135/2010 privind Codul de procedură penală, cu modificările şi completările ulterioare, a menţinut sistemul conform căruia acţiunea civilă poate fi exercitată în cadrul procesului penal, oferind astfel posibilitatea persoanei care a suferit o vătămare, ca urmare a săvârşirii unei infracţiuni, de a se îndrepta împotriva celor responsabili potrivit legii civile, în vederea acoperirii prejudiciului cauzat.

Persoana vătămată, definită de art. 79 din Noul Cod de procedură penală ca fiind persoana care a suferit o vătămare fizică, materială sau morală prin fapta penală, sau succesorii acesteia se pot constitui parte civilă, în procesul penal, împotriva inculpatului şi a altor persoane responsabile, după caz, pentru tragerea acestora la răspundere civilă delictuală, potrivit legii civile.

Cuvinte cheie: *acţiune civilă, persoana vătămată, parte civilă, parte responsabilă civilmente, prejudiciu*

1. Acţiune. Acţiune civilă. Noţiuni

Conform expresiei cunoscută în dreptul român - *ius persequendi în iudicio quod sibi debetur,* acţiunea semnifică dreptul de a urmări în justiţie ceea ce ţi se datorează.

Dicţionarul explicativ al limbii române, ediţia a II-a, revăzută şi adăugită[1], defineşte, în sens juridic, termenul de acţiune ca fiind actul prin care se cere deschiderea unui proces.

În literatura de specialitate, acţiunea în justiţie a fost definită ca fiind mijlocul sau instrumentul juridic prin care o persoană este trasă la răspundere în faţa instanţelor

* Doctorand în cadrul Universităţii « Titu Maiorescu » Bucureşti, Facultatea de Drept.

[1] *Dicţionarul explicativ al limbii române*, ed. a II-a, revăzută şi adăugită, Academia Română, Institutul de Lingvistică „Iorgu Iordan”, Ed. Univers Enciclopedic Gold, 2012.

judecătoreşti pentru a fi obligată să suporte constrângerea de stat corespunzătoare normei de drept încălcate[1].

Prof. V. Dongoroz a definit acţiunea ca fiind expresia unei împuterniciri legale în temeiul căreia se poate aduce înainte justiţiei conflictul de drept născut din încălcarea unei norme[2].

Acţiunea civilă este definită conform prevederilor art. 29 Cod procedură civilă ca fiind "ansamblul mijloacelor procesuale prevăzute de lege pentru protecţia dreptului subiectiv pretins de către una dintre părţi sau a unei alte situaţii juridice, precum şi pentru asigurarea apărării părţilor în proces".

În cadrul procesului civil, sesizarea instanţei de judecată reprezintă un drept recunoscut oricărei persoane, organizaţii, autorităţi sau instituţii publice sau de interes public, care se bucura de capacitate procesuală, calitate procesuală, formulează o pretenţie şi justifică un interes. Părţile se bucură de dreptul de dispoziţie, acestea stabilind, prin cererile şi apărările formulate, obiectul şi limitele procesului.

Partea în procesul civil are dreptul de a renunţa la judecarea cererii de chemare în judecată sau la însuşi dreptul pretins, poate recunoaşte pretenţiile părţii adverse, se poate înţelege cu partea adversă în vederea stingerii, în tot sau în parte, a procesului, poate renunţa la exercitarea cailor de atac ori la executarea unei hotărâri sau poate dispune de drepturile sale în orice alt mod, atât cât nu aduce atingere normelor imperative ale legii.

Reglementări succesive în cadrul dreptului procesual penal român au restrâns sau au extins posibilitatea persoanei prejudiciate prin comiterea unei infracţiuni de a solicita repararea pagubei într-un singur cadru procesual. Astfel, legiuitorul român a adoptat sistemul confuziunii acţiunii civile cu acţiunea penală, aplicarea pedepsei penale şi repararea prejudiciului realizându-se urmare a unei singure acţiuni a persoanei prejudiciate. Dreptul procesual penal român a cunoscut şi sistemul separaţiei soluţionării acţiunii civile de acţiunea penală, când acţiunea penală era soluţionată de o instanţă penală militară, caz în care acţiunea civilă se exercită obligatoriu şi separat în faţa unei instanţe civile.

Legea nr. 135/2010 privind Codul de procedură penală, cu modificările şi completările ulterioare, a menţinut sistemul conform căruia acţiunea civilă poate fi exercitată în cadrul procesului penal, oferind astfel posibilitatea persoanei care a suferit o vătămare, ca urmare a săvârşirii unei infracţiuni, de a se îndrepta împotriva celor responsabili potrivit legii civile, în vederea acoperirii prejudiciului cauzat.

Art. 19 alin. (1) din Codul de procedură penală prevede că „acţiunea civilă exercitată în cadrul procesului penal are ca obiect tragerea la răspundere civilă delictuala a persoanelor responsabile potrivit legii civile pentru prejudiciul produs prin comiterea faptei care face obiectul acţiunii penale".

În procesul penal, acţiunea civilă poate fi exercitată de persoana vătămată sau de succesorii acesteia, care se pot constitui parte civilă împotriva inculpatului şi a părţii responsabile civilmente, sau poate fi exercitată din oficiu de către procuror, când persoana vătămată este lipsită de capacitate de exerciţiu sau are capacitate de exerciţiu restrânsă.

---

[1] Gr. Teodoru, L. Moldovan, *Drept procesual penal*, Ed. Didactică și pedagogică, București, 1979, p. 74.

[2] V. Dongoroz, *Curs de procedură penală*, Ed. 1942, p. 53.

Legiuitorul român a conferit posibilitatea de alegere persoanei vătămate, care poate solicita repararea prejudiciului cauzat urmare a unei infracţiuni în acelaşi cadrul procesual în care urmează a se soluţiona latura penală, sau să solicite repararea prejudiciului pe calea unei acţiuni separate, adresate unei instanţe civile.

Pentru a putea fi exercitată în procesul penal, acţiunea civilă trebuie să se nască din acelaşi fapt material ca şi acţiunea penală, fapt care reprezintă o infracţiune.

Codul de procedură penală francez, defineşte acţiunea civilă ca fiind acţiunea în repararea prejudiciului cauzat de o infracţiune, delict sau contravenţie. Această acţiune poate fi exercitată în faţa unei jurisdicţii civile competente în vederea obţinerii unei despăgubiri pentru prejudiciul suferit. Însă, pe de altă parte, Codul de procedură penală francez, permite victimei de a exercita acţiunea civilă în acelaşi timp cu acţiunea penală şi în faţa aceluiaşi organ judiciar.

Nu orice acţiune în repararea prejudiciului este neapărat şi o acţiune civilă în reglementarea Codului de procedură penală francez. Acţiunea civilă în procesul penal şi acţiunea în repararea unui prejudiciu nu sunt sinonime. Într-adevăr, există mai multe acţiuni pentru repararea prejudiciului care nu îşi găsesc temei într-un fapt penal şi care nu permit aşadar introducerea unor cereri în faţa unei instanţe penale. Acţiunea civilă reprezintă acţiunea în repararea prejudiciului cauzat urmare a săvârşirii unei infracţiuni.

Pe de altă parte, există acţiuni civile care, chiar dacă decurg din comiterea unei infracţiuni, nu fac obiect al unei acţiuni în repararea unui prejudiciu. De exemplu, cererea de desfacere a căsătoriei motivată pe o violentă conjugală. O astfel de acţiune civilă se exercită în paralel cu acţiunea penală pentru tragerea la răspundere penală pentru săvârşirea unei infracţiuni de loviri sau alte violente, sau vătămare corporală etc., unde persoana vătămată se poate constitui parte civilă şi solicită acoperirea prejudiciului cauzat.

În astfel de acţiuni, legiuitorul francez a derogat de la principiul potrivit căruia „penalul tine în loc civilul". Astfel, judecătorul care soluţionează cererea de desfacere a căsătoriei întemeiată pe motive de violenţă conjugală nu trebuie să aştepte soluţia unui judecător penal investit în baza unei plângeri penale pentru violente. Judecătorul penal va stabili vinovăţia soţului şi eventual, în temeiul unei acţiuni civile exercitată în cadrul procesului penal, va dispune şi repararea prejudiciului cauzat.

Considerat a fi un simplu drept la despăgubiri pecuniare, în majoritatea statelor Uniunii Europene acţiunea civilă se exercită în faţa instanţelor civile.

Sistemul de drept belgian este apropiat de cel francez cu privire la reglementarea exercitării acţiunii civile în procesul penal, recunoscându-se dreptul victimei de a solicita acoperirea prejudiciului în faţa unei instanţe de drept penal.

De asemenea, în Italia victima unei infracţiuni se poate constitui parte civilă în faţa unei instanţe de drept penal. Totuşi, aceasta nu are puterea de a declanşa acţiunea publică, astfel cum se întâmplă în dreptul francez sau belgian. Aceasta poate numai să se alăture unei acţiuni declanşate de ministerul public.

În Germania, principiul este acela al separaţiei între acţiunea penală şi acţiune civilă pentru repararea unui prejudiciu cauzat printr-o infracţiune. Victima infracţiunii nu are calitate de parte în procesul penal şi este considerată ca fiind un simplu martor. Chiar dacă din punct de vedere formal victima poate să formuleze o plângere în vederea reparării prejudiciului suferit, adresată judecătorului investit cu soluţionarea cauzei penale, despăgubirea va fi acordată de către instanţele civile.

Conceptul de parte civilă este străin dreptului american. Victima unei infracţiuni nu are nicio putere. Nu poate nici declanşa procedura, nici să intervină ca şi parte în

proces. Acest fapt are două consecinţe: victima nu poate interveni în procedura decât în calitate de martor, şi nu în calitate de parte. Ea are obligaţia de a spune adevărul şi face obiectul unui interogatoriu atât din partea acuzării, cât şi a apărării.

În dreptul englez, victima exercită acţiunea civilă în procesul penal mai mult cu caracter represiv, decât reparatoriu. Tribunalele penale engleze nu au competenţa de a repara prejudiciul suferit de victima şi nu pot să dispună asupra despăgubirilor, victima urmând a formula o cerere în repararea prejudiciului în faţa unei instanţe civile.

2. Noţiunea de parte civilă

Persoana vătămată reprezintă persoana care a suferit o vătămare fizică, materială sau morală că urmare a săvârşirii infracţiunii.

Partea civilă este persoana vătămată care exercită acţiunea civilă în cadrul procesului penal.

Persoana vătămată sau succesorii acesteia se pot constitui parte civilă în procesul penal până la începerea cercetării judecătoreşti, organele judiciare având obligaţia de a aduce acest drept la cunoştinţa persoanei vătămate.

Constituirea de parte civilă se poate face în scris sau oral, cu precizarea naturii şi întinderii pretenţiilor sale, şi arătarea motivelor şi a probelor de care înţelege să se folosească în susţinerea pretenţiilor formulate.

În situaţia în care persoana vătămată sau succesorii acesteia nu se constituie parte civilă în procesul penal înainte de începerea cercetării judecătoreşti, aceştia au deschisă calea unei acţiuni separate, adresată unei instanţe civile.

Până la terminarea cercetării judecătoreşti, partea civilă poate să îşi modifice cererea de constituire parte civilă prin îndreptarea erorilor materiale din cuprinsul cererii de constituire parte civilă, prin mărirea sau micşorarea întinderii pretenţiilor sau prin solicitarea unor despăgubiri băneşti pentru repararea prejudiciului, dacă repararea prejudiciului în natură nu mai este posibilă.

Se pot constitui parte civilă în procesul penal şi succesorii persoanei vătămate. Acţiunea civilă rămâne în competenţa instanţei penale în caz de deces, reorganizare, desfiinţare sau dizolvare a părţii civile, dacă moştenitorii sau succesorii în drepturi sau lichidatorii acesteia îşi exprima opţiunea de a continua exercitarea acţiunii civile. Exercitarea acţiunii civile în procesul penal de către succesori trebuie să se realizeze într-un termen de cel mult două luni de la data decesului sau reorganizării, desfiinţării sau dizolvării.

Nu poate dobândi calitatea de parte civilă în procesul penal persoană faţă de care s-a transmis, pe cale convenţională, dreptul la repararea prejudiciului cauzat prin infracţiune. Conform art. 20 alin. (7) din Noul Cod de procedură penală, dacă dreptul la repararea prejudiciului a fost transmis pe cale convenţională unei alte persoane, aceasta din urmă nu poate exercita acţiunea civilă în procesul penal. De asemenea, acţiunea civilă poate fi disjunsă dacă transmiterea dreptului la repararea prejudiciului s-a realizat după constituirea persoanei vătămate ca parte civilă în procesul penal.

Aşadar, noţiunea de parte civilă desemnează persoana care a suferit un prejudiciu urmare a săvârşirii unei infracţiuni şi solicită repararea acestuia în cadrul procesului penal.

Calitatea de parte civilă este rezervată persoanelor vătămate care participa în procesele penale. Astfel, victima unei infracţiuni care exercita acţiunea civilă în faţa unei instanţe civile nu este parte civilă, iar dacă aceasta se mulţumeşte numai a participa

în procesul penal, însă fără a solicita repararea prejudiciului suferit, dobândeşte calitatea de persoana vătămată.

Partea civilă este înainte de toate o parte în procesul penal putând participa în mod activ pentru stabilirea vinovăţiei persoanei urmărite penal sau judecate.

Persoana vătămată printr-o infracţiune pentru care punerea în mişcare a acţiunii penale se face la plângere prealabilă şi care nu doreşte să participe la procesul penal, are obligaţia de a înştiinţa organul judiciar despre acest fapt şi, dacă se apreciază necesar, aceasta poate fi ascultată în calitate de martor.

Per a contrario, partea civilă nu poate fi ascultată ca martor, dispoziţie regăsită şi în reglementarea Codului de procedură penală francez.

În cadrul procesului penal, partea civilă îşi urmăreşte realizarea propriilor interese, lezate prin comiterea faptei penale.

3. Noţiunea de parte responsabilă civilmente

Partea responsabilă civilmente este definită de prevederile art. 86 din Codul de procedură penală ca fiind "persoana care, potrivit legii civile, are obligaţia legală sau convenţională de a repara în întregime sau în parte, singură sau în solidar, prejudiciul cauzat prin infracţiune şi care este chemată să răspundă în proces".

Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie a decis prin Decizia nr. I din 28 martie 2005, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 503 din 14/06/2005, ca societatea de asigurare participa în procesul penal în calitate de asigurator de răspundere civilă, şi nu în calitate de parte responsabilă civilmente, astfel cum unele instanţe de judecată au considerat în soluţionarea cauzelor cu care au fost învestite spre soluţionare.

Prin Decizia nr. 3 pronunţată de Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie în recurs în interesul legii în data de 15 iunie 2010, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 866 din 23/12/2010, s-a statuat că, în procesul penal, Fondul de protecţie a victimelor străzii are calitatea de parte responsabilă civilmente şi poate fi obligat singur, iar nu în solidar cu inculpatul, la plata despăgubirilor civile către persoanele păgubite prin accidente de vehicule neasigurate.

În literatura de specialitate s-a formulat opinia potrivit căreia aceste decizii pronunţate în recurs în interesul legii îşi vor găsi în continuare aplicabilitate şi faţă de prevederile Noului Cod de procedură penală[1].

Considerăm că, urmare a precizărilor exprese ale legiuitorului Noului Cod de procedură penală privind izvorul obligaţiei persoanei responsabile civilmente – legea sau convenţia, instanţele de judecată se vor pronunţa asupra calităţii în care asiguratorul şi Fondul de protective al victimelor străzii vor participa în procesul penal.

4. Rezolvarea acţiunii civile în procesul penal

Acţiunea civilă se soluţionează în cadrul procesului penal, dacă prin aceasta nu se depăşeşte durata rezonabilă a procesului. Instanţa de judecată se pronunţă prin aceeaşi hotărâre atât asupra soluţionării acţiunii penale, cât şi asupra soluţionării acţiunii civile.

a) Tranzacţia, medierea şi recunoaşterea pretenţiilor civile

În tot cursul procesului penal, între inculpat, parte civilă şi parte responsabilă civilmente, după caz, se poate încheia o tranzacţie sau un acord de mediere cu privire la

[1] Corina Voicu, Andreea Simona Uzlău, Georgiana Tudor, Victor Văduva, *Noul Cod de procedură penală, Ghid de aplicare pentru practicieni*, Ed. Hamangiu, 2014, p. 71.

pretenţiile civile. De asemenea, cu acordul părţii responsabile civilmente, inculpatul poate recunoaşte, în tot sau în parte, pretenţiile civile formulate de către partea civilă. În această situaţie, instanţa de judecata va obliga inculpatul şi pârâta responsabilă civilmente în limita pretenţiilor recunoscute, pentru pretenţiile nerecunoscute putând fi administrate probe în scopul dovedirii acestora.

b) Renunţarea la pretenţiile civile

Persoana vătămată constituită parte civilă în procesul penal poate renunţa, în tot sau în parte, la pretenţiile civile formulate, printr-o cerere scrisă sau oral în şedinţa de judecată, până cel mai târziu la terminarea dezbaterilor în apel.

Odată ce şi-a manifestat voinţa de a renunţa la pretenţiile civile formulate, partea civilă nu mai poate reveni asupra acestei renunţări şi nici nu se mai poate adresa, printr-o acţiune separate instanţei civile privind pretenţiile pentru repararea prejudiciului cauzat prin comiterea infracţiunii şi la care aceasta a renunţat.

c) Instanţa de judecată admite, în tot sau în parte, pretenţiile civile formulate de către partea civilă.

Dacă s-a dovedit săvârşirea de către inculpat a infracţiunii reţinute în sarcina sa, s-a constatat producerea unui prejudiciu material sau moral şi dacă sunt întrunite condiţiile privind răspunderea civilă delictuala, obligarea la repararea prejudiciului se va realiza şi în situaţia achitării inculpatului, în temeiul art. 16 alin. (1) lit. b) teza a II-a şi lit. d) din Noul Cod de procedură penală, precum şi în situaţia încetării procesului penal, în temeiul art. 16 alin. (1) lit. h) din Noul Cod de procedură penală.

d) Instanţa de judecată respinge pretenţiile civile formulate de către partea civilă,

în caz de achitare a inculpatului în temeiul art. 16 alin. (1) lit. a), b) teza a II-a, c) şi d) din Noul Cod de procedură penală, sau de încetare a procesului penal, în baza art. 16 alin. (1) lit. h) din Noul Cod de procedură penală.

e) Instanţă de judecată lasă nesoluţionată acţiunea civilă când:

- Inculpatul a fost achitat în baza art. 16 alin. (1) lit. b) teza I din Noul Cod de procedură penală;
- Procesul penal a încetat în baza art. 16 alin. (1) it. e), f), g), i) şi j) din Noul Cod de procedură penală, respectiv lipseşte plângerea prealabilă, autorizarea sau sesizarea organului competent ori o altă condiţie prevăzută de lege, necesară pentru punerea în mişcare a acţiunii penale; a intervenit amnistia sau prescripţia, decesul suspectului ori al inculpatului persoana fizică sau s-a dispus radierea suspectului ori inculpatului persoana juridică; a fost retrasă plângerea prealabilă, în cazul în infracţiunilor pentru care retragerea acesteia înlătura răspunderea penală, a intervenit împăcarea ori a fost încheiat un acord de mediere în condiţiile legii; există autoritate de lucru judecat; a intervenit un transfer de procedură cu un alt stat, potrivit legii;
- Când s-a încheiat un acord de recunoaştere a vinovăţiei şi între părţi nu s-a încheiat o tranzacţie sau un acord de mediere cu privire la acţiunea civilă;

Cu privire la acordul de recunoaştere a vinovăţiei, partea civilă nu joacă niciun rol la încheierea acestuia.

Instanţa de judecată ia act prin sentinţa de tranzacţie sau acordul de mediere încheiat cu privire la pretenţiile civile, sau în cazul în care nu există un acord de mediere sau o tranzacţie, va lăsa nesoluţionata latura civilă a cauzei, urmând ca persoana prejudiciată de pe urma comiterii infracţiunii să se adreseze instanţei civile pentru repararea prejudiciului suferit.

În dreptul francez, acest acord privind recunoaşterea prealabilă a vinovăţiei, contestat de o parte a doctrinei şi practicienilor întrucât s-a considerat că îngrădeşte exercitarea apărării, de asemenea nu permite victimei infracţiunii vreun rol activ. Totuşi, aceasta va fi chemată în faţa judecătorului la momentul admiterii acordului încheiat intre procuror şi inculpat. Victima va fi informată cu privire la această procedură şi are posibilitatea de a se constitui parte civilă în faţa judecătorului, solicitând reparaţia prejudiciului suferit, caz în care instanţă penală va rămâne competenţa sa se pronunţe asupra reparării prejudiciului solicitat.

- Când moştenitorii sau succesorii în drepturi ai persoanei juridice sau lichidatorii părţii civile nu şi-au exprimat opţiunea de exercitare a acţiunii civile în termenul de două luni de la data decesului, reorganizării, desfiinţării sau dizolvării, sau partea civilă nu a indicat în termenul de două luni moştenitorii sau succesorii în drepturi ori lichidatorii părţii responsabile civilmente.

f) Instanţa de judecata va dispune disjungerea acţiunea civilă, din oficiu sau la cererea procurorului sau a părţilor, dacă prin aceasta se depăşeşte durata rezonabilă a procesului. În această situaţie, soluţionarea laturii civile a cauzei va rămâne în competenţa instanţei penale.

Aceasta este situaţia întâlnită adesea în practică instanţelor de judecată în aplicarea art. 320 ind. 1 din Vechiul Cod de procedură penală, când pentru soluţionarea acţiunii civile era necesară administrarea unui probatoriu amplu. Astfel, instanţele de judecată soluţionau latura penală a cauzei şi dispuneau disjungerea laturii civile, cu păstrarea competenţi de soluţionare a acesteia, conform prevederilor legale.

Soluţia de disjungere a acţiunii civile nu reprezintă însă regulă în cazul art. 320 ind. 1 din Vechiul Cod de procedură penală, instanţele putând soluţiona acţiunea civilă alături de acţiunea penală, în baza probatoriului aflat la dosarul cauzei.

Expunem cu titlu exemplificative următoarea hotărâre nepublicată, pronunţată de către Tribunalul pentru Minori şi Familie Braşov – Extras din Sentinţa penală nr. 60/S/17.10.2013:

"Prin rechizitoriul întocmit la data de 19 august 2013 de Parchetul de pe lângă tribunalul pentru Minori şi Familie Braşov, în dosarul nr…, înregistrat pe rolul acestei instanţe de judecată la data de 20 august 2013, sub dosar nr. …, s-a dispus trimiterea în judecată, în stare de arest preventiv, a inculpatului P. I., pentru săvârşirea infracţiunii de viol, prevăzută şi pedepsită de art. 197 al. 1 şi 3 teza I C. pen., cu aplicarea art. 41 al. 2 C. pen. (2 acte materiale).

În esenţă, s-a reţinut prin actul de sesizare a instanţei de judecată următoarea stare de fapt:

La data de 19 iunie 2013, Secţia 6 Poliţia Rurală Hoghiz, jud. Braşov, a fost sesizată cu o plângere penală de către numită N. M., în calitate de părinte al părţii vătămate minore N. O.-M., în vârstă de 12 ani, cu privire la faptul că, la data de 18 iunie 2013, inculpatul P. I. a întreţinut un raport sexual normal cu fiica sa minoră, solicitând totodată efectuarea de cercetări sub aspectul comiterii infracţiunii de viol…

Raportul de evaluare psihologică întocmit pe seama minorei Nistor Otilia-Maria, ca urmare a intervievării acesteia, a conchis cu privire la relatarea cu sinceritatea genuină specifică vârstei şi într-o înşiruire factuală logică evenimentele care au determinat victimizarea acesteia prin agresiunile sexuale produse asupra sa, creionând profilul psihologic al unei minore care, prin natura deficitului intelectual şi emoţional, întruneşte un grad de vulnerabilitate maximală, cu precădere în aria abuzului sexual. Totodată s-a concluzionat că minoră a fost agresată sexual, prin metode specifice, intimidare,

amenințare, șantaj, hărțuire, concluzii coroborate cu ansamblul materialului probatoriu administrat.

Raportul de expertiză medico-legală psihiatrică cu numărul … din data de 4 iulie 2013 al Serviciului Județean de Medicină Legală Brașov, în coroborare cu concluziile desprinse din raportul de evaluare psihologică mai sus arătat, conchide faptul că partea vătămată minoră Nistor Otilia-Maria, în vârstă de 12 ani la data expertizării, prezenta un retard mintal ușor cu deficit amnezic extrem de grav QI – 56, prezentând aceleași probleme psihice și la datele abuzurilor sexuale, iar în raport de acestea nu putea să își exprime acordul în legătură cu raportul sexual, nu cunoștea semnificația și consecințele unui astfel de raport sexual.

Raportat la diagnosticul pus părții vătămate minore, studiile de specialitate au arătat următoarele: Retardul mental ușor (scor QI= 50-69) – subiecții pot învăța limbajul vorbit, scrisul, cititul și calculul la nivel elementar, dar cu întârziere comparativ cu ceilalți copii (motiv pentru care vor fi educați în cadrul unor școli ajutătoare); nu achiziționează gândirea abstractă, dar achiziționează capacitatea de autoîngrijire (spălat, control sfincterian, mâncat, îmbrăcat) și de autoadministrare, pot lucra în domenii care necesită abilități practice, nu intelectuale; sunt ușor de manipulat, putând deveni „marionete”/„executanți”, pot prezenta conduita socială adecvată (armonici) sau tulburări de conduită socială (dizarmonici): imaturitate emoțională și socială notabilă, incapacitatea de a face față cerințelor mariajului sau ale creșterii copiilor, dificultatea de a se adapta tradițiilor culturale/sociale, deoarece nu înțeleg consecințele actelor lor; rar pot prezenta: epilepsie, autism, hiperkinezie, dismorfii faciale, paralizie cerebrală spastică, tulburări de vedere sau de auz.

În fața instanței, la termenul de judecată din data 16 octombrie 2013, înainte de începerea cercetării judecătorești, inculpatul Porumbescu Ionuț a declarat personal că recunoaște săvârșirea infracțiunii reținute în sarcina sa prin rechizitoriu – viol, prevăzută de art. 197 al. 1 și 3 teza I C. pen., cu aplicarea art. 41 al. 2 C. pen. (2 acte materiale), solicitând, totodată, ca judecata să se facă în baza probelor administrate în faza de urmărire penală, probe pe care și le însușește.

În drept, tribunalul reține aplicabilitatea în cauză a prevederilor art. 320^1 al. 2 C. pr. pen., potrivit cu care „judecata poate avea loc numai în baza probelor administrate în faza de urmărire penală, doar atunci când inculpatul declară că recunoaște în totalitate faptele reținute în actul de sesizare a instanței și nu solicită administrarea de probe, cu excepția înscrisurilor în circumstanțiere pe care le poate administra la acest termen de judecată”. Totodată, potrivit dispozițiilor art. 320^1 al. 4 C. pr. pen., „instanța de judecată soluționează latura penală atunci când din probele administrate în cursul urmăririi penale rezultă că fapta există, constituie infracțiune și a fost săvârșită de inculpat”.

Raportat la normele legale care reglementează materia judecății în cazul recunoașterii vinovăției, instanța constată că probele administrate în cursul urmăririi penale, care se coroborează cu recunoașterea de către inculpatul Porumbescu Ionuț a săvârșirii infracțiunii reținute în sarcina sa prin actul de sesizare a instanței, fac dovadă de necontestat că inculpatul a comis două acte materiale ce întrunesc elementele constitutive ale infracțiunii de viol.

Astfel, din declarația părții vătămate minore, în vârstă de 12 ani la data comiterii ambelor acte materiale, rezultă modalitatea concretă în care inculpatul a întreținut, la data de 18 iunie 2013, precum și la o dată anterioară, neprecizată, la începutul lunii iunie 2013, acte sexuale normale cu minoră, prin penetrare vaginală, inculpatul profitând de lipsa de la domiciliu a mamei părții vătămate, N. M. – cu care inculpatul

întreţinea o relaţie de uniune consensuală, fiind găzduit de aceasta din urmă. De fiecare dată după consumarea actului sexual cu partea vătămată minoră, inculpatul a amenințat-o pe aceasta cu gesturi care puteau fi interpretate ca sugerând tăierea gâtului acesteia în cazul în care minoră ar fi povestit mamei sale despre cele întâmplate. Partea vătămată a precizat, totodată, că nu a fost forţată sau constrânsă fizic de P. I. să întreţină relaţii sexuale cu acesta, însă i-a fost frică şi ruşine să îi spună mamei ce s-a întâmplat.

În ceea ce priveşte latura civilă a procesului penal, tribunalul reţine următoarele:

În cauză, în termen legal, înainte de citirea actului de sesizare a instanţei, conform prevederilor art. 15 alin. (2) C. pr. pen., Spitalul Clinic de Copii Braşov din cadrul Consiliului Judeţean Braşov s-a constituit, în faţa instanţei de judecată, parte civilă în procesul penal cu suma de 663,92 lei, reprezentând contravaloarea prestaţiilor medico-sanitare acordate pacientei Nistor Otilia-Maria, care a beneficiat de îngrijire medico-sanitară în perioada 27 iunie 2013 – 4 iulie 2013, conform decontului de cheltuieli depus la dosar.

Prin urmare, constatând întrunirea cumulativă a condiţiilor care guvernează răspunderea civilă delictuală: existenţa prejudiciului cert cauzat părţii civile de către inculpat, existenţa faptei ilicite a inculpatului, existenţa raportului de cauzalitate între fapta ilicită şi prejudiciu, precum şi existenţa vinovăţiei inculpatului, tribunalul, în baza art. 14 şi art. 15 C. pr. pen., raportat la art. 346 C. pr. pen., cu aplicarea art. 1357, art. 1381 şi art. 1385-1386 Cod civil, va admite acţiunea civilă exercitată de partea civilă Spitalul Clinic de Copii Braşov din cadrul Consiliului Judeţean Braşov, cu consecinţa obligării inculpatului P.I. să achite suma de 663,92 lei în favoarea acestei părţi civile, cu titlu de despăgubiri materiale.

Totodată, instanţa reţine că partea civilă minoră N. O.-M. s-a constituit parte civilă în procesul penal, prin reprezentant legal N. M., cu suma de 67.500 de lei, constând în daune morale.

Constatând întemeiată în parte acţiunea civilă exercitată de partea civilă minoră, prin reprezentant legal, tribunalul urmează a-l obliga pe inculpatul P. I. la plata sumei de 15.000 de lei în favoarea acestei părţi civile, cu titlu de daune morale.

Astfel, tribunalul apreciază că suma totală de 15.000 de lei este de natură să acopere prejudiciul moral suferit de partea vătămată N. O.-M., ca urmare a atingerii aduse dreptului la o viaţă sexuală normală şi liber consimţită prin acţiunile ilicite ale inculpatului, un asemenea prejudiciu nefiind strict cuantificabil din punct de vedere pecuniar. La stabilirea cuantumului daunelor morale, instanţa are în vedere trauma fizică şi psihică suferită de partea vătămată minoră şi consecinţele viitoare evident nefaste ale acţiunilor ilicite ale inculpatului asupra acestei victime, care avea vârsta de doar 12 ani la momentul la care a fost supusă agresiunilor de natură sexuală de către inculpat. Totuşi, instanţa apreciază ca fiind excesivă suma de 67.500 de lei solicitată de partea vătămată, fiind cunoscut că prin acordarea unor asemenea sume cu titlu de daune morale este interzis a se ajunge la o îmbogăţire fără justă cauză a părţii civile…

În baza art. 197 alin. (1) şi 3 teza I C. pen., cu aplicarea art. 41 alin. (2) C. pen. (2 acte materiale), raportat la art. 320^1 al. 7 C. pr. pen, cu aplicarea art. 74 lit. a) şi c) C. pen. şi art. 76 lit. b C. pen., condamnă pe inculpatul P. I. la pedeapsă de 4 ani închisoare şi pedeapsa complementară a interzicerii drepturilor prevăzute de art. 64 alin. (1) lit. a) teza a II-a, b, d şi e C. pen., pe o durată de 3 ani, pentru săvârşirea infracţiunii de viol împotriva părţii vătămate minore N. O.-M.

În baza art. 71 C. pen., interzice inculpatului, ca pedeapsă accesorie, drepturile prevăzute de art. 64 alin. (1) lit. a) teza a II-a, b), d) şi e) C. pen.

În baza art. 88 C. pen., scade din durata pedepsei închisorii aplicate prin prezenta durata reţinerii şi arestării preventive a inculpatului, cu începere de la data de 6 august 2013 şi până la zi.

În baza art. 350 alin. (1) C. pr. pen., menţine măsura arestării preventive a inculpatului.

În baza art. 14 şi art. 15 C. pr. pen., raportat la art. 346 C. pr. pen., cu aplicarea art. 1357, art. 1381 şi art. 1385-1386 Cod civil, admite acţiunea civilă exercitată de partea civilă SPITALUL CLINIC DE COPII BRAŞOV din cadrul CONSILIULUI JUDEŢEAN BRAŞOV, cu sediul în mun. Braşov, str. Nicopole, nr. 45, jud. Braşov, cod fiscal 4317738, şi în consecinţă:

Obligă inculpatul P.I. să achite suma de 663,92 lei în favoarea părţii civile SPITALUL CLINIC DE COPII BRAŞOV, cu titlu de despăgubiri materiale.

În baza art. 14 şi art. 15 C. pr. pen., raportat la art. 346 C. pr. pen., cu aplicarea art. 1357, art. 1381 şi art. 1385-1386 Cod civil, admite în parte acţiunea civilă exercitată de partea civilă minoră N. O.-M., prin reprezentant legal N. M. şi în consecinţă:

Obligă inculpatul P. I. să achite suma de 15.000 de lei în favoarea părţii civile minore N. O.-M., prin reprezentant legal N. M., cu titlu de daune morale'.

Şi actualul art. 375 din Noul Cod de procedură penală care reglementează procedura recunoaşterii învinuirii, va impune soluţii de disjungere sau de soluţionare alăturată a laturii civile şi penale a cauzei.

g) Instanţa de judecata va dispune restituirea lucrului când repararea prejudiciului prin restituirea lucrului este posibilă.

h) Instanţa de judecată se va pronunţa asupra desfiinţării totale sau parţiale a unui înscris sau cu privire la restabilirea situaţiei anterioare săvârşirii infracţiunii, chiar dacă nu exista o constituire de parte civilă în cauză.

5. Concluzii

Numeroase studii realizate asupra victimelor infracţiunilor au pus în lumina diversitatea aspiraţiilor acestora, în special la momentul depunerii plângerii penale.

Persoanei care a suferit o vătămare fizică, materială sau morală ca urmare a săvârşirii unei infracţiuni i se recunoaşte nu numai dreptul de a i se repara prejudiciul cauzat prin comiterea faptei penale, ci şi dreptul de a participa activ la realizarea funcţiei represive a procesului penal.

Într-o proporţie mare persoanele vătămate manifestă dorinţa de reparare a prejudiciului suferit, cuantificat proporţional cu natura şi gravitatea faptei, urmărind o finalitate pecuniară, şi într-o proporţie mai mică urmăresc ca cei vinovaţi să suporte rigorile legii penale, prin aplicarea unei pedepse.

Situaţia este diferită în cazul infracţiunilor de natură sexuală, unde aplicarea unei pedepse inculpatului este mai determinanta pentru persoana vătămată decât repararea prejudiciului suferit. Persoanele vătămate urmăresc în principal o reparaţie – prin acoperirea prejudiciului cauzat, refacerea fizică şi psihică, primirea de scuze, dar pot fi motivate şi de o datorie civică, pentru că persoana care a comis infracţiuni să suporte rigorile legii penale şi să nu mai comită noi fapte penale.

Procesul penal oferă astfel persoanelor vătămate avantaje pe care un proces civil nu le poate oferi.

Astfel, acestea găsesc în procesul penal calea de a-şi identifica şi cuantifica propriile suferinţe, pentru a le putea depăşi mai bine ulterior. Pe lângă aceste aspect de ordin psihologic, persoanele vătămate aspira şi la o reparative efectivă şi proporţională a prejudiciului suferit, şi din această perspectivă soluţionarea acţiunii civile în acelaşi cadru procesual le permite acestora să beneficieze de avantajele acţiunii penale privind soluţionarea cu celeritate, o durată mai mică a procedurilor, şi nu în ultimul rând să îi profite munca de anchetă a unor profesionişti, inclusiv în strângerea şi administrarea unor probe utile, pertinente şi concludente soluţionării inclusiv a laturii civile a cauzei.

De asemenea, exercitarea acţiunii civile în procesul penal poate fi mai eficientă şi din punct de vedere al presiunii pe care inculpatul o suportă urmare a iminenţei unei pedepse penale, fiind mai dispus să contribuie la repararea prejudiciului cauzat.

Procesul penal oferă părţilor civile toate mijloacele de a se îndrepta împotriva celor vinovaţi de producerea prejudiciului cauzat prin infracţiuni şi de a obţine repararea acestuia, în condiţiile legii.

6. Bibliografie

1. Codul de procedură penală francez;

2. Corina Voicu, Andreea Simona Uzlău, Georgiana Tudor, Victor Văduvă, Noul Cod de procedură penală, Ghid de aplicare pentru practicieni, Editura Hamangiu, 2014;

3. Delmas Marty, Procedurile penale în Europa, Revista internaţională de drept comparat, vol, 48, 1996;

4. Dicţionarul explicativ al limbii române, ediţia a II-a, revăzuta şi adăugita, Academia Română, Institutul de Lingvistica ``Iorgu Iordan``, Editura Univers Enciclopedic Gold, 2012;

5. Dongoroz V., Curs de procedură penală, Ed. 1942;

6. Jean Granier, Partea civilă în procesul penal, Revista de Ştiinţe penale şi drept comparat, 1958

7. Legea nr. 135/2010 privind Codul de procedură penală, cu modificările şi completările aduse prin Legea nr. 255/2013 şi O.U.G. 3/2014;

8. Legea 134/2010 Codul de procedura civilă, republicata, cu modificările şi completările ulterioare;

9. Teodoru Gr., Moldovan L., Drept procesual penal, Editura Didactică şi Pedagogică, Bucureşti, 1979

Principiul activităţii legii penale şi limitele de incidenţă a unei legi din punct de vedere temporal

*drd. Bogdan Marin **GIURCĂ***

Abstract: *Normele de drept penal conţin dispoziţii care se aplică persoanelor care săvârşesc infracţiuni. Acestea, cuprind dispoziţii care fac trimitere la îndreptăţirea organelor abilitate de lege de a trage la răspundere penală pe infractori dar şi la dispoziţii care privesc obligaţia acestora de a executa pedeapsa pentru faptele penale comise. Aceste prevederi legale au un caracter ipotetic, şi anume, se aplică doar în cazul în care se săvârşeşte o infracţiune, dar în situaţia în care se săvârşeşte efectiv o infracţiune, norma de drept penal se aplică în mod concret, în sensul că organele statului intervin şi pedepsesc făptuitorul. Prin urmare, a aplica legea penală înseamnă a pune în aplicare dispoziţiile sancţionatoare ale normelor penale, şi anume a aplica o pedeapsă persoanei care a săvârşit infracţiunea.*

Prevederile penale care se aplică sunt cuprinse în legi penale. Astfel, legile penale sunt edictate şi puse în aplicare la un anumit moment, la o anumită dată, dăinuie în timp, după care îşi pierd aplicabilitatea şi într-un final dispar. Infracţiunile, pe de altă parte, care impun aplicarea legilor penale, se comit într-o anumită perioadă de timp, într-un anumit moment. Unele din ele se comit în timpul cât norma penală este în vigoare, altele se comit înainte de a intra în vigoare iar altele după ce norma a ieşit din vigoare.

Dacă la baza aplicării legii penale în spaţiu se află teritorialitatea legii penale, la aplicarea legii penale în timp se află activitatea legii penale. Conform acestei activităţi, legea penală se aplică infracţiunilor săvârşite în timpul cât se află în vigoare. Răspunderea penală are loc în condiţiile acestei legi, deoarece toate persoanele aflate pe teritoriul statului nostru, cu domiciliu stabil sau temporar, au obligaţia să o cunoască şi să o respecte

Cuvinte cheie*: intrare in vigoare, eficienţă juridică, abrogare, constituţionalitate, desuetudine*

Noul Cod penal în raport cu legea penală în vigoare

În noul Cod penal, în art. 4 sunt prevăzute integral dispoziţiile art. 10 în vigoare. Diferenţa faţă de reglementarea anterioară este aceea că întreaga secţiune privitoare la aplicarea legii penale în timp a fost trecută înaintea secţiunii privind aplicarea legii penale în spaţiu. Argumentul pentru această resistematizare este acela că în codurile penale autohtone anterioare (din 1865, din 1936) prioritate avea instituţia privind aplicarea legii penale în timp. De altfel, nu doar codurile penale române adoptaseră această soluţie, ci şi cele străine. Un alt argument în acest sens, a fost acela că, înainte de a se analiza aplicarea legii penale în spaţiu, trebuie ca voinţa legiuitorului să se înscrie în anumite condiţii temporale, adică să ia forma de lege care să intre în vigoare

la o dată determinată şi să devină obligatorie pentru toţi destinatarii ei. Aceste elemente implică tocmai examinarea cu prioritate a aplicării în timp a legii. [1]

Activitatea legii penale

În scopul de a delimita cu exactitate limitele de incidenţă a unei legi din punct de vedere temporal, trebuie avute în atenţie două aspecte:

1) perioada de timp cât o lege este în vigoare, această perioadă fiind caracterizată de 2 momente (cel al intrării şi ieşirii din vigoare a legii);

2) momentul săvârşirii faptei penale.

Pentru a înţelege mai bine perioada de timp cât o lege este în vigoare, vom prezenta în continuare etapele pe care le parcurge o lege, de la momentul iniţial până la momentul în care încetează să-şi produce efectele.

Intrarea în vigoare a legii penale. Este cunoscut faptul că orice lege penală ia naştere când organul legislativ şi-a îndeplinit rolul său creator. Potrivit art. 73 alin. (3) lit. h din Constituţie, Parlamentul este competent să adopte legi care reglementează infracţiuni, pedepse şi regimul sancţionator al acestora. Având în vedere importanţa lor pentru societate, legile penale se adoptă cu un cvorum calificat al voturilor, fiind necesar votul majorităţii membrilor fiecărei Camere. Legea începe să existe din momentul adoptării ei, având forma adecvată pentru necesităţile de reglementare a materiei respective, a valorilor sociale ocrotite. Această etapă nu trebuie confundată cu data legii, care coincide cu momentul când legea a fost promulgată, etapa în care s-a îndeplinit cel din urmă act necesar pentru edictarea legii.[2] Potrivit art. 77 din Constituţie, legea adoptată de Parlament este trimisă spre promulgare Preşedintelui României. Acesta dispune ca legea să fie pusă în aplicare şi ordonă publicarea ei. Aşadar, în cele arătate anterior, nu trebuie făcută confuzia cu momentul în care legea capătă eficienţă juridică. Ea capătă eficienţă juridică din momentul intrării în vigoare conform art. 78 din Constituţie, îmbrăcând forma propusă prin legea de revizuire. Acest efect îl capătă la 3 zile de la data publicării în Monitorul Oficial sau la o altă dată prevăzută în cuprinsul ei. Termenul de minimum 3 zile de la publicare în Monitorul Oficial, după care legea intră în vigoare, se calculează pe zile libere. Ziua în care legea se publică nu se ia în calcul şi începe cu ziua următoare, iar împlinirea lui are loc în cea de-a treia zi de la orele 24:00. De exemplu, când o lege este publicată în Monitorul Oficial la 17 mai, ea va intra în vigoare la 21 mai. [3] Anterior modificării art. 78, Constituţia prevedea ca o lege intră în vigoare la data publicării ei în Monitorul Oficial sau la data prevăzută în textul ei. Astfel, în prezent, o lege nu poate intra în vigoare într-un termen mai scurt de 3 zile, dar legiuitorul nu este împiedicat să prevadă în textul de lege un termen mai lung de intrare în vigoare de la data publicării. Raţiunea acestei posibilităţi fiind aceea că, în cazul unor legi complexe, este necesar un timp mai îndelungat pentru aprofundare în vederea aplicării ei. În acest sens, data intrării în vigoare poate fi stabilită printr-un termen fix (30 de zile de la data publicării) sau o dată fixă (1 februarie 2014 – în cazul noului Cod penal).

---

[1] Prof. dr. Constantin Mitrache, Prof. dr. Avram Filipaş, Prof. dr. Rodica Mihaela Stănescu ş.a., *Noul Cod penal comentat*, Volumul I, p. 29.

[2] V. Dongoroz, *Drept penal. Tratat*, Bucureşti, 1939, (reeditare de Asociaţia Română de Ştiinţe Penale, Bucureşti, 2000), p. 96-97.

[3] Prof. dr. Constantin Mitrache, Prof. dr. Avram Filipaş, Prof. dr. Rodica Mihaela Stănescu s.a., *Noul Cod penal comentat*, Volumul I, p. 31.

Prin urmare, chiar dacă legea a luat naştere din clipa adoptării de către Parlament şi promulgată de Preşedintele României, eficienţa sa juridică începe odată cu intrarea în vigoare, acest moment reprezentând limita iniţială de durată a legii. [1]

Publicarea legii penale în Monitorul Oficial se face pentru ca toate persoanele chemate să respecte obligaţiile fixate să ia la cunoştinţă de conţinutul normelor sale.

Acest principiu, evidenţiază faptul că *nimeni nu poate invoca necunoaşterea legii (nemo legem censetur ignorare)*, indiferent dacă este cetăţean român, cetăţean străin sau persoană fără cetăţenie.

Principiul, invocat pentru prima dată în legislaţia Imperiului Roman, a fost preluat şi dezvoltat de italianul Cesare Bonesana Marchiz de Beccaria (1738 – 1794) în cartea sa "Despre delicte şi pedepse" în 1764, apoi în timpul Revoluţiei Francezea de la 1789 a fost preluat, alături de alte principii valoroase rezultate din lucrare şi l-a aplicat în faimosul Cod penal francez de la 1791. [2]

Cele arătate mai sus cu privire la intrarea în vigoare a legii penale, reprezintă regula generală în materie, cu referire la actele normative adoptate de Parlament sub forma unor legi organice. Cu titlu de excepţie, Guvernul adoptă ordonanţe de urgenţă conform art. 115 alin. (4) din Constituţia României. Unele din aceste ordonanţe cuprind şi dispoziţii penale, indiferent dacă doctrina le-a contestat sau nu. Specialiştii susţin că domeniul legilor penale ar trebui să constituie numai obiectul de reglementare al legilor organice.

Ordonanţa de urgenţă va exista din momentul definitivării şi semnării de către primul-ministru, dar eficienţa juridică este dobândită decât atunci când intră în vigoare, şi anume după depunerea sa spre dezbatere în perioada de urgenţă la camera competentă să fie sesizată şi după publicarea ei în Monitorul Oficial sau de la altă dată anume prevăzută în textul ordonanţei (în cazul în care există o astfel de dispoziţie).

Ieşire din vigoare a legii penale. Al doilea moment care influenţează existenţa legii penale, este cel al ieşirii din vigoare, moment ce coincide cu sistarea eficienţei juridice a legii. Acest moment este rezultatul politicii penale a societăţii.

Organul care a creat legea este de asemenea, competent în scoaterea acesteia din vigoare. Actul prin care se efectuează acest procedeu poartă denumirea de *abrogare,* care poate fi *expresă sau tacită*.

Abrogarea expresă este atunci când o lege nouă prevede în mod concret ca o anumită dispoziţie din legea veche se abrogă. De exemplu, Legea nr. 143/2000 privind combaterea traficului şi consumului ilicit de droguri[3], în art. 32 prevede că "pe data intrării în vigoare a prezenţei legi se abrogă dispoziţiile art. 312 din Codul penal, în ceea ce priveşte produsele sau substanţele stupefiante".

Abrogarea este *tacită*, când legiuitorul vine cu o lege penală care reglementează o situaţie care până la acel moment o fost reglementată printr-o lege penală veche şi pune în vigoare noua lege, fără a arăta printr-o dispoziţie expresă, că legea penală veche se abrogă. Ieşirea din vigoare a legii vechi se datorează faptului că nu pot exista două legi care să reglementeze aceeaşi situaţie, şi, fiindcă legiuitorul a venit cu o lege nouă,

---

[1] V. Dongoroz, *op. cit.*, p. 97.

[2] Tudor Amza, *Criminologie–Tratat de teorie şi politică criminologică,* Ed. Lumina Lex, Bucureşti, 2002, p. 133-143 – dezvoltă pe larg momentul şi consecinţele apariţiei cărţii lui C. Beccaria. În acelaşi sens a se vedea şi Tudor Amza – Cosmin Petronel Amza, *Criminologie*, Ed. Lumina Lex, Bucureşti, 2008, p. 90-100.

[3] Monitorul Oficial nr. 362/3/08. 2000.

înseamnă că cea veche nu mai corespunde nevoilor pedepsirii unor anumite fapte. Se presupune că o lege nouă este întotdeauna mai bună. [1]

Pentru a opera abrogarea tacită a unei legi penale, trebuie îndeplinite trei condiţii: a) ambele norme trebuie să reglementeze aceeaşi materie; b) cele două norme să se adreseze aceleiaşi categorii de destinatari; c) să existe o incompatibilitatea între obiectivele celor două legi.

Uneori, abrogarea tacită poate ridica probleme serioase cu privire la exactitatea reglementării, fiind greu de stabilit dacă o anumită normă se mai află sau nu în vigoare. Această chestiune a determinat pe unii autori să afirme că abrogarea tacită nu îşi găseşte aplicabilitate în dreptul penal. [2] Tocmai de aceea, situaţiile în care se întâlneşte sunt destul de sporadice, abrogarea tacită neputând fi exclusă în totalitate din aria dreptului penal.

Abrogarea poate fi şi *totală,* ca de exemplu, atunci când se prevede în mod expres că un anumit articol din Codul penal se abrogă, dar şi *parţială*, ca în exemplu dat cu privire la art. 312 Cod penal, când efectul abrogator a vizat doar dispoziţiile referitoare la substanţele stupefiante, şi nu întregul articol, rezultând de aici că restul prevederilor sunt în continuare aplicabile.

Atunci când legiuitorul menţionează explicit textul sau textele de lege care urmează a fi abrogate, suntem în prezenţa unei *abrogări exprese concrete*, iar când se foloseşte o formulă de tipul "pe data intrării prezenţei legi în vigoare se abrogă orice dispoziţii contrare", suntem în prezenţa unei *abrogări exprese generice.*

În cazul în care noua reglementare are un caracter special faţă de legea veche, suntem în prezenţa unui concurs de calificări iar intrarea în vigoare a normei speciale nu abrogă norma generală, ci doar îi sistează aplicabilitatea pe durata existenţei normei special. Dacă norma specială este abrogată, cea veche redevine aplicabilă şi pentru aria reglementată anterior de norma specială. [3]

Pe lângă abrogarea ca modalitate principală de scoatere din vigoare a unei legi, în teoria dreptului penal se mai disting şi alte două situaţii:

a) *Ajungerea la termen sau dispariţia condiţiilor speciale care au impus adoptarea legii*. O lege temporară iese din vigoare atunci când legiuitorul a prevăzut în cuprinsul ei, chiar din momentul adoptării, a unui termen la care legea îşi încetează de drept efectele pentru viitor. Aceleaşi efecte se produc şi atunci când, deşi nu s-a prevăzut un termen de ieşire din vigoare, legea a fost creată doar pe durata existenţei unei anumite conjuncturi (stare de urgenţă, calamitate). Încetarea efectelor legii respective se produc odată cu dispariţia situaţiei care a impus-o.

b) *ieşirea din vigoare prin schimbarea condiţiilor social politice.* Acest efect se poate produce datorită dispariţiei conjuncturilor politice bine determinate care au dus la adoptarea respectivei legi, şi prin urmare, legea a rămas fără obiect. De exemplu, prevederile care incriminau faptele menite să aducă atingere familiei regale au fost abrogate prin transformarea ţării noastre în republică. Acest aspect nu conduce la ideea că o anumită lege ar putea ieşi întotdeauna din vigoare numai pentru că s-au schimbat condiţiile social-politice care existau la data adoptării legii. O astfel de schimbare nu ar putea fi justificată decât în anumite cazuri speciale, cum ar fi dispariţia monarhiei. Un exemplu în acest sens, sunt prevederile privind circulaţia pe drumurile publice (Decretul

[1] I. Oancea, *Drept penal, Partea generală*, Vol. I, 1957, p. 279.
[2] I. Oancea, *Tratat de drept penal. Partea generală*, p. 74.
[3] F. Streteanu, *Drept penal, Partea generală*, Ed. Rosetti, 2003, p. 213.

nr. 328/1966) care au rămas în vigoare şi după Revoluţia din 1989, până când a intrat în vigoare O. U. G. nr. 195/2002, privind circulaţia pe drumurile publice. [1]

Legea penală nu poate ieşi din vigoare prin *desuetudine,* adică prin neaplicarea ei o perioadă lungă de timp. Oricât de lungi sunt perioadele în care nu se aplică respectiva lege, fără un act de abrogare ea este în continuare aplicabilă.

Un alt procedeu prin care o lege penală poate ieşi din vigoare este *declararea ca neconstituţională* în totalitate sau în parte a acesteia. De exemplu, prin Decizia nr. 463 din 13 noiembrie 1997 a Curţii Constituţionale a fost declarat neconstituţional alin. (4) al art. 81 C. pen. („În cazul condamnării pentru o infracţiune prin care s-a produs o pagubă, instanţa poate dispune suspendarea condiţionată a executării pedepsei numai dacă, până la pronunţarea hotărârii, paguba a fost integral reparată sau plată despăgubirii este garantată de o societate de asigurare"). Decizia Curţii Constituţionale reprezintă data ieşirii din vigoare a textului sus-menţionat.

În altă ordine de idei, în privinţa *momentului comiterii infracţiunii*, stabilirea acestuia nu prezintă probleme în situaţia infracţiunilor al căror rezultat se produce la momentul comiterii acţiunii prohibite, legea aplicabilă fiind cea în vigoare. De exemplu, în cazul infracţiunii de mărturie mincinoasă, legea aplicabilă va fi cea în vigoare la momentul în care se dă declaraţia în fata organelor competente.

Problema este mai delicată în cazul infracţiunilor a căror urmare se produce la un anumit interval faţă de comiterea acţiunii propriu-zise. De pildă, în cazul infracţiunii de loviri cauzatoare de moarte, lovitura a fost aplicată victimei în timp ce o lege era în vigoare, iar decesul a survenit după intrarea în vigoare a unei legi noi. În acest sens au fost formulate trei teorii:

a) *teoria acţiunii* conform căreia momentul săvârşirii infracţiunii este momentul comiterii acţiunii de executare şi relativ la acesta se stabileşte legea aplicabilă. În acest sens, fostul Tribunal Suprem a stabilit printr-o decizie de îndrumare, că pentru stabilirea legii aplicabile se va avea în vedere momentul comiterii acţiunii de lovire sau vătămare corporală şi nu momentul la care a decedat victima;[2]

b) *teoria rezultatului* conform căreia legea aplicabilă este cea din momentul producerii rezultatului, fiindcă doar atunci infracţiunea se poate considera comisă;

c) *teoria mixtă conform* căreia momentul săvârşirii infracţiunii este acela al acţiunii sau momentul în care s-a produs urmărea infracţiunii, urmând a fi aleasă legea mai favorabilă făptuitorului.

În practică se recurge cel mai adesea la teoria acţiunii, deoarece, celelalte teorii suferă anumite critici. Dacă s-ar susţine teoria rezultatului, s-ar aplica infractorului o lege care nu era în vigoare în momentul săvârşirii elementului material şi prin urmare, nu o cunoştea.

În situaţia infracţiunilor care se comit printr-o inacţiune (*omisive*), legea aplicabilă este cea de la momentul în care expira termenul prevăzut pentru efectuarea acţiunii sau când ar fi trebuit să se realizeze conduita prevăzută de lege. De pildă, asistenta care refuză să administreze tratamentul de care depinde supravieţuirea pacientului, momentul în funcţie de care se stabileşte legea aplicabilă este ultimul în care administrarea ar fi putut duce la salvarea vieţii. Dacă după acest interval, o nouă lege,

[1] Mihaela Agheniţei, *op. cit.*, p. 7.
[2] T.S., D.Î. nr. 1/1987 în R. R.D. nr. 8/1987, p. 45.

mai aspră, intră în vigoare, aceasta nu va fi aplicabilă, chiar dacă pacientul trăia la momentul intrării în vigoare. În cazul în care nu se poate delimita cu exactitate ultimul moment în care rezultatul omisiunii putea fi evitat, se va aplica legea mai favorabilă (în exemplul sus-menţionat, legea veche, în virtutea principiului *in dubio pro reo)*.

În privinţa infracţiunilor continue, continuate sau de obicei, momentul stabilirii legii aplicabile este cel al epuizării (în care ia sfârşit acţiunea sau are loc ultimul act de executare). De exemplu, o persoană este lipsită de libertate sub imperiul unei legi, iar privarea se întinde în timp până la intrarea în vigoare a unei legi noi. În acest caz, legea aplicabilă pentru întreaga infracţiune continuă va fi cea nouă, chiar dacă elementul material al infracţiunii a început sub legea veche.

Concluzii:

Din scurta trecere în revistă, rezultă că soluţionarea conflictelor de legi generate de succesiunea lor va constitui o sarcină dificilă cu care se confruntă organele judiciare. Multitudinea situaţiilor care pot să apară, arată necesitatea unor demersuri susţinute în scopul unei bune pregătiri a implementării noilor reglementări.

Bibliografie

1. Matei Basarab, Viorel Paşca, Gheorghiţă Mateuţ, Constantin Butiuc, Codul penal comentat, Vol. I. Partea generală;

2. I. Tanoviceanu, Tratat de drept şi procedură penală, ed. a 2-a revăzută şi completată de V. Dongoroz, vol. I, Bucureşti;

3. Studii juridice în onoarea Prof. dr. George Antoniu, Editura Hamangiu;

4. Tudor Amza, Criminologie – Tratat de teorie şi politică criminologică, Editura Lumina Lex, Bucureşti, 2002;

5. M. Basarab, Drept penal, partea generală, vol. I;

6. C. Bulai, Manual de drept penal;

7. Mitrache, Drept penal român. Partea generală

8. Prof. dr. Constantin Mitrache, Prof. dr. Avram Filipaş, Prof. dr. Rodica Mihaela Stănescu ş. a, Noul Cod penal comentat, Volumul I

9. Dongoroz, Drept penal. Tratat, Bucureşti, 1939, (reeditare de Asociaţia Română de Ştiinţe Penale, Bucureşti, 2000);

10. V. Hanga, Gh. Clant, I. Floca, V. Al. Georgescu, N. Grigoraş, Al. Herlea, s. a., Istoria dreptului românesc, vol. I, Ed. Academiei, Bucureşti, 1980;

11. I. Oancea, Drept penal, Partea generală, Vol. I

12. Tudor Amza – Cosmin Petronel Amza, Criminologie, Editura Lumina Lex, Bucureşti, 2008;

13. F. Streteanu, Drept penal, Partea generală, Editura Rosetti, 2003.

Instituţia recidivei persoanei juridice în Legea nr. 286/2009 privind Codul penal

*Doctorand Şerban **DECEBAL***

Abstract: *Modificările legislative aduse normelor juridice care reglementează instituţia recidivei în Codul penal, reprezintă expresia necesităţii adaptării politicii penale la schimbările survenite în societatea românească, în concordanţă cu tendinţele existente în legislaţia europeană în scopul prevenirii şi combaterii fenomenului infracţional.*

Cuvinte cheie: *persoană fizică, persoană juridică, termeni ai recidivei, recidivă postcondamnatorie, recidivă postexecutorie.*

1. Consideraţii introductive

În ceea ce priveşte răspunderea penală a unei persoane juridice care a săvârşit o infracţiune, în doctrina penală au existat controverse cu privire la considerarea unei persoane juridice ca subiect activ al unei infracţiuni. În acest sens, menţionăm faptul că au existat două tendinţe şi anume, teza negativă în baza căreia se considera că persoanele juridice nu au o existenţă proprie, ci sunt o creaţie, o ficţiune a legii, conform căreia societăţile nu pot comite infracţiuni[1]. Pe de altă parte, teza afirmativă susţinută în baza teoria realităţii conform căreia persoanele juridice reprezintă o realitate, fiind entităţi dotate cu voinţă şi conştiinţă proprii[2]. Ca urmare a acceptării angajării răspunderii persoanei juridice din punct de vedere penal, această prevedere a fost introdusă în dispoziţiile Codului penal ca urmare a recomandărilor cuprinse în documentele internaţionale din domeniu, precum şi ca urmare a tendinţei generale în materie penală de a consacra răspunderea penală a persoanei juridice ca principiu de bază în acţiunea de reprimare a fenomenului infracţional. Astfel, persoanele juridice pot fi trase la răspundere penală pentru infracţiunile săvârşite în numele lor de orice persoană fizică, care acţionează individual, în calitate de membru al unui organ al respectivei persoane juridice, în baza unui mandat de reprezentare sau a unei autorizări de a lua decizii în numele persoanei juridice sau de a exercita un control în cadrul acesteia[3].

Dispoziţii referitoare la răspunderea persoanei juridice au fost prevăzute în art. 135 din Legea nr. 286/2009 privind Codul penal, dispoziţii care faţă de prevederile art.19[1] din Legea nr. 15/1968 privind Codul penal, cu modificări şi completări, sunt superioare prin includerea în cuprinsul acestui articol a dispoziţiilor alin. (2) care prevăd că instituţiile publice nu răspund penal pentru infracţiunile săvârşite în exercitarea unei activităţi care nu poate face obiectul domeniului privat.

---

[1] A se vedea T. Pop, *Dreptul penal comparat. Partea generală*, vol. II, Cluj, 1928, p. 272.
[2] A se vedea C. Bulai, *Manual de drept penal*, Ed. All, Bucureşti, 1997, p. 203.
[3] A. Boroi, *Drept penal. Partea generală*, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2008, p. 147-148.

Fiind o formă a pluralităţii de infracţiuni, legiuitorul a considerat necesar să reglementeze instituţia recidivei şi în cazul persoanei juridice. În Codul penal actual[1], din raţiuni impuse de particularităţile pe care le implică recidivismul în contextul mijloacelor de luptă împotriva fenomenului infracţional, legiuitorul român a dat dovadă de rigurozitate pentru reglementarea modului de sancţionare atât a persoanei fizice, cât şi a persoanei juridice în sarcina cărora se reţin astfel de stări[2].

Amplificarea recidivismului, ca partea cea mai nocivă a fenomenului criminalităţii, evidenţiază deficienţele în abordarea luptei împotriva acestuia, ca expresie a unei anumite politici penale, motiv pentru care problema recidivei şi a recidiviştilor a fost în mod constant o problemă viu discutată de specialişti.

Atât în legislaţia noastră, cât şi în cea a altor state, fundamentul agravării răspunderii penale în caz de recidivă îl reprezintă perseverenţa infracţională, pe care o atestă făptuitorul[3], din care derivă ideea de periculozitate sporită a acestuia.

Recidiva constituie una din cele mai grave forme de manifestare a fenomenului infracţional, reprezentând dovada că infractorul poate persevera în a nesocoti legea şi după ce a fost judecat şi condamnat pentru o infracţiune chiar şi după ce a executat o pedeapsă, că el nu a reuşit să-şi schimbe conduita în ciuda experienţei anterioare reprezentate de executarea unei pedepse, dovedind astfel ineficienţa activităţilor de prevenire şi control al fenomenului recidivismului dar şi al politicii penale în ceea ce priveşte sistemul punitiv.

Pentru ca pedeapsa să-şi realizeze funcţiile şi să-şi atingă scopurile trebuie să fie bine adaptată gravităţii infracţiunii, personalităţii infractorului precum şi tuturor condiţiilor obiective şi subiective de săvârşire a faptei. Operaţiunea prin care pedeapsa este adaptată în raport cu gravitatea faptei, determinată de ansamblul împrejurărilor şi datelor ce caracterizează conţinutul său în raport cu persoana infractorului, cu starea de recidivă, precum şi adecvarea pedepsei în timpul executării sale, în funcţie de modul în care cel condamnat reacţionează faţă de condiţiile de deţinere, poartă denumirea de individualizare a pedepsei, principiu fundamental al dreptului penal, care orientează politica penală în acţiunea de prevenire şi combatere a infracţionalităţii[4].

Recidiva reprezintă o formă a pluralităţii de infracţiuni care presupune existenţa a două infracţiuni săvârşite de aceeaşi persoană, dar în timp ce în cazul concursului de infracţiuni, aceeaşi persoană săvârşeşte două sau mai multe infracţiuni mai înainte de a fi suferit o condamnare definitivă, în cazul recidivei, săvârşirea de către aceeaşi persoană a uneia sau mai multor infracţiuni are loc după ce aceasta a fost condamnată definitiv pentru o altă infracţiune săvârşită anterior[5]. Acest fapt presupune un grad de

---

[1] Legea nr. 286/2009 privind Codul penal, publicată în M. Of. nr. 510 din 24 iulie 2009, cu modificări şi completări aduse prin Legea nr. 187/2012 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 286/2009 privind Codul Penal, publicată în M.Of. nr. 757 din 12 noiembrie 2012.

[2] V. Dobrinoiu, Gh. Nistoreanu, I. Pascu, Al. Boroi, I. Molnar, V. Lazăr, *Drept penal. Partea generală*, Ed. Europa Nova, 1997, p. 270.

[3] M. Zolyneac, *Drept penal-Parte generală*, vol. II, Ed. Fundaţiei Chemarea, Iaşi, 1992, p. 637.

[4] M. Zolyneac, *Drept penal-Parte generală*, vol. III, Ed. Fundaţiei Chemarea Iaşi, 1992, p. 803.

[5] Al. Boroi, *Drept penal. Partea generală, Conform Noului Cod penal*, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2010 p. 228. În conţinutul cazierului judiciar, conform prevederilor art. 2 din Legea nr. 290/2004 publicată în M.Of. nr. 586 din 30 iunie 2004 se ţine evidenţa persoanelor faţă de care s-au dispus măsuri cu caracter penal sau administrativ.

periculozitate ridicat a celui care săvârşeşte infracţiunile în stare de recidivă, dovedind în acest caz un grad mai mare de incorigibilitate[1].

Reglementarea recidivei în cuprinsul Codului penal actual[2] se face diferenţiat pentru persoana fizică (art. 41-43 C.pen.) şi pentru persoana juridică (art. 146 C.pen.).

2. Recidiva în cazul persoanei juridice

Apariţia şi evoluţia răspunderii penale a persoanei juridice este organic legată de apariţia şi evoluţia conceptelor de persoană juridică şi de răspundere penală, concepte care ele însele luate separat, nu au fost lipsite de frământări ideologice, fiind complexe, dificil de definit şi explicat, iar până azi încă nu sunt la adăpost de controverse. Apoi, persoana juridică reprezenta până nu demult „monopolul" dreptului civil iar dificultăţile analizei unei astfel de teme sunt date şi de inerenta abordare interdisciplinară. Cercetarea temei privitoare la răspunderea penală a persoanei juridice presupune o viziune de ansamblu asupra naturii şi fundamentelor persoanei juridice şi asupra răspunderii penale, asupra genezei şi evoluţiei acestei instituţii, unele clarificări conceptuale şi delimitări ale răspunderii penale a persoanei juridice de alte forme de răspundere a persoanei juridice (civilă, contravenţională).

Ca prim pas în cercetarea răspunderii penale a persoanei juridice în dreptul penal român, pornind de la textele legale, de la doctrina română şi străină (în limita posibilităţilor de documentare care mi-au fost accesibile), trebuie identificate principalele probleme pe care le ridică această nouă instituţie. Acest obiectiv poate fi atins însă, parcurgând cel puţin următoarele verigi: determinarea categoriilor de persoane juridice care răspund penal, delimitarea sferei persoanele fizice a căror faptă atrage răspunderea penală a persoanei juridice, analiza raportului între fapta comisă şi persoana juridică, analiza elementului material şi a elementului subiectiv în conţinutul infracţiunii săvârşite de persoana juridică, problema cumulului răspunderii penale a persoanei juridice cu răspunderea penală a persoanei fizice, analiza sancţiunilor aplicabile persoanei juridice, cercetarea răspunderii penale a persoanei juridice, câteva aspecte privind procedura specială a tragerii la răspundere penală a persoanei juridice, precum şi instituţia recidivei în cazul persoanei juridice.

Fiind vorba de o instituţie recent introdusă în dreptul penal român[3], s-a optat[4] pentru consacrarea unui titlu special în conţinutul Codului penal actual, utilizându-se modelul Codului penal finlandez, deşi unele prevederi referitoare la răspunderea penală a persoanei juridice au rămas în mod necesar în afara Titlului VI, aşa cum este cazul dispoziţiei privind aplicarea legii penale române în baza principiului personalităţii şi cu referire la persoanele juridice (art. 9 C.pen.)[5].

Pentru reglementarea răspunderii penale a persoanei juridice au fost păstrate principiile pe care se fundamentează această răspundere în concepţia actualului Cod

---

[1] Al. Boroi, *Drept penal. Partea generală, Conform Noului Cod penal*, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2010, p. 229

[2] Legea nr. 286/2009 privind Codul penal publicată în M.Of. nr. 510 din 24 iulie 2009.

[3] Art. 19[1] din actualul Cod penal introdus prin Legea 278/2006 pentru modificarea şi completarea Codului penal, precum şi pentru modificarea şi completarea altor legi publicată în M.Of. nr. 601 din 12 iulie 2006.

[4] În doctrina penală, existenţa persoanei juridice sau morale ca subiect activ al unei infracţiuni a constituit o problemă controversată de drept penal. În acest sens, a se vedea, Al. Boroi, *Drept penal. Parte generală*, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2008, p. 145.

[5] Expunere de motive privind Proiectul Noului Cod penal în www.just.ro.

penal în vigoare, astfel cum a fost modificat prin Legea nr. 278/2006, menţinându-se opţiunea pentru modelul de răspundere directă a persoanei juridice, care poate fi antrenată de orice persoană fizică ce acţionează în condiţiile prevăzute de lege conform prevederilor art. 136 din Codul penal actual şi nu doar de acţiunile organelor sau reprezentanţilor acesteia.

Având în vedere că în Codul penal actual au intervenit câteva modificări în privinţa individualizării sancţiunilor aplicabile persoanei juridice, determinate de modificările aduse prin sistemul pedepselor, putem remarca unele modificări şi în conţinutul termenilor recidivei persoanei juridice, în sensul că pedeapsa amenzii în cazul persoanei juridice se va aplica pe baza sistemului zilelor-amendă, în acelaşi timp, fiind introduse cinci modalităţi de individualizare legală a pedepsei amenzii, prin prevederile art. 137 alin. (4) C.pen., în funcţie de limitele pedepsei închisorii prevăzute de lege pentru persoana fizică[1].

În condiţiile în care subiect activ al unei infracţiuni poate fi atât o persoană fizică, cât şi o persoană juridică[2] în Codul penal actual menţinându-se dispoziţiile referitoare la răspunderea penală a persoanei juridice, pe cale de consecinţă au fost menţinute şi dispoziţiile referitoare la recidiva persoanei juridice în Capitolul III al titlului sus menţionat.

Astfel, la art. 146 alin. (1) se prevede că există recidivă în cazul persoanei juridice atunci când, după rămânerea definitivă a unei hotărâri de condamnare şi până la reabilitare, persoana juridică săvârşeşte din nou o infracţiune, cu intenţie sau cu intenţie depăşită. Din dispoziţiile art. 146, rezultă existenţa celor două forme de recidivă a persoanei juridice, **recidiva postcondamnatorie şi recidiva postexecutorie**, cu menţiunea că în cazul recidivei postcondamnatorii se aplică sistemul cumulului aritmetic, iar în cazul recidivei postexecutorii, limitele speciale se majorează cu jumătate[3].

Cu privire la primul termen al recidivei postcondamantorii o primă condiţie pe care acesta trebuie să o îndeplinească este reprezentată de existenţa unei hotărâri definitive de condamnare la pedeapsa amenzii pentru o infracţiune sau pentru un concurs de infracţiuni[4]. De asemenea, o altă condiţie este reprezentată de forma de vinovăţie cu care să fie săvârşită, şi anume cu intenţie. A treia condiţie se referă la hotărârea de condamnare care trebuie să nu fie dintre acelea care nu atrag starea de recidivă. Astfel, conform prevederilor art. 42 din Codul penal actual[5], care se aplică în mod corespunzător şi în cazul recidivei persoanei juridice (potrivit dispoziţiilor art. 146 alin. (4)), la stabilirea stării de recidivă în cazul persoanei juridice nu se ţine seama de hotărârile de condamnare referitoare la: faptele care nu mai sunt prevăzute de legea penală; infracţiunile amnistiate şi infracţiunile săvârşite din culpă.

---

[1] *Idem.*

[2] Al. Boroi, *Drept penal. Parte generală*, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2008, p. 145.

[3] I. Pascu, T. Dima, C. Păun, M. Gorunescu, V. Dobrinoiu, M. A. Hotca, I. Chiş, M. Dobrinoiu, *Noul Cod penal comentat*, vol. I, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2012, p. 734

[4] Al. Boroi, *Drept penal. Partea generală*, Conform Noului Cod penal, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2010 p. 233; G. Antoniu şi colaboratorii, *Explicaţii preliminare ale Noului Cod penal*, vol. II, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2011, p. 146; V. Păvăleanu, *Drept penal. Partea generală conform Noului Cod penal*, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2012, p. 455.

[5] Al Boroi, *Drept penal. Partea generală, Conform Noului Cod penal*, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2010, p. 231.

Cu privire la al doilea termen al recidivei postcondamnatorii o primă condiţie care trebuie îndeplinită este ca persoana juridică să săvârşească din nou o infracţiune cu intenţie, iar o altă condiţie constă în aceea ca infracţiunea respectivă să fie săvârşită înainte de începerea executării pedepsei anterioare a amenzii.

Cu privire la primul termen al recidivei postexecutorii, o condiţie care trebuie îndeplinită este reprezentată de existenţa unei condamnări definitive la pedeapsa amenzii, care să fi fost executată sau considerată ca executată prin intervenirea graţierii sau a prescripţiei executării acesteia, infracţiunea pentru care s-a executat pedeapsa să fi fost săvârşită cu intenţie, iar a treia condiţie care trebuie îndeplinită este ca hotărârea de condamnare să nu se refere la faptele care nu mai sunt prevăzute de legea penală, infracţiunile amnistiate şi infracţiunile săvârşite din culpă, care nu atrag starea de recidivă.

Pot fi considerate condiţii **ale celui de-al doilea termen al recidivei postexecutorii,** săvârşirea unei noi infracţiuni cu intenţie, după executarea pedepsei amenzii sau după graţierea pedepsei sau împlinirea termenului de prescripţie a executării pedepsei, iar pentru noua infracţiune pedeapsa prevăzută de lege să fie amenda.

Pedeapsa în caz de recidivă pentru persoana juridică se aplică potrivit prevederilor art. 146 alin. (2) C.pen., limitele speciale ale pedepsei prevăzute de lege pentru noua infracţiune majorându-se cu jumătate, fără însă a depăşi maximul general al pedepsei amenzii. De asemenea, în cazul în care amenda anterioară nu a fost executată, în tot sau în parte, amenda stabilită pentru noua infracţiune, potrivit alin. (2), se va adăuga la pedeapsa anterioară sau la restul rămas neexecutat din aceasta.

3. Concluzii:

Atât în legislaţia noastră, cât şi în legislaţia altor state, fundamentul agravării răspunderii penale în caz de recidivă îl reprezintă „prezumţia de incorigibilitate", izvorâtă din constatarea persistenţei în activitatea infracţională, din care derivă ideea de periculozitate sporită a făptuitorului.

Pe de altă parte, nu este de neglijat faptul că se impunea adaptarea legislaţiei naţionale în materia recidivei, la tendinţele existente în politica penală internaţională, în scopul îmbunătăţirii legislaţiei în vigoare, cât şi al compatibilizării legislaţiei penale române cu legislaţia europeană în materie, toate aceste în scopul adaptării pedepsei în raport cu gravitatea faptei, cu persoana infractorului, pentru prevenirea şi combaterea infracţionalităţii.

Bibliografie:

- George Antoniu, 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, Explicaţii preliminare ale noului Cod penal, vol. II (articolele 53-187), Editura Universul Juridic, Bucureşti, 2011

- Al. Boroi, Drept penal. Parte generală, Editura C.H. Beck, Bucureşti, 2008

- Al. Boroi, Drept penal. Partea generală, Conform Noului Cod penal, Editura C.H. Beck, Bucureşti, 2010

- V. Dobrinoiu, Gh. Nistoreanu, I. Pascu, Al. Boroi, I. Molnar, V. Lazăr, Drept penal. Partea generală, Editura Europa Nova, 1997

- V. Dobrinoiu, T. Dima, Drept penal. Partea generală, Editura Lumina Lex, Bucureşti, 2002
- I. Pascu, T. Dima, C. Păun, M. Gorunescu, V. Dobrinoiu, M. A. Hotca, I. Chiş, M. Dobrinoiu, Noul Cod penal comentat, vol. I, Editura Universul Juridic, Bucureşti, 2012
- V. Păvăleanu, Drept penal. Partea generală conform Noului Cod penal, Editura Universul Juridic, Bucureşti, 2012
- I. Ristea, Drept penal, partea generală, Conform prevederilor Noului Cod penal, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2011
- E.G. Simionescu, Recidivismul şi recidiva legală, Editura Universul Juridic, Bucureşti, 2012
- M. Zolyneac, Drept penal-Parte generală, vol. II, Editura Fundaţiei Chemarea, Iaşi, 1992
- M. Zolyneac, Drept penal-Parte generală, vol. III, Editura Fundaţiei Chemarea Iaşi, 1992

Noul Cod penal un pas înainte către o România Europeană

Alexandru ***POROF****[*]

Capitolul I. Consideraţii generale

Elaborarea şi adoptarea unui nou Cod penal reprezintă un moment crucial în evoluţia legislativă a oricărui stat. Decizia de a se trece la elaborarea unui nou Cod penal nu este o simplă manifestare a voinţei politice, ci reprezintă, în egală măsură, un corolar al evoluţiei economico-sociale, dar şi a doctrinei şi jurisprudenţei.

Profundele transformări în plan politic, social şi economic, care au avut loc în societatea românească în cele aproape cinci decenii care au trecut de la adoptarea Codului penal 1968, şi mai ales în perioada de după 1989, nu lasă loc pentru nicio îndoială în privinţa necesităţii adoptării unui nou Cod penal.

Odată cu aderarea ţării noastre la Uniunea Europeană s-au declanşat o serie de mecanisme care au favorizat creşterea infracţionalităţii de tip transfrontalier. Pentru a face faţă acestui fenomen organele judiciare au fost nevoite să se adapteze fenomenului, însă pentru a putea combate acest flagel a fost necesară crearea unui cadru legal adecvat.

În procesul de elaborare a noului Cod penal s-au urmărit următoarele obiective[1]:

1. crearea unui cadru legislativ coerent în materie penală, cu evitarea suprapunerilor inutile de norme în vigoare existente în actualul Cod penal şi în legile speciale;

2. simplificarea reglementărilor de drept substanţial, menită să faciliteze aplicarea lor unitară şi cu celeritate în activitatea organelor judiciare;

3. asigurarea satisfacerii exigenţelor decurgând din principiile fundamentale ale dreptului penal consacrate de Constituţie şi de pactele şi tratatele privitoare la drepturile fundamentale ale omului, la care România este parte;

4. transpunerea în cadrul legislativ penal naţional a reglementărilor adoptate la nivelul Uniunii Europene;

5. armonizarea dreptului penal material român cu sistemele celorlalte state membre ale Uniunii Europene, ca o premisă a cooperării judiciare în materie penală bazată pe recunoaştere şi încredere reciprocă.

Partea generală a noului Cod penal a suferit o serie de modificări importante, mai bine spus se poate afirma că a fost regândit încă din temelii.

Capitolul II. Principalele modificări aduse de noul Cod penal în partea generală

Infracţiunea este definită în noul Cod penal în cadrul art. 15 alin. (1) potrivit căruia „Infracţiunea este fapta prevăzută de legea penală, săvârşită cu vinovăţie, nejustificată şi imputabilă persoanei care a săvârşit-o". Codul penal de la 1968 definea infracţiunea la art. 17 alin. (1) ca fiind fapta care prezintă pericol social, săvârşită cu vinovăţie şi prevăzută de legea penală.

---

[*] Doctorand, Universitatea Titu Maiorescu.

[1] Expunere de motive noul Cod penal, www.just.ro.

Se poate observa că în noul Cod penal se regăsesc doar două dintre elementele esențiale ale infracțiunii care se regăseau în vechiul Cod penal, respectiv ca fapta să fie prevăzută de legea penală precum și vinovăția.

Din perspectiva noului Cod penal existența infracțiunii este condiționată de împlinirea cumulativă a următoarelor 4 trăsături esențiale[1]:

-*tipicitatea* care reclamă îndeplinirea de către fapta săvârșită a tuturor condițiilor prevăzute de norma de incriminare, prin prisma totalității elementelor de ordin obiectiv și subiectiv

-*antijuridicitatea* prin care se subliniază că fapta nu este permisă de ordinea juridică, trăsătură care se determină prin constatarea lipsei incidenței cauzelor justificative

-*imputabilitatea* în sensul că fapta se poate imputa persoanei care a comis-o, trăsătură care se determină prin constatarea lipsei incidenței cauzelor de neimputabilitate

-*vinovăția* cerință prin care se impune ca fapta să fie săvârșită cu forma de vinovăție (intenție, culpă, intenție depășită) cerute de norma specială de incriminare.

Lipsa uneia dintre trăsăturile esențiale duce la inexistența infracțiunii și pe cale de consecință la excluderea răspunderii penale, deoarece infracțiunea este singurul temei al răspunderii penale.

Potrivit art. 16 alin. (6) noul Cod penal „Fapta constând într-o acțiune sau inacțiune constituie infracțiune când este săvârșită cu intenție. Fapta comisă din culpă constituie infracțiune numai când legea o prevede în mod expres". Realizând o paralelă cu reglementarea similară a Codului penal 1968, care prevedea la art. 19 alin. (3) „Fapta constând într-o inacțiune constituie infracțiune fie că este săvârșită cu intenție, fie din culpă, afară de cazul când legea sancționează numai săvârșirea ei cu intenție", se poate trage concluzia că art. 16 alin. (6) noul Cod penal va produce și efecte retroactive, în sensul că va fi considerată o lege de dezincriminare pentru o serie de infracțiune săvârșite din culpă sub imperiul vechiului Cod penal. De exemplu infracțiunea prevăzută la art. 262 Cod penal 1968,nedenunțarea unor infracțiuni putea fi comisă sub aspectul laturii subiective atât cu intenție cât și din culpă, prin prisma art. 19 alin. (3). Cu toate acestea noul Cod penal incriminează la art. 266 aceeași infracțiune, aparent indiferent de forma de vinovăție, însă față de prevederile art. 16 alin. (6), aceasta poate fi comisă doar cu intenție.

Noul Cod penal în cadrul art. 18-31 reglementează cauzele justificative și cauzele de neimputabilitate, care sub imperiul vechii reglementări erau cauze care înlăturau caracterul penal al faptei. Cauzele justificate sunt următoarele: Legitima apărare (art. 19), Starea de necesitate (art. 20), Exercitarea unui drept sau îndeplinirea unei obligații (art. 21) – prevăzut și în Codul penal 1936 precum și în majoritatea legislațiilor europene (art. 20 pct.7 Cod penal spaniol, art. 51 Cod penal italian, art. 36 Cod penal portughez) și Consimțământul persoanei vătămate (art. 21), prevăzut și în legislațiile europene (art. 50 Cod penal italian, art. 38 Cod penal portughez). Ultimele două cauze justificative enumerate nu se regăsesc și în vechea legislație.

O modificare importantă a fost adusă de noul Cod penal în privința pluralității de infracțiuni. Astfel în cazul concursului de infracțiuni prevăzut la art. 38 noul Cod penal calculul pedepsei rezultante se realizează în două etape: se stabilește pedeapsa pentru fiecare infracțiune în parte, apoi la pedeapsa cea mai grea se aplică *un spor obligatoriu de 1/3* din totalul celorlalte pedepse. În situația în care s-a stabilit o pedeapsă cu închisoare și o pedeapsă cu amendă, la pedeapsa închisorii se adaugă în întregime pedeapsa amenzii.

[1] T. Toader, „*Noul Cod penal. Comentarii pe articole*", Ed. Hamangiu, București, 2014, p. 49.

Acest tip de sistem sancționator îngrădește libertatea judecătorului de a stabili un cuantum a pedepsei echitabil după libera sa conștiință și apreciere putând duce în anumite situații la aplicarea unor pedepse absurde. De exemplu în ultima perioadă se practică înșelăciunea prin telefon, care se realizează prin inducerea în eroare a persoanei vătămate cu privire la existența unui accident cu victime în care a fost implicată o rudă apropiată, iar în schimbul unei sume de bani se promite că ruda va fi ajutată să scape din acel impas. Problema este că în cazul acestui tip de infracțiuni există uneori chiar și 200 de victime. Dacă o singură infracțiune din cele 200 a fost comisă după data de 1 februarie 2014, data de intrare în vigoare a noului Cod penal, conform legii de punere în aplicare a noul Cod penal regimul de sancționare pentru concursul de infracțiuni va fi cel prevăzut de noul Cod penal. Potrivit art. 244 noul Cod penal, înșelăciunea săvârșită prin mijloace frauduloase sau prin folosirea de nume mincinoase se pedepsește cu închisoarea de 1 la 5 ani. Dacă se presupune că judecătorul stabilește pentru fiecare infracțiune pedeapsa de 1 an închisoare, iar apoi aplică regulile de la concursul de infracțiuni, reiese o pedeapsă rezultantă în cuantum de 67 ani și 4 luni de închisoare.

Având în vedere limitele generale ale pedepsei închisorii, prevăzute de art. 60 noul Cod penal, judecătorul va fi nevoit să aplice o pedeapsă de 30 de ani închisoare, ceea ce este absurd din prisma gravității infracțiunilor ce au fost comise.

Regimul de sancționare a recidivei postcondamnatorii (art. 42 noul Cod penal) a fost schimbat față de vechea reglementare prin aplicarea cumulului aritmetic.

O modificare a suferit și regimul de sancționare a recidivei postexecutorii prin majorarea *obligatorie* cu jumătate a limitelor de pedeapsă prevăzute de lege.

Spre deosebire de vechea legislație care prevedea că sancționarea recidivei internaționale (primul termen al recidivei este format dintr-o condamnare pentru o infracțiunea săvârșită în străinătate) era facultativă, noua lege penală prevede sancționarea obligatorie al acestei recidive dacă sunt îndeplinite două condiții: să existe dublă incriminare și hotărârea judecătorească străină să fie recunoscută potrivit legii. De la obligativitatea dublei incriminări există o excepție prevăzută de Legea 302/2004 la art. 239 alin. (1) pentru un număr de 38 de infracțiuni (participarea la un grup criminal organizat, terorismul, traficul de persoane, exploatarea sexuală a copiilor şi pornografia infantilă, traficul ilicit de droguri şi substanţe psihotrope,traficul ilicit de arme, muniţii şi substanţe explozive, corupţia, frauda, inclusiv cea care aduce atingere intereselor financiare ale Comunităţilor Europene în înţelesul Convenţiei din 26 iulie 1995 privind protecţia intereselor financiare ale Comunităţilor Europene, spălarea produselor infracţiunii;falsificarea de monedă, inclusiv contrafacerea monedei euro, fapte legate de criminalitatea informatică, infracţiuni împotriva mediului, inclusiv traficul ilicit de specii animale pe cale de dispariţie şi de specii şi soiuri de plante pe cale de dispariţie, facilitarea intrării şi şederii ilegale, omorul, vătămarea corporală gravă, traficul ilicit de organe şi ţesuturi umane, răpirea, lipsirea de libertate în mod ilegal şi luarea de ostateci; rasismul şi xenofobia, furtul organizat sau armat, traficul ilicit de bunuri culturale, inclusiv antichităţi şi opere de artă, înşelăciunea, racketul şi extorcarea de fonduri, contrafacerea şi pirateria produselor;falsificarea de acte oficiale şi uzul de fals, falsificarea de mijloace de plată, traficul ilicit de substanţe hormonale şi alţi factori de creştere, traficul ilicit de materiale nucleare sau radioactive, traficul de vehicule furate, violul, incendierea cu intenţie,crime aflate în jurisdicţia Curţii Penale Internaţionale,sechestrarea ilegală de nave sau aeronave, sabotajul, comportamente care încalcă reglementările privind traficul rutier, inclusiv încălcări ale reglementărilor privind orele de condus şi perioadele de odihnă şi reglementările privind bunurile periculoase, contrabanda cu mărfuri,încălcarea drepturilor de proprietate intelectuală, ameninţări şi acte de violenţă împotriva persoanelor, inclusiv violenţa din cadrul

evenimentelor sportive, prejudicii supuse legii penale, furtul), situație în care analiza dublei incriminări numai este necesară, hotărârile emise de statul emitent fiind recunoscute și executate.

O altă schimbare de optică a fost adusă de noul Cod penal prin schimbarea ordinii de aplicare a stărilor sau cauzelor de agravare a pedepsei ordinea fiind următoarea: circumstanțe agravante, infracțiune continuată, recidivă postexecutorie, concurs, recidivă postcondamnatorie, pluralitate intermediară.

Noul Cod penal menține aceeași optică în privința tipurilor de pedepse principale ce pot fi aplicate infractorului major. Pedepsele principale sunt prevăzute la art. 53 noul Cod penal acestea fiind următoarele: detențiunea pe viață, pedeapsa închisorii (15 zile – 30 de ani) și pedeapsa amenzii penale.

Instituția amenzii penale a fost reformată complet astfel conferind judecătorului o mai mare putere de apreciere în stabilirea cuantumului acesteia. Cuantumul pedepsei amenzii penale se stabilește prin sistemul zilelor-amendă. Suma corespunzătoare unei zile-amendă este cuprinsă între 10 lei și 500 lei care se înmulțește cu numărul zilelor-amendă care este cuprins între 30 de zile și 400 de zile. Cuantumul corespunzător unei zile-amendă se stabilește ținând seama de situația materială a condamnatului și de obligațiile legale ale condamnatului față de persoanele aflate în întreținerea sa.

Acest sistem de aplicare a pedepsei amenzii este întâlnit în codurile penale din Germania (§ 40), Spania (art. 50), Franța (art. 131-5), Portugalia (art. 47), Elveția (art. 34, în vigoare de la 1 ianuarie 2007), Suedia (cap. 25, secțiunea 1), Finlanda (cap. 2 secțiunea 4).

Numărul zilelor-amendă se stabilește după următoarele limite speciale:

-60 și 180 de zile, când legea prevede pentru infracțiunea săvârșită numai pedeapsa amenzii;

-120 și 240 de zile, când legea prevede pentru infracțiunea săvârșită pedeapsa amenzii alternativ cu pedeapsa închisorii de cel mult 2 ani;

-180 și 300 de zile, când legea prevede pentru infracțiunea săvârșită pedeapsa amenzii alternativ cu pedeapsa închisorii mai mare de 2 ani.

Potrivit art. 187 noul Cod penal „prin pedeapsa prevăzută de lege se înțelege pedeapsa prevăzută în textul de lege care incriminează fapta săvârșită în formă consumată, fără luarea în considerare a cauzelor de reducere sau majorare a pedepsei.

Noua lege penală permite majorarea *facultativă* a limitelor speciale ale zilelor-amendă cu o 1/3 dacă prin infracțiunea săvârșită s-a urmărit obținerea unui folos patrimonial.

Noul Cod penal aduce o inovație prin care permite judecătorului posibilitatea să aplice pe lângă pedeapsa închisorii și pedeapsa amenzii, în situația în care prin săvârșirea infracțiunii s-a urmărit obținerea unui folos patrimonial.

În situația în care condamnatul se află în imposibilitatea obiectivă să achite amenda stabilită prin condamnare, judecătorul delegat cu executarea are posibilitate să înlocuiască modalitatea de executare a acesteia, cu consimțământul persoanei condamnate, cu prestarea unei munci neremunerate în folosul comunității, cu excepția situației în care condamnatul datorită stării sale de sănătate nu poate presta o astfel de muncă. Unei zile-amendă îi corespunde o zi de muncă în folosul comunității [art. 63 alin. (3)].

Obligația de a presta o munca neremunerată în folosul comunității încetează prin plata amenzii sau a restului rămas de plată prin scăderea zilelor-amendă executate prin munca neremunerată în folosul comunității.

Vechea legislație penală permitea înlocuirea pedepsei amenzii penale cu pedeapsa închisorii numai în situația în care legea prevedea pentru infracțiunea pentru care a fost

condamnat infractorul pedeapsa închisorii alternativ cu pedeapsa amenzii, iar aplicarea pedepsei amenzii penale nu a fost stabilită datorită reținerii circumstanțelor atenuante. Noua legislație elimină acele obstacole prevăzute de legislația veche, permițând judecătorului înlocuirea amenzii penale cu închisoarea chiar atunci când potrivit legii pentru care a fost condamnat infractorul este prevăzută doar pedeapsa unică a amenzii sau atunci când pedeapsa amenzii penale a fost aplicată datorită reținerii circumstanțelor atenuante.

Noua lege penală nu aduce modificări esențiale în privința circumstanțelor legale atenuante și a circumstanțelor agravante legale, acestea în principiu având aceeași reglementare ca și în vechea reglementare. În privința circumstanțelor agravante judiciare, noua legislație nu mai permite reținerea lor, prin prisma faptului că reținerea acestora ar intra în conflict cu art. 7 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului.

În privința efectelor circumstanțelor atenuante, realizând o paralelă cu vechea legislație, acestea sunt mai diminuate, limitele speciale prevăzute de lege reducându-se cu 1/3, iar în situația în care legea prevede obligativitatea aplicării unei pedepse complementare reținerea circumstanțelor atenuante nu mai oferă judecătorului posibilitatea de nu a mai aplica o astfel de pedeapsă.

Noul Cod penal în cadrul art. 80-82 reglementează o instituție nouă „renunțarea la aplicarea pedepsei". Judecătorul poate renunța la aplicarea pedepsei atunci când în raport de persoana infractorului și de gravitatea infracțiunii comise apreciază că nu este oportună aplicarea unei pedepse datorită consecințelor negative pe care aplicarea pedepsei le-ar avea asupra persoanei infractorului. Infractorii pot beneficia de această instituție dacă nu au antecedente penale iar pedeapsa prevăzută de lege este închisoarea de până la 5 ani.

Renunțarea la aplicarea pedepsei s-ar putea aplica, de exemplu, în situația în care un infractor major fără antecedente penale sustrage o pungă de cartofi aflată pe marginea unui drum public.

Reglementarea instituției renunțării la aplicarea pedepsei a fost necesară datorită eliminării din definiția infracțiunii a sintagmei „fapta care prezintă pericol social", astfel dând posibilitatea judecătorului pe anumite cazuri concrete să aibă posibilitatea de a nu aplica o pedeapsă.

Instituția renunțării la aplicarea pedepsei este reglementată și în legislația germană (§ 60 Cod penal), portugheză (art. 60 şi 74 Cod penal), franceză (art. 132-58 Cod penal), elveţiană (art. 53 – 54 Cod penal).

Noua lege penală modifică în totalitate regimul de sancționare a infractorilor minori. Infractorilor minori cu vârsta între 14-18 ani le pot fi aplicate *numai măsuri educative* nu și pedepse cum permitea vechea legislație.

Măsurile educative pot fi neprivative de libertate sau privative de libertate. Regula în această materie este reprezentată de aplicarea unei măsuri neprivative de libertate, excepția fiind aplicarea unei măsuri privative de libertate în situația în care pedeapsa prevăzute de lege este închisoare de 7 ani sau mai mare iar minorului i-a mai fost aplicată o măsură educativă neprivativă de libertate, însă acesta comite din nou o infracțiune.

Măsurile educative neprivative de libertate sunt: stagiul de formare civică (poate fi dispusă pe o perioadă de cel mult 4 luni), supravegherea (poate fi dispusă pe o perioadă cuprinsă între 2-6 luni), consemnarea la sfârșit de săptămână (poate fi dispus pe o perioadă cuprinsă între 4-12 săptămâni) precum și asistarea zilnică (poate fi dispusă pe o perioadă cuprinsă între 3-6 luni).

Măsurile educative privative de libertate sunt: internarea într-un centru educativ (poate fi dispusă pe o perioadă cuprinsă între 1-3 ani) și internarea într-un centru de

detenţie (care poate fi dispusă pe o perioadă cuprinsă între 2-5 ani, cu excepţia situaţiei în care pedeapsa prevăzută de lege pentru infracţiunea săvârşită este închisoarea de 20 de ani sau mai mare sau detenţiunea pe viaţă, când poate fi dispusă pe o perioadă de 5-15 ani).Durata măsurii este compatibilă cu reglementările şi practicile internaţionale (spre exemplu, Rezoluţia Congresului Asociaţiei Internaţionale de Drept Penal adoptată la Beijing în 2004 recomandă statelor să nu prevadă în cazul minorilor sancţiuni privative de libertate care să depăşească 15 ani).

Noul Cod de procedură penală, spre deosebire de vechea legislaţie procesuală, nu mai acordă suspecţilor/inculpaţilor minori o poziţie procesuală privilegiată, fiind supuşi în aceeaşi măsură ca şi suspecţii/inculpaţii majori unui termen de decădere pentru a se putea constitui ca parte civilă în procesul penal, iar în cazul se dispun măsuri preventive trebuie îndeplinite aceleaşi condiţii ca şi la majori.

Modelul care a inspirat reglementarea din noua lege penală este Legea Organică nr. 5/2000 privind reglementarea răspunderii penale a minorilor din Spania (modificată prin Legea Organică nr. 8/2006), dar s-au avut în vedere şi reglementări din dreptul francez (Ordonanţa din 2 februarie 1945 cu modificările ulterioare), dreptul german (Legea tribunalelor pentru minori din 1953 cu modificările ulterioare) şi dreptul austriac (Legea privind justiţia juvenilă din 1988).

Capitolul III. O analiză de ansamblu a părţii speciale ale noului Cod penal

Partea specială cuprinde principalele infracţiuni, grupate în funcţie de valorile sociale a căror ocrotire se realizează prin incriminare. Au fost avute în vedere, spre a fi incluse în partea specială a Codului, categoriile de infracţiuni cu care realitatea vieţii sociale se confruntă în mod frecvent, cele prin care se aduce atingere unor valori sociale fundamentale pentru o societate democratică, dar şi faptele a căror incriminare este impusă de dezvoltarea societăţii contemporane.

În ceea ce priveşte partea specială, sub aspectul sistematizării, s-a renunţat la structura codurilor penale anterioare, fiind reglementate mai întâi infracţiunile care aduc atingere persoanei şi drepturilor acesteia şi abia după aceea infracţiunile care aduc atingere atributelor statului.

Această structură se regăseşte la majoritatea codurilor europene recente Austria, Spania, Franţa, Portugalia, etc. şi reflectă concepţia actuală privind locul individului şi al drepturilor şi libertăţilor acestuia în ierarhia valorilor care se bucură de protecţie, inclusiv prin mijloace penale.

Noua lege penală reduce semnificativ maximul special al pedepsei la majoritatea infracţiunilor. Spre exemplu furtul (art. 209 Cod penal 1968) era sancţionat cu o pedeapsă cuprinsă între 1 an şi 12 ani închisoare, iar potrivit noii legislaţii este sancţionat cu pedeapsa închisorii cuprinsă 6 luni şi 3 ani sau pedeapsa amenzii.

În privinţa minimului special al pedepsei, legiuitorul nu a menţinut aceeaşi optică de reducere, existând numeroase infracţiuni a căror limită minimă specială a crescut, chiar dacă maximul special a scăzut. Ca şi exemple putem reţine următoarele infracţiuni: determinarea sau înlesnirea sinuciderii (3-7 ani închisoare comparativ cu pedeapsa prevăzută de legea penală veche 2-7 ani închisoare), lovirile sau vătămările cauzatoare de moarte (6-12 ani închisoare comparativ cu pedeapsa prevăzută de legea penală veche 5-15 ani închisoare), falsul material în înscrisuri oficiale (6 luni la 3 ani închisoare comparativ cu pedeapsa prevăzută de legea veche 3 luni – 3 ani închisoare).

Din analiza părţii speciale a noului Cod penal se poate observa o creştere semnificativă a pedepselor cu închisoarea prevăzute alternativ cu pedeapsa amenzii

penale. Se poate observa o schimbare a politicii penale prin accentuarea sancționării de tip pecuniar, modificare susținută și prin posibilitatea instanței de a aplica pentru aceeași infracțiune pe lângă pedeapsa închisorii și pedeapsa amenzii dacă prin săvârșirea faptei s-a urmărit realizarea unui folos material. Un alt argument care releva accentuarea caracterului pecuniar ale pedepselor este mărirea semnificativă ale limitelor generale ale amenzii penale prin noua lege la 300 lei – 200.000 lei, față de vechea legislație care prevedea limite cuprinse între 100 lei – 50.000 lei.

Noua lege penală se adaptează noilor realități sociale precum și a dezvoltării tehnologiei informatice, care în ziua de azi a devenit indispensabilă pentru majoritatea cetățenilor români, prin incriminarea ca infracțiuni a unor noi fapte. Ca și exemple se pot reține următoarele infracțiuni: uciderea la cererea victimei (art. 190), vătămarea fătului (art. 202), hărțuirea (art. 208), racolarea minorilor în scopuri sexuale (art. 222), violarea sediului profesional (art. 225), violarea vieții private (art. 226), abuzul de încredere prin fraudarea creditorilor (art. 239), înșelăciunea privind asigurările (art. 245), exploatarea patrimonială a unei persoane vulnerabile (art. 247), obstrucționarea justiției (art. 271), răzbunarea pentru ajutorul de justiției (art. 274), folosirea abuzivă a funcției în scop sexual (art. 299), falsificarea unei înregistrări tehnice (art. 324).

Prin implementarea noii legislații penale s-a urmărit uniformizarea soluțiilor date de instanțe, privind încadrarea juridică a unor infracțiuni, astfel fiind eliminate controversele apărute atât în practica judiciară cât și în doctrina de specialitate. Noul Cod penal nu mai consacră agravanta din art. 178 alin. (3) Cod penal 1968, care exista atunci când uciderea din culpă a unei persoane era săvârșită de un conducător de vehicul cu tracțiune mecanică, având în sânge o îmbibație alcoolică ce depășea limita legală sau care se afla în stare de ebrietate. În baza noii legi, faptele respective vor fi încadrate sub aspectului concursului de infracțiuni, eliminând astfel și controversele existente, atât în literatura de specialitate cât și în practica judiciară atât sub aspectul concursului ori a unei infracțiuni complexe.

O altă controversă care a dispărut odată cu intrarea în vigoare a noii legi penale este reprezentată de încadrarea juridică a faptei de pătrundere prin efracție într-o locuință în scopul însușirii unor bunuri. În practica judiciară fapta respectivă a primit două încadrări juridice distincte: sub formei unei infracțiuni complexe de furt calificat săvârșită prin efracție [art. 209 alin. (1) lit. i)] precum și sub forma pluralității de infracțiuni, a concursului de infracțiuni, dintre infracțiunea furt calificat [art. 209 alin. (1) lit. i] și infracțiunea de violare de domiciliu (art. 192). Noul Cod penal pune capăt acestei controverse prin legiferarea expresă la art. 229 alin. (2) lit. b) a furtului săvârșit prin violare de domiciliu sau sediu profesional ca o infracțiune complexă unică.

Concluzii

Începând cu data de 01 februarie 2014, România are un nou Cod penal modernizat care restructurează principalele instituții penale existente și introduce noi instituții penale pentru a răspunde noilor provocări ale realităților sociale.

Eficiența unei noi legi penale se poate observa în decursul unei perioada mai mari de timp prin reducerea numărului de infracțiuni comise, scăderea numărului de infractori care recidivează în timpul executării pedepsei sau după executarea acesteia precum și prin recuperarea prejudiciul material creat statului.

Un prim test la care este supus noul Cod penal este reprezentat de aplicarea legii penale mai favorabile până la judecarea definitivă a cauzei. În practica judiciară există controverse privind aplicarea legii penale mai favorabile, unele instanțe consideră că legea penală mai favorabilă se aplică în ansamblul ei, iar alte instanțe consideră că legea

penală mai favorabilă se stabileşte prin analiza fiecărei instituţii în parte (concurs, recidivă, infracţiune continuată, circumstanţe atenuante, circumstanţe agravante, prescripţie etc.), astfel fiind posibilă combinarea unor dispoziţii ale legii penale vechi cu dispoziţii din legea penală nou.

O astfel de practică neunitară este foarte periculoasă deoarece pot exista diferenţe foarte mari între pedepsele aplicate. Astfel, în situaţia unui infractor judecat după intrarea în vigoare a noului Cod penal pentru un concurs format din 2 infracţiuni de furt calificat săvârşite de o persoană având asupra sa o armă (pedeapsa prevăzută de noul Cod penal închisoare 2-7 ani, pedeapsa prevăzută de Codul penal 1968 închisoare 3-15 ani) şi 2 infracţiune de înşelăciune prin folosirea de nume mincinoase(pedeapsa prevăzută de noul Cod penal închisoare 1-5 ani, pedeapsa prevăzută de Codul penal 1968 închisoare 3-15 ani) săvârşite sub imperiul vechii legislaţii penale pentru care instanţa optează să aplice minimul special al pedepsei pentru fiecare infracţiune în parte, dacă instanţa consideră că legea penală mai favorabilă se aplică în ansamblul ei, noul Cod penal este legea mai favorabilă sub aspectul pedepsei pentru fiecare infracţiune în parte, însă pedeapsa rezultantă este 3 şi 6 luni închisoare.

Prin adoptarea punctului de vedere al aplicări legii penale mai favorabile pe instituţii penale, pedeapsa rezultantă ar fi de numai 2 ani închisoare.

Practica actuală a Curţii Constituţionale[1] este în sensul de aplica legea penală mai favorabilă în ansamblul ei.

Deşi la o primă vedere noua lege penală pare mai blândă sub aspectul sancţionator, se poate observa că această scădere a pedepselor este contrabalansată de cauzele de agravare (concurs, recidivă, pluralitate intermediară), de reducerea efectelor circumstanţelor atenuante precum şi de obligativitatea aplicării unor pedepselor complementare unui număr mult mai ridicat de infracţiuni, încât se poate concluziona că noua lege penală nu este mai blândă în toate situaţiile.

Bibliografie

1. Boroi Alexanru, „Drept penal. Partea Specială”, Ed. C.H.Beck, 2011;
2. Jidovu Nicu, „Drept procesual penal. Parte Generală, Ed. Sitech, 2014;
3. Pascu Ilie, „Noul Cod penal comentat. Parte Generală, Ed. Universul Juridic, 2014
4. Tudorel Toader, „Noul Cod penal. Comentarii pe articole”, Ed. Hamangiu, 2014;
5. Udroiu Mihail, „Drept Penal. Parte Generală. Noul Cod penal”, Ed. C.H. Beck, 2014;
6. Udroiu Mihail, „Drept Penal. Parte Specială. Noul Cod penal”, Ed. C.H. Beck, 2014;
7. Udroiu Mihail, „Procedură Penală. Parte Generală”, Ed. C.H. Beck, 2014

[1] Deciziile nr. 1470 şi nr. 1483/2011, www.ccr.ro.

Răspunderea penală a notarului public

Ionuţ Alexandru ***TOADER****

Abstract: *În dreptul penal român, noțiunea de funcționar public are un sens foarte larg, incluzând toate categoriile de persoane care activează în administrația publică, atât funcționari publici și angajații obișnuiți. Se pune problema astfel dacă notarul public intra sau nu în această categorie.*

Funcționarii publici sunt obligați să își exercite atribuțiile în mod corect și prompt în interesul cetățenilor. Acesta este motivul pentru care legea penală protejează prestigiului funcționarilor publici, dar stabilește măsuri severe în cazul în care încalcă legea.

Cuvinte cheie: *notar public, funcționari publici, drept penal român*

Titlul de notar public a reapărut în România la câţiva ani după prăbuşirea dictaturii comuniste. În timpul dictaturii comuniste notarul era funcţionar într-un Notariat de Stat.

În contextul în care la data de 1 ianuarie 2013 a intrat în vigoare şi noua Lege a notarilor publici, Legea 36/1995, iar la mai puţin de un an de zile, la 1 februarie 2014 a intrat în vigoare Noul Cod Penal iar în 2013, este de actualitate tema răspunderii penale a notarului public.

În doctrină şi jurisprudenţă s-a pus problema răspunderii penale a notarului public pentru infracţiunile de serviciu sau în legătură cu serviciul, precum şi pentru infracţiunile de fals în înscrisuri. Astfel trebuie analizat dacă notarul public are calitate de funcţionar public sau nu.

Legea penală acordă o atenție deosebită funcției publice şi implicit titularului acesteia: funcționarul public. Motivul este determinat de rolul pe care îl are funcționarul public în organizarea şi prestarea serviciilor publice naționale şi locale, activitatea desfăşurată în acest sens fiind de un real interes atât pentru stat, cât şi pentru cetățenii săi. De aceea funcționarii publici au datoria să-şi îndeplinească în mod corect atribuțiile şi să rezolve cu promptitudine sarcinile de serviciu ce intră în competența lor.

Tocmai acest aspect îl determină pe legiuitorul penal că, prin măsuri legale, să ocrotească prestigiul funcției publice şi implicit pe cel al funcționarului public, dar în acelaşi timp să instituie şi sancțiuni pentru faptele nedemne ale unora care pot genera prejudicii însemnate atât cetățeanului de rând, autorităților publice locale, cât şi statului român[1]. Astfel pentru o protecție cât mai eficientă a relațiilor sociale legate de bună desfăşurare a activității organelor publice de stat şi locale precum şi a apărării intereselor legale ale cetățenilor, legiuitorul penal a definit noțiunea de funcționar public şi pe cea de funcționar în aşa fel încât să răspundă cât mai bine unor asemenea exigențe.

---

* Doctorand, Universitatea „Titu Maiorescu”.

[1] George Antoniu, Ștefan Daneş, Maria Popa, *Codul penal pe înțelesul tuturor*, ediția a- VII-a, Ed. Juridică, Bucureşti, 2002, p. 232-233.

Într-o primă opinie[1] se consideră că notarul public nu poate fi subiect activ al infracţiunilor de serviciu sau în legătură cu serviciul.

Faţă de conţinutul Legii nr. 188/1999 privind statutul funcţionarilor publici este exprimată ideea că notarul public nu este funcţionar public deoarece, funcţionarul public se află într-un raport de serviciu (raport de muncă) cu o instituţie publică, primeşte un salariu, are anumite atribuţii şi sarcini de serviciu ce trebuie realizate, este subordonat faţă de angajator, are dreptul la despăgubire dacă a suferit o pagubă în timpul îndeplinirii sarcinilor de serviciu, etc.. Ca urmare, aceste elemente caracteristice, care definesc pe funcţionarul public, nu se regăsesc în cazul notarului public.

Caracterizarea unor fapte penale, nu se poate face numai prin prisma prevederilor din Codul penal, făcând abstracţie de reglementările din Legea nr. 36/1995 a notarilor publici şi a activităţii notariale, Legea nr. 188/1999 privind statutul funcţionarilor publici şi legislaţia civilă în general. Numai ţinând seama şi de aceste reglementări putem face o diferenţiere între răspunderea penală şi celelalte forme de răspundere juridică şi să stabilim condiţiile în care notarul public poate răspunde penal.

Notarul public îşi îndeplineşte sarcinile profesionale în cadrul unor proceduri speciale necontencioase notariale, reglementate prin Legea nr. 36/1995, a notarilor publici şi a activităţii notariale. Cele mai importante acte, prin consecinţele pe care le produc pe plan judiciar, economic şi social, se îndeplinesc de către notarul public în cadrul procedurii de autentificare a actelor şi a procedurii succesorale notariale. Procedurile speciale necontencioase notariale nu sunt singurele proceduri speciale necontencioase din legislaţia noastră procesuala, deoarece Codul de procedura civilă, şi unele legi speciale, reglementează diferite proceduri speciale necontencioase, acestea fiind îndeplinite de judecători, de notarii publici, precum şi de persoane numite sau desemnate să îndeplinească unele proceduri speciale necontencioase.

O a doua opinie este cea prin care notarul public nu este, funcţionar public dar este asimilat acestei categorii şi răspunde că atare.

Dacă art.147 din Vechiul Cod Penal nu era atât de clar şi crea confunzii, art. 175 din Noul Cod Penal unde este definită noţiunea de funcţionar public va clarifica aceste aspecte.

Modificări importante cu privire la definirea conceptului de funcționar public sunt aduse de noul Cod penal. Potrivit art. 175, al. 1 din acest act normativ, *funcționar public*, în sensul legii penale, este persoana care, cu titlu permanent său temporar, cu sau fără o remunerație:

A). Exercită atribuții și responsabilități, stabilite în temeiul legii, în scopul realizării prerogativelor puterii legislative, executive sau judecătorești;

B). Exercită o funcție de demnitate publică sau o funcție publică de orice natură;

C). Exercită, singură sau împreună cu alte persoane, în cadrul unei regii autonome, al altui operator economic sau al unei persoane juridice cu capital integral sau majoritar de stat ori al unei persoane juridice declarate ca fiind de utilitate publică, atribuții legate de realizarea obiectului de activitate al acesteia. De asemenea, potrivit al.2 al aceluiași articol, este considerat funcționar public și persoana care exercită un serviciu de interes

[1]Gheorghe Dobrican, Raspunderea penala a notarului public, Revista Dreptul nr.8/2000

public pentru care a fost învestită de autoritățile publice sau care este supusă controlului ori supravegherii acestora cu privire la îndeplinirea respectivului serviciu public. Iar cât priveşte termenul de *public*, acesta este definit în art.176 noul Cod penal ca fiind tot ce priveşte autoritățile publice, instituțiile publice sau alte persoane juridice care administrează sau exploatează bunurile proprietate publică.

Art. 175 alin. (2) Cod penal asimilează funcționarului public şi persoana care exercită un serviciu de interes public pentru care a fost învestită de autoritățile publice sau care este supusă controlului ori supravegherii acestuia cu privire la îndeplinirea respectivului serviciu public. Sunt incluşi particularii care primesc gestiunea unui serviciu public național sau local, economic sau socio-cultural, devenind astfel de utilitate publică[1]. Astfel sunt considerați ca fiind funcționari publici şi persoanele fizice care exercită o profesie de interes public pentru care este necesară o abilitare specială a autorităților publice. Este cazul uneiprofesii liberale precum notariatul.[2]

Referitor la reglementarea conceptului de funcționar public, se remarcă, lucru binevenit de altfel, o schimbare de optică a legiuitorului penal în sensul renunțării la o interpretare extensivă a acestei noțiuni şi, în acelaşi timp, o apropiere de conceptul similar din dreptul administrativ, unde se pune accent pe ceea ce este cu adevărat esențial pentru un funcționar public: prerogativa de putere publică; precum şi renunțarea definitivă la reglementarea, în noul Cod penal, a noțiunii de funcționar. Totuşi nu putem trece peste carențele care privesc definirea funcționarului public, neajunsuri ce îşi au originea atât în imposibilitatea determinării sferei complete a noțiunii de funcționar public dar şi permanentă suprapunere cu sfera altor noțiuni similare[3].

Astfel este dată o definiție mult mai strictă a noțiunii de funcționar public menită să oglindească cu mai multă rigoare realitățile existente în societatea noastră şi în acelaşi timp să pună capăt şi controverselor din doctrină referitoare la corectă înțelegere a conceptului. Acesta este şi motivul pentru care s-a renunțat la reglementarea noțiunii de funcționar, care nu este actualmente corect definită din punct de vedere al logicii formale deoarece sub aceeaşi denumire sunt incluse două realități antinomice: funcționarul public şi salariatul-funcționar[4].

De asemenea, unele dintre persoanele care exercită profesii liberale sunt considerate „funcţionari publici "în condiţiile art. 175 alin. (2) din noul Cod penal, atunci când, deşi funcţionează în baza unei legi speciale şi nu sunt finanţate de la bugetul de stat, exercită un serviciu de interes public şi este supusă controlului său supravegherii unei autorităţi publice.

Astfel în practică judiciară, cea de pe Codul Penal anterior, au existat mari probleme în privinţa încadrării sau nu a notarului public în categoria funcţionarului public.

A fost ridicată expectia de neconstituţionalitate[5] referitor la asimiliarea notarului public cu funcţionarul public, iar Curtea de Apel Bucureşti - Secţia I penala apreciază

---

[1] Ana Vasile, *Prestarea serviciilor publice prin agenți privați*, Ed. All Beck, Bucureşti, 2003, p. 191 şi urm.

[2] Mihai A. Hotca, *Noul Cod penal şi Codul penal anterior. Aspecte diferențiale şi situații tranzitorii, Ed. Hamangiu, Bucureşti*, 2009, p. 166-167.

[3] I. Brad, *Câteva aprecieri referitoare la sfera noțiunii de funcție publică de autoritate*, în Revista Dreptul nr. 3/2004, p. 143.

[4] A. Salan, *Falsuri în inscrisuri. Observații critice*, în Revista de Drept penal nr. 1/2002, p. 87.

[5] Decizia nr. 276 din 24 octombrie 2002, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 832 din 19 noiembrie 2002

excepţia de neconstituţionalitate ca fiind nefondată. Noţiunile de funcţionar public şi funcţionar sunt de domeniul Legii. Ele sunt definite în art. 147 din Codul penal anterior şi în Legea nr. 188/1999 privind Statutul funcţionarilor publici, deosebirile dintre cele două reglementări nu constituie o problemă de contencios constituţional, ci una de aplicare a Legii, fiind de competenta instanţelor judecătoreşti.

Numai judecătorul poate stabili condiţiile în care se poate angaja răspunderea penală pentru infracţiunile de serviciu, atât a funcţionarilor publici, cât şi a altor funcţionari. Ca urmare, şi notarul public poate fi subiect al infracţiunilor de serviciu. Cu privire la critică de neconstituţionalitate a dispoziţiilor art. 145 din Codul penal, instanţă arata ca legiuitorul nu şi-a propus o explicare a noţiunii de proprietate publică şi a termenului "public" raportat numai la noţiunea de proprietate, ci şi la tot ce priveşte autorităţile publice, instituţiile publice sau alte persoane juridice de interes public, serviciile de interes "public". În categoria de persoana juridică, în sensul arătat, se înscrie şi notarul public.

Preşedintele Camerei Deputaţilor considera că prevederile legale criticate sunt constituţionale. Se arata că, din conţinutul Legii notarilor publici şi a activităţii notariale nr. 36/1995, rezulta că notarul public este investit să îndeplinească un serviciu de interes public, iar actul notarial are forţă probanta şi caracterul unui act de autoritate publică. Termenul "public" definit în art. 145 din Codul penal anterior are o cuprindere mai mare decât acela de "proprietate publică". Termenul nu se raportează numai la noţiunea de proprietate, ci şi la alte instituţii şi servicii de interes public, care pot avea la baza proprietatea privată. În sprijinul ideii că activitatea notarială implica exercitarea unei funcţii publice se invoca dispoziţiile art. 5, 12 şi 13 din Legea nr. 36/1995(anterioară), care prevăd ca activitatea notarială este defasurata şi de alte organe şi instituţii, cum sunt secretarii consiliilor locale, misiunile diplomatice şi oficiile consulare din străinătate, unele instituţii şi agenţi economici. În baza art. 4 din Legea nr. 36/1995(anterioară), actul îndeplinit de notarul public, purtând sigiliul şi semnătura acestuia, este de autoritate publică şi are forţă probanta prevăzută de Lege.

Denumirea de notar public evoca sugestiv conţinutul funcţiei publice pe care o exercita.

Guvernul considera că excepţia de neconstituţionalitate a dispoziţiilor art. 145 şi 147 din Codul penal anterior este neîntemeiată. Noţiunile de funcţionar public şi funcţionar, aşa cum sunt definite în Codul penal, nu încalca o prevedere expresă a Constituţiei, întrucât aceste noţiuni nu au primit o definiţie constituţională. Atât Codul penal, cât şi Legea nr. 188/1999 sunt legi organice, iar neconcordanţa dintre art. 147 din Codul penal şi dispoziţiile Legii nr. 188/1999, invocata de autorul excepţiei, nu ridica o problemă de ordin constituţional, ci una de interpretare juridică. De altfel, Curtea Constituţională s-a pronunţat în sensul că dispoziţiile art. 145 şi 147 din Codul penal sunt conforme cu prevederile Constituţiei.

Avocatul Poporului apreciază ca dispoziţiile art. 145 şi 147 din Codul penal nu contravin Constituţiei, deoarece: "Notarul public este investit să îndeplinească un serviciu de interes public şi are statutul unei funcţii autonome." Totodată, art. 4 din aceeaşi Lege prevede că "Actul îndeplinit de notarul "public", purtând sigiliul şi semnătura acestuia, este de autoritate publică şi are forţă probanta prevăzută de Lege."

Prin art. 145 din Codul penal anterior, legiuitorul şi-a propus să explice înţelesul termenului "public", raportat atât la noţiunea de proprietate, cât şi la tot ce priveşte autorităţile publice, instituţiile publice, instituţiile sau alte persoane juridice de interes public, administrarea, folosirea sau exploatarea bunurilor proprietate publică, serviciile

de interes public, precum şi bunurile de orice fel care, potrivit Legii, sunt de interes public. Din aceste prevederi rezulta că legiuitorul stabileşte înţelesul termenului "public" şi în raport cu serviciile de interes public. Întrucât Constituţia României nu defineşte noţiunile de funcţionar public şi de funcţionar, rămâne în sarcina exclusivă a legiuitorului să le definească. Este ceea ce face Codul penal, ca Lege organică [art. 72 alin. (3) lit. f) din Constituţie]. Tot de competenta exclusivă a legiuitorului tine şi stabilirea infracţiunilor săvârşite de funcţionari publici şi funcţionari, aşa cum este cazul infracţiunilor de serviciu.

Înţelesul noţiunilor de funcţionar public şi funcţionar este stabilit, pe de o parte, de art. 147 din Codul penal anterior, iar pe de altă parte, de Legea nr. 188/1999 privind Statutul funcţionarilor publici. Deosebirile dintre cele două reglementări nu reprezintă o problemă de constituţionalitate, ci una din interpretare şi de aplicare a legilor, care excede competenţei Curţii Constituţionale, deoarece Curtea nu se poate pronunţa asupra modului de interpretare şi aplicare a Legii, ci numai asupra înţelesului sau contrar Constituţiei[1].

Curtea a respins această excepţie de neconstituţionalitate întrucât din cuprinsul dispoziţiilor art. 145 din Codul penal anterior rezultă că legiuitorul stabileşte înţelesul termenului "public" şi în raport cu "serviciile de interes public". Întrucât Constituţia nu defineşte noţiunile de funcţionar public şi de funcţionar, rămâne în sarcina legiuitorului să le definească, ceea ce Codul penal anterior, care este o Lege organică, face prin dispoziţiile art. 147. Tot legiuitorul stabileşte şi infracţiunile săvârşite de funcţionari publici şi funcţionari, cum sunt infracţiunile de serviciu sau falsul intelectual, săvârşite de notarul public cu prilejul întocmirii înscrisului oficial.

Notarul public este învestit să îndeplinească un serviciu de interes public şi are statutul unei funcţii autonome, iar actul îndeplinit de notarul public, purtând sigiliul şi semnătura acestuia, este de autoritate publică şi are forţă probanta prevăzută de Lege.

Drept urmare, aceasta a doua opinie, prin care notarul public este asimilat funcţionarului public este cea la care mă raliez, fapt ce este mult mai clar definit şi fără a lăsa loc de interpretări în Noul Cod Penal.

Astfel notarul public va răspunde penal pentru anumite categorii de infracţiuni unde norma de incriminare cere calitatea obligatorie de „funcţionar public” sau „funcţionar” a autorului infracţiunii. Astfel, cu titlu de exemplu, actualul Cod penal prevede în partea specială, titlul VI, capitolul I – Infracţiunile de serviciu sau în legătură cu serviciul, şi anume: art. 246 (Abuzul în serviciu contra intereselor persoanelor), art. 247 (Abuzul în serviciu prin îngrădirea unor drepturi), art. 248 (Abuzul în serviciu contra intereselor publice), art. 253[1] (Conflictul de interese), art. 254 (Luarea de mită) sau art. 256 (Primirea de foloase necuvenite).

În plus, calitatea de funcţionar public/funcţionar ca subiect activ al infracţiunii este cerută şi în cazul altor infracţiuni prevăzute în Codul penal, cum ar fi delapidarea, prevăzută de art. 215[1] din Codul penal (titlul III – Infracţiuni contra patrimoniului), omisiunea sesizării organelor judiciare, prevăzută de art. 263 din Codul penal (titlul VI, capitolul II – Infracţiuni care împiedică înfăptuirea justiţiei) sau falsul intelectual, prevăzut de art. 289 din Codul penal (titlul VII, capitolul III – Falsul în înscrisuri).

Noul Cod penal prevede în partea specială, titlul V (capitolele I şi II) – Infracţiunile de corupţie şi de serviciu, respectiv: art. 289 (Luarea de mită), art. 295 (Delapidarea),

[1] Decizia CCR nr. 176 din 18 iunie 2002, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 542 din 24 iulie 2002.

art. 296 (Purtarea abuzivă), art. 297 (Abuzul în serviciu), art. 298 (Neglijenţa în serviciu), art. 299 (Folosirea abuzivă a funcţiei în scop sexual), art. 300 (Uzurparea funcţiei) şi art. 301 (Conflictul de interese), pentru care se cere calitatea subiectului activ de „funcţionar public “.

În plus, aceeaşi condiţie a calităţii de funcţionar public a subiectului activ este cerută şi în cazul altor infracţiuni, precum sustragerea sau distrugerea de înscrisuri, prevăzută de art. 259 alin. (2) din noul Cod penal (titlul III, capitolul I – Infracţiuni contra autorităţii) sau omisiunea sesizării, prevăzută de art. 267 din noul Cod penal (titlul IV – Infracţiuni contra înfăptuirii justiţiei).

Bibliografie

1. Antoniu George, *Codul penal pe înțelesul tuturor*, ediția a VII-a, Editura Juridică, Bucureşti, 2002

2. Boroi Alexandru, „Drept penal. Partea Specială”, Ed. C.H. Beck, 2011;

3. Hotca Mihai, *Noul Cod penal și Codul penal anterior. Aspecte diferențiale și situații tranzitorii,* Ed. Hamangiu, București, 2009

4. Tudorel Toader, „Noul Cod penal. Comentarii pe articole”, Ed. Hamangiu, 2014;

5. Udroiu Mihail, „Drept Penal. Parte Generală. Noul Cod penal, Ed. C.H. Beck, 2014;

6. Vasile Ana, *Prestarea serviciilor publice prin agenți privați*, Ed. All Beck, Bucureşti, 2003

Renunţarea la aplicarea pedepsei. Alternativă la executarea pedepsei

Daniel ***GRĂDINARU****

Abstract: *Renunţarea la aplicarea pedepsei este o instituţie nouă în dreptul penal român. Aceasta reprezintă o măsură de politică penală care se bazează pe încrederea acordată inculpatului ca se poate îndrepta şi fără a i se aplica o pedeapsă.*

Ca natură juridică, renunţarea la aplicarea pedepsei reprezintă o modalitate de individualizare a pedepsei, fiind fundamentată pe săvârşirea de către inculpat a unei infracţiuni cu vinovăţia cerută de lege.

Legiuitorul a prevăzut condiţiile în care se poate dispune amânare aplicării pedepsei. Condiţiile se referă atât la faptă, reliefând o gravitate redusă a acesteia, cât şi la persoana infractorului, punând în evidenţă o periculozitate redusă.

La aprecierea gradului de pericol social al faptei se are în vedere natura şi întinderea urmărilor produse, mijloacele folosite, modul şi împrejurările în care a fost comisă, motivul şi scopul urmărit.

În ceea ce priveşte evaluarea periculozităţii infractorului, trebuie să se ţină seama de conduita avută anterior săvârşirii infracţiunii de către acesta, de eforturile depuse pentru înlăturarea sau diminuarea consecinţelor infracţiunii, precum şi de posibilităţile sale de îndreptare, apreciindu-se în final că aplicarea unei pedepse ar fi inoportună din cauza consecinţelor pe care le-ar avea asupra persoanei acestuia.

În cazul în care se dispune renunţarea la aplicarea pedepsei, instanţa aplică totuşi infractorului un avertisment. Avertismentul constă în prezentarea motivelor de fapt care au determinat renunţarea la aplicarea pedepsei şi atenţionarea infractorului asupra conduitei sale viitoare şi a consecinţelor la care se expune dacă va mai comite infracţiuni.

Persoana faţă de care s-a dispus renunţarea la aplicarea pedepsei nu este supusă niciunei decăderi, interdicţii sau incapacităţi ce ar putea decurge din infracţiunea săvârşită, însă recurgerea la această modalitate de individualizare nu produce efecte asupra executării măsurilor de siguranţă şi a obligaţiilor civile prevăzute în hotărâre.

Cuvinte cheie: *modalitate de individualizare; pericol social: avertisment; neaplicarea vreunei pedepse; măsuri de siguranţă.*

Consideraţii introductive

Prin săvârşirea unei infracţiuni de către o persoană, destinatar al legii penale, se naşte raportul penal de conflict, în care statul are dreptul să tragă la răspundere pe infractor.

Răspunderea penală a fost definită ca fiind însuşi raportul juridic penal de constrângere, născut ca urmare a săvârşirii infracţiunii între stat, pe de o parte, şi infractor, pe de altă parte, raport complex al cărui conţinut îl formează dreptul statului, ca reprezentant al societăţii, de a trage la răspundere pe infractor, de a-i aplica

* Doctorand, Universitatea Titu Maiorescu – Bucureşti.

sancţiunea prevăzută pentru infracţiunea săvârşită şi de a-l constrânge să o execute, precum şi obligaţia infractorului de a răspunde pentru fapta sa şi de a se supune sancţiunii aplicate, în vederea restabilirii ordinii de drept şi restaurării autorităţii legii[1].

Aşadar, în cadrul acestui raport, statul prin organele sale, trage la răspunderea infractorul aplicându-i o sancţiune de drept penal. Sancţiunea specifică în materia dreptului penal este pedeapsa, care pentru a-şi atinge scopul, prevenţia specială şi prevenţia generală, trebuie să fie executată, ca regulă generală.

Răspunderea penală, constatată şi concretizată prin hotărârea de condamnare, urmează să se realizeze prin executarea sancţiunii aplicate[2].

S-a considerat că prevenţia specială începe să se realizeze chiar în momentul în care instanţa aplică pedeapsa infractorului, făcându-l, în primul rând, să înţeleagă că legea penală este o realitate şi că cine săvârşeşte fapte penale este inevitabil pedepsit. Aplicarea pedepsei este deci susceptibilă prin ea însăşi să contribuie la îndreptarea condamnatului. Condamnatul este apoi reeducat în timpul executării pedepsei ce i s-a aplicat[3].

Renunţarea la aplicarea pedepsei şi amânarea aplicării pedepsei sunt instituţii noi în dreptul nostru penal. Acestea reprezintă măsuri de politică penală bazate pe încrederea în posibilitatea îndreptării infractorului, fie prin neaplicarea unei pedepse, fie prin amânarea aplicării acesteia.

Noţiune şi natură juridică

În legătură cu natura juridică a renunţării la aplicarea pedepsei s-au exprimat mai multe opinii.

Astfel, într-o opinie s-a considerat că renunţarea la aplicarea pedepsei este o cauză care înlătură caracterul penal al faptei[4]. În fundamentarea acestei opinii, autorul a pornit de la definiţia infracţiunii dată în noul Cod penal, ca fiind o faptă prevăzută de legea penală, săvârşită cu vinovăţie, nejustificată şi neimputabilă persoanei care a săvârşit-o, subliniind că deşi pericolul social nu mai figurează între elementele definitorii ale infracţiunii, această trăsătură există pentru fiecare infracţiune. Aşa fiind, instanţa va putea aplica această instituţie când constată că fapta este lipsită de pericol social, concluzie la care ar ajunge prin prisma criteriilor legale [art. 80 alin. (1) lit. a) şi b)], respectiv gravitatea redusă a faptei, întinderea urmărilor, modul în care a fost comisă, scopul şi motivul urmărit, acoperirea prejudiciului etc.

Într-o altă opinie, în care se critică cea expusă mai sus[5], se consideră că sub aspect material, renunţarea la aplicarea pedepsei poate fi privită ca o modalitate de individualizare a aplicării pedepsei (alături de amânarea aplicării pedepsei), în timp ce sub aspect procesual (formal), acesta reprezintă una dintre soluţiile prin care este rezolvat raportul juridic penal de conflict născut prin săvârşirea unei infracţiuni (sau una din modalităţile de stingere a acţiunii penale).

---

[1] Costică Bulai, *Manual de drept penal, Partea generală,* Ed. ALL, 1997, p. 311.

[2] Costică Bulai, *op. cit.*, p. 316.

[3] V. Dongorz, S. Kahane, I. Oancea, I. Fodor, N. Iliescu, C. Bulai, R. Stănoiu, *Explicaţii teoretice ale Codului penal român, Partea generală,* ed. a II-a, Ed. Academiei Române şi Ed. All Beck, Bucureşti 2003, ed. a II-a, Vol. II, p. 7.

[4] Florin Radu, *Renunţarea la aplicarea pedepsei*, în "Dreptul" nr. 6/2011, p. 88.

[5] Vicenţiu-Răzvan Gheorghe, *Instituţia renunţării la aplicarea pedepsei în noul Cod penal român*, în "Dreptul", nr. 12/2011, p. 119-123.

În fine, într-o altă opinie[1] se arată că renunţarea la aplicarea pedepsei conţine unele date şi elemente asemănătoare cu alte cauze legale de nepedepsire, de exemplu, desistarea şi împiedicare producerii rezultatului, reglementări prevăzute în art. 34 din noul Cod penal. Astfel, se arată că o asemănare importantă între acestea este că în situaţiile respective, faptele descrise sunt infracţiuni şi nu dispare caracterul penal al acestora, prin desistare sau împiedicarea producerii rezultatului; ceea dispare este pedeapsa, legea făcând o concesie infractorilor pentru corecta conduită a acestora avută înainte sau după săvârşirea infracţiunii.

Considerăm că nu poate fi vorba despre o cauză de nepedepsire, întrucât, în situaţia existenţei vreuneia dintre aceste cauze, prevăzută în partea generală sau în partea specială a Codului penal, efectul este acela că infractorul nu se pedepseşte şi nu se aplică nici o sancţiune de altă natură. Or, în situaţia renunţării la aplicarea pedepsei, instanţa aplică infractorului un avertisment.

Astfel, deşi se aseamănă foarte mult cu instituţia înlocuirii răspunderii penale, faţă de condiţiile de aplicare şi efectele produse, rămâne totuşi un mijloc de individualizare a pedepsei, având în vedere în primul rând locul în care este reglementată, dar şi modul în care funcţionează. Referitor la acest ultim aspect, subliniem faptul că pentru se ajunge la această soluţie, este necesar să se parcurgă toate fazele şi etapele procesuale (urmărire penală şi judecată în fond, eventual apel şi/sau recurs), urmând ca la final, după stabilirea faptelor şi împrejurărilor privitoare la acestea sau la persoana inculpatului, să se ajungă la una din modalităţile de individualizare reglementate, respectiv renunţarea la aplicarea pedepsei, amânarea aplicării pedepsei, suspendarea executării pedepsei sub supraveghere ori executarea într-un loc de detenţie.

Din punct de vedere procesual, renunţare la aplicarea pedepsei este un mijloc de rezolvare a acţiunii penale, prevăzut de dispoziţiile art. 396 alin.3 ale noului Cod de procedură penală[2].

Condiţii de aplicare

În dispoziţiile art. 80 din noul Cod penal[3] se prevăd *condiţiile ce trebuie îndeplinite* pentru a se putea dispune renunţarea la aplicarea pedepsei.

Acestea vizează, pe de o partea infracţiunea, în sensul că trebuie să prezinte o gravitatea redusă, iar pe de altă parte, persoana infractorului.

Aprecierea gravităţii infracţiunii, respectiv a pericolului social al infracţiunii, este făcută atât abstract, de către legiuitor, dar şi în concret de către instanţa de judecată.

Astfel, legiuitorul prevede în cuprinsul aceluiaşi articol că pedeapsa prevăzută de lege pentru infracţiunea/infracţiunile comise trebuie să fie de cel mult 3 ani închisoare.

Pe de altă parte, instanţa de judecată apreciază în concret asupra pericolului social al infracţiunii săvârşite, ţinând seama de împrejurări legate de fapta, respectiv natura şi întinderea urmărilor produse, mijloacele folosite, modul şi împrejurările în care a fost comisă, motivul şi scopul urmărit.

Privitor la modul şi împrejurările în care a fost comisă, precum şi mijloacele folosite, precizăm că modalitatea concretă de săvârşire a unei infracţiuni poate pune în evidenţă un pericol social mai ridicat sau mai redus.Astfel, o faptă prezintă un grad pericol mai mare dacă este săvârşită prin acte repetate (păstrând însă unitatea de infracţiune),

[1] Ştefan Daneş, *Explicaţii preliminare ale noului Cod penal*, Ed. Universul Juridic, 2011, p. 164.
[2] Legea nr. 135/2010, publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 486 din 15 iulie 2010.
[3] Legea nr. 286/2009, publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr.510 din 24 iulie 2009.

împreună cu alte persoane (coautori, instigatori sau complici), în cadrul uni grup sau asocieri infracţionale sau prin folosirea anumitor mijloace, respectiv instrumente special adaptate ori care pun în pericol mai multe persoane ori bunuri. De asemenea, săvârşirea infracţiunii în unele împrejurări de timp sau loc (atunci când nu intră în conţinutul juridic al infracţiunii), cum ar fi comitere în public, în timpul nopţii sau în locuinţa victimei, pot imprima faptei un pericol social ridicat.

Natura şi întinderea urmărilor produse, sunt de asemenea, criterii de evaluare a gradului de pericol social al unei infracţiuni.

Astfel, se vor avea în vedere natura şi importanţa valorii sociale ocrotite, ce a fost pusă în pericol sau vătămată efectiv, cum ar fi viaţa, sănătatea şi integritatea corporală, libertatea, patrimoniul etc.

În ceea ce priveşte întinderea urmărilor produse, trebuie observat numărul persoanelor vătămate prin infracţiune, valorarea bunurilor ce au făcut obiectul infracţiunii, posibilitatea recuperării acestora, precum şi cuantumul prejudiciului suferit.

Prin mobilul sau motivul infracţiunii se înţelege impulsul intern al făptuitorului la săvârşirea infracţiunii, adică acea dorinţă, tendinţă, pasiune, acel sentiment ce a făcut să se nască în mintea făptuitorului ideea săvârşirii unei activităţi conştient orientată într-o anumită direcţie în vederea satisfacerii acelei dorinţe, tendinţe, pasiuni …[1].

Deşi mobilul infracţiunii nu intră de regulă în conţinutul infracţiunii, stabilirea lui este necesară în cadrul procesului de individualizare a pedepsei, săvârşirea infracţiunii dintr-un sentiment de ură, gelozie, răzbunare … evidenţiind o periculozitate sporită a făptuitorului.

Prin scopul infracţiunii se înţelege finalitatea urmărită prin săvârşirea faptei ce constituie elementul material al infracţiunii, obiectivul propus şi reprezentat de făptuitor ca rezultat al acţiunii sau inacţiunii sale[2].

Cunoaşterea scopului urmărit de către infractor este, de asemenea, foarte utilă pentru cunoaşterea periculozităţii infractorului şi a stabilirii în concret a pedepsei corespunzătoare.

Condiţiile privitoare la persoana infractorului, vizează conduita avută anterior săvârşirii infracţiunii, eforturile depuse de acesta pentru înlăturarea sau diminuarea consecinţelor infracţiunii, precum şi posibilităţile sale de îndreptare. În raport de toate aceste împrejurări, instanţa apreciază că aplicarea unei pedepse ar fi inoportună din cauza consecinţelor pe care le-ar avea asupra persoanei acestuia.

Astfel, instanţa va avea în vedere conduita anterioară a infractorului, urmând a fi stabilită ocupaţia sa, respectiv dacă obţine sau nu venituri din activităţi licite, nivelul de pregătire profesională şi culturală a acestuia.

De asemenea, se vor stabili antecedentele penale ori lipsa acestora, iar în cazul în care există [în limitele permise de art. 80 alin. (2) lit. a)], ce fel de infracţiuni a mai săvârşit, natura acestora, frecvenţa, dacă a executat pedepse sau nu ori dacă a fost reabilitat. Pentru a stabili profilul infractorului, este necesar a se furniza date cu privire la modul în care acesta se comportă în colectivitatea în care trăieşte, la locul de muncă, cu vecinii sau cu alte persoane cu care a intrat în contact.

La fel de importante sunt aspectele referitoare la atitudinea adoptată de făptuitor după săvârşirea infracţiunii, respectiv dacă a colaborat cu organele judiciare, în sensul că a recunoscut săvârşirea infracţiunii, a dat informaţii în legătură cu eventuala

[1] Costică Bulai, *op. cit.*, p. 192.
[2] Costică Bulai, *op. cit.*, p. 193-194.

participare şi a altor persoane la săvârşirea faptei, informaţii despre locul unde se află bunurile obţinute prin săvârşirea infracţiunii, facilitând recuperarea prejudiciului produs. În cazul în care bunurile nu mai există, prejudiciul poate fi acoperit prin unul din modurile prevăzute de lege.

Aşa cum s-a arătat, toate aceste elemente trebuie să conducă instanţa la convingerea că aplicarea unei pedepse ar fi inoportună din cauza consecinţelor pe care le-ar avea asupra persoanei acestuia.

Pentru stabilirea acestor împrejurări, vor fi administrate probe, în cadrul acestora un rol important avându-l raportul de evaluare întocmit de serviciul de probaţiune.

Astfel, potrivit art. 38 din Legea nr. 252 din 19 Iulie 2013 privind organizarea şi funcţionarea sistemului de probaţiune[1], atunci când consideră necesar, instanţa de judecată poate solicita serviciului de probaţiune evaluarea inculpatului major, datele obţinute în cadrul evaluării urmând a se consemna într-un raport de evaluare.

Potrivit art. 39 din aceleiaşi legi, raportul de evaluare prevăzut la art. 38 conţine date privind responsabilităţile familiale şi sociale ale persoanei, situaţia educaţională şi profesională, conduita generală, analiza comportamentului infracţional, riscul de săvârşire a unor infracţiuni precum şi orice alte date relevante pentru situaţia persoanei. Raportul de evaluare poate face referire şi la starea de sănătate a persoanei, la nivelul de dezvoltare morală şi intelectuală a acesteia, în măsura în care acestea au influenţat comportamentul infracţional.

În final se prevede că, pe baza datelor prevăzute, consilierul de probaţiune formulează în raportul de evaluare, propuneri motivate privind măsurile considerate oportune din perspectiva reducerii riscului săvârşirii de noi infracţiuni.

Conform noului Cod penal, *nu se poate dispune renunţarea la aplicarea pedepsei* în următoarele situaţii:

Atunci când infractorul a mai suferit anterior o condamnare, cu excepţia cazurilor prevăzute în art. 42 lit. a) şi lit. b) sau pentru care a intervenit reabilitarea ori s-a împlinit termenul de reabilitare.

Excepţiile la care se referă art. 42 lit. a) şi b) sunt pentru condamnările suferite pentru fapte care nu mai sunt prevăzute de legea penală ca infracţiuni, precum şi pentru infracţiunile amnistiate.

Trebuie subliniat că în art. 42 mai există un tip de condamnări de care nu se ţine seama la reţinerea stării de recidivă, care însă reprezintă o piedică la aplicarea instituţiei analizate. Este vorba despre condamnările pentru infracţiunile săvârşite din culpă.

Aceasta înseamnă că o condamnare anterioară, chiar şi pentru o infracţiune săvârşită din culpă, indiferent de natura şi durata pedepsei, va duce la excluderea posibilităţii de a se aplica această instituţie, a renunţării la aplicarea pedepsei.

A doua situaţie în care nu se poate aplica această instituţie este atunci când faţă de acelaşi infractor s-a mai dispus renunţarea la aplicarea pedepsei în ultimii 2 ani anteriori datei comiterii infracţiunii pentru care este judecat.

Justificarea constă în aceea că infractorul nu a ţinut seama de avertismentul dat prin prima hotărârea prin care s-a luat măsura renunţării la aplicarea pedepsei.

De asemenea, nu se poate renunţa la aplicarea pedepsei atunci când infractorul s-a sustras de la urmărire penală ori judecată sau a încercat zădărnicirea aflării adevărului ori a identificării şi tragerii la răspundere penală a autorului sau a participanţilor.

[1] Publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 514 din 14 august 2013.

După s-a arătat mai sus, unul dintre criteriile ce trebuie avute în vedere este acela al atitudinii manifestate de către infractor faţă de faptă şi persoana vătămată, fiind foarte important ca acesta să depună eforturi de a înlătura producerea rezultatului periculos ori diminuarea acestuia. Totodată, el trebuie să aibă o atitudine cooperantă, respectiv să colaboreze cu organele judiciare în vederea aflării adevărului şi soluţionării cu celeritate a cauzei. Or, în situaţia în care infractorul se sustrage de la urmărire penală ori judecată sau încercă zădărnicirea aflării adevărului ori identificarea şi tragerea la răspundere penală a autorului sau a participanţilor, în mod evident că nu dovedeşte atitudinea cerută de legiuitor.

În fine, aşa cum s-a arătat când s-a vorbit despre gravitatea redusă a infracţiunii, pericolul social abstract exprimat de legiuitor prin stabilirea naturii şi limitelor de pedeapsă pentru fiecare infracţiune, constituie un criteriu ce trebuie avut în vedere pentru alegerea acestei măsuri.

Astfel, s-a prevăzut că nu se poate acorda renunţarea la aplicarea pedepsei atunci când pedeapsa prevăzută de lege pentru infracţiunea săvârşită este închisoarea mai mare de 3 ani.

În legătură cu această condiţie, este important de menţionat că în proiectul noului Cod penal[1] nu exista această limitarea referitoare la renunţarea la aplicarea pedepsei.

Acest fapt atras critici referitoare la înţelesul sintagmei „infracţiune ce prezintă o gravitate redusă", considerându-se că trebuie fixată o limită de gravitate a infracţiunii până la care este posibilă renunţarea la aplicare pedepsei[2]. De asemenea, s-a arătat în aceeaşi opinie că, dacă această sintagma se referă la gravitatea concretă a infracţiunii, înseamnă că s-ar putea aplica renunţarea la pedeapsă în toate cazurile, chiar de omor, dacă în concret sunt îndeplinite condiţiile cerute de proiect.

De altfel, s-au exprimat critici şi în legătură cu limita de 3 ani a pedepsei prevăzute de lege pentru infracţiunea săvârşită[3]. Astfel, s-a considerat că aceasta este prea ridicată, prin noul Cod penal fiind prevăzută o astfel de pedeapsă pentru o multe infracţiunii care prezintă o gravitate sporită.

În legătură cu această condiţie mai facem precizarea că se va avea în vedere maximul prevăzut de lege pentru infracţiunea săvârşită. Aceste dispoziţii trebuie privite în corelaţie cu cele ale art. 187 din noul Cod penal, în care se arată că prin „pedeapsă prevăzută de lege" se înţelege pedeapsa prevăzută în textul de lege care incriminează fapta săvârşită în forma consumată, fără luarea în considerare a cauzelor de reducere sau de majorare a pedepsei.

Legiuitorul a prevăzut posibilitatea aplicării renunţării la pedeapsă şi în cazul în care infractorul a săvârşit un concurs de infracţiuni, situaţie în care trebuie îndeplinite condiţiile expuse pentru fiecare dintre acestea.

Astfel, în art. 80 alin. (3) se prevede că în caz de concurs de infracţiuni, renunţarea la aplicarea pedepsei se poate dispune dacă pentru fiecare infracţiune concurentă sunt îndeplinite condiţiile prevăzute în alin. (1) şi alin. (2).

Evident că în situaţia săvârşirii unui concurs de infracţiuni, aprecierea cu privire la gravitatea redusă a faptelor nu va putea face abstracţie de faptul că însuşi concursul de infracţiuni reprezintă o cauză de agravare a pedepsei.

---

[1] Publicat pe http://www.just.ro/Portals/0/Coduri/Proiect%20-%20Codul%20penal%20-%2025%20februarie%202009.doc.

[2] George Antoniu, *Observaţii cu privire la anteproiectul unui al doilea nou Cod penal*, Revista de drept penal, nr. 4/2007, p. 27.

[3] Ştefan Daneş, *op. cit.*, p. 161.

Aplicarea avertismentului

În cazul în care se dispune renunţarea la aplicarea pedepsei, instanţa aplică infractorului un avertisment.

Avertismentul constă în prezentarea motivelor de fapt care au determinat renunţarea la aplicarea pedepsei şi atenţionarea infractorului asupra conduitei sale viitoare şi a consecinţelor la care se expune dacă va mai comite infracţiuni.

În caz de concurs de infracţiuni se aplică un singur avertisment.

În doctrină s-a subliniat faptul că dintre cele două componente ale avertismentului, astfel cum este el definit, cel de-al doilea, referitor la atenţionarea infractorului de a avea o conduită corectă în societate şi de a-i arăta urmările la care se expune dacă mai săvârşeşte infracţiuni, este mai important pentru societate, cealaltă fiind utilă pentru instanţele de control judiciar[1].

Referitor la natura avertismentului, se constată că acesta nu este prevăzut printre sancţiunile de drept penal, astfel cum este în Codul penal în vigoare. În Codul penal în vigoare, în Titlul IV a părţii generale se stabileşte că acesta, mai exact mustrarea cu avertisment, este o sancţiune cu caracter administrativ.

Faţă de aceasta, s-a considerat că, fiind absolut dependent de măsura renunţării la pedeapsă şi neavând o valoare cu caracter sancţionator, avertismentul nu poate fi consemnat în niciun act juridic. Numai administrativ se ţine seama de avertismentele aplicate persoanelor de către instanţe[2].

Potrivit art. 404 alin. (2) din noul Cod de procedură penală, în dispozitivul hotărârii urmează a se face menţiune despre aplicarea avertismentului.

În titlul privitor la executarea hotărârilor penale se prevede, în dispoziţiile art. 575 din noul Cod de procedură penală, că executarea avertismentului are loc de îndată, în şedinţa în care s-a pronunţat hotărârea.

Dacă avertismentul nu poate fi executat îndată după pronunţare, punerea în executare a acestuia se face la rămânerea definitivă a hotărârii, prin comunicarea unei copii de pe aceasta persoanei căreia i se aplică.

Efectele renunţării la aplicarea pedepsei

În dispoziţiile art. 82 din noul Cod penal se prevăd efectele aplicării renunţării la pedeapsă. Acestea decurg din faptul că renunţarea la aplicarea pedepsei este, aşa cum s-a arătat, un mod de rezolvare a acţiunii penale prin neaplicarea unei pedepse.

Renunţarea la aplicarea pedepsei vizează atât pedepsele principale, astfel cum sunt prevăzute în Codul penal, cât şi pedepsele accesorii şi cele complementare, acestea neputând fi aplicate decât pe lângă pedeapsa principală.

Persoana faţă de care s-a dispus renunţarea la aplicarea pedepsei nu este supusă nici unei decăderi, interdicţii sau incapacităţi ce ar putea decurge din infracţiunea săvârşită.

Având în vedere considerentele pentru care se ia această măsură faţă de infractor, respectiv când instanţa apreciază că aplicarea unei pedepse ar fi inoportună din cauza consecinţelor pe care le-ar avea asupra persoanei acestuia, este firesc ca acestuia să nu se i aplice niciun fel de pedeapsă.

Cu toate acestea un efect important se produce în cazul renunţării la aplicarea pedepsei, dacă în decursul a doi ani de la aceasta, infractorul săvârşeşte din nou o

[1] Ştefan Daneş, *op. cit.*, p. 165.
[2] Ştefan Daneş, *op. cit.*, p. 165.

infracţiune. În acest caz, instanţa nu va mai putea renunţa din nou la aplicarea pedepsei, fiind necesar o altă modalitate de individualizare a executării pedepsei (amânarea aplicării pedepsei sau suspendarea executării pedepsei sub supraveghere).

Renunţarea la aplicarea pedepsei însă nu produce efecte asupra executării măsurilor de siguranţă şi a obligaţiilor civile prevăzute în hotărâre.

Măsurile de siguranţă, deşi sunt sancţiuni de drept penal, se pot lua faţă de infractor în cazul analizat, având în vedere scopul acestora, de a înlătura o stare de pericol.

De asemenea, nu produce efecte asupra obligaţiilor civile prevăzute în hotărâre. Este vorba despre situaţiile în care în cadrul procesului penal se exercită şi acţiunea civilă alăturată celei penale, acţiune care va primi una din soluţiile prevăzute în art. 397 din noul Cod procedură penală. Astfel că, atunci când s-a stabilit că fapta săvârşită de către infractor a produs unele prejudicii părţii civile, instanţa îl va obliga faţă de aceasta din urmă, obligaţie ce urmează a fi executată, chiar dacă s-a dispus renunţarea la aplicarea pedepsei.

Concluzii

În cazul instituţiei analizate, instanţa nu aplică o pedeapsă celui vinovat de săvârşirea unei infracţiuni în momentul pronunţării hotărârii, ci doar un avertisment, având convingerea că reeducarea infractorului se va putea realiza în acest mod.

Fiind vorba de o instituţie nouă şi având în vedere că nivelul de încredere al populaţiei în justiţie nu este foarte ridicat, din diverse motive, este foarte probabil că instanţele vor manifesta o reticenţă în a dispune astfel de măsuri alternative la aplicarea şi executarea pedepsei.

Totodată, având în vedere situaţiile în care instanţa poate dispune o astfel de soluţie faţă de inculpat, dar şi faptul că cele mai multe infracţiuni care permit aplicarea acestor dispoziţii sunt săvârşite de către recidivişti, numărul hotărârilor prin care se va pronunţa renunţarea la aplicarea pedepsei va fi redus.

Sigur, renunţarea la aplicarea pedepsei rămâne o modalitatea de individualizarea a pedepsei foarte util, la îndemâna judecătorilor, pentru situaţiile în care aplicarea unei pedepse inculpatului care a săvârşit o infracţiune ar produce efecte greu de înlăturat în viitor pentru acesta, fie datorită vârstei sale, fie datorită altor împrejurări, cum ar fi situaţia familială ori statul profesional.

Bibliografie:

1. George Antoniu, *Observaţii cu privire la anteproiectul unui al doilea nou Cod penal*, Revista de drept penal, nr. 4/2007;

2. Costică Bulai, *Manual de drept penal, Partea generală,* Editura ALL, 1997;

3. Ştefan Daneş, *Explicaţii preliminare ale noului Cod penal*, Editura Universul Juridic, 2011;

4. V. Dongorz, S. Kahane, I. Oancea, I. Fodor, N. Iliescu, C. Bulai, R. Stănoiu, *Explicaţii teoretice ale Codului penal român, Partea generală,* Ediţia a II-a, Editura Academiei Române şi Editura All Beck, Bucureşti 2003, Ediţia a II-a;

5. Vicenţiu-Răzvan Gheorghe, *Instituţia renunţării la aplicarea pedepsei în noul Cod penal român*, în "Dreptul", nr. 12/2011;

6. Florin Radu, *Renunţarea la aplicarea pedepsei*, în "Dreptul" nr. 6/2011;

Avocatul în noul Cod de procedură penală

*Drd. Costin-Ion **UDREA***

***Abstract**: Intrarea în vigoare a unui Cod de procedură penală nou reprezintă un moment important în evoluția sistemului de drept al oricărui stat, în condițiile în care acesta trebuie să se bucure de stabilitate, venind ca răspuns al unor necesități izvorâte din practică. Prezenta lucrare își propune să observe în ce măsură rolul avocatului este edificat prin noua legislație și care este impactul asupra drepturilor acestuia în cadrul procesului penal prin analizarea instituțiilor modificate.*

***Cuvinte cheie**: avocat, drepturi, martor, consultare dosar, percheziție*

Capitolul 1. Atributele avocatului

Subcapitolul 1. Avocatul - participant în procesul penal

Avocații reprezintă "*acei profesioniști ai dreptului care, fără a face parte din autoritatea judecătorească, contribuie la procesul de administrare al justiției, desfășurând activități (...) uneori indispensabile procesului de înfăptuire a justiției*"[1].

În ceea ce privește procesul penal, activitatea avocatului este chiar de cele mai multe ori indispensabilă acestei înfăptuiri, în contextul adoptării noului Cod de procedură penală.

Se poate afirma însăși faptul că rolul avocatului are o importanță mai mare în legislația actuală, fiind extinse unele drepturi existente anterior, și introducându-se o serie de drepturi noi. Chiar dacă în legislația anterioară, avocatul avea dreptul de a asista și reprezenta persoane, doctrina reținea faptul că *"avocatul promovează și apără drepturile, libertățile și interesele legitime ale omului"*[2], prezentând astfel rolul acestuia, textul de lege în care se aflau drepturile avocatului pe parcursul procesului penal trebuia modificat.

Drept urmare, odată cu adoptarea noilor reglementări, **rolul avocatului este consacrat de însăși Codul de procedură ca unul substanțial, unele modificări intervenite fiind fundamentate pe situații întâlnite în practică, modificări pe care le considerăm necesare pentru o mai bună înfăptuire a justiției.**

În primul rând, articolul 29 al noului Cod de procedură penală enumeră actorii implicați în procesul penal, așezând avocatul la un loc cu ceilalți participanți. "*În plus, spre deosebire de reglementarea anterioară, după definirea principalilor subiecți procesuali și a părților în procesul penal, sunt enumerate expres o serie de drepturi pe care acestea le au* [3]", deși în ceea ce privește avocatul, codul se limitează în a descrie

---

[1] Traian Cornel Briciu, *Principii de organizare a justiției. Magistratura. Avocatura*, Ed. C.H. Beck, București, 2012, p. 325.

[2] Nicoleta Bedrosian,Teodora Blidariu, Lucian Drăgoi, Alexandra Mura, Carmen Tufariu, coordonator Ligia Cătuna, *Organizarea și exercitare profesiei de avocat*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 64.

[3] Corina Voicu, Andreea Simona Uzlău, Georgiana Tudor, Victor Văduva, *Noul Cod de procedură penală. Ghid de aplicare pentru practicieni*, Ed. Hamangiu. București, 2014, p. 26.

activitatea acestuia succint în articolul 31, se definesc pe larg drepturile acestuia în articolele 88-95.

Situarea avocatului printre participanții din procesul penal pare a sedimenta poziția acestuia. Unii autori opinau, în doctrina existentă anterior intrării în vigoare a noii legislații faptul că "*deși nu este parte în procesul penal, apărătorul se situează pe poziția procesuală a părții ale cărei interese le susține și le apără*[1]", însă adoptarea noului Cod modifică rolul avocatului, acesta fiind pe bună dreptate un participant în cadrul procesului penal, **nefiind situat în acest moment pe poziția procesuală a părții pe care o apără, ci având o poziție distinctă, cu drepturi și obligații corelative**, concept ce sedimentează rolul acestuia, **și anume nu de a asigura doar apărarea clientului său, *ut singuli*, ci de a asigura însăși desfășurarea în condiții de legalitate a întregului proces penal.**

Așa cum am arătat, articolul 31 al noului Cod de procedură penală nu definește avocatul, ci îi descrie activitatea: *Avocatul asistă sau reprezintă părțile ori subiecții procesuali în condițiile legii.*

Prin asistență juridică poate fi înțeles sprijinul pe care avocații *îl dau părților în cadrul procesului penal prin lămuririle, sfaturile și intervențiile lor ca specialiști în domeniul dreptului*[2]. Asistența se poate manifesta atât prin prezența fizică pe parcursul urmăririi penale la audieri, percheziții, etc., fie pe parcursul camerei preliminare prin redactarea de cereri, fie pe parcursul judecății prin pledoarii. Reprezentarea reprezintă o altă instituție, indisolubil legată de asistență, prin care avocatul reprezintă interesele clientului său, fără ca acesta să fie prezent în persoană în fața organului judiciar sau a judecătorului.

Subcapitolul 2. Terminologie

Întâia prevedere expresă referitoare la avocat în cuprinsul noului Cod de procedură penală se regăsește în articolul 10, intitulat „*Dreptul la apărare*". Este necesară comparația sub aspect terminologic a denumirii acestui articol, referindu-ne la prevederile recent abrogate ale vechiul Cod de procedură penală, în care articolul 6 era denumit*"Dreptul de apărare"*.

Deși deseori sintagma uzitată în noua legislație se confundă cu dreptul de a avea un avocat, *dreptul de apărare* nu a fost și nu poate fi confundat cu *dreptul la apărare*, așa cum este definit de alineatul (4) al fostului articol 6 - *Orice parte are dreptul să fie asistată de apărător în tot cursul procesului penal,* și de actualul alineat (1) al articolului 10 - *Părțile sau subiecții procesuali principali au dreptul de a se apăra ei înșiși sau de a fi asistați de un apărător*. **Dreptul de apărare** cuprinde, conform legislației, atât anterioare, cât și prezente, **dreptul la apărare**, precum și **deplina exercitare a drepturilor procesuale**, **dreptul de a administra probele necesare în apărare**, precum și **obligația corelativă a organelor judiciare a îl încunoștința pe inculpat despre faptă, încadrare juridică**, cât și **dreptul de a beneficia de timpul și înlesnirile necesare** pentru ca acesta să își poată face o apărare efectivă. Pentru aceste considerente, înțelegem să criticăm terminologia uzitată de legiuitor prin schimbarea sintagmei „*dreptul la apărare*" cu sintagma *„dreptul de apărare*".

Al doilea aspect ce trebuie analizat se referă, tot din perspectivă terminologică, la cuvântului utilizat pentru a descrie persoana care asigură asistență juridică în cursul procesului penal, și anume un *avocat.* Dacă în vechea legislație se folosea

[1] Ion Neagu, *Drept procesual penal. Tratat,* Ed. Global Lex, București, 2007, p. 210.
[2] Ion Neagu, *op. cit.*, p. 210.

denumirea de *apărător* (și marginal cea de *avocat* în articolele 48 alineat (1), lit. f) și i), 91[1], 137[1], 431 și 434), **noul cod de procedură penală utilizează aproape exclusiv denumirea de *avocat.*** Utilizarea termenului pe care îl apreciem a fi corect, cel de avocat, în vechea legislație, corespundea modificărilor legii penale adoptate ulterior instaurării regimului democratic, pe considerentele criteriilor sociale care vor fi dat naștere ulterior a noii legislații, criterii care prefigurau întrucâtva schimbarea sistemului penal românesc. Se poate observa faptul că vechea terminologie ducea cu gândul la un sistem inchizitorial, în care organele judiciare aveau un rol de acuzator, și rolul avocatului era cel de apărător, în fața puterii statului, deși în articolul 6 al vechiului cod se prevedea faptul organele judiciare sunt obligate sa administreze și probele necesare în apărare

Prin modificarea terminologiei uzitate, avocatul este recunoscut ca un profesionist, ca persoana care, în urma pregătirii profesionale, își desfășoară activitatea – *„asistarea și reprezentarea clientului care cuprinde toate actele, mijloacele și operațiunile permise de lege și necesare ocrotirii și apărării intereselor clientului”*[1] -, pentru a se asigura existența unui sistem judiciar democratic, avocatul stăruind în activitatea sa pentru realizarea unui proces echitabil.

Noul cod de procedură penală elimină confuzia care exista deseori în rândul persoanelor fără studii juridice implicate într-un proces penal - confuzie adesea întâlnită în cazul persoanelor vătămate, care nu necesitau o „apărare”, ci, în cazul în care apelau la serviciile unui avocat, beneficiau de asistență juridică, asemenea oricărei alte părți din proces.

Cu toate acestea, noul Cod de procedură penală încă mai folosește cuvântul *apărător* în anumite articole: *91al(4), 193 al(3), 344 al (2),(3), 352 al (11), (12), 353 al (2), 466 al (2),* **terminologie pe care o considerăm anacronică raportată la legislația actuală,** drept urmare propunem modificarea respectivelor articole prin înlocuirea termenului de *apărător* cu cel de *avocat.*

Putem afirma că rolul avocatului în cursul procesului penal este unul de garanție a respectării drepturilor celor implicați într-un proces penal, persoane care pot avea sau nu studii juridice, însă, pentru o egalitate de arme, „*pentru a-i situa pe o poziție procesuală egală cu reprezentantul Ministerului Public”*[2], au dreptul de a avea un avocat, și posibilitatea de a își angaja unul pe care îl preferă.

Subcapitolul 3. Distincția dintre autoapărare și apărarea exercitată prin avocat

"*Dreptul suspectului sau învinuitului de a își face apărarea singur pe parcursul procesului penal este garantat indiferent dacă asistența juridică este obligatorie sau nu și independent de existența unui avocat ales sau din oficiu în cauză* [3]" **neexistând obligativitatea unei persoane a apela la serviciile unui avocat. În condițiile în care nu dorește a beneficia de un avocat, are posibilitatea de a își exercita o autoapărare.**

Această prevedere trebuie să fie coroborată cu prevederile art. 6, 7 alin. (3) din Statutul profesiei de avocat și art. 1 din Legea 51/1995 - Principiul libertății, și

[1] Eduard Dragomir, Roxana Paliță, *Organizarea și exercitarea profesiei de avocat*, Ed. Nomina Lex, București, 2010, p. 46

[2] Grigore Theodoru, *Tratat de Drept procesual penal*, Ed. Hamangiu. București. 2007, p. 171.

[3] Mihail Udroiu, *Procedură penală. Partea Generală. Noul Cod de procedură penală*, Ed. C.H. Beck, București. 2014, p. 662.

reprezintă un atribut corelativ al avocatului, întrucât și acesta este liber în totalitate a încheia sau nu un contract de asistență juridică.

Orice persoană are dreptul și facultatea de a se apăra singur, legea instituind o serie de garanții în această privință, însă și o limitare, și anume în cazurile expres prevăzute de art. 90, când asistența juridică este obligatorie. Trebuie menționat că deși legea prevede o limitare, în sensul asigurării asistenței judiciare din oficiu, acestui drept nu i se aduce o atingere sub aspect substanțial, **persoana apărată având posibilitatea de a își face singură apărarea, doar că aceasta va fi completată de asistență profesională din partea unui avocat.**

În condițiile în care o persoană apelează la serviciile unui avocat, acesta are dreptul să beneficieze de timpul și înlesnirile necesare pregătirii apărării, codificându-se astfel un postulat existent în practică referitor la egalitatea de arme pe cuprinsul procesului penal, pentru a se asigura o apărare temeinică, responsabilitatea asigurării garanției respectării acestei prevederi revenind organelor judiciare, acestea având obligația de a asigura exercitarea deplină și efectivă a dreptului la apărare de către părți și subiecți procesuali principali în tot cursul procesului penal.

Prevederea cuprinsă în alineatul (6) al articolului 10 conform căreia *dreptul la apărare trebuie exercitat cu bună-credință,* potrivit scopului pentru care a fost recunoscut de lege, interesează avocatul în mod direct în asigurarea asistenței juridice, ce cuprinde activitățile permise, acestuia fiindu-i interzisă utilizarea de mijloace contrare legii.

În condițiile în care avocatul își desfășoară activitatea cu rea-credință, acțiunile sale pot constitui fie abateri disciplinare, abateri judiciare, fie infracțiuni (aducem cu titlu de exemplu infracțiunea prevăzută de art. 284 din noul Cod penal - *Asistența și reprezentarea neloială* - fapta avocatului care, în înțelegere frauduloasă cu o altă persoană, vatămă interesele clientului său. *„Reglementarea este una nouă, conform concepției codului, avocatului i se asigură protecția activității de către legea penală, dar corelativ se sancționează și nerespectarea de către acesta a normelor de etică”*[1]. **Este important de notat că absența elementelor constitutive ale unei infracțiuni nu înseamnă și absența unei abateri disciplinare, întrucât aceste două instituții nu se exclud una pe cealaltă, răspunderea disciplinară derivând din Legea avocaturii și Statutul profesiei.**

Subcapitolul 4. Dreptul de a fi asistat de un avocat

Analizarea în comun a prevederilor articolelor 81 și 83 din noul Cod de procedură penală se impune datorită tratamentului instituit prin care inculpatul și persoana vătămată au o serie de drepturi similare, unele cu conținut identic, regăsindu-se prevederi referitoare la avocat în ambele articole.

Drept urmare, regăsim în articolul 83, litera c), cu privire la inculpat: ***Dreptul de a avea un avocat ales, iar dacă nu își desemnează unul, în cazurile de asistență obligatorie, dreptul de a i se desemna un avocat din oficiu.***

Dreptul la asistență juridică a suspectului și învinuitului reprezintă garanția desfășurării procesului penal în condiții de legalitate, acesta neputând fi îngrădit. Ba chiar mai mult, acesta este asigurat, prin sistemul de asistență juridică obligatorie, în cazurile prevăzute de lege **- în cazul imposibilității angajării unui avocat ales de către suspect ori învinuit, i se va pune la dispoziție un avocat din oficiu, care să**

[1] Corina Voicu, Andreea Simona Uzlău, Raluca Moroșanu, Cristinel Ghigheci, *Noul Cod penal. Ghid de aplicare pentru practicieni*, Ed. Hamangiu, București, 2014, p. 459.

asigure apărarea, acesta având aceleași drepturi ca și avocatul ales. Accesul la un avocat, consultarea cu acesta, precum și posibilitatea schimbării avocatului nu pot fi îngrădite de către organul judiciar.

Organul de urmărire penală este obligat să ia măsuri pentru asigurarea asistenței juridice a suspectului, dacă nu are apărător ales atunci când inculpatul este un minor, internat într-un centru de detenție ori reeducativ, când este reținut, arestat ori s-a dispus măsura internării medicale, chiar în altă cauză, sau, în cursul judecății, dacă pedeapsa pentru infracțiunea săvârșită este mai mare de 5 ani, precum și în alte cazuri prevăzute expres de lege. **De asemenea, dacă organul judiciar apreciază că inculpatul nu își poate face singur apărarea, i se va desemna un avocat din oficiu.**

În ceea ce privește persoana vătămată, prevederile referitoare la avocat se regăsesc în articolul 81, litera h): ***dreptul de a fi asistată de un avocat sau reprezentată.***

Asistența juridică are loc în baza contractului de asistență juridică încheiat între avocat și client. Spre deosebire de dreptul celui cercetat, în cazul persoanei vătămate observăm că nu avem desemnarea unui avocat din oficiu, tocmai datorită distincţiei dintre cei doi subiecți procesuali principali, suspectul având interesul să își construiască apărarea, iar în cazul în care acesta nu poate avea avocat ales, i se va desemna unul din oficiu.

Cu toate acestea, în condițiile prevăzute de articolul 93 alineatul (5), atunci când organul judiciar apreciază că partea vătămată nu își poate face singură apărarea, va desemna un avocat din oficiu.

Cu privire la partea civilă și partea responsabilă civilmente, legiuitorul instituie o normă de trimitere, postulând că drepturile acestora sunt cele prevăzute pentru partea vătămată. Drept urmare, și acestea au posibilitatea să își angajeze un avocat, beneficiind de unul din oficiu dacă nu își pot face singure apărarea.

Trebuie menționat de asemenea faptul că, în cazul în care există un număr mare de persoane care, neavând interese contrarii, se constituie părți civile în cadrul procesului penal și nu își desemnează un reprezentant comun, aceștia pot beneficia de asistența unui avocat din oficiu, pentru o mai bună desfășurare a justiției și o celeritate prezentă în respectivul caz, conform articolului 20 din noul Cod de procedură penală. Aceste prevederi se regăsesc și în cuprinsul articolului 80 care instituie posibilitatea desemnării unui avocat din oficiu în cazul în care există un număr mare de persoane vătămate, fără interese contrarii, și care nu și-au desemnat un reprezentant.

Avocatul este desemnat fie de către procuror prin ordonanță, fie de către instanță, prin încheiere motivată.

Capitolul 2. Drepturile avocatului în procesul penal

Subcapitolul 1. Atribuțiile avocatului

În cuprinsul noului Cod de procedură penală se regăsesc grupate în *Titlul III - Participanții în procesul penal,* articolele 88-96, care reglementează distinct activitatea avocatului. Ele formează capitolul VII - Avocatul. Asistența juridică și reprezentarea. **Alineatul (1) al art. 88 nu definește avocatul, ci face referire la atribuțiile lui în cuprinsul procesului penal, arătând că acesta asistă, respectiv reprezintă, în condițiile legii, părțile sau subiecții procesuali principali în procesul penal.**

Activitatea de asistență juridică trebuie drept urmare coroborată cu articolul 3 din Legea organizării și exercitării profesiei de avocat 51/2004, pentru a putea reliefa activitatea avocatului. *„Asistarea și reprezentarea clienților de către avocat cuprinde*

toate actele, mijloacele și operațiunile permise de lege, necesare ocrotirii și apărării intereselor clienților, în fața tuturor autorităților și instituțiilor publice" [1].

Deși codul de procedură penală prevede doar asistarea și reprezentarea, activitatea avocatului în cuprinsul procesului penal se poate manifesta și prin consultații și cereri cu caracter juridic, conform articolului 3 alin. (1) lit. a) din Legea 51/2004. Consultațiile sunt foarte frecvente în cursul unui proces penal, adesea fiind acordate verbal, însă nu este exclusă acordarea acestora în scris, cu titlu de exemplu, cazurile în care clientul este arestat în cauză, fiind permisă transmiterea de opinii juridice către acesta din urmă. Cererile cu caracter juridic, de asemenea, au o frecvență mărită, în condițiile în care avocatul poate formula diverse memorii, plângeri, etc., lucru evidențiat în articolul 92. Avocatul, indiferent dacă este ales sau din oficiu, este obligat să asigure asistența juridică a părților ori a subiecților procesuali principali.

Alineatul (2) al articolului 88 enumeră o serie de situații în care o persoană nu poate fi avocat în cauză: soțul ori ruda până la gradul al IV-lea cu procurorul sau judecătorul, martorul citat în cauză, cel care a participat în aceeași cauză ca procuror sau judecător, sau o altă parte/un alt subiect procesual. De asemenea, avocatul nu poate asista sau reprezenta părți sau subiecți procesuali principali cu interese contrare în cauză.

Suspectul sau inculpatul are dreptul, pe tot parcursul procesului penal, indiferent dacă este vorba de urmărirea penală, de procedura privind camera preliminară, sau de judecată, să fie asistat de avocat. Suspectul sau inculpatul poate fi asistat atât de un avocat, cât și de mai mulți, iar asistența juridică este considerată ca fiind asigurată atunci când cel puțin unul dintre aceștia este prezent la actul procesual sau procedural.

De asemenea, organele judiciare **au obligația de a aduce la cunoștința suspectului sau inculpatului faptul că are dreptul la un avocat.**

O reglementare cu caracter de noutate este prezentă în alineatul (2) al articolului 88, în care se expune pe larg situația în care clientul avocatului este arestat sau reținut. Îndepărtată este fosta reglementare, care expunea faptul că cel aflat într-o stare de deținere *are dreptul să ia contact cu apărătorul, asigurându-i-se confidențialitatea convorbirilor,* **noul Cod de procedură penală enunțând condițiile în care cel aflat într-o stare de deținere are dreptul să ia contact cu avocatul său, indiferent că este vorba de avocatul ales sau cel din oficiu, asigurându-se în primul rând confidențialitatea comunicărilor, indiferent dacă este vorba de comunicare verbală, telefonică, poștală, etc., cu respectarea măsurilor necesare, fără să fie interceptată sau înregistrată convorbirea dintre ei.**

Subcapitolul 2. Avocatul din oficiu

Deși orice persoană are dreptul de a se apăra singură, există anumite situații, de o complexitate mărită, când asistența juridică este obligatorie - cazurile în care suspectul sau inculpatul este reținut, arestat, internat într-un centru de detenție ori educativ, când s-a dispus internarea medicală, în cazurile când se apreciază că nu și-ar putea face singur apărarea, sau în cursul judecății pentru cauzele când legea prevedere pedeapsa închisorii mai mare de 5 ani sau detențiunea pe viață.

Această reglementare reia aproape identic situațiile exemplificate prin fostul articol 171, cu două excepții - nu mai este obligatorie asistența judiciară în cazurile în care

[1] Ștefan Naubauer, *Legea organizării și exercitării profesiei de avocat. Explicații teoretice și practice (articolele 1-28),* Ed. Universul Juridic. București. 2013, p. 26.

suspectul este obligat la tratament medical, şi nici în acele cazuri în care pedeapsa este de 5 ani.

Deşi nu ne putem opune modificării prevederii referitoare la tratamentul medical, considerăm că modificarea situaţiei acordării asistenţei judiciare din oficiu în sensul schimbării sintagmei ***de 5 ani sau mai mare*** în ***mai mare de 5 ani*** este de natură să aducă o atingere drepturilor fundamentale în ceea ce priveşte apărarea. Intrarea în vigoare a noului Cod penal a redus limitele de pedeapsă pentru un număr substanţial de infracţiuni. Cu titlu de exemplu, furtul este sancţionat cu închisoarea de la 6 luni la 3 ani sau amendă, spre deosebire de vechea legislaţie care sancţiona această faptă cu închisoarea de la 1 la 12 ani, iar tâlhăria se sancţionează cu închisoare de la 2 la 7 ani, spre deosebire de închisoarea de la 3 la 18 ani.

Ca urmare a scăderii limitelor de pedeapsă, o serie de infracţiuni considerate grave de către societate au maximul special fie până în 5 ani, fie de 5 ani -, furtul calificat prevăzut de articolul 288 alineat (1) noul Cod penal, care reglementează situaţii frecvent întâlnite în practică, întrucât o serie de furturi sunt regăsite în forma calificată. Pentru aceste situaţii considerăm că s-ar impune asistenţa juridică obligatorie, observând că, deşi avea limite de pedeapsă mai mari, vechiul Cod penal instituia obligativitatea asistenţei juridice tuturor cazurilor în care pedeapsa era de cel puţin 5 ani, iar noul Cod penal instituie obligativitatea acestei asistenţe pentru cazurile în care pedeapsa este mai mare de 5 ani. Bineînţeles, in condiţiile în care organul judiciar observă că, fie din cauza unei lipse de pregătire juridică, ori din alte motive, inculpatul nu îşi poate face singur apărarea, va dispune obligativitatea asistenţei juridice, însă considerăm că vechea reglementare este binevenită, drept urmare propunem modificarea actualei reglementări prin revenirea la formula anterioară.

Articolul 91 prin alineatul (1) prezintă situaţia în care, suspectului ori inculpatului care nu şi-a ales un avocat şi se regăseşte într-unul din cazurile expuse, i se desemnează un avocat din oficiu. Acest avocat are obligaţia asigurării unei apărări concrete şi efective în cazul desemnat, fiind de asemenea obligat a se prezenta când este solicitat de organul judiciar. Delegaţia acestuia încetează în cazul prezentării avocatului ales.

Trebuie de asemenea observat faptul că, în cazul în care există un avocat ales dar nu se poate asigura acordarea apărării de către acesta, se vor lua măsuri pentru desemnarea unui avocat din oficiu. În cazul judecăţii, i se va acorda avocatului din oficiu un termen de minimum 3 zile pentru pregătirea apărării, pentru restul procesului penal nefiind enunţat un termen, însă fiind prevăzut faptul că **i se va acorda un termen rezonabil pentru o apărare efectivă.**

Subcapitolul 3. Drepturile avocatului

Articolul 92 reprezintă probabil cel mai important articol pentru avocatul din procesul penal, fiind depozitarul drepturilor acestuia şi garanţia unui proces în care drepturile persoanei anchetate sau acuzate sunt respectate, în conformitate cu legislaţia europeană şi principiile fundamentale ale dreptului. În acest articol sunt inserate prevederi referitoare la 3 etape ale procesului penal: urmărirea penală, camera preliminară şi judecata.

În cursul urmăririi penale avocatul suspectului sau inculpatului are dreptul să asiste la efectuarea oricărui act. Excepţia acestei reglementări este situaţia în care se utilizează metode speciale de supraveghere, sau incidenţa percheziţiei corporale ori a vehiculelor în acele cazuri flagrante.

Dreptul avocatului de a participa la oricare act de urmărire penală nu poate fi îngrădit, iar dacă există solicitarea avocatului în acest sens, actul trebuie efectuat în

prezența lui. Întrucât situația reglementată de articolul 92 reprezintă un drept al avocatului, și nu o obligație, acesta nu este nevoit a participa la efectuarea actului. Însă, dacă dorește, poate solicita ca organul de urmărire penală sau judecătorul de drepturi și libertăți, să îl încunoștințeze cu privire la data și ora efectuării actului, respectiv audierii. Această încunoștințare se poate face prin oricare din mijloacele de comunicare enumerate în alineatul (2) - fax, telefon, e-mail, etc., încheindu-se un proces-verbal. Dacă există dovada că a fost încunoștințat, dar avocatul nu se prezintă, nu este împiedicată efectuarea respectivului act.

Avocatul are dreptul să îl asiste pe inculpat în cursul procedurii de cameră preliminară și pe parcursul judecății, având **posibilitatea de a exercita drepturile procesuale ale persoanei pe care o reprezintă.**

De asemenea, avocatul are dreptul de a formula plângeri în cursul procesului penal, de a depune cereri sau obiecțiuni, și de a ridica excepții.

Cu privire la asistența juridică acordată persoanei vătămate, a părții civile, respectiv a părții responsabile civilmente, se poate observa reglementarea similară în sensul instituirii unor norme de trimitere în articolul 93, prin care se statuează, pe de o parte, posibilitatea asistării la oricare act de urmărire penală, dreptul de a solicita informarea cu privire la desfășurarea actului, de a consulta dosarul, de a depune memorii și formula cereri, având timpul și înlesnirile necesare pentru a asigura o apărare efectivă.

Trebuie menționat faptul că articolul 95 prevede că avocatul are dreptul de a formula plângere, în condițiile în care se vatămă interesele sale printr-un act de urmărire penală.

Subcapitolul 4. Consultarea dosarului

Dreptul de a consulta dosarul, prevăzut de articolul 94 **reprezintă una dintre prevederile cu caracter de noutate, constând într-o modificare substanțială a procedurii penale. Dacă sub auspiciile vechiului Cod urmărirea penală avea un caracter semi-secret, în prezent acesta se estompează, dosarul putând fi pus la dispoziția avocatului, la cererea acestuia.**

Astfel, **se produce o schimbare în cadrul raportului de arme în procesul penal, avocatul părților și al subiecților procesuali principali având posibilitatea de a studia dosarul în condițiile exercitării dreptului de apărare conform standardelor europene.**

Legislația anterioară prevedea ca moment de informare cu privire la întreg ansamblul probator prezentarea materialului de urmărire penală, persoana cercetată având posibilitatea depunerii unei cereri pentru a putea lua la cunoștință actele de cercetare penală, cerere care putea fi refuzată sau nu de către organul judiciar. Acest drept trebuie de asemenea corelat cu cel postulat în articolul 83 litera b), al noului Cod penal, unde se prevede faptul că inculpatul are dreptul de a consulta dosarul, în condițiile legii.

Observăm astfel schimbarea cercetării penale, dintr-un sistem închis într-unul deschis, în care o persoană poate studia dosarul, aflând astfel date din acesta, pentru a asigura o pregătire efectivă a apărării. Cu toate acestea, procurorul poate, în virtutea bunului mers al procesului, restricționa accesul avocatului la dosarul cauzei, pe o perioadă de cel mult 10 zile, însă în nici un caz avocatului nu îi poate fi interzis dreptul de a studia declarațiile părții pe care o reprezintă.

Consultarea dosarului presupune atât dreptul de a studia actele acestuia, dreptul de a nota informații din dosar, sau de a obține fotocopii din acesta, în urma solicitării avocatului procurorul stabilind data și durata consultării, într-un termen rezonabil.

Subcapitolul 5. Percheziția

Noul Cod de procedură penală aduce un element de noutate cu privire la efectuarea percheziţiilor, reglementând în mod expres dreptul avocatului de a participa la percheziția domiciliară, prin **informarea persoanelor în ale căror imobile au loc percheziţiile cu privire la faptul că au dreptul ca la efectuarea acestui act să fie prezent avocatul lor.**

În condiţiile în care prezența unui avocat este solicitată, se va amâna începerea percheziţiei până la sosirea acestuia, fiind luate măsuri de conservare a locului ce urmează a fi percheziţionat.

Această amânare poate fi dispusă pe o durată de două ore, şi numai în cazuri excepționale, ce conferă urgență percheziţiei, sau în condiţiile în care avocatul nu poate fi contactat, se poate începe înainte de expirarea termenului de două ore.

Considerăm introducerea dreptului avocatului de a participa la efectuarea percheziţiilor domiciliare ca fiind o armonizare a legislației autohtone cu cea europeană, în ceea ce priveşte drepturile suspecților. Adesea aceştia erau percheziționați fără a cunoaşte faptul că pot beneficia de asistența unui avocat.

Introducerea în mod expres a încunoştinţării vine ca o garanție a respectării drepturilor celor percheziționați, trebuind de asemenea menționat faptul că prezența avocatului reprezintă un drept, nu o obligație, cel percheziționat având posibilitatea de a nu chema un avocat.

Aşa cum am arătat, acest drept nu este incident în anumite situații -, când este evident

că se fac pregătiri pentru acoperirea anumitor urme, respectiv distrugerea unor probe sau elemente cu importanță în cauză, ori în acele situații când există suspiciunea că viața sau integritatea unei persoane este în pericol, şi în ultimul rând, când există suspiciunea că persoana căutată s-ar putea sustrage procedurii. În aceste cazuri limitativ prevăzute de lege, percheziția poate începe atât fără înmânarea mandatului de percheziție, cât şi fără informarea cu privire la posibilitatea prezenței unui avocat.

Opinăm că, în absența unui text expres prevăzut, în cauzele în care percheziția se face, datorită urgenței, fără informare, există posibilitatea ca această informare să fie făcută ulterior, cel al cărui imobil este percheziționat, având posibilitatea de a îşi contacta avocatul.

Subcapitolul 6. Confidențialitatea convorbirilor dintre avocat şi client

Confidențialitatea convorbirilor avute de către avocat şi clientul acestuia reprezintă un principiu de bază, parte a secretului profesional.

Pe de altă parte, **legea prevede posibilitatea dispunerii supravegherii tehnice de către judecătorul de drepturi şi libertăți, atunci când există o suspiciune rezonabilă a săvârşirii sau a pregătirii unei infracțiuni de o gravitate mărită** (*„noul cod de procedură penală elimină din reglementarea infracțiunilor pentru care poate fi utilizată supravegherea tehnică sintagma de infracțiune gravă şi stabileşte în mod expres categoriile de infracțiuni cu privire la care se poate dispune supravegherea”*[1]) şi această măsură să fie proporțională cu restrângerea drepturilor şi libertăților fundamentale.

Pe cale de consecință, poate exista un moment în care, ca urmare a existenței supravegherii tehnice dispuse în cauză, raporturile dintre avocat şi persoana

[1] Corina Voicu, Andreea Simona Uzlău, Georgiana Tudor, Victor Văduva, *op. cit.*, p. 119.

supravegheată să intre în cuprinsul înregistrărilor, fie că vorbim despre convorbiri telefonice, supraveghere video, e-mail, poştă, sau oricare alte date inserate în articolul 138 alineat (1) al noului Cod de procedură penală.

Ca urmare a imixtiunii a două instituţii de drept, legiuitorul a înţeles să dispună astfel: **orice rapoarte dintre avocat şi persoana pe care o asistă sau reprezintă nu pot forma obiectul supravegherii tehnice.** Cu toate acestea, există o excepţie - în condiţiile în care există date că avocatul săvârşeşte ori pregăteşte una din infracţiunile grave pentru care se poate acorda supravegherea.

Drept urmare, în condiţiile în care se constată că raporturile de supraveghere luate au vizat raporturi dintre avocat şi client, probele obţinute nu pot fi utilizate în niciun proces penal, şi urmează a fi distruse de către procuror.

Trebuiesc menţionate şi prevederile referitoare la trimiterile poştale - ca urmare a existenţei confidenţialităţii între avocat şi clientul său, o prevedere expresă se regăseşte referitoare la acestea, similară celei ce defineşte supravegherea tehnică, **fiind interzisă reţinerea, predarea, percheziţionarea corespondenţei dintre avocat şi clientul său,** cu excepţia situaţiei în care există date că avocatul pregăteşte sau săvârşeşte una din infracţiunile grave prevăzute de lege.

Subcapitolul 7. Secretul profesional

Interpretând, per a contrario, prevederile articolului 114 alineat (3) referitoare la martori, putem postula următoarele: calitatea de avocat are întâietate faţă de calitatea de martor, cu privire la faptele şi împrejurările de fapt care au fost cunoscute după dobândirea acestei calităţi, **drept urmare, nu poate fi audiat ca martor avocatul unei părţi care a luat la cunoştinţă anumite date cu prilejul acordării asistenţei juridice**. De altfel, această prevedere trebuie corelată cu principiul păstrării secretului profesional existent în Statutul şi Legea Organizării Avocaturii.

În doctrină s-a arătat că „*principiul secretului profesional ţine de esenţa profesiei, secretul profesional al avocatului nu are o natură juridică contractuală, ci una legală, fiind de ordine publică, păstrarea secretului profesional este o obligaţie absolută, nelimitată în timp, ce comportă obligaţia de a nu vorbi şi dreptul de a nu răspunde, vizând orice aspect al cauzei care a fost încredinţată avocatului*”[1].

Inclusiv codul de procedură penală instituie în articolul 116 alineat (3), faptul că nu pot face obiectul declaraţiei martorului acele fapte sau împrejurări al căror secret sau confidenţialitate poate fi opusă prin lege organelor judiciare

Această prevedere este însă una *latto sensu*, referindu-se la toate acele persoane care sunt ţinute de secretul profesional (ex. preoţii, medicii, farmaciştii etc.), articolul 114 exprimând o prevedere în mod expres referitoare la avocat. Cu toate acestea, nu este imposibil ca un avocat să fie ţinut de secretul profesional, fără a fi avocat în cauză. Întrucât articolul 114 delimitează momentul ca fiind acela în care a dobândit calitatea de avocat în cauza respectivă, putem observa că şi în alte cazuri, în care avocatul posedă o serie de date, fără a fi avocat în cauză, poate fi ţinut de secretul profesional. Spre exemplu, situaţia în care un avocat, membru al unei societăţi civile de avocaţi, ia cunoştinţă despre unele date referitoare la un proces din dosarele colegului său, scos din greşeală din arhiva comună. Opinăm că deşi nu ne aflăm în cazul prevăzut de articolul 114, avocatul este protejat prin prisma secretului profesional instituit de articolul 116.

Deşi avocatul este ţinut de secretul profesional, şi nu poate fi dezlegat de acesta de către client, se exceptează cazurile „*în care avocatul este urmărit penal, disciplinar sau*

[1] Ligia Cătună, *op. cit.*, p. 15.

atunci când există o contestație în privința onorariilor cuvenite, exclusiv pentru necesități stricte pentru apărarea sa"[1].

Concluzii și propuneri de lege ferenda

Noua legislație aduce o serie de reforme binevenite în cadrul procesului penal, care edifică rolul avocatului în desfășurarea atât a urmăririi penale, cât și a judecății. Acest rol este fundamentat pe o serie de argumente întâlnite în practică, ce au dat naștere convingerii legiuitorului cu privire la necesitatea înlocuirii Codului de procedură cu unul nou, care prezintă o viziune modernă asupra acestei profesii.

Cu toate acestea, nu putem sa nu remarcăm anumite situații în care ne permitem să formulăm propuneri de lege-ferenda:

1. Înlocuirea termenului de *apărător* cu cel de *avocat* în articolele 91 alineat (4), 194 alineat (3), 344 alineatele (2)și(3), 352 alineatele (11)și (12), 353 alineat (2), 466 alineat (2), pentru o reglementare fluentă din punct de vedere terminologic, raportată la restul Codului, unde se folosește cea din urmă, considerând că utilizarea în continuare a cuvântului *apărător* devine anacronică raportată la legislația actuală.

2. Schimbarea denumirii articolului 10 din *drept la apărare* în *drept de apărare,* considerând că cea din urmă formulă reprezintă o definire a drepturilor prevăzute în respectivul articol.

3 Modificarea articolului 90, litera c), în sensul instituirii obligativității asistenței juridice în *cursul judecății în cazurile în care legea prevede pentru infracțiunea săvârșită pedeapsa detențiunii pe viață sau pedeapsa închisorii de 5 ani sau mai mare*, întrucât considerăm ca fiind neoportună modificarea fostei reglementări.

Bibliografie

1. **Corina Voicu, Andreea Simona Uzlău, Georgiana Tudor, Victor Văduva**, Noul Cod de procedură penală. Ghid de aplicare pentru practicieni, Editura Hamangiu. București. 2014;

2. **Corina Voicu, Andreea Simona Uzlău, Raluca Moroșanu, Cristinel Ghigheci**, Noul Cod penal. Ghid de aplicare pentru practicieni, Editura Hamangiu, București, 2014;

3. **Eduard Dragomir, Roxana Paliță**, Organizarea și exercitarea profesiei de avocat - Editura Nomina Lex, București, 2010;

4. **Grigore Theodoru**, Tratat de Drept procesual penal, Editura Hamangiu, București, 2007;

5. **Mihail Udroiu**, Procedură penală. Partea Generală. Noul Cod de procedură penală, Editura C.H. Beck. București, 2014;

6. **Nicoleta Bedrosian,Teodora Blidariu, Lucian Drăgoi, Alexandra Mura, Carmen Tufariu, coordonator Ligia Cătuna**, Organizarea și exercitare profesiei de avocat, Editura Universul Juridic, București, 2012;

8. **Stefan Naubauer** - Legea organizării și exercitării profesiei de avocat. Explicații teoretice și practice (articolele 1-28), Editura Universul Juridic, București, 2013;

9. **Traian Cornel Briciu**, Principii de organizare a justiției. Magistratura. Avocatura, Editura C.H. Beck, București, 2012.

[1] *Idem*, p. 17.

Drept privat

Asocierea în participație potrivit noului Cod civil

Smaranda ***ANGHENI***[*]

Abstract: *Până la abrogarea Codului comercial român de la 1887, abrogare intervenită prin Legea nr. 287/2009 de adoptare a Noului Cod Civil, asocierea în participaţiune a fost reglementată de legiuitor în art. 251-256 Cod comercial, din care rezultă fără niciun echivoc că operaţiunea juridică avea caracter comercial. Astfel, un comerciant sau o societate comercială acorda uneia sau mai multor persoane sau chiar societăţi o participare la beneficiile sau pierderile uneia sau mai multor operaţiuni sau chiar asupra întregii activităţi de comerţ (art. 251 Cod comercial). Datorită faptului că asocierea în participaţiune nu dobândea personalitate juridică deci nu avea calitatea de subiect de drept distinct de personalitatea juridică a fiecărui asociat, această operaţiune juridică a fost îmbrăţişată de comercianţi fiind des întâlnită în activitatea lor, exteriorizându-se fie sub denumirea „contract de asociere" sau „contract de asociere în participaţiune" sau chiar „contract de colaborare"*[1]*. Evident că, în cazul în care contractul nu era numit „contract de asociere în participaţiune" şi nici nu era indicat temeiul legal, instanţa de judecată, în funcţie de conţinutul contractului a stabilit, de la caz la caz, natura juridică a acestuia*[2]*.*

Argumentele pe care se întemeiază această concluzie sunt, în primul rând, de interpretare sistematică, de ordonare (aşezare) a textelor legale şi, în al doilea rând, în funcţie de conţinutul acestora.

În prezent, asocierea în participaţie este reglementată de Codul civil în art. 1949-1954, texte care se completează cu cele prevăzute în art. 1881-1889 Cod civil în care sunt prevăzute dispoziţiile generale în materia contactului de asociere.

Cuvinte cheie: *participaţie, aport, beneficii, pierderi, operaţiuni, întreprinde, contract*

---

[*] Prof. univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea Titu Maiorescu.

[1] Pentru detalii privind asocierea în participaţiune sub imperiul Codului Comercial, a se vedea, V. Rebreanu, *Asociaţiunea în participaţiune între tradiţie şi actualitate*, în Revista de Drept comercial, nr. 4/1995, p. 118 şi urm.; D.A.P. Florescu, R. Popa, Th. Mrejeru, Co*ntractul de asociere în participaţiune*, Ed. Universul Juridic, 2009; Al Dimitriu, *Codul comercial adnotat*, Ed. C.H. Beck, 2009, p. 59-65.

[2] A se vedea, C.S.J., Sect. com. dec. nr. 1035/2003, în www.legalis.ro; *idem*, dec. nr. 546/1995 şi dec. nr. 1074/2000; ICCJ, Sect. com. dec. nr. 79 din 14 ianuarie 2010, în Buletinul Jurisprudenţei, 2010, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2011, p. 336.

1. Introducere

Până la abrogarea Codului comercial român de la 1887, abrogare intervenită prin Legea nr. 287/2009 de adoptare a Noului Cod Civil, asocierea în participaţiune a fost reglementată de legiuitor în art. 251-256 Cod comercial, din care rezultă fără niciun echivoc că operaţiunea juridică avea caracter comercial. Astfel, un comerciant sau o societate comercială acorda uneia sau mai multor persoane sau chiar societăţi o participare la beneficiile sau pierderile uneia sau mai multor operaţiuni sau chiar asupra întregii activităţi de comerţ (art. 251 Cod comercial). Datorită faptului că asocierea în participaţiune nu dobândea personalitate juridică deci nu avea calitatea de subiect de drept distinct de personalitatea juridică a fiecărui asociat, această operaţiune juridică a fost îmbrăţişată de comercianţi fiind des întâlnită în activitatea lor, exteriorizându-se fie sub denumirea „contract de asociere" sau „contract de asociere în participaţiune" sau chiar „contract de colaborare"[1]. Evident că, în cazul în care contractul nu era numit „contract de asociere în participaţiune" şi nici nu era indicat temeiul legal, instanţa de judecată, în funcţie de conţinutul contractului a stabilit, de la caz la caz, natura juridică a acestuia[2].

În prezent, asocierea în participaţie este reglementată de Codul civil în art. 1949-1954, texte care se completează cu cele prevăzute în art. 1881-1889 Cod civil în care sunt prevăzute dispoziţiile generale în materia contactului de asociere.

Argumentele pe care se întemeiază această concluzie sunt, în primul rând, de interpretare sistematică, de ordonare (aşezare) a textelor legale şi, în al doilea rând, în funcţie de conţinutul acestora.

Astfel, în privinţa locului dispoziţiilor care reglementează asocierea în participaţie observăm că acestea sunt plasate de legiuitor în Codul civil **Secţiunea a 3-a din Capitolul VII intitulat Contractul de societate,** capitol inserat în **Titlul IX - Diferite contracte speciale**. Aşadar, asocierea în participaţie este o specie a contractului de societate căreia îi sunt aplicabile, în primul rând, dispoziţiile generale prevăzute de acesta. De altfel, dacă lecturăm conţinutul art. 1888 Cod civil, observăm că, după forma lor, societăţile pot fi: a) simple; b) în participaţie; c) în nume colectiv...etc. Dintre formele de societăţi prevăzute de Codul civil, societăţile simple şi în participaţie sunt reglementate de acesta, pentru celelalte regimul juridic fiind prevăzut prin legi speciale (în principal, Legea nr. 31/1990, legea societăţilor, republicată, cu modificările şi completările ulterioare).

2. Cadrul conceptual al contractului de asociere în participaţie

Potrivit art. 1949 Cod civil „contractul de asociere în participaţie este contractul prin care o persoană acordă uneia sau mai multor persoane o participaţie la beneficiile şi pierderile uneia sau mai multor operaţiuni pe care le întreprinde". Comparând această

[1] Pentru detalii privind asocierea în participaţiune sub imperiul Codului Comercial, a se vedea, *V. Rebreanu*, Asociaţiunea în participaţiune între tradiţie şi actualitate, în Revista de Drept comercial, nr. 4/1995, p. 118 şi urm.; D.A.P. Florescu, R. Popa, Th. Mrejeru, *op. cit.*; Al Dimitriu, *op. cit.*, p. 59-65.

[2] A se vedea, C.S.J., Sect. com. dec. nr. 1035/2003, în www.legalis.ro; *idem*, dec. Nr. 546/1995 şi dec. Nr. 1074/2000; ICCJ, Sect. com. dec. nr. 79 din 14 ianuarie 2010, în Buletinul Jurisprudenţei, 2010, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2011, p. 336.

dispoziţie cu cea prevăzută în art. 251 din Codul comercial (în prezent abrogat)[1] se poate observa că, în prezent, legiuitorul defineşte asocierea în participaţie ca **fiind** un **contract**, contract care poate fi încheiat de orice persoană fizică sau juridică pentru realizarea uneia sau mai multor operaţiuni.

Prima precizare (observaţie) are se impune pentru conturarea unei definiţii a **contractului de asociere în participaţie** este legată de necesitatea completării dispoziţiei art. 1949 Cod civil cu cea din art. 1881 în care este **definit contractul de societate.** De altfel, şi sub imperiul reglementării Codului comercial, definiţiile formulate în doctrina de specialitate privitoare la asocierea în participaţie se refereau şi la conţinutul art. 1491 din Cod civil de la 1864, în care era definit contractul de societate.[2]

Necesitatea completării dispoziţiilor cuprinse în art. 1494 Cod civil rezultă şi din celelalte texte care formează conţinutul instituţiei juridice a asocierii în participaţie. Astfel, este absolut necesar ca, în definiţie, să se includă obligaţiile părţilor mai cu seamă că, în prezent, potrivit exprimării legiuitorului, asocierea în participaţie este un **contract**. Din acest punct de vedere, este absolut necesar să se prevadă că asociaţii participă cu bunuri, fie că sunt sume de bani, fie alte bunuri corporale sau incorporale sau chiar cu cunoştinţe de specialitate, prestări de servicii etc., pentru ca, în comun să se realizeze operaţiunea sau operaţiunile pe care doresc să le întreprindă. În aceste condiţii s-ar înlătura şi posibilele interpretări eronate privind conţinutul şi efectele contractului de asociere cum ar fi, aceea că nu toţi asociaţii sunt obligaţi să aporteze ceva în cadrul asocierii, din moment ce definiţia prevăzută în art. 1949 Cod civil se referă la faptul că numai o persoană **acordă** uneia sau mai multor persoane o participaţie la beneficiile şi pierderile operaţiunii pe care o întreprinde.

Trebuie să subliniem faptul că, ceea ce a vrut legiuitorul să evidenţieze în cadrul definiţiei legale este faptul că, în practică, este posibil ca numai unul dintre asociaţi să efectueze operaţiunea sau operaţiunile prevăzute în contract, ceilalţi urmând să participe la beneficiile şi să suporte pierderile ce rezultă din această sau aceste operaţiuni. Această concluzie nu exclude obligaţia pe care o are fiecare asociat dea participa cu „ceva" în cadrul asocierii.

Mai mult decât atât, în opinia noastră, deşi legiuitorul în actualul Cod civil subliniază caracterul contractual al asocierii, totuşi, din definiţia dată în art. 1949 rezultă că a avut în vedere rezultatul operaţiunii sau al operaţiunilor pentru care s-a realizat asocierea, respectiv împărţirea beneficiilor şi suportarea pierderilor, evidenţiindu-se scopul pentru care s-a constituit asocierea, chiar dacă aceasta nu dobândeşte personalitate juridică.

În aceste condiţii, coroborând dispoziţiile cuprinse în art. 1949, în art. 1952 (regimul aporturilor) şi urm. cu cele din art. 1881 Cod civil, se poate defini asocierea în participaţie ca fiind contractul prin care două sau mai multe persoane (fizice şi/sau juridice) se obligă să participe cu bunuri, servicii, cunoştinţe de specialitate la realizarea în comun a uneia sau mai multor operaţiuni urmând să împartă beneficiile şi să suporte pierderile în condiţiile stabilite în contract sau prevăzute de lege.

---

[1] "Asocierea în participaţiune are loc atunci când un comerciant sau o societate comercială acordă unei sau mai multor persoane ori societăţi, o participaţiune în beneficiile şi pierderile unei sau mai multor operaţiuni, sau chiar asupra întregului comerţ.".

[2] A se vedea S.D.Cărpenaru, L. Stănciulescu, V. Nemeş, *Contracte civile şi comerciale*, Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2009.

În legătură cu cadrul conceptual al asociaţiei în participaţie se impun următoarele precizări:

Deşi asocierea în participaţie este definită prin componenta contractuală, totuşi, trebuie să evidenţiem faptul că asocierea în participaţie este **o entitate, o structură, o formă de societate**, este adevărat, fără personalitate juridică, entitate care are un patrimoniu „*de facto*" format din aporturile asociaţilor, din bunurile dobândite, chiar dacă acestea aparţin din punct de vedere juridic unuia dintre asociaţi sau în coproprietate ori în folosinţă comună.

Componenta instituţională, structurală, justifică existenţa unui **regim juridic amenajat** de legiuitor, în legătură cu aporturile asociaţilor, în legătură cu aporturile asociaţilor, în legătură cu funcţionarea, respectiv administrarea şi reprezentarea asocierii în relaţiile cu terţii şi, mai cu seamă, aspectele legate de **dizolvarea** şi de **lichidarea asocierii** care, evident, vizează patrimoniul „*de facto*" al asocierii. Totodată şi din punct de vedere fiscal, asocierea în participaţie are reglementări speciale [art. 28 alin. (1) din Cod fiscal] text potrivit căruia, „În cazul unei asocieri fără personalitate juridică, veniturile şi cheltuielile înregistrate se atribuie fiecărui asociat, corespunzător cotei de participare în asociere.".

De asemenea, din punct de vedere contabil, asociaţii au obligaţia de a înregistra în contabilitate veniturile obţinute şi cheltuielile efectuate în cadrul asocierii. În acest sens au decis şi instanţele judecătoreşti[1].

3. Delimitarea asocierii în participaţie de societatea simplă

Interesul teoretic, dar mai cu seamă practic, al delimitării celor două entităţi juridice – asocierea în participaţie şi societatea simplă – constă în faptul că pentru ambele regimul juridic este „amenajat" de Codul civil.

Mai mult decât atât, există numeroase elemente de asemănare, chiar identice, privind regimul juridic al fiecăreia, cum ar fi: felul aporturilor asociaţilor, participarea la beneficii şi pierderi, dizolvarea, lichidarea societăţii simple sau asocierii în participaţie.

Pe de altă parte, ambele structuri asociative au reglementări comune, respectiv cele privitoare la dispoziţiile generale aplicabile contratului de societate, dispoziţii prevăzute în art. 1881-1889 Cod civil.

Cu toate acestea, între cele două instituţii juridice există şi deosebiri care le justifică autonomia.

Astfel, dacă asocierea în participaţie, în toate cazurile, este lipsită de personalitate juridică, societatea simplă se poate transforma ulterior într-un subiect distinct de drept.

În al doilea rând, în cazul societăţii simple există capital social format din totalitatea aporturilor asociaţilor, capital social inexistent în cazul asocierii în participaţie. Totodată, în cazul societăţii simple, capitalul social este divizat în părţi de interes transmisibile în condiţiile prevăzute în contractul de societate sau în lege (art. 1901 Cod civil).

4. Regimul juridic al asocierii în participaţie

Aşa cum rezultă din interpretarea art. 1954 Cod civil, regimul juridic al asocierii în participaţie este prevăzut în mod expres în art. 1949-1953 Cod civil, texte care prevăd

[1] A se vedea, C. Cucu, M. Gavriş, *Contractele comerciale. Practică judiciară*, ed. a 2-a, Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2008, p. 91.

cadrul contractual al asocierii în participaţie (art. 1949), forma scrisă a contractului (art. 1950), lipsa personalităţii juridice (art. 1951); regimul aporturilor asociaţilor (art. 1952); raporturile dintre asociaţi şi faţă de terţi (art. 1953). Celelalte aspecte privitoare la forma contractului, întinderea şi condiţiile asocierii, precum şi cauzele de dizolvare şi lichidare a acesteia se determină prin convenţia părţilor.

În privinţa cadrului contractual al asocierii şi a formei scrise a contractului aspectele au fost deja dezvoltate în secţiuni anterioare.

Referitor la lipsa personalităţii juridice a asocierii în participaţie este important de evidenţiat faptul că, nefiind un subiect distinct de drept, terţa persoană nu are nici un drept faţă de asociere şi nici nu se poate obliga **decât faţă de asociatul cu care a contractat**.

Aşadar, asociaţia nu răspunde faţă de terţele persoane deoarece nu are un patrimoniu propriu chiar dacă, în fapt, pentru realizarea obiectului său, asocierea are un patrimoniu „*de fapt*" format, în primul rând, din aporturile asociaţilor. Aşa cum am mai menţionat, fiecare asociat are obligaţia evidenţierii în contabilitatea proprie a veniturilor şi cheltuielilor realizate din asociere şi, în plus, trebuie să-şi îndeplinească obligaţiile fiscale.

Deşi nu are personalitate juridică, totuşi, asocierea poate avea şi are structuri proprii de administrare, administratorul fiind asociatul care încheie contracte cu terţele persoane, comunică celuilalt sau celorlalţi asociaţi deconturile privind situaţia veniturilor şi cheltuielilor.

Totodată, este important de evidenţiat faptul că, neavând personalitate juridică asocierea nu poate avea calitate procesuală ci numai asociatul – administrator care a contractat cu terţele persoane sau în lipsa acestuia, oricare dintre asociaţi sau toţi asociaţii.

5. Caracterele juridice ale contractului de asociere

Bazându-se pe certitudinea legală că asocierea în participaţie are natură contractuală, caracterele juridice sau trăsăturile contractului de asociere în participaţie sunt următoarele:

a) Contractul de asociere în participaţie este un **contract numit** fiind reglementat în mod expres în dispoziţiile art. 1949-1954 Cod civil. Cu toate acestea, dispoziţiile prevăzute în textele menţionate trebuie să fie completate cu cele privitoare la contractul de societate (în general), respectiv art. 1881-1889, care înlocuiesc, după caz, voinţa părţilor. Astfel, potrivit art. 1954 Cod civil „Cu excepţia dispoziţiilor prevăzute la art. 1949-1953, convenţia părţilor determină forma contractului, întinderea şi condiţiile asocierii, precum şi clauzele de dizolvare şi lichidare a acesteia."

b) Contractul de asociere în participaţie este un **contract bilateral** în care părţile se obligă una faţă de cealaltă să aducă un anumit bun sau să presteze un anumit serviciu în cadrul asocierii să şi suporte eventualele pierderi care rezultă din operaţiunile pentru care se constituie asocierea în participaţie.

c) Contractul de asociere în participaţie este un **contract cu titlu oneros** deoarece fiecare parte contractantă care dobândeşte calitatea de asociat urmăreşte realizarea unui beneficiu, câştig (profit).

d) Contractul de asociere în participaţie este un **contract comutativ,** deoarece părţile (asociaţii) cunosc, din momentul încheierii contractului, existenţa obligaţiilor şi a drepturilor corelative, chiar dacă, întinderea, determinarea concretă a cuantumului

beneficiilor şi a pierderilor depinde de rezultatele operaţiunilor întreprinse în cadrul asocierii. Este suficient să se stabilească procentual modul de participare la beneficii şi pierderi pentru a imprima contractului caracterul comutativ.

e) Contractul de asociere în participaţie este un **contract,** de regulă**, cu executare succesivă** dar poate fi şi cu executare dintr-o dată „*uno ictu*" pentru o sigură operaţiune executată la un singur termen.

f) Contractul de asociere în participaţie este un **contract consensual,** forma scrisă fiind o condiţie „*ad probationem*". Această concluzie rezultă în mod explicit din conţinutul art. 1950 Cod civil, în care legiuitorul dispune: „Contractul se probează numai prin înscris". Aşadar, contractul de asociere în participaţie este valabil, potrivit art. 1240 Cod civil şi dacă se încheie în mod verbal, numai că, nu poate fi dovedit decât dacă s-a încheiat în formă scrisă.

Mai mult decât atât, dacă printre bunurile aportate în cadrul asocierii sunt bunuri imobile sau alte drepturi reale imobiliare, potrivit art. 1883 alin. (2) Cod civil, contractul trebuie să se încheie în formă autentică, chiar dacă, asociatul care aportează acest bun rămâne proprietarul imobilului sau rămâne titularul dreptului real imobiliar aportat. Această concluzie se desprinde din interpretarea art. 1883 alin. (2) unde legiuitorul nu distinge după cum societatea este cu sau fără personalitate juridică.

g) Contractul de asociere în participaţie este un contract „***intuitu personae***", încheindu-se între persoane ale căror relaţii se bazează pe încredere. Din acest punct de vedere, asocierea în participaţie se aseamănă cu societatea simplă şi cu societăţile de persoane, existând cauze specifice de dizolvare, precum şi posibilitatea retragerii sau excluderii unui asociat pentru cauzele (motivele) prevăzute în contract şi/sau în lege (art. 1927-1929 Cod civil). Această concluzie se întemeiază pe dispoziţia prevăzută în art. 1889 alin. (4) din care rezultă, că raporturile dintre asociaţi sunt generate de regulile aplicabile societăţii simple, reguli valabile pentru entităţile asociative fără personalitate juridică.

6. Părţile contractului de asociere în participaţie

Având în vedere conţinutul art. 1949 Cod civil, părţi în contractul de asociaţie în participaţie poate fi orice persoană fizică sau juridică, deosebindu-se astfel, de asocierea în participaţiune prevăzută anterior de Codul comercial.

Aşadar, în condiţiile actuale legislative, asocierea în participaţie nu mai este „creaţia" comercianţilor (persoane fizice sau societăţi comerciale) care încheiau contractul pentru realizarea unor operaţiuni de „comerţ".

Cu toate acestea, practica, realităţile economice anterioare şi prezente arată că asocierea în participaţie este o instituţie juridică utilizată de profesioniştii-comercianţi, fie că aceştia sunt persoane fizice autorizate, întreprinderi individuale sau întreprinderi familiale, fie că sunt societăţi constituite potrivit Legii nr. 31/1990, republicată cu modificările şi completările ulterioare.

Persoanele fizice sau juridice care se asociază dobândesc calitatea de asociaţi sau părţi contractante iar asociatul care va încheia actele juridice cu terţe persoane va putea fi denumit asociat „titular" sau asociatul „administrator" al asocierii.

În privinţa **capacităţii juridice a persoanei fizice** care se asociază considerăm că, în principiu, orice persoană fizică are **capacitatea de folosinţă** pentru a încheia un contract de asociere în participaţie, iar în privinţa capacităţii de exerciţiu, este firesc ca persoana care se asociază să aibă capacitate de exerciţiu deplină atâta vreme cât se

obligă să aducă în asociere un anumit bun din patrimoniul propriu sau să presteze un serviciu.

Referitor la **persoanele juridice**, în principiu, toate persoanele juridice pot încheia contracte de asociere în participaţie, chiar şi statul. Practica a demonstrat faptul că asocierea în participaţie a fost unul dintre mijloacele juridice profitabile pentru primării care au pus la dispoziţie, în cadrul asocierii, unor persoane fizice sau societăţi comerciale, spaţii comerciale, acestea din urmă aducând fonduri băneşti necesare pentru desfăşurarea în comun a unor operaţiuni comerciale[1].

7. Regimul juridic al aporturilor asociaţilor şi participarea la beneficii şi pierderi

Asociaţii au obligaţia de a aduce în cadrul asocierii, cu titlu de aport, bunuri care pot să constea în numerar (lichidităţi), bunuri în natură corporale sau incorporale (brevet de invenţie, marcă de produs etc.), creanţe şi chiar servicii (muncă), cunoştinţe de specialitate.

Potrivit art. 1952 alin. (1) Cod civil „Asociaţii rămân proprietarii bunurilor puse la dispoziţia asociaţiei".

Cu toate acestea, potrivit alin. (2) al aceluiaşi text legal, asociaţii pot conveni ca bunurile aduse în asociere, precum şi cele obţinute în urma folosirii acestora să devină proprietate comună.

Totodată, potrivit alin. (3) al art. 1952, părţile (asociaţii) pot conveni ca bunurile aduse în cadrul asocierii „puse la dispoziţia asocierii" pentru **realizarea obiectului asocierii, pot trece, în tot sau în parte, în proprietatea unuia dintre asociaţi**, în condiţiile stabilite prin contract şi, evident, cu respectarea formalităţilor prevăzute de lege.

În contractul de asociere părţile (asociaţii) pot stipula ca, în momentul încetării asocierii, asociaţii **să redobândească în natură** bunurile aduse în asociere[2] [art. 1951 alin. (4)].

Aşadar, din conţinutul acestor texte rezultă că, debitorul a avut în vedere numai situaţia când asociaţii aduc, cu titlu de aport, numai bunuri care se află în proprietatea acestora. Cu toate acestea, asociaţii pot aduce în asociere bunuri pe care ei înşişi le au în folosinţă, evident, dacă există acordul proprietarului.

Modul de participare la beneficii şi pierderi a fiecărui asociat este o clauză obligatorie în contractul de asociere, fiind chiar de natura şi esenţa contractului, rezultând din definiţia prevăzută de legiuitor în art. 1949 Cod civil.

Cu toate acestea, singura dispoziţie în care legiuitorul „atinge" acest aspect este cea prevăzută în art. 1953 alin. (5), prin care dispune că „Orice clauză care stabileşte un nivel minim garantat de beneficii pentru unul sau unii dintre asociaţi este considerată nescrisă", deoarece clauza ar putea fi calificată „clauză leonină".

Prin inserarea acestei dispoziţii în Codul civil se înlătură acea practică prin care unul dintre asociaţi primea o sumă minimă de bani cu titlu de beneficii în fiecare an, indiferent de existenţa sau nu a beneficiilor (profitului).

Sub incidenţa fostului Cod comercial, instanţele judecătoreşti au pronunţat soluţii diferite în legătură cu acea clauză contractuală prin care un asociat s-a obligat să

[1] I.C.C.J., Secţ. com., dec. nr. 713 din 18 februarie 2005, în Buletinul Jurisprudenţei, Culegere de decizii pe anul 2005, Ed. C.H. Beck, 2006, p. 653-655.

2 A se vedea, S.D. Cărpenaru, L. Stănciulescu, V. Nemeş, *op. cit.*, p. 503.

plătească lunar celuilalt o sumă minimă garantată, considerându-se, că este o clauză „leonină" deoarece i se asigură asociatului respectiv participarea numai la beneficii nu şi la pierderi, sancţiunea fiind potrivit art. 1513 din Codul civil de la 1864 – nulitatea absolută[1].

În alte soluţii instanţa supremă a considerat că nu este clauză leonină deoarece, asociatului beneficiar al clauzei i s-a garantat un venit (profit) minim neînsemnând că nu participă şi la pierderile operaţiunii asocierii.[2]

Participarea la beneficiile şi pierderile asocierii trebuie să se stabilească de către asociaţi în cuprinsul contractului.

În lipsa aceste prevederi contractuale, în mod obişnuit, contractul nu este valabil încheiat lipsindu-i un element esenţial – participarea la beneficii şi pierderi. Cu toate acestea, interpretând dispoziţiile privind asocierea în participaţie prin prisma reglementărilor privind contractul de societate, în general, şi al societăţii simple, în special, se poate stabili şi de către instanţă modul de participare la beneficii şi pierderi. Astfel, dacă în contract nu s-a prevăzut numai participarea la beneficii aceeaşi proporţie există şi cu privire la pierderi, ceea ce înseamnă că voinţa părţilor poate fi completată cu dispoziţiile prevăzute în art. 1902 Cod civil aplicabile societăţii simple.

Dacă nu există nici măcar această prevedere contractuală, participarea la beneficii şi pierderi se va face în funcţie de valoarea aportului fiecărui asociat.

În situaţia în care aportul unui asociat constă în prestaţii sau cunoştinţe specifice, partea la profit şi pierderi al acesteia este egală cu cea a asociatului care a contribuit cu aportul cel mai mic, pentru că nu s-a convenit altfel [art. 1902 alin. (2) Teza a II-a].

8. Raporturile dintre asociaţi şi faţă de terţele persoane

În conformitate cu art. 1953 al Codului civil, asociaţii încheie acte juridice cu terţe persoane în nume propriu chiar dacă acţionează pe contul asocierii, adică, pentru realizarea obiectului asocierii.

În situaţia în care un asociat acţionează în numele asociaţiei, toţi ceilalţi asociaţi răspund în mod solidar faţă de terţele persoane [art. 1953 alin. (2)] ceea ce înseamnă că, oricare dintre asociaţi poate fi urmărit de către terţi pentru executarea obligaţiilor asumate de oricare dintre ei, ori pentru acoperirea prejudiciului cauzat terţelor persoane.

În privinţa terţului cu care un asociat a încheiat contracte, acesta (terţul) va răspunde numai faţă de asociatul cu care a încheiat contractul, cu excepţia cazului când asociatul a declarat, l-a informat pe terţ despre faptul că acţionează în numele asocierii [art. 1953 alin. (3) Cod civil].

Ca măsură de garanţie faţă de terţele persoane legiuitorul prevede în art. 1953 alin. (4) Cod civil inopozabilitatea faţă de terţi a clauzei contractuale prin care asociaţii îţi limitează răspunderea în raporturile încheiate cu aceştia.

9. Dizolvarea şi lichidarea asocierii în participaţie

Cauzele de dizolvare precum şi modalitatea de lichidare a asocierii în participaţie se stabilesc prin contractul de asociere care se completează cu dispoziţiile prevăzute în art.

[1] A se vedea, I.C.C.J., Secţ. com. dec. nr. 1177/2004, www.legalis.ro.

[2] C.S.J., Secţ. com. dec. nr. 1851/2003, www.legalis.ro; I.C.C.J, Secţ. com. dec. 3753/2005, www.scj.ro.

1930 şi 1938 Cod civil privind încetarea contractului de societate şi dizolvarea societăţii precum şi cele din art. 1941 – 1948 Cod civil privind lichidarea societăţii.

Bibliografie:

1. *S.D. Cărpenaru, L. Stănciulescu, V. Nemeş,* Contracte civile şi comerciale, Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2009.
2. *C. Cucu, M. Gavriş*, Contractele comerciale. Practică judiciară, ed. a 2-a, Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2008.
3. *Al. Dimitriu*, Codul comercial adnotat, Ed. C.H. Beck, 2009.
4. *D.A.P. Florescu, R. Popa, Th. Mrejeru*, Contractul de asociere în participaţiune, Ed. Universul Juridic, 2009;
5. *V. Rebreanu*, Asociaţiunea în participaţiune între tradiţie şi actualitate, în Revista de Drept comercial, nr. 4/1995;
6. C.S.J., Secţ. com. dec. nr. 1851/2003, **www.legalis.ro**;
7. C.S.J., Sect. com., dec. nr. 1035/2003, în **www.legalis.ro;**
8. C.S.J., Sect. com., dec. nr. 1074/2000 în www.legalis.ro;
9. C.S.J., Sect. com., dec. nr. 546/1995 în www.legalis.ro;
10. ICCJ, Sect. com. dec. nr. 79 din 14 ianuarie 2010, în Buletinul Jurisprudenţei, 2010, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2011.
11. I.C.C.J., Secţ. com., dec. nr. 713 din 18 februarie 2005, în Buletinul Jurisprudenţei, Culegere de decizii pe anul 2005, Ed. C.H. Beck, 2006.
12. I.C.C.J, Secţ. com. dec. 3753/2005, **www.scj.ro**.
13. I.C.C.J., Secţ. com. dec. nr. 1177/2004, **www.legalis.ro.**
14. Noul Cod Civil
15. Legea nr. 31/1990, legea societăţilor, republicată, cu modificările şi completările ulterioare

Reglementarea limitelor judiciare cu privire la exercitarea dreptului de proprietate privată în cadrul raporturilor de vecinătate

Iosif R. ***URS****[*]

Abstract: *În cadrul limitelor exercitării dreptului de proprietate, un loc aparte îl au "limitele judiciare", reglementate pentru prima dată în legislaţia noastră civilă şi care, dincolo de limitele materiale, legale ori convenţionale, urmează să fie stabilite de judecător prin determinarea graniţei între inconvenientele normale vecinătăţii şi cele* ***"mai mari decât cele normale",*** *ceea ce poate determina nedumeriri şi controverse, aducând faţă în faţă două principii dominante în materie, atât în jurisprudenţă, cât şi în doctrină, anume: cine se foloseşte de dreptul său nu vatămă pe nimeni (qui suo iure utitur neminem laedit)*[1] *şi respectiv, orice atingere adusă dreptului altuia declanşează răspunderea juridică, fie sub forma răspunderii delictuale, fie sub forma răspunderii abuzului de drept*[2]*. Între cele două reguli, legiuitorul aşează "limitele judiciare", fundamentând, după părerea noastră, o nouă concepţie, "judecata în echitate", circumstanţiată de cadrul normativ cuprins în art. 630 C.civ. care, singur, formează conţinutul Secţiunii a 3-a – "Limite judiciare", structurată în Capitolul III – "Limitele juridice ale dreptului de proprietate privată"*[3]*.*

Cuvinte cheie: *drept, proprietate, privată, limite, judiciare, vecinătate, raporturi*

I. Diferite limite şi justificarea lor

1. Dreptul de proprietate privată şi libertatea exercitării prerogativelor care definesc conţinutul acestuia, alături de reglementarea abuzului de drept şi a depăşirii inconvenientelor anormale de vecinătate sunt faţete ale "opusului inseparabil", ce trebuie studiate şi înţelese în context istoric, sociologic, psihologic şi juridic, raportate la evoluţia "relativizării" caracterului "absolut" al dreptului de proprietate şi libertăţii de exercitare a acestuia, subsumate principial "limitelor determinate de lege"[4]. În condiţiile existenţei unei societăţi organizate, a statului de drept, democratic şi social[5], a coexistenţei proprietăţii publice şi private[6], caracterul "absolut" şi libertatea "absolută" a titularului dreptului este firesc să fie limitate, pentru raţiuni impuse atât de interesul public, cât şi de interesul privat[7].

---

[*] Prof. univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea Titu Maiorescu.

[1] A se vedea art. 1353 C.civ.

[2] A se vedea art. 1357 şi art. 15 C.civ.

[3] Ne referim la Cartea a III-a – "*Despre bunuri"*, Titlul II – "*Proprietatea privată*"din C.civ

[4] Sigur că preocupările noastre se limitează la aspecte juridice care privesc dreptul de proprietate şi celelalte drepturi reale, ţinând seama de reglementarea abuzului de drept şi a depăşirii inconvenientelor anormale ale vecinătăţii

[5] Art. 1 din Constituţia României

[6] Art. 553, alin (1), art. 554 C.civ.

[7] Art. 602 C.civ.

2. Chiar dacă necesitatea armonizării intereselor individuale şi publice învinge caracterul "absolut", prin reglementarea ***limitelor materiale***[1] şi ***limitelor juridice***, acestea din urmă cuprinzând ***limitele legale*** (art. 604-629 C.Civ), ***convenționale*** (art. 626-629 C.civ) şi cele ***judiciare*** (art. 630 C.civ), limitarea caracterului absolut al dreptului de proprietate nu are loc la întâmplare, ci într-un lung proces de evoluţie economico-socială şi, în paralel, cu existenţa unor garanţii privind respectarea şi ocrotirea proprietăţii private care, în evoluţia sa, pune în evidenţă şi dezvoltă, în interesul colectivităţii, astfel cum se spune tot mai adesea, o funcţie socială şi o funcţie ecologică, de protejare şi conservare a mediului [art. 44 alin. (2) şi (7) din Constituţie][2]. În toate cazurile, dinamica exerciţiului atributelor dreptului de proprietate are loc "în condiţiile şi în limitele stabilite de lege" [art. 555 alin.(1) C.civ] sau "în îngrădirile stabilite de lege" [art. 556 alin. (1) C.civ.] ori "în condiţiile şi în limitele determinate de lege" [art. 559 alin. (2) C.civ.], ceea ce evidenţiază, pe de o parte, preocuparea legiuitorului pentru protecţia interesului colectiv şi concilierea unor posibile conflicte între interesele individuale, iar pe de altă parte, grija acestuia pentru recunoaşterea şi garantarea proprietăţii private ca suport durabil al dezvoltării societăţii[3].

3. Trebuie subliniat că exerciţiul prerogativelor conţinutului dreptului de proprietate în ipotezele circumstanţiate de limitele materiale şi juridice, numai aparent diminuează caracterul absolut şi inviolabil al proprietăţii, deoarece acestea ***conferă titularului exerciţiul complet al atributelor sale***, deosebindu-l astfel de toate celelalte drepturi reale, făcându-l opozabil *erga omnes*, "toţi ceilalţi" având obligaţia generală şi negativă de a nu aduce atingere în niciun fel prerogativelor sale. De altfel, inviolabilitatea dreptului de proprietate este consacrată în art. 136 alin (5) din Constituţie, iar conţinutul caracterului absolut este prevăzut în art. 555 C.civ., cu precizarea că exercitarea prerogativelor are loc în limitele stabilite de lege. Ceea ce s-a "învins" şi "diminuat" prin reglementarea unor limite, a unor îngrădiri impuse de interese publice ori private, se referă la "cuprinsul şi întinderea puterilor"care nu pot fi exercitate neîngrădite de nimic[4].

4. În cadrul limitelor exercitării dreptului de proprietate, un loc aparte îl au "limitele judiciare", reglementate pentru prima dată în legislaţia noastră civilă şi care, dincolo de limitele materiale, legale ori convenţionale, urmează să fie stabilite de judecător prin determinarea graniței între inconvenientele normale vecinătății și cele ***"mai mari decât cele normale",*** ceea ce poate determina nedumeriri şi controverse, aducând faţă în faţă două principii dominante în materie, atât în jurisprudenţă, cât şi în doctrină, anume: cine se foloseşte de dreptul său nu vatămă pe nimeni (*qui suo iure utitur neminem laedit*)[5] şi respectiv, orice atingere adusă dreptului altuia declanşează răspunderea juridică, fie sub

---

[1] Art. 556 C.civ. reglementează, principial, limitele exercitării dreptului de proprietate, făcând aplicarea art. 44 alin. (1) și art. 53 din Constituţie. Pentru dezvoltări, a se vedea: prof.univ.dr. Marilena Uliescu, *Limitele juridice ale dreptului de proprietate privată*, în *Noul Cod Civil. Studii şi comentarii*, vol II, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2013, p. 112; prof.univ.dr. Mircea Duţu, *Limitele legale ale dreptului de proprietate privată privind protecţia mediului şi folosirea apei*, în *Noul Cod Civil. Studii şi comentarii*, vol. II, Ed. Universul juridic, Bucureşti, 2013, p. 121.

[2] A se vedea, Prof.univ.dr. Mircea Duţu, *op. cit.*, p. 132. Mai mult, existenţa unor limite ale dreptului de proprietate nu conduc la negarea acestuia. C. Bârsan, *Drept civil. Drepturile reale principale*, Ed. Hamangiu, 2013, p. 63 şi urm; V. Stoica, *Drept civil. Drepturile reale principale*, Ed. C.H. Beck, 2013, p. 111.

[3] Mircea Duțu, *op. cit.*, p. 133.

[4] A se vedea: M.B. Cantacuzino, *Elementele dreptului civil*, Ed. All Beck, Bucureşti, 1998, p. 104.

[5] A se vedea art. 1353 C.civ.

forma răspunderii delictuale, fie sub forma răspunderii abuzului de drept[1]. Între cele două reguli, legiuitorul aşează "limitele judiciare", fundamentând, după părerea noastră, o nouă concepţie, "judecata în echitate", circumstanţiată de cadrul normativ cuprins în art. 630 C.civ. care, singur, formează conţinutul Secţiunii a 3-a – "*Limite judiciare*", structurată în Capitolul III – "*Limitele juridice ale dreptului de proprietate privată*"[2].

II. Depăşirea inconvenientelor normale ale vecinătăţii

5. Denumirea art. 630 C.civ. prin titulatura "*Depăşirea inconvenientelor normale ale vecinătăţii*", ne îndeamnă să reflectăm asupra relaţiei existente între "vecinătate" sau "buna vecinătate" şi exercitarea atributelor drepturilor de proprietate. O primă problemă este aceea că în relaţiile de vecinătate[3], anumite inconveniente izvorâte din exercitarea dreptului de proprietate trebuie acceptate ca fiind normale. Numai "***inconvenientele mai mari decât cele normale***", cauzate în exercitarea dreptului său, îl obligă pe proprietarul - autor la despăgubiri în folosul vecinului vătămat. Adică, fiecare proprietar vecin este obligat să accepte "anumite inconveniente" pe care le consideră "normale" în raport cu starea de vecinătate. Fiecare proprietar suportă în raport cu proprietarul vecin o "stare de normalitate" care include "inconveniente normale", specifice stării de vecinătate, sub condiţia să nu fie excesive pentru a nu deveni inconveniente anormale[4]. În reglementarea inconvenientelor de vecinătate, putem reţine două reguli care dau substanţă "conceptului limitelor judiciare", anume: ***obligaţia proprietarilor vecini de a suporta inconvenientele "normale" de vecinătate şi respectiv, dreptul de a obţine repararea pagubelor provocate de inconvenientele "anormale"***.

A doua problemă priveşte conţinutul conceptului "inconveniente normale" care nu poate fi determinat după criterii generale şi abstracte, ci trebuie considerat în concret şi variabil ţinând seama de specificul raporturilor de vecinătate, de locul şi timpul în care se produc, de periodicitatea ori intensitatea acestora, de consecinţele produse, de modalităţile în care au loc, de elemente obiective şi subiective ce privesc atât pe proprietarul perturbator, cât şi pe proprietarul prejudiciat[5].

6. Pe de altă parte, atât inconvenientele normale, cât şi inconvenientele anormale alcătuiesc sfera legală a exercitării dreptului de proprietate. Dacă primele sunt îndeobşte acceptate în raporturile de vecinătate, apreciate ca "raporturi de reciprocă şi profitabilă toleranţă"[6], secundele pot naşte în sarcina autorului-perturbator obligaţia de despăgubire în folosul celui vătămat, precum şi restabilirea situaţiei anterioare, atunci când acest lucru este posibil. Consacrând legal teza depăşirii inconvenientelor normale ale vecinătăţii, legiuitorul fundamentează implicit răspunderea făptuitorului dincolo de

---

[1] A se vedea art. 1357 şi art. 15 C.civ.

[2] Ne referim la Cartea a III-a – "*Despre bunuri"*, Titlul II – "*Proprietatea privată*"din C.civ.

[3] Vecinătatea trebuie înţeleasă, în sens restrâns, ca raport între ***vecini alăturaţi*** (proprietăţi alăturate - megieşe) şi, în sens larg, ca raport între ***vecini apropriaţi*** (proprietăţi apropiate); Dicţionar analogic şi de sinonime, Ed. ştiinţifică şi enciclopedică, Bucureşti, 1978, p. 30, indice 35; M.D.E. ediţia a 2-a, Ed. Ştiinţifică şi enciclopedică, Bucureşti, 1978, p. 1020. – Nu este exclus ca anumite pagube să fie produse nu numai vecinilor, ci şi altor persoane care locuiesc ori au proprietăţi la o mai mică sau mai mare depărtare; consecinţele se pot întinde asupra unui cartier, ori asupra unei localităţi ori regiuni. Vezi: Valeriu Stoica, în *Drept civil. Drepturile reale principale*, ed. a 2-a, Ed. C.H. Beck, p. 148.

[4] Laura Crăciuneanu, *Teoria inconvenientelor (tulburărilor) de vecinătate între inexistenţă şi necesitate*, http:www.avocat.net.ro/content/articles/id_10383.

[5] V. Stoica, *op. cit.*, p. 148; Laura Crăciuneanu, *op. cit. supra*.

[6] Ion Deleanu, *Drepturile subiective şi abuzul de drept*, Ed. Dacia, Cluj Napoca, 1988, p. 50.

existenţa faptei ilicite şi în ***absenţa culpei***. Graniţa între cele două categorii de inconveniente este stabilită de instanţa de judecată chemată să se pronunţe asupra caracterului inconvenientelor în raporturile de vecinătate şi să soluţioneze cauza în temeiul "considerentelor de echitate", fie prin acordarea de despăgubiri celui vătămat şi restabilirea situaţiei anterioare [art. 630 alin. (1) C.civ.], fie prin încuviinţarea desfăşurării activităţii prejudiciabile motivată de necesitate sau utilitate cu acordarea de despăgubiri [art. 630 alin. (2) C.civ.].

7. Pornind de la principiul constituţional al exercitării drepturilor şi libertăţilor cu bună credinţă[1], Codul civil consacră acelaşi principiu în art. 14 alin. (1), stabilind că orice persoană fizică ori juridică trebuie să îşi exercite drepturile şi să îşi execute obligaţiile civile cu bună credinţă[2]. În continuarea principiului bunei credinţe devenit omniprezent în exercitarea drepturilor apare întemeiată teza potrivit căreia, ***prin exercitarea dreptului de proprietate nu se poate cauza altuia un inconvenient anormal în relaţiile de vecinătate*** care să rămână în afara sferei răspunderii**.** Dacă limitele materiale, legale ori convenţionale cu privire la exercitarea dreptului de proprietate au fost acceptate și asimilate atât în jurisprudență, cât și în doctrină, în privința stabilirii unui cadru legal privind limitele judiciare prin consacrarea răspunderii în ipoteza producerii unor pagube cauzate de inconvenientele anormale de vecinătate stabilite din considerente de echitate, doctrina a manifestat rezerve, nu fără justificare, bazate pe concepția potrivit căreia în sistemul de drept român, aparținând familiei dreptului continental, "judecătorul trebuie să aplice legea, iar nu să o creeze"[3]. În această materie, jurisprudența și doctrina au căutat să fundamenteze angajarea răspunderii proprietarului pentru inconveniente anormale de vecinătate, pe diferite temeiuri juridice[4], pentru a fi reglementată în final, prin art. 630 C.civ., soluția potrivit căreia limitele judiciare ale exercitării dreptului de proprietate sunt stabilite de instanța de judecată "din considerente de echitate". În acest fel, depășirea inconvenientelor normale de vecinătate este apreciată de judecător printr-o judecată de echitate. Judecătorul este investit cu puterea de a aprecia limitele judiciare ale exercitării dreptului de proprietate și de a stabili hotarul între inconveniente "normale" și inconveniente "anormale", fundamentându-și intervenția pe considerente de ***echitate***.

---

[1] Prevăzut în art. 57 din Constituție.

[2] Buna-credinţă este reluată în diferite materii reglementate de Codul civil: art. 581, art. 586, art. 901, art. 938, art. 948, art. 1170, art. 1183 etc.

[3] V. Stoica, *op. cit.,* p. 148.

[4] Doctrina franceză urmată de doctrina română, dar şi jurisprudența au formulat o serie de opinii pentru susținerea răspunderii proprietarului în situațiile în care, în exercitarea atributelor dreptului de proprietate, se aduc prejudicii (tulburări) proprietarului vecin, prin fapte care nu îi pot fi imputate. O primă teorie se bazează pe răspunderea care decurge din ***cvasicontractul de vecinătate*** prevăzut de art. 588 din C.civ. de la 1864, potrivit căruia "Legea supune pe proprietari la osebite obligații unul către altul, fără chiar să existe vreo convenție între dânșii". Dincolo de însăși noțiunea de cvasicontract "inutilă și inexactă", textul reprezintă o introducere la reglementarea, în textele următoare, a servituților legale (Anca Ruen, *Inconvenientele anormale de vecinătate – evoluție și perspective*, în Studia Universitatis Babeș-Bolyai, Jurisprudența, nr. 3/2011). O critică adusă acestei teorii a fost că nu permite fixarea limitei restricțiilor or, dimpotrivă, determină o limită prea rigidă. Într-o altă opinie, răspunderea în raporturile de vecinătate se întemeiază pe existența ***delictului și a cvasidelictului***, teorii ce nu pot fi reținute deoarece răspunderea civilă delictuală are loc în prezența condițiilor prevăzute de lege: fapta ilicită, prejudiciul, raportul de cauzalitate și vinovăție (Dana M., Cigan în Noul Cod civil – comentarii, doctrină și jurisprudență, Ed. Hamangiu, 2012, p 911; Ioan Adam, Drept civil. Teoria generală a drepturilor reale, ed. 3, Ed. C.H. Beck, p. 95). O altă explicație adusă teoriei inconvenientelor de vecinătate este teoria riscului.

Ori de câte ori proprietarul, prin acțiunile ori inacțiunile sale, în exercitarea prerogativelor dreptului său, va produce dezagremente care, raportate la echitate, depășesc inconvenientele normale, în absența oricărei culpe poate fi obligat să acorde victimei despăgubiri, inclusiv restabilirea situației anterioare, dacă acest lucru este posibil. Astfel cum s-a spus, ***echitatea*** este fundamentul intervenției judecătorului[1] sau ***principiul echității*** comandă obligarea celui care a cauzat inconveniente anormale la repararea prejudiciului[2], ori limitele judiciare ale exercitării dreptului de proprietate private sunt stabilite printr-o ***judecată în echitate***[3].

8. Opțiunea legiuitorului român din anul 2009 cu privire la stabilirea limitelor judiciare printr-o judecată de echitate este privită cu rezerve, fiind greu de admis că în materia relațiilor de vecinătate profund antagonică, supusă subiectivismului, considerentele de echitate pot să fundamenteze o hotărâre judecătorească. Judecătorul poate apela la considerente de echitate în privința stabilirii caracterului normal ori anormal al inconvenientelor de vecinătate, atunci când o situație este apreciată ca normală de o persoană și respinsă ca anormală de altă persoană, dar "considerentele de echitate nu pot ele însele să fundamenteze o hotărâre judecătorească"[4]. Într-adevăr, activitatea de aplicare a legii trebuie să fie guvernată de simțul echității, însă deocamdată, în dreptul român, o judecată pur *ex aequo et bono*, care să ia în considerare doar normele morale, nu și pe cele juridice, nu este posibilă. Deși autorul acceptă că în privința acordării de despăgubiri pentru prejudicii morale "echitatea este, până la urmă, cea care cântărește cel mai greu în decizia judecătorului, chiar funcția reparatorie a răspunderii civile reclamând-o, cu atât mai mult cu cât avem de-a face cu o obligație de reparare în lipsa oricărei culpe, ea nu poate să constituie unicul motiv pentru a se acorda despăgubiri, pentru că în acest fel s-ar crea o nișă a arbitrariului, chestiune ce nu poate fi permisă"[5]

9. Noi spunem că echitatea este în expansiune şi este un reper fundamental al dreptului, al exercitării drepturilor subiective, iar legiuitorul consacră expres ***echitatea*** ca măsură a comportamentului fiecărui proprietar faţă de exercitarea prerogativelor sale raportate la libertatea de executare a prerogativelor proprietarului vecin.

Judecătorul are o misiune dificilă; el este îndreptăţit şi obligat să „cuantifice" normalitatea în diversitatea inconvenientelor născute din starea de vecinătate, din subiectivismul care domină raporturile de vecinătate.

Criteriul echităţii în raporturile de vecinătate nu priveşte atât ***exercitarea propriu-zisă a prerogativelor dreptului de proprietate*** cât mai ales urmările, inconvenientele, tulburările, prejudiciile cauzate vecinilor. Mai mult, aplicând principiile bunei-credinţe, care în realitate formează substanţa echităţii, judecata limitelor judiciare are în vedere numai „depăşirea" limitelor, gradul şi gravitatea depăşirilor şi a consecinţelor ce se răsfrâng asupra relaţiilor de vecinătate. Prin echitate se stabileşte graniţa între inconveniente „normale" şi „anormale". ***Respectarea drepturilor şi libertăţilor reciproce şi măsura depăşirii inconvenientelor normale se judecă şi se soluţionează prin echitate, dincolo de orice formă de vinovăţie a „vecinului perturbator"***.

10. În opera sa de interpretare şi judecare a inconvenientelor „mai mari decât cele normale" în relaţiile de vecinătate, judecătorul nu este singur şi nu are puteri

---

[1] A se vedea Ioan Adam, *op. cit.,* p. 95; Eugen Chelaru, *Noul Cod civil*, Ed. C.H. Beck, 2012, p. 692.
[2] Corneliu Bîrsan, *Drept civil. Drepturile reale principale*, Ed. Hamangiu, 2013, p. 980.
[3] Valeriu Stoica, *op. cit.,* p 148.
[4] Anca Ruen, *op. cit. supra*.
[5] *Ibidem*.

discreţionare, nelimitate de nimic şi nici nu i se poate imputa că „face legea” în loc să o aplice.

În primul rând trebuie observat că legiuitorul român, spre deosebire de principala sa sursă de inspiraţie legislativă[1], adoptă un sistem original privind relaţiile de vecinătate. În art. 603 este cuprinsă regula de principiu potrivit căreia proprietarul este obligat să respecte sarcinile privind protecţia mediului şi ***asigurarea bunei vecinătăţi, precum şi celelalte sarcini care, îi revin potrivit legii sau obiceiului.*** După exprimarea sintetică dar cuprinzătoare a limitelor exercitării dreptului de proprietate privată (art. 602 C. civ.), legiuitorul utilizează un ***mecanism dual de reglementare*** a acestora. Astfel: sub titlul „limite legale”, stabileşte o ***sumă de reguli aplicabile*** unor situaţii de fapt specifice raporturilor de vecinătate, cristalizate prin jurisprudenţă şi doctrină, cum sunt: reguli privind curgerea firească a apelor; curgerea provocată a apelor; întrebuinţarea izvoarelor; picătura streşinii, distanţa minimă pentru construcţii, lucrări, plantaţii, reguli privind vederea asupra proprietăţii vecinului ori privind dreptul de trecere etc., iar sub titlul „limite judiciare” adoptă ***o singură regulă de soluţionare a inconvenientelor denumite generic „mai mari decât cele normale”***. Nouă ni se pare că legiuitorul a dorit să cuprindă sub această exprimare generală ***diversitatea şi dinamica situaţiilor de fapt care se pot ivi în relaţiile de vecinătate***, investindu-l pe judecător cu puterea de a aplica legea din considerente de echitate.

În al doilea rând, prevederile art. 630 C. civ. se înfăţişează ca o ilustrare concretă a principiilor aşezate la temelia „judecăţii civile” şi înscrise în art. 5 din C. proc. civ.[2] care reformulează dispoziţiile înscrise în art. 3 şi art. 4 din C. civ. de la 1865[3]. Judecătorul, îndreptăţit să primească cererea pentru care este competent, nu poate refuza judecarea ei pe motiv „că legea nu prevede, este neclară sau incompletă”. O pricină ce nu poate fi judecată în baza legii, a uzanţelor ori a dispoziţiilor legale privitoare la situaţii asemănătoare” trebuie judecată în baza principiilor generale ale dreptului, „având în vedere toate circumstanţele acesteia şi ţinând seama de cerinţele echităţii”. În soluţionarea unei situaţii de fapt, judecătorul poate face apel la analogia dreptului întemeindu-şi soluţia pe principiile generale ale dreptului care înseamnă, printre altele, o judecată în echitate[4].

În al treilea rând trebuie văzut că judecătorul nu judecă prin echitate exercitarea dreptului de proprietate care se realizează în limitele legale, interne şi externe, ale dreptului subiectiv, ci se pronunţă asupra inconvenientelor anormale „mai mari decât cele normale”. ***Nu exerciţiul prerogativelor dreptului de proprietate este abuziv, ci urmările acestuia depăşesc limitele considerate normale în temeiul echităţii adaptate***

---

[1] Ne referim la Codul civil din Quebec; a se vedea Anca Ruen, *op. cit. supra*.

[2] Art. 5 din C. proc.civ. (1) Judecătorii au îndatorirea să primească şi să soluţioneze orice cerere de competenţa instanţelor judecătoreşti, potrivit legii. (2) Nici un judecător nu poate refuza să judece pe motiv că legea nu prevede, este neclară sau incompletă. (3) În cazul în care o pricină 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 generale ale dreptului, având în vedere toate circumstanţele acesteia şi ţinând seama de cerinţele echităţii. (4) Este interzis judecătorului să stabilească dispoziţii general obligatorii prin hotărârile pe care le pronunţă în cauzele care îi sunt supuse.

[3] Art. 3 şi art. 4 C. civ. din 1865. Art. 3 ”Judecătorul care va refuza de a judeca, sub cuvânt că legea nu prevede, sau că este întunecată sau neîndestulătoare, va putea fi urmărit ca culpabil de denegare de dreptate”. Art. 4. „Este oprit judecătorului de a se pronunţa, în hotărârile ce dă, prin cale de dispoziţii generale şi reglementare asupra cauzelor care-i sunt supuse”.

[4] Valeriu Stoica, *op. cit.,* p. 149.

la circumstanţele concrete ale situaţiei de fapt. Un demers abstract în stabilirea liniei de demarcaţie între „normal şi anormal" în relaţiile de vecinătate este iluzoriu şi ineficient, dar o limitare concretă peste care inconvenientul este anormal poate fi făcută de judecător, prin judecata în echitate circumstanţiată la elementele obiective şi subiective ale situaţiei de fapt asupra căreia este chemat să se pronunţe şi să decidă răspunderea în folosul celui vătămat.

11. Opţiunea legiuitorului cu privire la soluţionarea depăşirii inconvenientelor normale ale vecinătăţii şi obligarea celui vinovat la despăgubiri în folosul celui vătămat prin judecata în echitate, astfel cum stabileşte art. 630 C. civ. se deosebeşte de răspunderea pentru ***abuzul de drept*** care reprezintă o formă specială a răspunderii civile delictuale prin exercitarea dreptului în scopul de a vătăma sau păgubi pe altul ori într-un mod excesiv şi nerezonabil, contrar bunei-credinţe (art. 15 c. civ.). Exercitarea prerogativelor dreptului de proprietate cu rea-credinţă, „contrar bunei-credinţe" înseamnă, astfel cum prevede art. 1353 C. civ., o exercitare abuzivă a dreptului şi antrenează răspunderea civilă a titularului abuziv, prin obligarea acestuia la daune-interese pentru prejudiciile cauzate proprietarului vecin. Potrivit art. 15 C. civ. ne aflăm în prezenţa abuzului de drept în ipoteza exercitării dreptului în scopul „de a vătăma sau păgubi pe altul" şi în ipoteza exercitării dreptului în „mod excesiv şi nerezonabil". În ambele ipoteze titularul exercită dreptul său contrar bunei-credinţe, în mod abuziv, prin deturnarea dreptului subiectiv de la scopul recunoscut de lege fie cu intenţie, fie din culpă. Abuzul de drept nu poate fi conceput în afara vinovăţiei, în timp ce depăşirea inconvenientelor normale ale vecinătăţii, astfel cum sunt fixate de instanţa de judecată antrenează obligaţia de despăgubire în folosul celui vinovat independent de orice culpă a proprietarului perturbator[1].

12. Este o realitate consacrată legal prin art. 630 C. civ. aceea că răspunderea pentru depăşirea inconvenientelor normale ale vecinătăţii este o răspundere de sine stătătoare cu un statut juridic propriu ce intervine în cazurile în care inconvenientele, deşi izvorăsc din exercitarea licită a dreptului subiectiv (cu respectarea limitelor externe şi interne ale dreptului de proprietate[2]), sunt considerate anormale în relaţiile de vecinătate prin judecata ***în echitate*** dată în competenţa instanţei de judecată şi pot da naştere la obligaţia de reparare a prejudiciilor dacă acestea ating acel nivel de gravitate apreciat ca fiind mai mare decât cele normale în relaţiile de vecinătate[3]. În ipoteza în care inconvenientele sunt urmarea unei ***fapte ilicite*** şi sunt întrunite condiţiile legale va fi

---

[1] Pentru dezvoltări şi controverse privind abuzul de drept, a se vedea: Sache Neculaescu, *Ambiguităţi ale teoriei abuzului de drept*, în Revista „*Dreptul*" nr. 3/2011; Ion Deleanu, *Drepturile subiective şi abuzul de drept*, Ed. Dacia, Cluj Napoca, 1988; I. Reghini, Ş. Diaconescu, P. Vasilescu, *Introducere în dreptul civil*, ed. a 2-a, Colecţia Universitaria, Ed. Sfera Juridică, Cluj-Napoca, 2008; D. Gherasim, *Buna-credinţă în raporturile juridice*, Ed. Academiei, Bucureşti, 1981; Panel Perju, în *Noul Cod civil*, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2012, p. 15; Carmen Tamara Ungureanu, *Noul Cod civil*, vol. I, Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2012, p. 35; Corneliu Bîrsan, *Drept civil. Drepturile reale principale*, Ed. Hamangiu, 2013, p. 149 şi urm.; Deaconu-Dascălu Diana, *Aspecte privind răspunderea civilă rezultată din tulburările aduse stării de vecinătate.*

[2] A se vedea: art. 556 şi art. 559 C. civ. pentru limitele externe, înţelese ca limite materiale şi legale şi art. 626 C. civ. pentru limitele convenţionale; art. 15 din C. civ. pentru abuzul de drept şi art. 1353 C. civ. pentru exercitarea dreptului în conformitate cu scopul economic şi social în vederea căruia a fost legal recunoscut (limita internă).

[3] A se vedea: Dana Margareta Cigan, în *Noul Cod civil*, Vol. I, Ed. Hamangiu, 2012, p. 911, pct. 7; pentru diferite categorii de inconveniente, a se vedea: Valeriu Stoica, *op. cit.*, p. 149; Ioan Adam, *op. cit.,* p. 95, Anca Ruen, *op. cit. supra.*

declanşată ***răspunderea civilă delictuală***[1], iar dacă inconvenientele sunt consecinţele exercitării abuzive a dreptului de proprietate va fi antrenată răspunderea pentru ***abuzul de drept***[2]. În concluzie, dincolo de existenţa condiţiilor pentru antrenarea răspunderii civile delictuale ori a răspunderii pentru abuzul de drept, depăşirea ***limitei judiciare*** fixată de instanţa de judecată pentru inconvenientele normale în relaţiile de vecinătate poate da naştere la despăgubiri în folosul celui vătămat, precum şi la restabilirea situaţiei anterioare atunci când acest lucru este posibil.

13. În privinţa modalităţilor de răspundere legiuitorul a stabilit, în ordine: ***obligarea la despăgubiri*** în folosul celui vinovat şi ***restabilirea situaţiei anterioare***, atunci când acest lucru este posibil.

Din coroborarea prevederilor cuprinse în alin. (1) ale art. 630 C. civ. cu cele din alin. (2) ale aceluiaşi text legal desprindem că inconvenientele pot consta, printre altele, în cauzarea de prejudicii. Ţinând seama de principiile care guvernează repararea prejudiciilor, dar şi de natura specială a prejudiciilor create în relaţiile de vecinătate, în opinia noastră, ordinea reparaţiei prejudiciului ar putea fi inversată deoarece „***stabilirea situaţiei anterioare***" corespunde cel mai bine reparării prejudiciului în natură (art. 1386 C. civ.) şi reparării integrale a prejudiciului (art. 1385 C. civ.). În subsidiar ar urma să fie acordate despăgubiri echivalente valorii prejudiciului suferit de victimă stabilit prin acordul părţilor sau de către instanţa de judecată sub forma unor sume fixe ori prestaţii periodice în funcţie de natura prejudiciului.

Înainte de toate, trebuie avută în vedere reparaţia în natură deoarece aceasta se apropie cel mai mult de principiul reparării integrale. Aşadar, instanţa poate prescrie măsuri obligatorii pentru proprietarul responsabil, de natură a face să înceteze dauna, de pildă desfiinţarea gardului care a luat vederea, desfiinţarea unui atelier de tinichigerie împreună cu o rampă de reparaţii auto care provocau locului vecin din imediata apropiere zgomote, mirosuri şi gaze poluante intolerabile, încetarea poluării fonice produse de un motor aflat în stare de funcţionare, atunci când este posibil din punct de vedere tehnic, instalarea unui dispozitiv care să neutralizeze tulburarea toxică sau fonică, fără ca aceasta să însemne încetarea activităţii, sau chiar demolarea construcţiei care incomodează[3] şi sigur să impună, după caz, acordarea de despăgubiri.

14. Raporturile de vecinătate trebuie considerate din perspectiva "ambilor" vecini, al proprietarului perturbator şi al proprietarului victimă. În ipoteza în ***care prejudiciul cauzat este minor*** raportat la necesitatea sau utilitatea desfăşurării activităţii prejudiciabile de către proprietar, instanţa ***poate încuviinţa desfăşurarea acelei activităţi*** cu acordarea unor despăgubiri celui prejudiciat (art. 630, alin (2) C.civ.). Inconvenientele de vecinătate nu se rezumă la tulburările specifice stării de vecinătate dintre persoanele fizice (zgomote, praf, mirosuri, degradările spaţiilor comune etc.), ci privesc toate situaţiile în care în vecinătate se desfăşoară o ***activitate profesională periodică sau permanentă*** care creează inconveniente mai mari decât normale (un şantier de construcţii, un spaţiu comercial, un restaurant, o piaţă, un spital, o şcoală, o staţie pentru mijloacele de transport, o spălătorie auto, un depozit de materiale chimice etc.). Instanţa de judecată va hotărî, prin echitate, limitele judiciare ale inconvenientelor apreciind gravitatea acestora raportate la necesitatea şi utilitatea activităţii perturbatoare.

---

[1] Pentru dezvoltări privind răspunderea delictuală, a se vedea: Ioan Adam, *Drept civil. Obligaţiile. Faptul juridic*, Ed. C.H. Beck, 2013, p. 155 şi urm.

[2] Pentru abuzul de drept în materia dreptului de proprietate, a se vedea: Corneliu Bîrsan, *op. cit.,* p. 149 şi urm.

[3] Anca Ruen, *op. cit. supra.*

Două judecăţi este chemat să facă judecătorul într-o asemenea ipoteză: ***gravitatea inconvenientelor cauzate victimei pe de o parte şi gravitatea prejudiciilor aduse proprietarului-perturbator prin încetarea activităţii, pe de altă parte.*** Existenţa unui prejudiciu "minor" ar putea fi soluţia echitabilă aşa cum prevede legea, dar cuantificarea ori calificarea unor inconveniente ca fiind minore, în ipoteza continuării activităţii prejudiciabile din motive de utilitate ori necesitate, este dificil, dacă nu imposibil de făcut, mai ales prin producerea lor continuu de tipul trepidaţiilor, zgomotelor, mirosurilor, gazelor, prafului etc.

După părerea noastră, problema la care ne referim poate avea semnificaţii şi consecinţe mai importante decât depăşirea unui inconvenient normal al vecinătăţii, atunci când continuarea activităţii prejudiciabile ***afectează o zonă de vecinătate ori ar nesocoti sarcinile privind protecţia mediului***[1]. Opţiunea instanţei de judecată pentru una din cele două soluţii ale legiuitorului va fi mereu anevoios de argumentat, dar, cu siguranţă, jurisprudenţa va aduce contribuţii la clarificarea şi dezvoltarea conţinutului conceptului de limite judiciare.

15. Poate pentru a sublinia importanţa conceptului de judecată prin "considerente de echitate" ale depăşirii inconvenientelor normale ale vecinătăţii, legiuitorul în alin. (3) al art. 630 C.civ. apelează la ***măsura provizorie*** a ***ordonanţei preşedinţiale*** prin care instanţa de judecată poate să încuviinţeze măsurile necesare pentru prevenirea pagubei, în cazurile în care producerea acesteia este iminentă şi foarte probabilă, a căror efecte se întind până la soluţionarea litigiului asupra fondului. Condiţiile de admisibilitate ale ordonanţei preşedinţiale prevăzute în art. 996 C.proc.civ înscriu, printre altele, "***prevenirea unei pagube iminente***" şi care nu s-ar putea repara. Conform art. 630 alin. (3) C.civ. ordonanţa preşedinţială este admisă pentru prevenirea pagubei, dacă prejudiciul este iminent sau ***"foarte probabil"***. Ni se pare că sintagma "foarte probabil" este mai puţin decât "iminent", ceea ce înseamnă încă o dată interesul legiuitorului pentru reglementarea "limitelor judiciare" ale exercitării dreptului de proprietate.

16. Conform art. 61 din Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil, dispoziţiile art. 630 din Codul civil se aplică numai inconvenientelor cauzate după data intrării în vigoare a Codului civil, adică după data de 1 octombrie 2011.

Bibliografie:

1. I. Adam, Drept civil. Obligaţiile. Faptul juridic, Editura C.H. Beck, 2013;
2. I. Adam, Drept civil. Teoria generală a drepturilor reale, Ediția 3, Editura C.H. Beck;
3. *C. Bîrsan,* Drept civil. Drepturile reale principale, Ed. Hamangiu, 2013;
4. *M.B. Cantacuzino,* Elementele dreptului civil, Ed. All Beck, Bucureşti, 1998;
5. *L. Crăciuneanu,* Teoria inconvenientelor (tulburărilor) de vecinătate între inexistenţă şi necesitate, http:www.avocat.net.ro/content/articles/id_10383;
6. *D. M., Cigan*, Noul Cod civil – comentarii, doctrină și jurisprudență, Ed. Hamangiu, 2012;
7. *D.M. Cigan,* Noul Cod civil, Vol. I, Editura Hamangiu, 2012;
8. *E. Chelaru,* Noul Cod civil, Editura C.H. Beck, 2012;

[1] Art. 44 alin. (7) din Constituţie şi art. 603 C.civ.

9. *D. Deaconu-Dascălu*, Aspecte privind răspunderea civilă rezultată din tulburările aduse stării de vecinătate, Conferinţa internaţională de drept Studii Europene şi relaţii Internaţionale, Universitatea de Drept, mai 2013

10. *I. Deleanu*, Drepturile subiective şi abuzul de drept, Editura Dacia, Cluj Napoca, 1988;

11. *M. Duţu*, Limitele legale ale dreptului de proprietate privată privind protecţia mediului şi folosirea apei, în Noul Cod Civil. Studii şi comentarii, vol II, Ed. Universul juridic, Bucureşti, 2013;

12. *D. Gherasim*, Buna-credinţă în raporturile juridice, Editura Academiei, Bucureşti, 1981;

13. *S. Neculaescu,* Ambiguităţi ale teoriei abuzului de drept, în revista „Dreptul" nr. 3/2011;

14. *P. Perju*, Noul Cod civil, Editura C.H. Beck, Bucureşti, 2012;

15. *I. Reghini, Ş. Diaconescu, P. Vasilescu,* Introducere în dreptul civil, ediţia a 2-a, Colecţia Universitaria, Editura Sfera Juridică, Cluj-Napoca, 2008;

16. *V. Stoica*, Drept civil. Drepturile reale principale, Ed. C.H. Beck, 2013;

17. *V. Stoica,* în Drept civil. Drepturile reale principale, ediţia a 2-a, Editura C.H. Beck;

18. *M. Uliescu*, Limitele juridice ale dreptului de proprietate privată, în Noul Cod Civil. Studii şi comentarii, vol. II, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2013;

19. *C. T. Ungureanu*, Noul Cod civil, vol. I, Editura Hamangiu, Bucureşti, 2012;

20. Constituţia României;

21. Codul civil;

22. Codul civil din Quebec;

23. Dicţionar analogic şi de sinonime, Ed. Ştiinţifică şi enciclopedică, Bucureşti, 1978;

24. M.D.E. ediţia a 2-a, Ed. Ştiinţifică şi enciclopedică, Bucureşti, 1978.

Autoritatea de lucru judecat în reglementarea noului Cod de procedură civilă

Gabriela ***RĂDUCAN****

Abstract: *Hotărârea judecătorească, mai exact actul jurisdicţional, produce două categorii de efecte: efecte substanţiale şi efecte procesuale. Între efectele procesuale ale hotărârii judecătoreşti se regăseşte şi aceea că aceasta se bucură de autoritatea (puterea) lucrului judecat, alături de efectul dezînvestirii instanţei, al puterii executorii (limitată, însă, la hotărârile susceptibile de executare silită, în condiţiile legii), al caracterului de înscris autentic, al caracterului obligatoriu faţă de părţi şi al opozabilităţii erga omnes.*

Cuvinte cheie: *efectele hotărârii judecătoreşti, autoritate de lucru judecat: excepţie, elemente, aspecte, caractere, delimitări*

Autoritatea de lucru judecat (în vechea reglementare privită ca *res iudicata pro veritate habetur*) este reglementată, în art. 432 C.proc.civ., drept o ***excepţie de fond, peremptorie*** şi ***absolută***, însă, spre deosebire de reglementarea anterioară, noul cod îi conferă un loc mai larg, consacrând mai multe norme legate de această instituţie (art. 430-432 C.proc.civ.) şi plasând-o între principalele efecte ale hotărârii judecătoreşti. Sub un alt aspect, deşi nu mai este reglementată şi în dreptul material (anterior era prevăzută de art. 1200 pct. 4 C.civ. 1864), este discutabil dacă autoritatea de lucru judecat mai are, în continuare, şi natura juridică a unei *prezumţii legale absolute şi irefragabile* a hotărârii judecătoreşti de adevăr judiciar, sau rămâne consacrată doar ca un efect al hotărârii judecătoreşti[1].

În ceea ce priveşte regimul de invocare, autoritatea de lucru judecat poate fi ridicată, *pe cale de excepţie*, de orice parte interesată, de procuror[2] sau de instanţă din oficiu, în orice stadiu al procesului, chiar direct în recurs (art. 432 C.proc.civ.), *ori prin intermediul apelului* sau *chiar al unei căi de atac extraordinare* [*recursul* – art. 488 pct. 7 C.proc.civ.; *revizuirea* – art. 509 alin. (1) pct. 8 C.proc.civ.].

Sub un alt aspect, cu caracter de noutate, art. 432 teza finală C.proc.civ prevede, prin derogare de la regula *non reformatio in peius*, aplicabilă în căile de atac, faptul că, urmare a admiterii excepţiei autorităţii de lucru judecat, *părţii i se poate crea în propria cale de atac o situaţie mai rea decât aceea din hotărârea atacată*.

---

* Prof. univ. dr., Universitatea Titu Maiorescu – Facultatea de Drept.

[1] A se vedea T.C. Briciu, în V.M. Ciobanu, M. Nicolae (coord.), Noul Cod de procedură civilă, vol. I, p. 784-786, opinie întemeiată pe ideea că, *de lege lata,* legiuitorul nu a mai reglementat categoria prezumţiilor legale absolute împotriva cărora nu era permisă nicio probă contrară, nefiind preluate în Codul de procedură civilă actual dispoziţiile art. 1202 alin. (2) C.civ. 1864.

[2] Chiar dacă dispoziţiile art. 432 C.proc.civ. nu îl prevăd expres şi pe procuror, opinăm că, atunci când acesta participă la judecată, are dreptul de a invoca această excepţie de ordine publică la fel la orice altă parte interesată (n.a.).

Astfel, ca urmare a admiterii excepţiei autorităţii lucrului judecat invocate, după caz, de către intimat sau de către instanţă *ex officio,* urmează a se admite şi calea de atac exercitată de partea care a acţionat cu încălcarea dispoziţiilor art. 431 alin. (1) C.proc.civ. În consecinţă, finalitatea va consta în respingerea cererii de chemare în judecată ca stând în putere de lucru judecat, nemaiavând nicio relevanţă nici dacă, prin hotărârea atacată cererea fusese iniţial admisă în parte, deci, deşi exercitase calea de atac, acesteia i se va crea o situaţie mai grea deoarece nu se va putea menţine nici ceea ce iniţial obţinuse în parte.

Această normă nu face, însă, decât să asigure siguranţa circuitului civil şi a ordinii juridice, în respectarea autorităţii de lucru judecat şi a caracterului de ordine publică care reglementează această instituţie.

- **Elementele autorităţii de lucru judecat.** Pentru *a opera autoritatea de lucru judecat*, trebuie să existe *triplă identitate*: de ***părţi***, de ***obiect*** şi de ***cauză.***

a) Cât priveşte primul element (***părţile***), se are în vedere nu prezenţa lor fizică la proces, ci prezenţa juridică, adică participarea la proces *în nume propriu* sau *prin reprezentant*.

Noţiunea de „reprezentare" nu trebuie interpretată în sensul ei comun deoarece, atunci când o persoană figurează într-un prim proces ca reprezentant legal al uneia dintre părţi, iar în al doilea proces ea stă în nume propriu, nu va exista autoritate de lucru judecat. Deşi prezenţi la proces din punct de vedere fizic, reprezentantul legal sau convenţional, nu sunt părţi în sensul art. 432 C.proc.civ., aşadar, puterea de lucru judecat nu operează faţă de ei.

Pe de altă parte, însă, autoritatea de lucru judecat îi vizează şi pe *succesorii universali* sau *cu titlu universal* ai părţilor, precum şi pe *dobânditorii cu titlu particular*. Însă, în ceea ce-i priveşte pe dobânditorii cu titlu particular, autoritatea de lucru judecat nu ar opera decât *în privinţa hotărârilor referitoare la dreptul transmis şi care sunt anterioare actului de transmitere a dreptului*, deoarece, deşi nu au participat personal la judecată, au dobândit aceleaşi drepturi ca şi autorul lor, deci continuă, reprezintă persoana autorului lor. În ipoteza în care însă, transmiterea s-a realizat în timpul procesului *pendinte* (prin acte *inter vivos* sau acte *mortis causa,* potrivit dispoziţiilor art. 39 alin. (2) C.proc.civ. dobânditorul trebuie să intervină în cauză, dacă are cunoştinţă de existenţa procesului, ori poate fi introdus în cauză, la cerere ori din oficiu, de către instanţă, astfel că, într-o asemenea situaţie devine şi acesta parte în proces, caz în care autoritatea de lucru judecat va opera şi faţă de acesta.

Aceeaşi este situaţia şi în cazul *creditorilor chirografari,* care, având doar un drept de gaj general asupra bunurilor din patrimoniul debitorului lor (în prezent, *garanţia comună a creditorilor*, potrivit art. 2324 C.civ.), sunt reprezentaţi de acesta.

În ceea ce priveşte *raporturile de solidaritate*, soluţia oferită în practica judiciară şi în literatura de specialitate a fost mereu nuanţată. Astfel, *oricare dintre debitorii solidari* poate invoca împotriva creditorului hotărârea obţinută contra acestuia de un alt codebitor. În schimb, unui debitor solidar, ce nu a figurat în primul proces, nui-ar putea fi opusă hotărârea obţinută de creditor împotriva altui codebitor, deoarece s-ar încălca dreptul de apărare. S-a exprimat însăşi opinia că, în ambele situaţii, există autoritate de lucru judecat, întrucât suntem în prezenţa unei reprezentări specifice pentru proces, evident, dacă sunt îndeplinite şi celelalte două cerinţe (acelaşi *obiect* şi aceeaşi *cauză*).

Se admite că reclamantului din prima cerere i se poate opune autoritatea de lucru judecat de către pârâtul din a doua cerere, altul decât cel din primul proces, în ipoteza în care situația sa din proces este identică cu cea a pârâtului inițial, chiar dacă nu există raporturi de solidaritate sau indivizibilitate. Această soluţie se bazează şi pe faptul că reclamantul a avut la dispoziţie, în primul proces, toate mijloacele procedurale de stabilire a cadrului procesului din punct de vedere al părţilor, al obiectului şi al cauzei.

Cu toate acestea, nu excludem faptul ca, în cel de-al doilea proces, oricare dintre persoanele menţionate mai sus să invoce drepturi proprii, care nu au format obiectul primei judecăţi, astfel încât nu va mai există tripla identitate de elemente, deci nu va mai putea fi invocată nici autoritatea de lucru judecat.

Subliniem că *există identitate de părţi*, chiar dacă, într-un proces, o parte a figurat *ca reclamantă* şi cealaltă *ca pârâtă*, iar în al doilea proces, aceste *calităţi sunt inversate*[1].

b) În sfera noţiunii de ***obiect*** al cererii de chemare în judecată se include nu numai *obiectul material* (pretenţia concretă), ci *şi dreptul subiectiv care poartă asupra obiectului material* (de exemplu, dreptul de proprietate, dreptul de creanță). Există identitate de obiect dacă, într-o primă cerere, pretenţia concretă a constituit-o recunoaşterea dreptului de proprietate asupra unei case, iar în cea de-a doua cerere s-a solicitat ieşirea din indiviziune, deoarece în ambele cereri s-a urmărit stabilirea dreptului de proprietate asupra aceleiaşi case.

Identitatea de obiect poate fi *totală,* dar şi *parţială*. În privința noțiunii de „obiect” în materie de autoritate de lucru judecat, funcționează două principii:

- *Pars est in toto* (partea este inclusă în tot); de exemplu, dacă în primul litigiu, reclamantul solicită obligarea pârâtului la plata sumei de 100.000 lei, despre care afirmă că i-a împrumutat-o acestuia, iar în al doilea proces cere obligarea pârâtului la restituirea sumei de 50.000 lei, invocând acelaşi act juridic, va exista identitate de obiect şi autoritate de lucru judecat;
- *Totum non est in parte* (totul nu se include în parte); de exemplu, dacă în primul litigiu, reclamantul revendică de la pârât 800 mp, invocând un anumit titlu de proprietate, iar în al doilea proces revendică de la acelaşi pârât, în baza aceluiaşi titlu, o suprafață de 1500 mp, în care sunt incluși cei 800 mp ce au făcut obiectul primului proces, *nu va exista identitate totală de obiect,* ci va opera *autoritatea de lucru judecat parțială* pentru cei 800 mp, procesul judecându-se pentru diferența de 700 mp, pentru care nu există identitate de obiect.

Dacă însă, într-o primă cerere de chemare în judecată, au fost formulate mai multe pretenţii, dar instanţa a omis să se pronunţe cu privire la unele dintre acestea, *capetele de cerere rămase nesoluţionate vor putea fi reiterate într-un al doilea proces, neexistând identitate de obiect* (spre exemplu, dacă, prin hotărâre, o parte a fost obligată să îi plătească o sumă de bani celeilalte părţi, dar s-a omis soluţionarea cererii de plată şi a dobânzilor).

Deci, ca regulă*,* ***autoritatea de lucru judecat se limitează numai la acele puncte litigioase care au format obiectul pricinii şi care au fost rezolvate prin dispozitivul și/sau prin considerentele hotărârii.***

[1] Trib. Suprem, s. civ., dec. nr. 251 din 3 februarie 1973, în I.G. Mihuță, *Repertoriu de practică judiciară pe anii 1969-1975*, p. 386.

c) Prin cel de-al treilea element (***cauza***) se înţelege *fundamentul pretenţiei afirmate*. Cauza *nu se confundă cu dreptul subiectiv* (există tot atâtea acțiuni în nulitate, câte cauze de nulitate absolută sau relativă există, există atâtea acțiuni câte cauze de obligații sunt, după cum, în materia drepturilor reale, există atâtea acțiuni câte temeiuri ale dobândirii dreptului sunt[1] etc.), dar *nici cu mijloacele de dovadă ale faptelor* pe care reclamantul îşi întemeiază pretenţiile.

Nu există unanimitate de păreri în ceea ce priveşte definirea fundamentului pretenţiei formulate, deci a cauzei cererii de chemare în judecată.

Într-o primă concepţie, prin fundamentul pretenţiei afirmate (al dreptului invocat) se înţelege regula de drept (substanţial) aplicabilă în speţă.

Într-o a doua concepţie, cauza cererii de chemare în judecată este situată exclusiv pe terenul situaţiei de fapt.

Într-o a treia concepţie, prin cauză se desemnează ***situaţia de fapt calificată juridic***. Considerăm preferabilă această din urmă concepţie, pornind de la faptul că art. 194 lit. d) C.proc.civ. prevede că, în cuprinsul cererii de chemare în judecată, trebuie să se arate „*motivele de fapt şi de drept pe care se întemeiază cererea*".

Aşadar, *cauza* cererii de chemare în judecată este reprezentată de *instituţia sau categoria juridică ori de principiul de drept substanţial pe care reclamantul îşi întemeiază pretenţia sa*, iar cum soluţia se pronunţă într-un caz determinat, *interesează nu numai regula de drept, ci şi împrejurările de fapt datorită cărora regula respectivă se aplică în acea speţă*.

Când reclamantul pretinde obligarea pârâtului la plata unei sume de bani, el poate să invoce drept cauză un contract de împrumut, plata nedatorată, un contract de vânzare-cumpărare, o faptă ilicită cauzatoare de prejudicii, principiul îmbogăţirii fără just temei etc. Predarea unui bun imobil poate avea ca temei un contract, un legat, accesiunea imobiliară artificială, succesiunea legală etc.

Menţionăm că, uneori, se preferă să se analizeze împreună ultimele două elemente ale autorităţii de lucru judecat (*obiectul* şi *cauza*), vorbindu-se fie de existenţa aceluiaşi raport juridic, fie de identitate de *materie litigioasă*, însă nu trebuie totuşi făcută o disoluţie a cauzei în obiect şi nici invers.

Tot astfel, cauza nu trebuie confundată cu *scopul urmărit în promovarea acţiunii*, pentru că, deşi este posibil să se urmărească obţinerea aceleiaşi finalităţi, aceasta să se facă pe *temeiuri diferite*, astfel încât nu există autoritate de lucru judecat. În plus, scopul urmărit este privit strict în legătură cu elementul obiect din structura autorităţii de lucru judecat, astfel că, dacă nu există şi identitate deplină de obiect şi cauză, excepţia nu va putea fi admisă.

- **Aspectele autorităţii de lucru judecat.**

Autoritatea de lucru judecat prezintă două aspecte: un aspect ***pozitiv*** şi unul ***negativ***. Astfel, există un *aspect pozitiv pentru partea care a câştigat procesul*, în sensul că aceasta se poate prevala de dreptul recunoscut prin hotărârea rămasă definitivă într-o nouă judecată, fără ca partea adversă sau instanţa să mai poată lua în discuţie existenţa dreptului, dar şi un *aspect negativ pentru partea care a pierdut procesul*, întrucât nu mai poate repune în discuţie dreptul său într-un alt proces.

[1] A. Nicolae, *Relativitatea şi opozabilitatea efectelor hotărârii judecătoreşti,* Ed. Universul Juridic, p. 99.

Aspectul negativ va intra în funcţiune dacă într-un al doilea proces, între aceleaşi părţi, se încearcă valorificarea aceleiaşi pretenţii, invocându-se acelaşi temei juridic [art. 431 alin. (1) C.proc.civ.].

Aspectul pozitiv este consacrat de art. 431 alin. (2) C.proc.civ. ca *prezumţie de lucru judecat*, de care beneficiază oricare dintre părţile litigante, în sensul că fiecare dintre ele are posibilitatea de a opune lucrul anterior judecat într-un alt litigiu, dacă are legătură cu soluţionarea acestuia din urmă[1].

Însă, trebuie observat faptul că aspectul pozitiv apare şi dacă *identitatea de obiect şi de cauză nu este decât parţială*, ceea ce presupune că un lucru deja judecat este invocat, pe cale incidentală, într-un al doilea proces sau că se valorifică pe cale principală un lucru judecat pe cale incidentală (de exemplu, după respingerea cererii în constatarea uzucapiunii prescurtate pe motiv că posesorul a fost de rea-credinţă, într-un al doilea proces, privind restituirea fructelor culese de posesor, nu se mai poate pune în discuţie dacă posesia a fost de bună-credinţă).

Date fiind prevederile art. 430 alin. (2) C.proc.civ., este suficient ca în judecata ulterioară să fie adusă în discuţie o chestiune litigioasă care să aibă legătură cu ceea ce s-a soluţionat anterior, aşa încât aceasta să nu poată fi contrazisă, indiferent dacă această rezolvare a fost dată prin dispozitiv sau numai în considerente[2]. Urmare a acestei prezumții de lucru judecat, cea de-a doua instanţă sesizată nu mai este îndreptățită să analizeze și să facă constatări personale asupra respectivei chestiuni, ci este obligată să și-o însușească și să țină cont de ea.

- **Caracterele autorității de lucru judecat**.

În literatura juridică se arată că autoritatea de lucru judecat prezintă următoarele ***caractere:***

– *exclusivitatea* (un nou proces între aceleaşi părţi, având acelaşi obiect şi aceeaşi cauză nu mai este posibil);

– *incontestabilitatea* (hotărârea definitivă nu mai poate fi atacată pe calea recursului);

– *executorialitatea* (hotărârea definitivă, dacă este susceptibilă de executare silită, poate fi pusă în executare) şi

– *obligativitatea* (părţile trebuie să se supună efectelor lucrului judecat, iar partea în favoarea căreia acţionează nu poate renunţa la dreptul de a o invoca).

- ***Delimitări:***

Autoritatea de lucru judecat nu trebuie legată numai de hotărârile definitive, deoarece şi hotărârile susceptibile de apel și/sau recurs au o ***autoritate de lucru judecat provizorie*** (care se va consolida sau se va desființa în funcţie de soluția eventualului apel/recurs). În literatura de specialitate s-a arătat că art.430 C.proc.civ. « valorifică şi, totodată, unifică distincţia doctrinară dintre autoritatea lucrului judecat – „calitate ataşată hotărârii de la momentul adoptării ei şi până la expirarea termenului de exercitare a căilor de atac de reformare sau de retractare ori, după caz, până la respingerea acestora” – şi puterea lucrului judecat – „calitate ataşată hotărârii care nu mai poate fi reformată sau retractată”, ceea ce, în concepţia noului cod, corespunde autorităţii de lucru judecat definitive; în prezent însă, ambele ipostaze ale noţiunii sunt

[1] I.C.C.J., s. civ. şi de propr. int., dec. nr. 5096/2011, *apud* C. Negrilă, în G. Boroi (coord.), Noul Cod, vol. I, p. 809.

[2] *A. Nicolae*, *op. cit.*, p. 288-289.

acoperite de semnificaţiile atribuite autorităţii de lucru judecat prin acest text, în particular, prin dispoziţiile de la alin. (4) şi (5) »[1].

Pe de altă parte, hotărârile definitive pot fi totuşi desfiinţate prin intermediul căilor extraordinare de atac de retractare (contestaţia în anulare şi revizuirea), în cazurile şi în condiţiile prevăzute de lege. Mai mult, pentru unele hotărâri definitive, autoritatea de lucru judecat este păstrată numai *dacă starea de fapt rămâne neschimbată* (*rebus sic standibus*), cum este în materia ordonanţei preşedinţiale, a pensiei de întreţinere, a stabilirii domiciliului copiilor minori, a punerii sub interdicţie etc., iar, în materie necontencioasă, în principiu, hotărârile nu au autoritate de lucru judecat.

Aşadar, autoritatea de lucru judecat provizorie, prevăzută de art. 430 alin. (4) C.proc.civ., va opera doar până la expirarea termenului de apel sau recurs (după caz), atunci când, deşi supusă apelului sau recursului, calea de atac nu s-a exercitat, sau până la respingerea acestor căi de atac, atunci când acestea au fost exercitate.

Dacă însă, calea de atac este admisă, iar hotărârea este schimbată sau modificată în tot sau în parte, autoritatea de lucru judecat provizorie va fi desfiinţată cu caracter retroactiv pentru partea din hotărâre care a fost reformată în căile de atac.[2]

Mai trebuie precizat şi faptul că autoritatea de lucru judecat este total ***independentă de calitatea soluţiei pronunţate***. Astfel, atunci când o instanţă constată că s-a săvârşit o greşeală de judecată într-o hotărâre anterioară, nu numai că nu are nicio posibilitate să o schimbe, dar trebuie ca în propria hotărâre să se conformeze lucrului deja judecat (prin ipoteză, nu avem în vedere instanţa ce realizează controlul judiciar). Ca o aplicare a acestui principiu, în materie de revizuire pentru contrarietate de hotărâri, art. 513 alin. (4) teza I C.proc.civ. prevede că se va anula cea de a doua hotărâre, deci, nu are relevanţă dacă prima hotărâre este greşită pe fond.

Sub un alt aspect, autoritatea de lucru judecat nu trebuie confundată nici cu ***efectul substanţial al actului jurisdicţional***. Ea vizează nu numai soluţia pe fond, ci trebuie privită şi din punct de vedere procedural, iar, sub acest aspect, hotărârea judecătorească beneficiază de o a doua prezumţie, aceea de *validitate şi regularitate*. De altfel, trebuie făcută o distincţie netă între *opozabilitatea* efectului substanţial şi autoritatea de lucru judecat. Uneori, confundându-se cele două noţiuni, se vorbeşte de putere de lucru judecat absolută, care, în realitate, nu este altceva decât opozabilitatea *erga omnes* a efectelor substanţiale ale hotărârilor pronunţate în anumite materii (anularea căsătoriei, divorţ, adopţie, punerea sub interdicţie, declararea morţii prin hotărâre judecătorească etc.), în care modificarea unei situaţii juridice trebuie recunoscută şi respectată de către toate subiectele de drept civil.

Aşadar, actul jurisdicţional, ca şi un contract, îşi produce efectele substanţiale (modificarea situaţiei juridice dintre părţile în litigiu, prin aplicarea regulii de drept la împrejurările de fapt) numai între părţi, neputând crea drepturi şi obligaţii în privinţa terţilor care nu au fost atraşi în niciun mod în proces; însă, în anumite materii (în special în cele privind starea şi capacitatea persoanelor), efectele substanţiale se impun a fi respectate şi de terţi.

Distincţia dintre autoritatea de lucru judecat şi efectele substanţiale ale actului jurisdicţional este mai evidentă în acele ipoteze în care actul jurisdicţional nu prezintă decât unul dintre efectele sale. Spre exemplu, în *materie necontencioasă*, hotărârea nu

[1] C. Negrilă, în G. Boroi (coord.), *Noul Cod*, vol. I, Ed. Hamangiu 2013, p. 808.

[2] În sens similar, a se vedea C. Negrilă, în G. Boroi (coord.), *Noul Cod*, vol. I, Ed. Hamangiu 2013, p. 808.

are, în principiu, autoritate de lucru judecat, însă poate antrena o modificare a situaţiei juridice, deci poate avea efecte substanţiale; hotărârile pronunţate în *cererile în constatare*, precum şi hotărârile prin care *instanţa respinge ca neîntemeiată cererea de chemare în judecată*, deşi beneficiază de autoritatea de lucru judecat, nu antrenează o modificare a situaţiei de drept substanţial existentă între părţi.

Tot astfel, autoritatea de lucru judecat nu trebuie confundată nici cu ***forţa executorie a hotărârilor judecătoreşti***. Există unele acte jurisdicţionale, care, deşi beneficiază de autoritatea de lucru judecat, nu sunt susceptibile de executare silită (hotărârile pronunţate în cererile în constatare, cele prin care este respinsă cererea de chemare în judecată, hotărârile prin care se anulează un act juridic, fără a se dispune şi repunerea părţilor în situaţia anterioară etc.), după cum există hotărâri judecătoreşti care pot fi puse în executare, deşi nu au trecut încă în autoritatea lucrului judecat (hotărârile care se bucură de executare vremelnică – art. 448 şi art. 449 C.proc.civ.) ori care nu au autoritate de lucru judecat (încheierile pronunţate în materie necontencioasă – art. 535 C.proc.civ.).

S-a mai subliniat în doctrina recentă faptul că hotărârile judecătoreşti susceptibile de autoritate de lucru judecat trebuie să fie pronunţate în materie contencioasă şi să provină de la o instanţă română (deoarece nu toate hotărârile judecătoreşti străine dobândesc în mod automat autoritate de lucru judecat, ci numai în urma recunoaşterii de către autorităţile judiciare române)[1].

Autoritatea de lucru judecat nu trebuie confundată nici cu ***litispendenţa***.

Potrivit art. 138 alin. (1) C.proc.civ., nimeni nu poate fi chemat în judecată pentru aceeaşi cauză, acelaşi obiect şi de aceeaşi parte, înaintea mai multor instanţe sau chiar înaintea aceleiaşi instanţe, prin cereri distincte. Dacă totuşi au fost introduse mai multe cereri de chemare în judecată ce se caracterizează prin triplă identitate de elemente, se va putea invoca *excepţia de litispendenţă.*

Excepţia de litispendenţă este o excepţie *de procedură, dilatorie şi absolută*. Ea poate fi ridicată de oricare dintre părţi sau de instanţă din oficiu, în orice stare a pricinii, în faţa instanţelor de fond. Dacă însă, într-una dintre pricini, judecata a ajuns în faza recursului, în faţa instanţei în care procesul se judecă în fond se va invoca autoritatea de lucru judecat a hotărârii definitive ce formează obiectul recursului, urmând a se suspenda judecata în fond până la soluţionarea recursului, potrivit art. 138 alin. (6) C.proc.civ.

Dacă excepţia de litispendenţă este admisă, când instanţele sunt de acelaşi grad, dosarul se trimite instanţei care a fost mai întâi sesizată, iar în cazul în care pricinile se află în judecata unor instanţe de grade diferite, la instanţa de fond cu grad mai înalt (instanţa de apel sau chiar instanţa care rejudecă fondul după casare).

Potrivit art. 430 alin. (1) C.proc.civ., autoritatea de lucru judecat este ***dobândită instantaneu*** de hotărârea prin care se soluţionează, în tot sau în parte, *fondul procesului*, precum şi atunci când se decide asupra unei *excepţii procesuale* sau asupra oricărui *alt incident procedural*, cât şi asupra unei *chestiuni litigioase*, dezlegate în cuprinsul considerentelor [art. 430 alin. (2) C.proc.civ].

Precizăm că autoritatea de lucru judecat operează, *indiferent de soluţia dată cererii supuse judecăţii*, atât în cazul admiterii, cât şi în cazul respingerii acesteia. De asemenea, dacă prin respectiva hotărâre s-au soluţionat mai multe cereri (deci, inclusiv cereri incidentale), *toate intră în autoritatea de lucru judecat*.

[1] C. Negrilă, în G. Boroi (coord.), *Noul Cod*, vol. I, Ed. Hamangiu 2013, p. 805.

▪***Hotărâri care nu intră în autoritatea de lucru judecat:***

i) încheierile pronunţate în *procedura necontencioasă*, potrivit art. 535 C.proc.civ.;

ii) pentru *hotărârile provizorii*, autoritatea de lucru judecat este *relativă şi provizorie,* operând numai câtă vreme circumstanţele faptice ce au determinat anumite soluţii se menţin neschimbate [art. 430 alin. (3) C.proc.civ.]; în ipoteza în care, ulterior, intervin modificări, este posibilă pronunţarea unei hotărâri care să nu coincidă cu cea iniţială, dar care să corespundă cu noua situaţie de fapt (*rebus sic stantibus*);

iii) hotărârile pronunţate în baza *recunoaşterii* (în tot sau în parte) a *pretenţiilor reclamantului* (art. 436 C.proc.civ.), hotărârile prin care se *încuviinţează învoiala părţilor* (art. 438 şi urm. C.proc.civ.), deoarece acestea nu sunt rezultatul cercetării jurisdicţionale realizate de judecător;

iv) în cazul hotărârilor judecătoreşti pentru care s-a împlinit termenul de *prescripţie a executării silite*, dispare autoritatea de lucru judecat [art. 706 alin. (2) C.proc.civ.].

▪În ceea ce priveşte ***întinderea autorităţii de lucrul judecat***, dispoziţiile art. 430 alin. (2) C.proc.civ. prevăd, cu caracter de noutate, că nu doar *dispozitivul hotărârii judecătoreşti* dobândeşte autoritatea de lucru judecat, ci şi *considerentele pe care acesta se sprijină*, *inclusiv cele prin care s-a rezolvat o chestiune litigioasă.*

Noua reglementare procesuală a consacrat expres faptul că, pe lângă dispozitiv, autoritatea de lucru judecat este ataşată inclusiv *considerentelor care explică dispozitivul* şi se reflectă în acesta, făcând corp comun cu el, cât şi *considerentelor decizorii*, astfel încât acestea pot fi atacate [chiar separat de dispozitiv, potrivit art. 461 alin. (2) C.proc.civ.] prin formularea căilor de atac[1].

Astfel, în conţinutul hotărârii judecătoreşti distingem între:

-*considerente decisive sau necesare* (care fac corp comun cu hotărârea şi pe care se întemeiază soluţia, reprezentând chiar explicaţia acesteia, atrăgând şi autoritatea de lucru judecat a dispozitivului);

- *considerente decizorii sau cu valoare decizională* (acelea care conţin o soluţie adoptată pe cale incidentală, în privinţa unuia sau mai multor aspecte deduse judecăţii care au fost suspuse dezbaterii contradictorii a părţilor, însă, se regăsesc exclusiv în considerente, iar nu şi în soluţia din dispozitiv),

- *considerentele indiferente sau supraabundente* (care depăşesc sfera dezbaterilor din proces şi aduc hotărârii elemente care nu influenţează în niciun fel soluţia adoptată, ele putând, de altfel, să lipsească din cuprinsul considerentelor).[2]

Potrivit art. 461 alin. (2) C.proc.civ., considerentele indiferente, greşite sau care cuprind constatări de fapt care prejudiciază partea pot dobândi accidental autoritate de lucru judecat dacă partea care ar fi avut interes nu a declarat calea de atac împotriva acestora.

Precizăm că, în cazul unei *redactări defectuoase a hotărârii*, când *o rezolvare de fond* este aşezată, din punct de vedere topografic, nu în dispozitivul hotărârii, ci *în motivare*, nu se poate considera că dobândeşte autoritate de lucru judecat şi considerentul care conţine rezolvarea respectivă, deoarece, dacă am admite contrariul, ar însemna să eludăm interdicţia prevăzută de norma imperativă a art. 429 C.proc.civ., potrivit căreia, după pronunţarea hotărârii, instanţa se dezînvesteşte şi *niciun judecător nu mai poate reveni asupra părerii sale*.

[1] C. Negrilă, în G. Boroi (coord.), *Noul Cod*, vol. I, p. 806-807.

[2] În acelaşi sens, a se vedea C. Negrilă, în G. Boroi (coord.), *Noul Cod*, vol. I, p. 810.

Redactarea considerentelor este ulterioară pronunţării soluţiei (aceasta din urmă se trece în „minută", care urmează a se regăsi în dispozitivul hotărârii), iar a admite că dobândeşte autoritate de lucru judecat şi considerentul care conţine rezolvarea respectivă, care nu se regăseşte în dispozitiv, înseamnă a crea posibilitatea pentru judecător de a reveni asupra soluţiei (de exemplu, de a rezolva un capăt de cerere cu privire la care a omis să se pronunţe în momentul în care a avut loc desistarea sa).

În conformitate cu art. 430 alin. (5) C.proc.civ., *o hotărâre definitivă* (care stă în autoritate de lucru judecat) *atacată cu revizuire sau contestaţie în anulare* nu îşi pierde caracterul definitiv al autorităţii de lucru judecat decât în cazul şi la momentul *înlocuirii cu o altă hotărâre*, dată în respectiva cale extraordinară de atac.

Altfel, autoritatea de lucru judecat rămâne unul dintre cele mai puternice efecte ale hotărârii judecătoreşti.

Considerații privind excepțiile de la principiul solemnității donației, în reglementarea noului Cod civil

Dr. Bujorel ***FLOREA****

Abstract: *Studiul analizează reglementările cuprinse în noul Cod civil (Legea nr.287/2009) relative la excepțiile de la regula încheierii contractului de donație prin înscris autentic, condiție ad validitatem pentru acest tip de convenție. Autorul trece în revistă elementele specifice actelor juridice încheiate cu intenția de a gratifica (donațiile indirecte, donațiile deghizate și darurile manuale), care însă nu sunt supuse regulilor de formă cerute pentru validitatea donației. Sunt, de asemenea, examinate condițiile de validitate ale diferitelor categorii de liberalități ce constituie excepții de la regula irevocabilității donației. Lucrarea prezintă opiniile doctrinare în materie aferente legislației anterioare și celei în vigoare, precum și punctele de vedere ale autorului în ceea ce privește chestiunile juridice controversate în aria analizată. În cuprinsul studiului sunt consemnate raporturile juridice pe care le nasc actele care au natura juridică a excepțiilor de la principiul solemnității donațiilor. Articolul este conectat la jurisprudența internă și europeană, constituind o invitație la demersuri viitoare menite să confere polaritate mozaicului de opinii în domeniu. De remarcat ar fi și împrejurarea că lucrarea face trimiteri la natura juridică a excepțiilor tratate, pe care le contrapune altor instituții juridice asemănătoare, tocmai pentru a contura mai clar fizionomia și identitatea lor juridică.*

Cuvinte-cheie*: donații indirecte, donații deghizate, daruri manuale, renunțarea la un drept, remiterea de datorie, stipulație pentru altul.*

Contractul de donație reprezintă o excepție de la principiul consensualismului caracteristic dreptului obligațional, întrucât se încheie în mod valabil numai dacă îmbracă forma autentică, având caracter solemn. Forma autentică a donației nu înseamnă doar exprimarea voinței liberale de a gratifica (*animus donandi*) printr-un înscris autentic, ci are o semnificație care ține de natura acestei convenții, fiindu-i aplicabil *principiul solemnității*[1].Principiul solemnității conferă donației o natură specifică, nerespectarea acestuia atrăgând după sine *nulitatea absolută* a contractului.

Cu toate acestea, există câteva varietăți ale acestei convenții, care reprezintă excepții de la principiul solemnității donațiilor. Ele vor face obiectul analizei noastre în cele ce succed.

În conformitate cu dispozițiile art. 1011 alin. (2) C.civ. nu sunt supuse regulii încheierii prin înscris autentic donațiile indirecte, cele deghizate și darurile manuale.

* Conferențiar Universitar -Facultatea de Drept și Administrație Publică București, Universitatea Spiru Haret, Email -floreabujorel@yahoo.com; tf. 0723551567.

[1] A se vedea, G. Boroi, L. Stănciulescu, *Instituții de drept civil în reglementarea noului Cod civil*, Ed. Hamangiu, București, 2013, p. 416.

1. Donațiile indirecte. Sunt acte juridice încheiate cu intenția de a gratifica, ca și donația propriu-zisă, dar care nu sunt supuse regulilor de formă cerute pentru validitatea donației. Donațiile indirecte reprezintă *o excepție de la principiul solemnității donației*, fiind însă supuse regulilor de fond specifice acestei liberalități.

Avem de-a face cu o donație indirectă atunci când o persoană dorește să gratifice altă persoană, dar nu prin încheierea unui contract de donație, ci printr-un alt act juridic diferit de donație.

Acest act juridic va avea natura juridică a unei donații indirecte numai dacă micșorarea patrimoniului dispunătorului are loc prin manifestarea intenției liberale (*animus donandi*) și fără a primi o contraprestație echivalentă valoric.

Pentru ca actul juridic prin intermediul căruia se realizează indirect donația să fie valabil, acesta trebuie să se încheie cu respectarea tuturor condițiilor de fond și de formă pentru acest act, inclusiv forma autentică, dacă legea o prevede [1].

Donația indirectă fiind un contract, pentru a fi valabil încheiat este necesar acordul donatarului. Cu alte cuvinte, în absența *acceptării donației indirecte*, ne vom situa doar în prezența unei oferte de donație, insuficientă prin ea însăși pentru a constitui o donație valabilă.

Concluzionând, în cazul donației indirecte acceptarea ei este necesară, numai că aceasta nu se va realiza în forma autentică prevăzută pentru donația propriu-zisă în alin. (1), art. 1011 C.civ., ci va respecta regulile prevăzute pentru actul juridic care îi servește drept suport juridic[2].

Donațiile indirecte se realizează în cele mai multe cazuri prin intermediul renunțării la un drept, remiterii de datorie și stipulației în favoarea unei terțe persoane[3].

a) Renunțarea la un drept constituie o liberalitate dacă nu este cu titlu oneros și dacă se realizează *animus donandi*. Operația juridică principală este renunțarea (la o moștenire, de pildă), donația fiind un accesoriu al acesteia.

Dacă nu există intenția liberală, renunțarea la un drept are valoarea unui act juridic neutru.

Alături de intenția liberală (*element de natură subiectivă*), pentru ca renunțarea la un drept să constituie o donație indirectă, trebuie să cuprindă și *un element de natură obiectivă* (o diminuare a patrimoniului renunțătorului paralel cu o creștere corespunzătoare a patrimoniului beneficiarului).

Dovada intenției liberale (de a gratifica)[4] se poate face cu orice mijloc de probă.

Donația indirectă realizată prin renunțarea la un drept poate fi universală (când se renunță la o succesiune), cu titlu universal (când se renunță la o cotă-parte din moștenire) și cu titlu particular[5].

---

[1] A se vedea, R. Constantinovici, *Donația*, în lucrarea colectivă, coordonatori Fl.A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei, *Noul Cod civil. Comentariu pe articole*, Ed. C.H. Beck, București, 2012, p. 1059.

[2] A se vedea, M.M. Oprescu, *Contractul de donație*, Ed. Hamangiu, București, 2010, p. 170

[3] Donația indirectă se poate realiza și în cadrul unui act cu titlu oneros (contract de vânzare, de închiriere, de rentă viageră etc.), dacă una din părți, cu intenție liberală, încheie contractul în parte cu titlu oneros, în parte cu titlu gratuit. De asemenea, donația indirectă se mai poate realiza și prin plata datoriei altuia efectuată cu intenția de a-l gratifica pe debitor, cum ar fi de exemplu, cazul când un părinte plătește datoria copilului său. A se vedea, Fr. Térré, B. Vareille, J. Fr. Pillebout (coord), *Le patrimoine et sa transmissions*, Lexis Nexis, Paris, 2005, p. 265.

[4] A se vedea, S. Neculaescu, L. Mocanu, Ghe. Gheorghiță, I. Genoiu, A. Țuțianu, *Instituții de drept civil. Curs selectiv pentru licență*, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 385.

[5] A se vedea, M. Planiol, G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, tome X, *Donations et testaments*, L.G.D.J. Paris, 1933, p. 535.

b) *Remiterea de datorie*, mod voluntar de stingere a obligațiilor, reprezintă eliberarea debitorului de obligația pe care o are față de creditor, prin renunțarea acestuia din urmă, cu consimțământul debitorului, la urmărirea și executarea creanței.

Numită și *iertarea de datorie*, remiterea de datorie este un contract sau un act juridic cu titlu gratuit, prin care creditorul renunță la valorificarea creanței pe care o are față de debitor, cu intenția de a-l gratifica, efectul principal al iertării fiind *stingerea raportului de obligație*.

Remiterea de datorie este de două feluri: totală sau parțială, în raport cu valoarea obligației la care se renunță[1].

Iertarea de datorie nu este un act unilateral al creditorului, ci dimpotrivă presupune *acordul debitorului*.

Dacă debitorul nu și-a exprimat consimțământul privind iertarea sa de datorie, renunțarea creditorului la creanță nu-i este opozabilă debitorului, deoarece acesta din urmă are oricând posibilitatea de a recurge la *procedura ofertei reale urmată de consemnațiune* pentru stingerea obligației ce-i incumbă[2].

Fiind o donație indirectă, remiterea de datorie nu trebuie să îmbrace forma solemnă a înscrisului autentic, ci poate să fie făcută în orice formă scrisă sau verbală, expresă sau tacită[3].

Dacă debitorul nu acceptă remiterea de datorie, creditorul o poate abandona unilateral, retractând-o, dar nu în mod abuziv sau prematur[4].

Remiterea de datorie poate fi probată prin orice mijloc de probă[5], în condițiile legii[6].

În cazul codebitorilor solidari, remiterea de datorie a debitorului principal are ca efect și eliberarea fideiusorului [art.1633 alin. (1) C.civ.][7], întrucât obligația acestuia este accesorie obligației debitorului principal și prin urmare soarta sa depinde de cea a obligației principale potrivit adagiului "*accesorium sequitur principale*".

Totodată, remiterea de datorie a debitorului principal liberează pe oricare alte persoane ținute pentru el, deoarece odată cu creanța se sting și garanțiile și accesoriile care o însoțesc[8].

Prin urmare, donația indirectă făcută prin remiterea de datorie profită tuturor persoanelor ținute pentru debitorul principal.

---

[1] Potrivit art. 1629 alin. (2) C.civ., "*Remiterea de datorie este totală, dacă nu se stipulează contrariul*".

[2] A se vedea, L. Pop, Drept civil, *Teoria generală a obligațiilor. Tratat*, Ed. Fundației "Chemarea", Iași, 1994, p. 439.

[3] A se vedea, art. 1630 alin. (1) C.civ., C.S.J., Secția civilă, decizia nr. 1741/1990, în Dreptul nr. 7-8/1991, p. 127.

[4] A se vedea, I. Deleanu, *Remiterea de datorie. Potestativitate. Probă*, în Studia Universitatis Babeș-Bolyai nr. 1/2002, p. 56-59.

[5] A se vedea, S. Neculaescu, L. Mocanu, Ghe. Gheorghiță, I. Genoiu, A. Țuțianu*, op. cit.*, p. 385.

[6] A se vedea, art. 1499 („Mijloace de dovadă") C.civ.

[7] În doctrină (a se vedea L. Pop, *Tratat de drept civil. Obligațiile. Vol. I*, *Regimul juridic general,* Ed. C.H. Beck, București, 2006, p. 554) rațiunea acestei soluții legislative a fost exprimată într-o manieră convingătoare: s-a arătat că „*acel creditor care îl eliberează pe debitorul principal nu-și poate rezerva în mod expres dreptul său împotriva fideiusorului, pentru motivul că o astfel de rezervare ar face ca fideiusorul care a plătit să aibă drept de regres împotriva debitorului principal, cu consecința că remiterea de datorie nu ar produce niciun folos pentru debitor; și mai mult, fideiusorul nu poate fi ținut să plătească atunci când nu are regres contra debitorului*"

[8] A se vedea, A. Ștefănescu, *Stingerea obligațiilor,* în lucrarea colectivă, coordonatori Fl. A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei, *op. cit.*, p. 1723.

Remiterea de datorie făcută în favoarea fideiusorului nu îl eliberează pe debitorul principal [art. 1633 alin (2) C.civ.] creanța împotriva acestuia din urmă rămânând nestinsă, potrivit principiului că renunțările la drepturi sunt de strictă interpretare și aplicare și prin urmare nu se prezumă (*renunciatio non praesumitur*)[1]. Așadar, în acest caz, donația indirectă efectuată prin actul juridic reprezentat de remiterea de datorie îl gratifică doar pe fideiusor, nu și pe debitorul principal.

În cazul în care o creanță este garantată de mai mulți fideiusori, iar remiterea de datorie se adresează numai unuia dintre ei, este liberat numai acesta, ceilalți fideiusori rămânând obligați să garanteze pentru întreaga creanță, sub condiția de a fi *consimțit expres* la exonerarea cofideiusorului liberat.

Per a contrario, dacă ceilalți fideiusori nu au consimțit expres la exonerarea fideiusorului liberat, atunci fideiusorii nevizați de remiterea de datorie rămân obligați să garanteze numai pentru partea rămasă din creanță după scăderea valorii ce îi revenea fideiusorului beneficiar al remiterii de datorie.

În primul caz, când fideiusorii își dau acordul ca un fideiusor să fie remis de datorie, *opinăm că* avem de-a face cu o donație indirectă care are ca dispunători atât pe creditorul raportului juridic obligațional, cât și pe fideiusorii care au consimțit expres la exonerarea fideiusorului beneficiar.

Creditorul ar avea calitatea de donator în virtutea faptului că a optat pentru liberarea fideicomisorului ales de obligația pe care o garanta. La rândul lor fideicomisorii care au consimțit la exonerarea fideiusorului beneficiar ar avea calitatea de donatori întrucât manifestându-și acordul cu privire la remiterea de datorie, patrimoniul lor este diminuat cu partea din creanță garantată de fideiusorul beneficiar.

În ipoteza în care ceilalți fideiusori nu au consimțit expres la exonerarea fideiusorului remis de datorie, atunci donația indirectă are ca donator numai pe creditor, întrucât acesta și-a exprimat voința de a-l gratifica pe unul dintre fideiusori și în plus, pentru că patrimoniul său se diminuează cu valoarea părții obligației garantate de fideiusorului liberat.

Legea [art. 1633 alin. (4) C.civ.] reglementează și cazul liberării de către creditor a fideiusorului de la care a primit o prestație.

Este vorba de *remiterea de datorie cu titlu oneros*.

În această situație prestația fideiusorului exonerat se impută asupra datoriei și profită, în proporția valorii prestației respective, atât debitorului principal, cât și celorlalți fideiusori, care rămân în continuare garanți pentru partea rămasă din garanție.

În literatura juridică de specialitate, remiterea de datorie cu titlu oneros a fost privită în mod diferit sub aspectul calificării acesteia.

Astfel, într-o opinie[2], s-a susținut că atunci când creditorul renunță la creanța sa cu titlu oneros, urmărind un folos material, actul juridic nu mai are natura juridică a remiterii de datorie, ci de dare în plată sau novație prin schimbare de obiect ori alt act juridic.

Într-o altă opinie[3] s-a apreciat că remiterea de datorie cu titlu oneros reprezintă o donație indirectă.

În opinia noastră, acest tip de remitere de datorie echivalează cu o donație indirectă numai față de fideiusorul exonerat și numai în măsura în care valoarea prestației

[1] A se vedea, L. Pop, *op. cit.*, p. 554.

[2] A se vedea, C. Stătescu, C. Bîrsan, *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, Ed. All, București, 1992, p. 345.

[3] A se vedea, D. Chirică, *Drept civil. Contracte speciale*, Ed. Lumina Lex, București, 1997, p. 153.

fideiusorului este mai mică decât valoarea obligației pe care acesta o garanta. Cauza juridică a remiterii de datorie și anume intenția de a gratifica vizează diferența până la valoarea integrală a obligației garantate.

În caz contrar, și anume atunci când valoarea prestației este egală sau mai mare decât valoarea obligației garantate, nu mai poate fi vorba de o gratificare a fideiusorului.

Dimpotrivă, în această ultimă situație ne aflăm într-un caz de donație indirectă dispusă de fideiusorul care efectuează prestația, al cărui patrimoniu se micșorează, în favoarea debitorului principal și a celorlalți fideiusori. Obiectul acestei donații indirecte îl reprezintă valoarea prestației care depășește valoarea obligației garantate de fideiusorul prestator.

c) *Stipulația în favoarea unei terțe persoane sau stipulația pentru altul* efectuată cu intenția de a-l gratifica pe terț, reprezintă, de asemenea, o donație indirectă, exceptată de la forma autentică pretinsă de lege pentru donații. Fiind însă o donație indirectă, stipulația pentru altul trebuie să îndeplinească, pentru a fi valabilă, condițiile de fond cerute donațiilor.

Stipulația în favoarea unei terțe persoane este un contract prin care o parte, numită *stipulant*, dispune ca cealaltă parte, numită *promitent*, să dea, să facă sau să nu facă ceva în folosul unei terțe persoane, numită *beneficiar*, promitentul obligându-se față de stipulant să ducă la îndeplinire obligația în favoarea beneficiarului[1].

Pentru a avea de-a face cu o donație indirectă, trebuie ca stipulația în favoarea terțului beneficiar să fie făcută cu intenția de a gratifica (*donandi causa*).

Stipulația pentru altul nu trebuie să îndeplinească forma solemnă cerută pentru donații, ci doar condițiile legale necesare pentru ca acel contract că fie încheiat în mod valabil. Dacă stipulația, ca donație indirectă este cuprinsă în conținutul unei donații directe (donație cu sarcini) atunci ea va fi, bineînțeles, guvernată de regulile privind forma autentică[2].

Donația indirectă realizată prin intermediul stipulației în favoarea unei terțe persoane prezintă o serie de *particularități*, cum ar fi:

-să conțină o stipulație certă și neîndoielnică din care să rezulte că terțul beneficiar devine *titularul dreptului subiectiv de sine stătător* de a pretinde promitentului să execute prestația la care s-a obligat;

-să rezulte că *terțul beneficiar* este *o persoană determinată* sau *cel puțin determinabilă*. Dacă nu a fost determinat terțul beneficiar odată cu încheierea stipulației, aceasta trebuie să conțină elemente suficiente de natură să determine beneficiarul la data când stipulația pentru altul își va produce efectele[3];

-donatarul (terțul beneficiar) *dobândește direct și nemijlocit dreptul de sine stătător,* indiferent de acceptarea acestuia din partea sa ori de notificarea acceptării comunicată donatorului stipulant[4];

-terțul beneficiar nu este obligat să primească dreptul născut direct în patrimoniul său odată cu încheierea contractului dintre stipulant și promitent. El îl poate accepta ori poate să renunțe la acest drept. *Acceptarea* nu are însă caracter constitutiv, ci *are ca efect consolidarea* dreptului, cu efect retroactiv, de la data încheierii stipulației;

---

[1] A se vedea, I.P. Filipescu, A.I. Filipescu, *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, Ed. Universul Juridic, București, 2004, p. 88.

[2] A se vedea, Fr. Deak, L. Mihai, R. Popescu, *Tratat de drept civil. Contracte speciale, Vol. III*, Ed. Universul Juridic, București, 2007, p. 225.

[3] A se vedea,C. Stătescu, C. Bîrsan, *op. cit.*, p. 72; L. Pop, *op. cit.*, p. 107.

[4] A se vedea, C. Stătescu, C. Bîrsan, *op. cit.,* p. 73.

-*stipulantul poate revoca donația* făcută terțului beneficiar până la momentul acceptării ei ori atâta vreme cât terțul beneficiar nu a acceptat-o. Până la consolidarea prin acceptare a dreptului, donația nu devine irevocabilă, cu excepția cazurilor prevăzute de lege, când stipulația nu devine irevocabilă nici prin acceptare[1].

Stipulația pentru altul se poate realiza prin: donația cu sarcină[2], contractul de asigurare[3] sau contractul de rentă viageră[4].

2. Donațiile deghizate. Donația deghizată reprezintă una din modalitățile de simulație[5] în materia donațiilor, alături de *donația prin interpunerea de persoană*.

Simulația presupune existența în același timp a două contracte încheiate de aceleași părți.

Un *contract este public și aparent* – deoarece exprimă o aparență juridică neconformă cu realitatea, iar celălalt este *contract secret*, care conține voința reală a părților, încheiat anterior sau concomitent cu contractul aparent și care modifică sau anulează efectele produse în aparență de contractul public[6].

Din perspectivă structurală, simulația presupune existența a două contracte: unul ostensibil, dar mincinos și numit *act public sau fictiv*, și altul secret, dar sincer, numit *contraînscris*, care exprimă adevărata voință a părților.

---

[1] Cu titlu de exemplu, în materia asigurărilor, stipulantul-donator poate revoca oricând stipulația în cursul executării contractului de asigurare [art. 33 alin. (2) din Legea nr. 136 /1995].

[2] *Donația cu sarcină* (*sub modo*) reprezintă o varietate a contractului de donație a cărei principală caracteristică este faptul că donatorul impune donatarului îndeplinirea unei anumite obligații, numită sarcină. Trebuie subliniat că sarcina nu reprezintă echivalentul bunurilor donate. Sarcinile pot fi în favoarea donatarului însuși (efectuarea unei călătorii de studii), a donatorului (întreținerea viageră a acestuia) sau a unui terț (stipulația pentru altul reprezentând o donație indirectă grefată pe o donație directă, dacă stipulația este făcută *donandi causa*).

[3] În conformitate cu dispozițiile art. 2199 C.civ. prin *contract de asigurare*, cocontractantul asigurării sau asiguratul se obligă să plătească o primă asigurătorului, iar acesta din urmă se obligă ca, în cazul producerii riscului asigurat, să plătească o indemnizație, după caz, asiguratului, beneficiarului asigurării sau terțului păgubit. Când în contractul de asigurare se prevede ca asigurătorul să plătească indemnizația unei persoane străine de contract, avem de-a face cu o stipulație pentru altul realizată prin intermediul contractului de asigurare. Fiind donație indirectă, asigurarea de persoane în beneficiul altuia nu se realizează prin înscris autentic.

[4] *Contractul de rentă viageră*, este, în conformitate cu art. 2244 C.civ., acel contract prin care o parte, numită debirentier, se obligă să efectueze în folosul unei anumite persoane, numită credirentier, prestații periodice, constând în sume de bani sau alte bunuri fungibile.

Renta viageră se constituie pe durata vieții credirentierului dacă părțile nu au stipulat continuarea acesteia pe durata vieții debirentierului sau pe durata vieții unei terțe persoane determinante [art. 2242 alin. (2) C.civ.].

În cazul în care renta viageră se constituie în favoarea unei terțe persoane, ea se înființează printr-o stipulație pentru altul, în care stipulant este persoana care constituie renta, promitent este debirentierul, iar beneficiar este credirentierul [de exemplu, vânzătorul (stipulantul) vinde un imobil și cere cumpărătorului (promitent) ca pe lângă prețul bunului să achite, lunar, o sumă de bani altei persoane (terț beneficiar) cu titlu de rentă viageră]. Când renta viageră este stipulată în favoarea unui terț, chiar dacă acesta o primește cu titlu gratuit, contractul nu este guvernat de cerința formei autentice prevăzute pentru donație [art. 2243 alin. (2) C.civ.]

[5] A se vedea, Fl. A. Baias, *Simulația. Studiu de doctrină și jurisprudență*, Ed. Rosetti, București, 2003, p. 46-50; art. 992 alin. (1) C.civ. și art. 1289-1294 C.civ.

[6] A se vedea, S. Neculaescu, L. Mocanu, Ghe. Gheorhiu, I. Genoiu, A. Țuțuiau, *op. cit.*, p. 383; L. Pop, *op. cit.,* p. 114; C. Stătescu, C. Bîrsan, *op. cit.*, p. 77.

Sancțiunea pentru simulație este *nulitatea relativă*, deoarece un act juridic nu poate să fie valabil prin faptul că îmbracă o formă mincinoasă sau pentru că ar fi fost făcut unui gratificat aparent[1].

Donația deghizată este o donație simulată care, sub aparența unui contract cu titlu oneros, dar mincinos, ascunde natura juridică a unui contract de donație secret (de exemplu, se înstrăinează un imobil printr-un contract de vânzare, public,dar în realitate dreptul de proprietate se transmite cu titlu gratuit, printr-o donație ascunsă sub forma unei vânzări[2]).

Donația deghizată trebuie să îmbrace forma cerută de lege pentru validitatea actului aparent, iar sub aspectul condițiilor de fond trebuie să îndeplinească cerințele prevăzute de lege pentru donații.

Sancțiunea nerespectării formei cerute de lege pentru actul aparent este *nulitatea relativă* a donației deghizate, chiar dacă forma nerespectării nu are caracter ad validitatem, ci numai ad probationem[3].

Dovada simulației poate fi făcută de către terți sau de către creditori cu orice mijloc de probă. Și părțile pot face dovada simulației cu orice mijloc de probă, dacă pretind că aceasta are caracter ilicit[4].

Donația prin interpunere de persoană este tot o donație simulată prin care nu se ascunde natura reală gratuită a actului încheiat de părți, ci se intenționează să se ascundă identitatea adevăratului primitor al donației, a donatarului. Acest procedeu de simulare a donației este utilizat în practică nu numai pentru eludarea legii, ci poate urmări evitarea consecințelor negative pe care donația le-ar putea produce în favoarea donatorului[5].

Donația prin interpunere de persoane se încheie în formă autentică, dar anterior ori concomitent cu actul autentic se întocmește și un contraînscris, sub semnătură privată, în conținutul căruia se arată cine este adevăratul donatar. De asemenea, sunt aplicabile și condițiile de fond prevăzute pentru donații.

Legea [art. 992 alin. (2) C. civ.] a reglementat prezumția, cu caracter relativ, potrivit căreia în actele de donație sunt persoane interpuse ascendenții, descendenții și soțul persoanei incapabile de a primi donații, precum și ascendenții și descendenții soțului acestei persoane[6].

3. Darurile manuale.Darul manual reprezintă *acordul de voință* al părților și *tradițiunea* (predarea materială) bunurilor mobile corporale de la o persoană, numită donator, la o altă persoană, numită donatar, făcută cu intenția de a gratifica și de a accepta donația[7].

---

[1] A se vedea, art. 992 alin. (1) C.civ.; M. Eliescu, *Moștenirea și devoluțiunea ei în dreptul Republicii Socialiste România*, Ed. Academiei, București, 1966, p. 175.

[2] A se vedea, CA Pitești, decizia civilă nr.1286/R din 21 iulie 2002, în *Culegere de practică judiciară 2002*, Ed. All Beck, București, 2003, p. 50-51..

[3] În acest sens, în doctrină s-a arătat că "*forma se împrumută de la contractul care deghizează donația, iar sancțiunea care se aplică este – de regulă – cea prevăzută pentru donații*", a se vedea, Fr. Deak, L. Mihai, R. Popescu, *op. cit.*, p. 217.

[4] A se vedea, art. 1292 C.civ.

[5] Se recurge la donația prin interpunere de persoane din motive diferite, cum ar fi: cazul când se urmărește gratificarea unei persoane incapabile de a primi o liberalitate de la un donator; cazul când familia donatorului poate să îi impute acestuia că a gratificat o anumită persoană, neagreată etc.

[6] A se vedea și Fl.A. Baias, *Simulația. Studiu de doctrină și jurisprudență*, *op. cit.,* p. 233-234.

[7] A se vedea, D. Chirică, *op. cit.*, p. 148; art. 1011, alin. (4), ultima teză, C.civil.

Darul manual este o altă excepție de la principiul solemnității donației și pe cale de consecință nu trebuie încheiat în formă autentică, drept condiție *ad validitatem*, însă i se aplică condițiile de fond ale contractului și trebuie să respecte *tradițiunea* (*de manu ad manum*).

Fără predarea bunului nu există dar manual, însă nu orice predare a bunului către altul are valoare de dar manual. Pentru a fi dar manual, predarea trebuie să nu fie insidioasă[1], malefică[2] și să conțină intenția de a gratifica (*animus donandi*)[3].

Promisiunea unui dar manual nu produce niciun fel de efect juridic, chiar dacă este consemnată într-un act sub semnătură privată, dacă ulterior, donatorul refuză predarea bunului[4].

De altfel, pentru a fi valabilă, promisiunea de donație trebuie supusă formei autentice, sub sancțiunea nulității absolute, după cum am evocat la capitolul consacrat promisiunii de donație. Chiar și în formă autentică, promisiunea de donație nu conferă beneficiarului decât dreptul de a pretinde daune-interese echivalente cheltuielilor efectuate și avantajelor pe care le-a oferit terților în considerarea promisiunii [art. 1014 alin. (2) C.civ.].

În lipsa tradițiunii, adică a predării efective și reale (materiale) a bunului de către donator gratificatului, nu avem de-a face cu darul manual, contractul fiind nul pentru lipsa formei autentice a acestuia.

Potrivit doctrinei[5], condiția tradițiunii bunurilor este îndeplinită și în cazul în care bunul ce va face obiectul darului manual se află deja în posesia donatarului, în baza unui titlu (de exemplu, cu titlu de depozit, împrumut, etc.) și donatorul declară că înțelege să-l dăruiască donatarului, iar acesta îl acceptă (*traditio brevi manu*[6]).

De asemenea, jurisprudența s-a pronunțat în sensul că tradițiunea bunului nu înseamnă în mod obligatoriu o deplasare fizică a bunului, o preluare a acestuia direct din mâna donatorului, tradițiunea putând să aibă și caracter *implicit*, în anumite situații,

---

[1] Legenda ne exemplifică faptul că *darul insidios* a fost "Calul Troian" dăruit de greci troienilor, drept ofrandă religioasă în semn de împăcare, dar care s-a dovedit a fi o viclenie, un șiretlic la care grecii au apelat pentru a cucerii cetatea Troia. De aici și butada celebră: "*Timeo Danaos et dona ferentes*" ("Mă tem de greci și când fac daruri").

[2] Tot în legendă găsim exemplul *darului malefic*, reprezentat de "Cutia Pandorei" pe care aceasta a primit-o ca dar de nuntă de la viitorul soț, Epimeteu, (fratele lui Prometeu), care o luase de soție după ce fusese respinsă de Prometeu. Când Pandora a deschis darul, toate relele lumii (ura, bolile, durerea, invidia, moartea, etc.) introduse în cutie de zei (supărați că Prometeu furase focul din ceruri) s-au răspândit pe pământ.

[3] A se vedea, D. Chirică, *Darul manual*, în Revista Română de Drept Privat nr.6/2008, p. 38.

[4] A se vedea, Trib.civ. Nivelles, 4 martie 1993 (J. Gordley, *The enforceability of promises in European contract law*, Cambridge University Press, 2001, p. 33) apud B. Ionescu, *Nestemate de Jurisprudență*, Ed. Universul Juridic, București, 2011, p. 299. În esență, în speță i s-a respins acțiunea reclamantului prin care a cerut să fie obligat pârâtul să-i remită două picturi individualizate, pe care i le promisese într-un înscris sub semnătură privată. Faptul că ulterior pârâtul a refuzat predarea picturilor, nu-l îndreptățea pe reclamant să ceară executarea silită, deoarece promisiunea de donație nu este un dar manual, lipsind tradițiunea reală.

[5] A se vedea, Fr. Deak, L. Mihai, R. Popescu, *op. cit.*, Vol. III, p. 229; I. Dogaru (coordonator), *Drept civil. Teoria generală a actelor cu titlu gratuit*, Ed. All Beck, București, 2005, p. 144.

[6] „Tradițiune de mână scurtă", a se vedea, L. Cârjan, *Dicționar de cultură juridică latină*, Ed. Universitară, București, 2013, p. 194.

cum ar fi: cazul când se înmânează cheile unei casete ori ale unui depozit în care se află bunul[1], sau cheile de contact ale unui autoturism.

În același mod, s-a apreciat că este dar manual și depunerea unei sume de bani la CEC[2] ori la o altă unitate bancară pe numele altei persoane, făcută cu intenția de a gratifica respectiva persoană.

Obiect al darului manual îl pot constitui *bunurile mobile corporale* cu o valoare de până la 25.000 lei, cu excepția cazurilor prevăzute de lege[3].

În opinia noastră, criteriul limitării bunurilor mobile corporale ce pot face obiectul darului manual în raport cu un plafon valoric maxim al acestora, nu este un criteriu obiectiv. Atâta vreme cât legiuitorul nu a reglementat obligativitatea efectuării unei expertize de specialitate care să determine valoarea bunului ce va fi donat, aprecierea valorii acestuia de către donator, în destule cazuri, este subiectivă.

De altfel, în doctrină[4] s-a exemplificat destul de clar, prin cazul unui obiect din aur, care din perspectiva gramajului se situează mult inferior plafonului de 25.000 lei, dar care, în fapt, datorită manoperei sau vechimii să depășească indubitabil această valoare.

Or, în astfel de situații ar fi o idee heteroclită să se pună în discuție valabilitatea unui astfel de dar manual.

Iată de ce, *de lege ferenda,* propunem ca legiuitorul să oblige donatorul, ca în astfel de situații, să realizeze o evaluare de specialitate a bunului, anterior efectuării darului manual.

În doctrină[5] s-a apreciat că și unele bunuri mobile incorporale, cum ar fi titluri la purtător, acțiuni la purtător, conosamente, recipise de depozit, obligațiuni etc. pot face obiectul darurilor manuale, deoarece încorporează însuși dreptul de creanță și pot fi remise, în mod efectiv, la fel ca orice bun mobil corporal.

Aderăm la această opinie, cu precizarea că numai aceste bunuri mobile incorporale care pot fi transferate și dobândite dintr-o mână în alta și care conțin dreptul transmis pot forma, pe cale de excepție, obiect al darului manual.

Celelalte bunuri mobile incorporale care consacră drepturi de creanță, de creație intelectuală, fond de comerț etc., nu pot forma obiectul unui dar manual, deoarece nu sunt susceptibile de a fi predate și primite în mod efectiv, fără întocmirea vreunui înscris ori fără îndeplinirea vreunei formalități cerute de lege.

Totodată, nu pot să constituie obiect al darului manual bunurile imobile și nici bunurile viitoare, întrucât nu sunt susceptibile de tradițiune și respectiv nu există în materialitatea lor pentru a se putea realiza tradițiunea odată cu acordul de voință al părților.

În literatura de specialitate[6] s-a apreciat că obiectul darului manual ar putea fi uzufructul ori nuda proprietate a unui bun, în virtutea principiului *qui potest plus, potest minus.*

---

[1] A se vedea, Trib. Suprem, decizia nr. 580/1971, în *Repertoriu de practică judiciar în materie civilă pe anii 1969-1975*, p. 134, apud E. Safta-Romano, *Contracte civile*, Vol. I, Ed. Graphix, Iași, 1995.

[2] A se vedea, Fl. Baias, *În legătură cu depunerea unei sume de bani în cont curent personal la CEC în vederea cumpărării unui autoturism*, în Dreptul nr. 3/1990, p. 16-17.

[3] A se vedea, art. 1011 alin. (4), teza întâi, C.civ. Cu titlu de exemplu, chiar dacă limita valorică legală ar fi îndeplinită, armele și munițiile aflate sub incidența legii speciale (Legea nr.295/2004 privind regimul armelor și munițiilor, publicată în Monitorul oficial al României, Partea I, nr. 583 din 30 iunie 2004), nu pot face obiectul darului manual.

[4] A se vedea, B. Ionescu, *Nestemate de jurisprudență*, Ed. Universul Juridic, București, 2011, p. 230, nota 1.

[5] A se vedea, T. Prescure, *Curs de contracte civile*, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 208.

[6] A se vedea, B. Ionescu, *op. cit.*, p. 229, nota 2.

În opinia noastră, esențial pentru valabilitatea darului manual este *tradițiunea reală*, adică dobândirea posesiei bunului de către donator cu titlu de proprietate[1], idee la care face trimitere însuși autorul citat. Or, dacă se transmite uzufructul bunului sau cu atât mai bizar nuda proprietate, donatorul va putea reintra oricând în posesia materială a bunului care a făcut obiectul darului manual în forma evocată, ceea ce pune sub semnul întrebării valabilitatea unei asemenea liberalități.

Darul manual se poate face și prin *mandatar*, acesta din urmă neavând nevoie de procură autentică, întrucât darul manual nu este un contract solemn, ci unul real. Donatarul trebuie să preia bunul dăruit de donator prin mandatar pe timpul vieții donatorului, deoarece donația este un act între vii[2].

Fiind un act juridic, darul manual poate fi dovedit prin orice mijloc de probă.

O categorie aparte a darului manual este reprezentată de donațiile făcute viitorilor soți și de donațiile între soți.

Donațiile făcute viitorilor soți sau unuia dintre soți în vederea încheierii căsătoriei nu produc efecte dacă nu se încheie căsătoria (art. 1030 C.civ.). În alți termeni, neîndeplinirea condiției de a se încheia căsătoria atrage *caducitatea donației*.

Darurile de nuntă trebuie considerate bunuri comune, chiar dacă oferirea lor s-a făcut de către părinții, rudele sau prietenii unuia dintre soți, cu excepția ipotezei când donatorul și-a exprimat în mod neechivoc intenția de a-l gratifica doar pe unul dintre soți[3].

Totodată, *donațiile încheiate între soți* sunt *revocabile* numai în timpul căsătoriei (art.1031 C.civ.). Indiferent de regimul matrimonial ales de soți (al comunității legale, al separației de bunuri sau al comunității convenționale), *obiectul* donației între soți este reprezentat de *bunurile proprii* ale soțului donator.

Bunul donat de un soț devine bun propriu al soțului donatar sau poate intra în comunitatea de bunuri, fie în conformitate cu regimul comunității legale[4], fie în conformitate cu convenția matrimonială[5].

S-a apreciat[6] că soțul donator poate să doneze celuilalt soț și cota ideală din dreptul de proprietate asupra unui bun care nu face parte din comunitatea legală sau cota indiviză asupra unei universalități, sau dreptul asupra unei moșteniri deschise care intră în categoria bunurilor proprii ale donatorului.

4.Concluzii. Încheiem prin a sublinia că donațiile deghizate, donațiile indirecte și darurile manuale nu sunt supuse regulilor de formă cerute pentru validitatea donațiilor. Având natura juridică a unor excepții de la principiul solemnității donațiilor, actele juridice examinate nu trebuie să respecte, pentru a se încheia în mod valabil, forma autentică cerută pentru donații, ci numai forma prevăzută de lege pentru aceste acte.

---

[1] A se vedea, P. Delnay, *Les libéralités et les successions: Précis de droit civil*, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 19.

[2] A se vedea, Fr. Deak, L. Mihai, R. Popescu, *op. cit.*, vol. III, p. 227, nota 3; H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud, *Leçon de droit civil*, *tome IV*, I, Paris, 1963, p. 619, pct. 1462.

[3] În același sens, a se vedea, T. Prescure, *op. cit.*, p. 209.

[4] Potrivit art. 340 lit. a) C.civ., "*Nu sunt bunuri comune, ci bunuri proprii ale fiecărui soț: a) bunurile dobândite prin moștenire legală, legat sau donație, cu excepția cazului în care dispunătorul a prevăzut, în mod expres, că ele vor fi comune*".

[5] Potrivit art. 329 C.civ.: *„Alegerea unui alt regim matrimonial decât ce al comunității legale se face prin încheierea unei convenții matrimoniale*".

[6] A se vedea, R. Constantinovici, *Donația*, în lucrarea colectivă, coordonatori Fl.A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei, *op. cit.*, p. 1072.

Dreptul de preempțiune în legislația română contemporană între restricționare și liberalizare

Manuela ***TĂBĂRAŞ****

Abstract: *Preempțiunea reprezintă o instituție străveche în dreptul românesc care s-a bucurat de studii ample, articole, monografii, teze de doctorat etc., însă, în ultimii ani instituția a fost într-o continuă tranziție și modificare care justifică o nouă radiografie, nicidecum exhaustivă, a principalelor acte normative care reglementează cu titlu de norme de drept comun, sau dimpotrivă cu caracter special, această instituție dedicată tuturor persoanelor fizice sau juridice, indiferent de categorie, deopotrivă și unei sfere largi bunuri, indiferent de natura acestora, care nu doar restricționează libertatea absolută contractuală a vânzătorului și libera circulație a bunurilor, ci, paradoxal, asigură liberalizarea pieței funciară, în acord cu obligațiile asumate de statul român, astfel încât cetăţenii străini, persoane fizice, din comunitatea europeană să poată cumpăra fără restricţii terenuri agricole extravilane.*

A. În ceea ce privește sediul materiei:

• Lege nr. 17/07.03.2014 (cu intrare în vigoare din 15.03.2014) privind unele măsuri de reglementare a vânzării-cumpărării terenurilor agricole situate în extravilan şi de modificare a Legii nr. 268/2001 privind privatizarea societăţilor comerciale ce deţin în administrare terenuri proprietate publică şi privată a statului cu destinaţie agricolă şi înfiinţarea Agenţiei Domeniilor Statului – reprezintă legea specială aplicabilă în materia vânzării terenurilor agricole situate în extravilan;

B. Conceptul juridic al instituției:

Dreptul de preempțiune reprezintă un drept subiectiv, constând dintr-un privilegiu fie legal, fie convenţional, acordat titularului acestui drept numit preemptor, de a cumpăra un bun mobil sau imobil sau un dezmembrământ cesibil al dreptului de proprietate cu prioritate faţă de alte persoane

În definiția conceptului din DEX (1998) dreptul de preemțiune *este* „privilegiu pe care îl are cineva printr-un contract sau printr-o lege, la o vânzare-cumpărare, de a fi, în condiții egale, cel preferat dintre mai mulți cumpărători", fiind apreciat că provine de la franțuzescul préemption, compus la rândului lui din latinescu *prae* – înainte, *emptio* – cumpărare[1].

* Conferenţiar universitar dr., Facultatea de Drept, Universitatea Titu Maiorescu din Bucureşti, Notar public.

[1] Instituția nu trebuie apreciată ca fiind una nouă, dimpotrivă, ea este cunoscută potrivit istoricilor, dintr-un document bizantin de la mijlocul secolului al XV-lea sub numele de ***protimis, respectiv a unui*** **drept real** de a fi preferat la dobândirea averii stăpânului prin plata prețului de înstrăinare**.** În ceea ce privește ***definiția instituției*** *aceasta* se bucură de abordări diferite și neunitare în doctrină, ce se pot justifica prin evoluția instituției, evoluția efectelor acestui drept, a întinderii și sferei lui de aplicare. Astfel, există autori care contestă dreptului de preempțiune calitatea de drept subiectiv apreciind

Aşadar, dreptul de preempţiune poate avea ca izvor legea, sau voinţa părţilor care, convenţional, au instituit în favoarea unui/unora dintre contractanţi un drept de preempţiune/prioritate/preferinţă. Dispoziţiile codului civil privitoare la dreptul de preempţiune reprezintă norma comună în materie care se va aplica numai dacă printr-o lege specială sau prin convenţia părţilor nu se stabileşte altfel. Aşadar prevederile referitoare la dreptul de preempţiune cuprinse în legile speciale sau în convenţii create după data de 1 octombrie 2011 se completează cu dispoziţiile art. 1.730 -1.740 din Codul civil.

C. Condiţii de exercitare a dreptului de preempţiune

În ceea ce priveşte modalitatea de exercitare legiuitorul român a prevăzut tradiţional exercitarea dreptului de preempţiune anterior încheierii actului de vânzare, însă această abordare tradiţională s-a îmbogăţit şi cu perspectiva exercitării ulterior încheierii actului de vânzare, a dreptului de preempţiune, viziune modernistă, motivată poate de celeritatea raporturilor juridice reclamată în piaţă şi justificată prin mecanisme de salvare a unor raporturi juridice imperfecte, sub această modalitate de exercitare ulterioară a dreptului de preempţiune.

C.1. Condiţiile de exercitare a dreptului de preempţiune în Legea specială nr. 17/07.03.2014

Legea nr. 17/07.03.2014 privind privatizarea societăţilor comerciale ce deţin în administrare terenuri proprietate publică şi privată a statului cu destinaţie agricolă şi înfiinţarea Agenţiei Domeniilor Statului Romania

Conform Tratatului de aderare la UE, România s-a angajat ca începând cu 1 ianuarie 2014 să liberalizeze piaţa funciară, astfel încât cetăţenii străini, persoane fizice, din comunitatea europeană să poată cumpăra fără restricţii terenuri agricole extravilane.

Prin dispoziţiile ***Legii nr. 17/07.03.2014*** (cu intrare in vigoare în termen de 30 de zile de la data publicării în Monitorul Oficial al României, Partea I, respectiv de la data de 12.03.2014, urmând ca, în termen de 7 zile de la data intrării în vigoare a legii să se emită norme metodologice) Statului Romania a dat dovada îndeplinirii promisiunilor asumate în această materie reglementând ***procedurile necesare vânzării-cumpărării terenurilor agricole situate în extravilan***.

Legiuitorul a reglementat procesul de vânzare a terenurilor agricole aflate în extravilan indicând că legea vizează:

- *cetăţenii români*, respectiv
- *cetăţenii unor state membre* ale Uniunii Europene, ai statelor care sunt parte la Acordul privind Spaţiul Economic European (*ASEE*) sau ai *Confederaţiei Elveţiene*, precum şi

---

că „este doar o procedură obligatorie de publicitate a hotărârii de vânzare" iar contractul de vânzare astfel realizat poate fi inclus în rândul contractelor forţate; în acest sens: L. Pop - „*Dreptul de proprietate şi dezmembrămintele sale*", Ed. Lumina Lex, Bucureşti, p. 112. În ceea ce priveşte obiectul dreptului de preempţiune trebuie precizat că există opinii potrivit cărora doar cumpărarea unui bun poate reclama incidenţa preempţiunii nicidecum a unei cote-părţi din bun, dar există şi opinii contrare, motivate de împrejurarea că o cota dintr-un bun reprezintă tot un drept, sens în care pentru detalii a se vedea Mirela Moise – *„Dreptul de preempţiune reglementat de Codul civil, din perspectiva practicii notariale"*, Buletinul Notarilor Publici nr. 2/2012, p. 13.

- *apatrizii* cu domiciliul în România, într-un stat membru al Uniunii Europene, într-un stat care este parte la ASEE sau în Confederaţia Elveţiană, precum şi
- *persoanele juridice* având naţionalitatea română, respectiv a unui stat membru al Uniunii Europene, a statelor care sunt parte la ASEE sau a Confederaţiei Elveţiene

arătând că cetăţenii şi persoanele juridice aparţinând unui stat membru al Uniunii Europene sau statelor care sunt parte la ASEE sau Confederaţiei Elveţiene ***pot achiziţiona teren agricol în România în condiţii de reciprocitate***.

În schimb legiuitorul precizează că:

- *cetăţenii unor state terţe* şi
- *apatrizii* cu domiciliul într-un *stat terţ*, precum şi
- *persoanele juridice* având naţionalitatea unui *stat terţ*

pot dobândi dreptul de proprietate asupra terenurilor agricole situate în extravilan ***în condiţiile reglementate prin tratate internaţionale, pe bază de reciprocitate, în condiţiile Legii nr. 17/07.03.2014.***

Excepții de la incidența legii

Legea impune anumite limitări ale libertății de a cumpăra terenuri agricole extravilane, limitări raportate la anumite caracteristici ale terenurilor astfel:

1. *în raport de distanța de frontiere sau obiective speciale:*

- terenurile agricole situate în extravilan pe o adâncime de 30 km faţă de frontiera de stat şi ţărmul Mării Negre, către interior, precum şi
- terenurile situate în extravilan la o distanţă de până la 2.400 m faţă de obiectivele speciale

nu vor putea fi înstrăinate prin vânzare-cumpărare decât cu avizul specific al Ministerului Apărării Naţionale, eliberat în termen de 20 de zile lucrătoare de la înregistrarea cererii de solicitare de către vânzător, în urma consultării cu organele de stat cu atribuţii în domeniul siguranţei naţionale, prin structurile interne specializate menţionate în Legea nr. 51/1991 privind securitatea naţională a României, cu modificările şi completările ulterioare.[1]

Ca excepție la excepție aceste limitări în liberarea de vânzare a imobilelor după natura lor nu se aplică preemptorilor, respectiv titularilor dreptului de preempțiune recunoscuți prin dispozițiile dreptului comun (codului civil), sau ale legilor speciale ca atare.

2. *În raport de importanța cultural-arheologică:*

- terenurile agricole situate în extravilan, în care se află situri arheologice, în care au fost instituite zone cu patrimoniu arheologic reperat sau zone cu potenţial arheologic evidenţiat întâmplător,

nu vor putea fi înstrăinate prin vânzare decât cu avizul specific al Ministerului Culturii, respectiv al serviciilor publice deconcentrate ale acestuia, după caz, emis tot în termen de 20 de zile lucrătoare de la înregistrarea cererii de solicitare de către vânzător.

Constituie contravenţie vânzarea-cumpărarea terenurilor agricole situate în extravilan, în care se află situri arheologice, în care au fost instituite zone cu patrimoniu arheologic reperat sau zone cu potenţial arheologic evidenţiat întâmplător, fără avizul

[1] Constituie contravenţie vânzarea-cumpărarea terenurilor agricole situate în extravilan fără avizul specific al Ministerului Apărării Naţionale dacă situaţia juridică era notată în cartea funciară la data solicitării extrasului de carte funciară pentru autentificare, sancţionată cu o amendă de la 50.000 lei la 100.000 lei;

specific al Ministerului Culturii, sau după caz al serviciilor publice deconcentrate ale acestuia și este sancționată cu o amendă de la 50.000 lei la 100.000 lei.

Prin excepţie de la aplicabilitatea generală a actului normativ dacă terenul agricol extravilan reprezintă sau include situri arheologice clasate vânzarea se va face potrivit prevederilor Legii nr. 422/2001 privind *protejarea monumentelor istorice*, republicată, cu modificările ulterioare.

Dispoziţiile Legii nr. 17/07.03.2014[1] privind unele măsuri de reglementare a vânzării-cumpărării terenurilor agricole situate în extravilan şi de modificare a Legii nr. 268/2001 privind privatizarea societăţilor comerciale ce deţin în administrare terenuri proprietate publică şi privată a statului cu destinaţie agricolă şi înfiinţarea Agenţiei Domeniilor Statului nu se aplică ***terenurile agricole situate în intravilan a căror procedură de vânzare nu intră sub incidenţa acestor noi norme.***

De asemenea sunt excluse incidenței acestei legi privitoare la exercitarea dreptului de preempțiune la vânzarea terenurilor agricole situate în extravilan, *înstrăinările,* chiar și *prin vânzare, între rude până la gradul al treilea*, inclusiv, rudenia urmând a fi dovedită notarului public, sau după caz instanței de judecată prin acte de stare civilă, eventual hotărâri judecătorești sau acte juridice succesorale însă nicidecum prin declarații de rudenie, realizate chiar și pe proprie răspunde a semnatarilor.

În același timp aceste noi norme au fost create pentru a se aplica pentru viitor, așa încât legiuitorul a precizat în mod expres că pentru antecontractele şi pactele de opţiune care au fost *autentificate* la notariat anterior datei de intrare in vigoare a legii, prevederile acestei legi nu se aplică.

Legiuitorul a exclus doar aceste tipuri de acte juridice de la incidența legii justificat de împrejurarea ca actul solemn notarial pe lângă însușirea de a încorpora o data certă se bucură și de prezumția de legalitate, astfel că alegerea acestor titluri de acte juridice supuse autentificării înlătură posibilitatea simulării unei date, anterioare intrării în vigoare a legii, atribuită unor promisiuni/antecontracte/pacte de opțiune care să scoată artificial și nelegal din sfera de incidență a acestei legi o categorie importantă de bunuri imobile.

Revenind la procedurile Legii nr. 17/07.03.2014, lege specială în raport de normele prevăzute în art. 1.730 şi următoarele din Legea nr. 287/2009, republicată, cu modificările ulterioare (n.n. Codul civil) prin dispozițiile articolului 4 al actului normativ se recunoaşte dreptul de preempţiune al **coproprietarilor, arendaşilor**, **proprietarilor vecini**, precum şi al **statului român**, prin Agenţia Domeniilor Statului, ***în această ordine***, la preţ şi în condiţii egale.

Este evident că intenția legiuitorului a fost aceea de asigura prin această instituție a preempțiunii comasarea terenurilor în arii extinse aparținând unui singur proprietar de multe ori în vârstă și nepregătit profesional și tehnic pentru administrarea acestui fond, situație care permite o mai bună administrare silvică, pe de o parte, legiuitorul urmărind totodată și completarea fondului forestier de către statul român văduvit și fragmentat de acesta urmare reformelor funciare și revendicărilor în principal din primul deceniu post-revoluționar.

[1] Actul normativ va intra în vigoare în termen de 30 de zile de la data publicării în Monitorul Oficial al României, Partea I, respectiv de la data de 12.03.2014, urmând ca în termen de 7 zile de la data intrării în vigoare a legii să se emită norme metodologice.

Din punct de vedere procedural, derogatoriu prevederilor art. 1730 C.civ., legiuitorul, a instituit că vânzătorul[1] este obligat să înregistreze, la primăria din raza unităţii administrativ-teritoriale unde se află terenul, *o cerere* prin care va solicita afişarea ofertei de vânzare a terenului agricol situat în extravilan, în vederea aducerii acesteia la cunoştinţa preemptorilor, cerere care va fi însoţită printre altele de *oferta de vânzare*[2] a terenului agricol.

În ceea ce priveşte ***conținutul ofertei de vânzare*** apreciem că aceasta ar trebui să cuprindă elementele esențiale ale viitorului contract de vânzare, astfel va trebui în mod imperativ să cuprindă *numele şi prenumele vânzătorului, descrierea bunului cu arătarea locului unde este situat bunul (indicarea cadastrală), sarcinile care îl grevează, precum şi termenii şi condiţiile vânzării, inclusiv preţul.*

Primăria primind cererea are o serie de obligații privind procedura exercitării dreptului de preempțiune, astfel:

- în termen de o zi lucrătoare de la data înregistrării cererii, primăria are obligaţia *să afişeze* timp de 30 de zile oferta de vânzare la sediul său şi, după caz, pe pagina de internet a acesteia,
- totodată în termen de 3 zile lucrătoare de la data înregistrării cererii primăria are obligaţia de *a transmite structurii competente* (centrale, respectiv structurilor teritoriale) din cadrul Ministerului Agriculturii şi Dezvoltării Rurale un dosar care să cuprindă lista preemptorilor, copia cererii de afişare, a ofertei de vânzare şi ale documentelor doveditoare.
- în scopul unei transparenţe extinse, în termen de 3 zile lucrătoare de la înregistrarea dosarului, structura centrală, respectiv structurile teritoriale, după caz, au obligaţia *să afişeze* pe site-urile proprii oferta de vânzare, timp de 15 zile.

Titularul dreptului de preempţiune trebuie ca, în termenul de 30 de zile de la data afişării ofertei de vânzare[3], să îşi manifeste în scris intenţia de cumpărare, să comunice acceptarea ofertei vânzătorului şi să o înregistreze la sediul primăriei unde aceasta a fost afişată.

- din nou urmare acceptării ofertei de către un preemptor/preemptori, primăriei îi vor reveni anumite obligații, respectiv de *a afişa*, în termen de 24 de ore de la înregistrarea acceptării ofertei de vânzare şi de *a o trimite pentru afişare* pe site –ul specializat la Ministerului.

În ipoteza exercitării dreptului de preempţiune, în termenul şi cu respectarea condițiilor legale, *la acelaşi preţ şi în aceleaşi condiţii* de către preemptori de rang diferit care îşi manifestă în scris intenţia de cumpărare, vânzătorul îl va alege, pe preemptor, dar este obligat să respecte rangul acestuia, dând preferință celui de rang prioritar şi va comunica numele acestuia primăriei.

---

[1] Oricare ar fi el, persoană fizică sau juridică, căsătorită sau necăsătorită; în ipoteza calității de bun comun al soților al imobilului intenționat a fi înstrăinat apreciem fiind suficientă oferta de vânzare semnată exclusiv a unuia dintre soți. În acest sens, vezi supra p. 5-6.

[2] Așa cum am arătat în precedent numai vânzarea, act juridic oneros prin care vânzătorul urmărește obținerea unui preț recunoaște și permite instituirea unui drept de preempțiune, iar *per a contrario* niciodată dreptul de preempțiune nu va putea fi admis în ipoteza actelor juridice cu titlu gratuit, cu excepția situației în care gratuitatea este simulată tocmai cu scopul excluderii acestei limitări în autonomia voinței proprietarului de a vinde unui anume beneficiar.

[3] Termen de decădere susceptibil de suspendare și întrerupere, potrivit noului cod civil, conform celor arătate anterior, și care nu împiedică alegerea proprietarului de a încheia vânzarea potrivit dreptului comun, asupra imobilului liber de preempțiune, după expirarea termenului arătat, cu însuși preemptorul decăzut din beneficiul preempțiunii.

Dacă preemptorii au acelaşi rang, proprietarul vânzător este liber să aleagă viitorul cumpărător fiind ţinut şi in acest caz, să comunice primăriei numele acestuia.

Modul de comunicare realizat de către vânzător trebuie să indice indubitabil pe cumpărătorul preferat şi trebuie să poată face dovada îndeplinirii obligaţiei legale de comunicare a alegerii, astfel încât fie o notificare adresată primăriei care atestă conţinutul mesajului, fie o adresă depusă sub număr de înregistrare, chiar şi o comunicare pe fax sau pe adresa publică şi notorie de mail a instituţiei, vor face pe deplin dovada îndeplinirii acestei obligaţii de către vânzător, nefiind în concluzie necesară o formă juridică solemnă pentru trimiterea valabilă a alegerii cumpărătorului, soluţie diferită aşadar dreptului comun [mai exact situaţiei reglementate în art. 1732 alin (3) C.civ.].

Exercitarea preempţiunii nu oferă avantaje doar preemptorilor, ci poate să constituie un real beneficiu pentru vânzător care ofertând imobilul, proprietatea sa poate primi de la un preemptor interesat, dar de rang inferior o ofertă de preţ superior celei din oferta de vânzare sau celei oferite de ceilalţi preemptori de rang superior lui. În această situaţie dacă vânzătorul este interesat de oferta superioara, va relua, în termen de 10 zile de la împlinirea termenului de 30 de zile, procedura, cu înregistrarea ofertei de vânzare, cu acest nou preţ, cu preemptorii de rang superior.

Această dispoziţie legală arată viziunea legiuitorului privind oferta de vânzare, respectiv demonstrează că oferta vânzătorului în orice tip de dispoziţie legală comună sau specială, privitoare la preempţiune nu este privită de legiuitor ca fiind irevocabilă numai din motivul că potrivit dreptului comun, respectiv art. 1191 C civ oferta prin care autorul ei se obligă să o menţină un anumit termen are caracter irevocabil. Ori aşa cum am arătat, în aprecierea noastră, termenul este defipt de lege şi nu face obiectul alegerii ofertantului, fiind stipulat ca un termen de decădere a preemptorului, astfel că, oricând, proprietarul poate să-şi retragă oferta sau să o modifice, şi chiar să retragă bunul de la vânzare, înstrăinarea fiind opţiunea, facultatea lui absolută, preempţiunea fiind doar o limită a acestei facultăţi care nu este de natură să schimbe contractul într-unul forţat.

La expirarea celor 10 zile, vânzătorul va comunica primăriei numele preemptorului. Aceiaşi regulă se aplică şi situaţiei în care, din diverse motive, ulterior lansării ofertei de vânzare, în termenul de 30 de zile, respectiv în termenul de 10 zile arătat mai sus, vânzătorul modifică datele înscrise în oferta de vânzare, procedura reluându-se.

Aşadar oferta de vânzare nu este irevocabilă, ea putând fi modificată oricând cu privire la orice aspect al vânzării însă cu respectarea procedurii legal instituite pentru exercitarea dreptului de preempţiune.

Primăria, primind numele preemptorului ales de vânzător, are obligaţia să transmită structurii centrale, respectiv structurilor teritoriale, după caz, datele de identificare a preemptorului ales, potenţial cumpărător, în vederea verificării îndeplinirii condiţiilor legale.

Dacă, în termenul de 30 de zile de la afişarea ofertei modificate, niciunul dintre titularii dreptului de preempţiune nu îşi manifestă intenţia de a cumpăra terenul, vânzarea terenului este liberă, urmând ca vânzătorul să înştiinţeze în scris primăria despre inexistenţa vreunei oferte de cumpărare.

NA! Legiuitorul precizează în mod expres că vânzarea liberă a terenului la un preţ mai mic decât cel cerut în oferta de vânzare supusă procedurii de exercitare a dreptului de preempţiune ori în condiţii mai avantajoase decât cele arătate în aceasta atrage ***nulitatea absolută.***

Pentru a solicita perfectarea în formă autentică a vânzării terenului agricol situat în extravilan, vânzătorul este ţinut să facă, în faţa notarului public***, dovada îndeplinirii procedurilor legale*** în materia exercitării obligaţiei de acordare a preempţiunii care se realizează prin *controlul aplicării procedurii dreptului de preempţiune*.

Verificarea îndeplinirii condiţiilor necesare exercitării legale a dreptului de preempţiune se va face de către structura centrală, respectiv de către structurile teritoriale de la locul situării imobilului(respectiv de către structurile teritoriale pentru terenurile cu suprafaţa de până la 30 de hectare inclusiv, iar pentru terenurile cu suprafaţa de peste 30 de hectare, de către structura centrală), în termen de 5 zile lucrătoare de la primirea datelor şi documentelor de la primărie.

Finalizarea acestui control reclamă, în ipoteza îndeplinirii corespunzătoare a condiţiilor legale şi procedurii dreptului de preempţiune, eliberarea (în termen de două zile lucrătoare de la expirarea termenului pentru verificare), a unui ***aviz final***, aviz indispensabil (sub sancţiunea nulităţii absolute) încheierii contractului de vânzare în formă autentică de către notarul public, dar şi pronunţării de către instanţă a unei hotărâri judecătoreşti care ţine loc de contract de vânzare.

Vânzarea-cumpărarea terenurilor agricole situate în extravilan pentru care s-au exercitat opţiuni de cumpărare de către preemptori fără avizul structurii centrale, respectiv ale structurilor teritoriale ale Ministerului Agriculturii şi Dezvoltării Rurale, constituie contravenţie şi se sancţionează cu amendă de la 50.000 lei la 100.000 lei.

În cazul în care niciun preemptor nu îşi manifestă intenţia de cumpărare prin depunerea ofertei în termenul prevăzut de prezenta lege, nu este necesară emiterea avizului, iar contractul de vânzare se va încheia doar pe baza adeverinţei eliberate de primărie.

Daca verificările conchid că preemptorul ales nu îndeplineşte condiţiile şi procedurile prevăzute de lege Ministerul Agriculturii şi Dezvoltării Rurale, împreună cu structurile subordonate, după caz va emite un aviz negativ, în acelaşi termen de două zile lucrătoare de la expirarea termenului pentru verificare.

Şi acest aviz ca şi cel favorabil vor fi publicate pe site-urile autorizate, în termen de două zile lucrătoare de la emitere.

Trebuie menţionat că exercitarea dreptului de preempţiune la vânzarea terenurilor agricole situate în extravilan trebuie îndeplinită indiferent dacă transmisiunea proprietăţii prin vânzare are loc prin act autentic notarial, sau în cazul care se solicită, în conformitate cu art. 1.669 C. Civ. pronunţarea unei hotărâri judecătoreşti care ţine loc de contract de vânzare-cumpărare, situaţie în care este necesar ca antecontractul să fie încheiat în formă autentică cu respectarea condiţiilor de exercitare a prempţiunii şi obţinerii avizului prevăzut de lege.

Cu titlu de sancţiune suplimentară nulităţii, şi pentru a împiedica intrarea, cu legală aparenţă, în circuitul civil a terenurilor agricole situate în extravilan, legiuitorul a prevăzut că cererea de înscriere în cartea funciară a dreptului de proprietate, formulată în baza hotărârii judecătoreşti care ţine loc de contract de vânzare, se va respinge dacă nu sunt îndeplinite condiţiile exercitării dreptului de preempţiune. Aşadar pe lângă această condiţie *sine qua non* a intabulării, prin acest act normativ se creează şi o obligaţie suplimentară de control al registratorului de carte funciară.

Sancțiuni!

Înstrăinarea prin vânzare-cumpărare a terenurilor agricole situate în extravilan fără respectarea dreptului de preempțiune sau fără obținerea avizelor este interzisă şi se sancționează cu ***nulitatea absolută.***

Concluzii

Aşadar Noul cod civil a reglementat cadrul general la exercitării dreptului de preempțiune la vânzarea de imobile de orice fel (inclusiv de bunuri mobile) prin dispozițiile art. 1730 și urm., iar art. 1849 a recunoscut arendaşului calitatea de preemptor cu privire la bunurile agricole arendate, însă legiuitorul nu a stabilit ordinea aplicării acestor texte normative, iar dreptul de preempțiune al coproprietarilor şi vecinilor nu fost reglementat în mod expres la cumpărarea terenurilor agricole, ci doar a celor forestiere, pentru ca ulterior intrării în vigoare a codului civile, prin Legea nr. 17/07.03.2014 privind privatizarea societăților comerciale ce dețin în administrare terenuri proprietate publică şi privată a statului cu destinație agricolă şi înființarea Agenției Domeniilor Statului Romania să se reglementeze în detaliu procedurile necesare vânzării-cumpărării terenurilor agricole situate în extravilan.

Până la apariția Legii nr. 17/2014 dispozițiile legale care reglementau dobândirea dreptului de proprietate privată a terenurilor agricole situate în extravilan făceau obiectul Constituției României, Noului Cod Civil, dar şi acordurilor international, printre care: Tratatului dintre Regatul Belgiei, Republica Cehă, Regatul Danemarcei, Republica Federală Germania, Republica Estonia, Republica Elenă, Regatul Spaniei, Republica Franceză, Irlanda, Republica Italiană, Republica Cipru, Republica Letonia, Republica Lituania, Marele Ducat al Luxemburgului, Republica Ungară, Republica Malta, Regatul Țărilor de Jos, Republica Austria, Republica Polonă, Republica Portugheză, Republica Slovenia, Republica Slovacă, Republica Finlanda, Regatul Suediei, Regatul Unit al Marii Britanii şi Irlandei de Nord (state membre ale Uniunii Europene) şi Republica Bulgaria şi România privind aderarea Republicii Bulgaria şi a României la Uniunea Europeană, semnat de România la Luxemburg la 25 aprilie 2005, denumit în continuare Tratat, Legii nr. 312/2005 privind dobândirea dreptului de proprietate privată asupra terenurilor de către cetățenii străini şi apatrizi, precum şi de către persoanele juridice străine.

Conform Tratatului de aderare la UE, România s-a angajat ca începând cu 1 ianuarie 2014 să liberalizeze piața funciară, astfel încât cetățenii străini, persoane fizice, din comunitatea europeană să poată cumpăra fără restricții terenuri agricole extravilane. Tratatul prevede la alin. (2) punctul, „Libera Circulație a Capitalurilor" din Anexa VII, "Lista menționată la articolul 20 din protocol: măsuri tranzitorii, România", următoarele: „Fără a aduce atingere obligațiilor prevăzute de Tratatul de instituire a unei Constituții pentru Europa, România poate menține în vigoare, timp de şapte ani de la data aderării, restricțiile stabilite de legislația sa, existente la momentul semnării tratatului de aderare, privind dobândirea proprietății asupra terenurilor agricole, pădurilor şi terenurilor forestiere de către resortisanții statelor membre sau ai statelor care sunt parte la Acordul privind Spațiul Economic European, precum şi de către societăți constituite în conformitate cu legislația altui stat membru sau a unui stat parte a AS LE şi care nu sunt nici stabilite, nici înregistrate în România. În nici un caz, un resortisant al unui stat membru nu poate fi tratat mai puțin favorabil în ceea ce priveşte dobândirea de teren agricol, păduri sau teren forestier decât la data semnării

Tratatului de aderare sau nu poate fi tratat în mod mai restrictiv decât un resortisant al unei ţări terţe.

Nu trebuie omis a fi subliniat că exercitarea dreptului de preempțiune este urmărită la înstrăinarea bunurilor vizate de lege sau convenție prin vânzare nicidecum prin alte acte juridice cu titlu oneros cum ar fi schimbul, întreținerea, darea in plată, aportul societar în natură etc.

De reținut că sancțiunile vizate de legiuitor variază în ipoteza nerespectării obligației de exercitare a dreptului de preemțiune de la ***nulitatea absolută*** *a actului de vânzare încheiat cu nesocotirea acestei obligații (de exemplu înstrăinarea prin vânzare-cumpărare a terenurilor agricole situate în extravilan), la* ***nulitatea relativă*** *a actului, invocabilă doar de persoana interesată (în ipoteza Legii nr. 422/2001 privind înstrăinarea monumentele istorice cu nesocotirea dreptului de preempţiune al statului român, prin Ministerul Culturii şi Cultelor), până la* ***considerarea actului ca încheiat sub condiția suspensivă a neexercitării preempțiunii*** *(de exemplu în cazul exproprierii pentru cauză de utilitate publică, atunci când expropriatorul vinde imobilul, cu nesocotirea dreptul de preempțiune al fostului proprietar).*

Astfel, reglementarea dreptului de preempțiune din codul civil va reprezenta dreptul comun cu caracter dispozitiv în materie şi va completa ori de câte ori va fi necesar dispozițiile legilor speciale referitoare la dreptul de preempțiune, sau ale convențiilor părților dacă acestea conțin norme insuficiente sau de trimitere la dreptul comun.

Dacă însă dreptul de preempțiune este reglementat într-o anumită materie prin legi speciale, acestea se vor aplica imperativ (părțile neputând deroga de la ele şi neputând modifica condițiile de exercitare, aria de aplicabilitate etc.) şi cu prioritate, în ceea ce priveşte sfera de aplicare, procedura de exercitare a dreptului, efectele şi stingerea dreptului, sancțiunile neexercitării dreptului şi numai în măsura în care textelor legale le lipsesc anumite reglementări ce se regăsesc în normele dreptului civil referitoare la dreptul de preemțiune acestea din urmă vor completa cadrul normativ special.

Privire comparativă asupra contractelor de rentă viageră și întreținere din perspectiva caracterelor juridice a celor două contracte

Manuela ***TĂBĂRAŞ****

Abstract: *Recentele dispoziţii din materia Codului Civil al României intrat în vigoare la data de 01.10.2011 scot la iveală disponibilitatea legiuitorului român şi flexibilitatea lui de a adapta o normă generală la particularităţile pe care raporturile complexe dintre indivizi le pot crea în viaţa social patrimonială. Aceeaşi sensibilitatea despre care aminteam se manifestă şi în materia contractelor aleatorii pe care ni le-am propus să le analizăm într-un studiu comparativ privitor la contractele de rentă viageră și de întreținere din perspectiva caracterelor juridice fără a avea pretenţia de a fi exhaustiv problemele generate în practică de noile dispoziţii legislative cu siguranța se vor amplifica.*

Potrivit dispozițiilor legale (art. 2242-2253 C.civ.) **contractul de rentă viageră** este un contract reglementat prin lege, prin care o parte, numită ***debirentier***, în schimbul unui *capital de orice natură sau cu titlu gratuit*, se obligă să efectueze în folosul unei anumite persoane denumită ***credirentier***, prestaţii periodice constând în *sume de bani* sau alte *bunuri fungibile*.

În schimb contractul de întreţinere este un *contract numit*, reglementat prin lege (art. 2254-2263 C.civ.), prin care o parte, în schimbul unui *capital de orice natură sau cu titlu gratuit*, se obligă să efectueze în folosul *celeilalte părţi*, sau dimpotrivă, al *unui terţ*, prestaţiile necesare întreţinerii şi îngrijirii *pentru o anumită durată de timp.*

Contractul de rentă viageră este un **contract numit, reglementat** de dispoziţii codului civil.

Trebuie remarcat ca o *diferență față de contractul de întreținere* cu care contractul de rentă se îngemănează, că dispozițiile vechiului cod civil reglementau doar contractul de rentă in timp ce contractul de întreținere deși nu era prevăzut în vechiul act normativ, era recunoscut de doctrină şi aplicat în practica de specialitate.

Contractul de întreţinere este, aşadar, un **contract numit, reglementat** prin noile dispoziţii legale, deși el era anterior recunoscut de doctrină şi aplicat în practica de specialitate.

Unul din efectele constatării acestui caracter rezidă din stabilirea legii aplicabile contractului, întrucât dispoziţiile art. 1167 C. Civ. arată că contractul numit (reglementat) se supune regulilor generale sediului materiei (dispozițiilor normative care reglementează contractul, respectiv prevederilor art. 2242-2253 C.civ în ceea ce

* Conferențiar universitar dr., Facultatea de Drept, Universitatea Titu Maiorescu din București, Notar public.

privește contractul de renta și dispozițiile art. 2254-2263 C.civ. în ceea ce privește contractul de întreținere).[1]

Contractul de rentă viageră este în principiu un contract consensual, astfel că **simpla manifestare de voinţă** a părţilor *necesară* creării raportului juridic este *suficientă* pentru încheierea valabilă a contractului de rentă viageră și va *produce toate efectele* cu care legea și părțile au investit raportul juridic astfel creat[2].

Cu toate acestea, trebuiesc avute în vedere dispozițiile art. 2243 C civ. sub conținutul ambelor aliniate care impun ca renta constituită atât cu titlu gratuit cât și cu titlu oneros se încheie și e*ste supusă condițiilor de validitate proprii actului juridic prin care ea se constituie.*

De reținut că, în materia rentei constituită în favoarea unui terț, chiar dacă terțul o primește cu titlu gratuit, legiuitorul a dispus că actul juridic de constituire a rentei nu va îmbrăca forma ***autentică solemnă*** cerută în materia donațiilor.

Importanța unei atari calificări trebuie privită cel puțin din dublă perspectivă: *astfel valabilitatea contractului este analizată și din perspectiva acestui caracter, respectiv a formei de încheiere a contractului, contractul de rentă viageră nefiind un contract solemn și nici real; de asemenea trebuie avute în vedere că, de la regula consensualismului există și excepții, așa cum prevăd dispozițiile art. 2243 C. Civ., situație în care pentru încheierea în mod valabil a contractului trebuiesc îndeplinite și alte cerințe legale în afara liberei exprimări a consimțământului (de exemplu **forma solemnă** autentică în ipoteza constituirii rentei în favoarea unui credirentier care nu se obligă cu nimic, deci care primește renta cu titlu gratuit, printr-o liberalitate având natura juridică a unei donații evident și care trebuie să îndeplinească cerințele specifice ale acesteia, sau în ipoteza în care prestația la care s-a obligat credirentierul în schimbul rentei constă în transmiterea dreptului de proprietate asupra unui bun imobil).*

Este fără dubiu însă că, pentru a evita neajunsurile consensualismului pur, bazat pe cuvântul dat și bună credință, este recomandabil ca părțile să consfințească libera lor autonomie de voință în încheierea contractului de renta viageră printr-un *instrumentum*, act juridic care să marcheze exact momentul formării lui, al începerii efectelor juridice specifice, determinând și individualizând prestațiile contractanților, elemente deosebit

[1] Contractele nenumite fiind, spre deosebire de acestea, tratate diferit, art. 1168 C.civ. arătând că, în materia contractelor nereglementate *expresis verbis* în codul civil, se vor aplica regulile generale în materie contractuală dar și regulile speciale ale contractului cu care se aseamănă cel mai mult.

[2] Reglementare legală principiu consensualism de verificat noul cod civil. În ceea ce privește calificarea legală a conținutului principiului consensualismului legiuitorul român rămâne deficitar această concluzie desprinzându-se din două abordări diferite asumate de legiuitor care fie consacră *expres verbis* anumitor acte juridice acest caracter, fie indirect, reglementează excepțiile acestui principiu, instituind alte forme derogatorii de valabilitate a actului juridic încheiat din perspectiva modalități de exprimare a autonomiei de voință - în acest sens a se vedea și Gh. Beleiu – *Drept civil român. Introducere în dreptul civil. Subiectele dreptului civil*, ed. a VIII-a, rev. și adăugită de M. Nicolae, P. Truşcă, Ed. Universul Juridic, Buc 2003, p. 160. Astfel că, s-a generalizat concluzia potrivit căreia în raport de avantajele formalismului actului juridic, consensualismul se va aplica ca o normă generală **însă subsidiară** unei nome contrare și imperative privitoare *la forma actului juridic*, respectiv *la manifestarea dată voinței exteriorizate a contractanților* - în acest sens a se vedea și C. Toader, M. Nicolae, R. Popescu, B. Dumitrache, coord: C. Bîrsan, Gh. Beleiu+, Fr. Deak+ - *Instituții de drept civil. Curs selectiv pentru licență 2009-2010*, Ed. Universul Juridic, București, 2009, p. 56.

de importante în ipoteza unui litigiu, forma scrisă protejând totodată contractanții nu doar *inter partes* ci și față de terți.

Contractul de întreţinere pe de altă parte se încheie, potrivit art. 2255 C.civ., prin forma specială a înscrisului autentic sub sancţiunea **nulităţii absolute,** contractul de întreţinere fiind aşadar calificat prin lege în rândul actelor juridice cu caracter solemn.

Valabilitatea contractului este analizată și din perspectiva acestui caracter, respectiv a formei de încheiere a contractului, contractul de întreținere fiind un contract solemn astfel încât ***forma de validitate****,* ***specială*** *reglementată de legiuitor și* ***esențială*** *pentru naşterea actului în mod valabil și producerea efectelor specifice pentru care a fost edictat este cea autentică.*

Aceasta regulă de formă se aplică indiferent dacă în schimbul întreținerii creditorul va da un bun mobil sau imobil susceptibile aşadar au nu de publicitate imobiliară.

De remarcat că cele arătate mai sus reprezintă o noutate în peisajul juridic românesc, întrucât dispozițiile legale anterioare atribuiau contractului de întreţinere un caracter consensual, urmare căruia acesta era valabil încheiat prin simplu acord de voinţă al părţilor.

Justificarea cerinței formei solemne a unui contract implică o *incursiune istorică, dar și contextuală pentru legiuitor*, care ține seama, la elaborarea cerinței legale de factori, antecedente, elemente constitutive multiple care vor compune raționamentul cerinței legale.

Astfel, *schimbarea raționamentelor juridice* ale legiuitorului în această materie este evidentă, fiind indubitabil că numărul crescând al acestor contracte, sfera de adresabilitate a lor (de cele mai multe ori creditorul fiind o persoana vârstnică și fără membrii apropiați de familie), mecanismul extrem de subtil al contractului care pentru a opera în bune condiții pe întreaga durata presupune o implicare constantă și uşor sancționabilă a debitorului prin mecanismul reziliere, ceea ce-i sporește rolul social în raport cu alte contracte, cum ar fi contractul de vânzare, importanța pentru patrimoniul creditorului în principal, securitatea civilă reclamată în ipoteza contraprestației constând în transferul dreptului de proprietate etc. reprezintă justificări/rațiuni temeinice ce *au convers spre concluzia* legiuitorului *că acest tip de contract reclamă protecția consimțământului, formalism, reglementare precisă și probațiune pe care forma solemnă a contractului îl poate oferi*[1].

Atât contractul de rentă viageră, cât şi întreţinerea sunt ***contracte sinalagmatice*** care nasc drepturi şi obligaţii reciproce, acest caracter fiind justificat în bună măsură prin intenţia, de regulă, oneroasă cu care se plăteşte renta/ cu care se prestează întreţinerea, nimic neîmpiedicând părţile să încheie un contract de rentă viageră/ un contract de

[1] De reținut că doctrina, clasificând după diverse criterii condițiile de formă ale actului juridic, după criteriul obiectului sau scopului lor împarte condițiile de formă în condiții de validitate solicitate de legiuitor sub sancțiunea nulității absolute a actului (categorie în care *ope legis* este inclus și contractul de întreținere), și în condiții de formă ce asigură proba abilității încheierii actului juridic, iar din această perspectivă chiar și în materia contractului de întreținere întâlnim asistarea autorității […] procedură care are natura juridică a unei încuviințări și certificări a abilității, pentru că, cum altfel vom putea justifica intenția legiuitorului care a instituit obligativitatea asistării în această materie - în sensul clasificând condițiilor de formă ale actului juridic, a se vedea și C. Toader, M. Nicolae, R. Popescu, B. Dumitrache, coord: C. Bîrsan, Gh. Beleiu+, Fr. Deak+ - *Instituții de drept civil. Curs selectiv pentru licență 2009-2010*, Ed. Universul Juridic, București, 2009, p. 56-57.

întreţinere prin care debitorul se obligă a presta fără a primi nimic în schimb de la creditor, fapt ce va reprezenta o liberalitate cu un regim juridic specific materiei donaţiei.

În aceeaşi simbioză regăsim şi ***caracterul aleator*** atât al contractului de rentă viageră, cât şi al contractului de întreţinere justificat de faptul că *alea*, hazardul, nu depinde nicidecum de voinţa vreunei părţi, iar întinderea, durata vieţii creditorului nu poate fi anticipată.

Întrucât obligaţia debitorului de a plăti renta este raportată nevoilor creditorului, iar debitorul nu se poate elibera prestând totul deodată, contractul de rentă este indubitabil ***executat succesiv***, pe toată perioada convenită contractual, sau după caz, pe durata vieţii creditorului.

Prin total paralelism întrucât şi obligaţia debitorului de a presta întreţinerea este realizată conform nevoilor creditorului, iar debitorul nu se poate elibera prestând totul deodată, contractul de întreţinere este indubitabil executat succesiv, pe toată perioada convenită contractual sau, după caz, pe durata vieţii creditorului.

Renta este un contract în care, în principiu, atunci când acesta este oneros, creditorul transmite debitorului un bun sau o sumă de bani în schimbul rentei, astfel încât, în ceea ce-l priveşte pe debitor, acestuia îi va fi transferat dreptul de proprietate asupra bunului transmis şi odată cu acesta şi riscurile pieirii bunului ce vor cădea în sarcina sa exclusivă.

De acelaşi caracter translativ se bucură şi debitorul întreţinerii în principiu cu caracter oneros, prin care creditorul transmite debitorului un bun sau o sumă de bani în schimbul întreţinerii, astfel încât, în ceea ce-l priveşte pe debitor, acestuia îi va opera transferul dreptului de proprietate asupra bunului transmis. Întreţinerea poate fi prestată şi ca liberalitate, situaţie în care contractului îi va lipsi caracterul oneros.

Contractul de întreţinere are caracter irevocabil, justificat prin aceea că debitorul nu se poate libera de obligaţia asumată restituind creditorului bunul/valoarea, chiar şi dacă renunţă la restituirea prestaţiilor efectuate de el până la acea dată în favoarea creditorului.

Un alt argument al acestui principiu este dat de împrejurarea că debitorul este ţinut de plata întreţinerii în cazul contractului de întreţinere viager, până la data decesului creditorului, oricât de lungă ar fi această durată şi oricât de împovărătoare şi disproporţionată ar fi contraprestaţia, leziunea neputând fi niciodată invocată în cazul contractelor aleatorii.

Datorită caracterului intim al prestaţiilor solicitate de creditor şi ofertate de debitor, cum ar fi *prepararea hranei, schimbarea lenjeriei acordarea îngrijirilor medicale, igiena fizică, accesul zilnic în locuinţa creditorului*, executarea contractului este una specifică şi extrem de sensibilă, care reclamă o deosebită încredere, astfel că drepturile şi obligaţiile dobândite sunt ***strict personale şi incesibile*** (a se vedea prevederile art. 2258 C. Civ care arată imperativ că întreţinerea nu poate fi nici înstrăinată de creditor şi nici urmărită de creditorii acestuia).

În ceea ce priveşte acest caracter, trebuie reţinut că părţile nu-l pot invoca pentru a se opune acţiunii în revocarea contractului pentru neexecutare sau acţiunii oblice introduse pentru executarea întreţinerii, astfel că, creditorii personali ai întreţinutului pot - de exemplu pe calea acţiunii oblice - solicită executarea obligaţiei pentru a conserva valoarea patrimoniului debitorului lor, scutindu-l de cheltuielile necesare traiului zilnic.

Spre deosebire de contractul de întreţinere, numai renta viageră cu titlu gratuit poate fi declarată insesizabilă şi aceasta nu prin lege, ci prin contract. Cu toate acestea, trebuie reţinut că renta constituită cu titlu gratuit şi declarată de părţi insesizabilă, poate fi totuşi urmărită numai pentru *datorii de alimente, chirii sau creanţe privilegiate asupra mobilelor*, limitele fiind stabilite exclusiv de instanţa de judecată.

Având în vedere că renta nu are ***caracter personal***, în principiu renta poate fi cedată, ca de altfel şi urmărită, argumentul fiind dat şi de dispoziţiile art. 2253 C.civ. care arată că numai renta viageră cu titlu personal poate fi declarată de părţi neurmăribilă.

Acest caracter se confirmă în prevederile art. 2258 C.civ. care arată ca drepturile creditorului întreţinerii **nu pot fi cedate** sau **supuse urmăririi**.

Concluzionând cele două contracte juridice atât de îngemănate şi în acelaşi timp diferite prezintă atât aspecte particulare similare care le justifica înrudirea, dar şi diferenţe specifice esenţiale care atrag calificarea lor indubitabil diferită, iar caracterele juridice ale celor două au darul de a scoate în evidenţă aceste particularităţi şi instrumente juridice diferite de analiză.

Consideraţii asupra arbitrajului internaţional. Noua reglementare în dreptul român

Carmen ***PĂLĂCEAN****

Abstract*: Arbitrajul a reprezentat o modalitate de soluţionare a litigiilor de drept civil încă din antichitate. Începând cu secolul al XX-lea, arbitrajul a devenit forma preferată de soluţionare a litigiilor decurgând din operaţiunile de comerţ internaţional. În baza convenţiei părţilor, litigiile sunt încredinţate spre soluţionare, unor arbitri desemnaţi pentru cazuri determinate sau unor instituţii permanente de arbitraj, cărora le revine sarcina de a judeca litigiul şi de a pronunţa o hotărâre, pe care părţile se obligă să o execute. Inserarea într-un contract a clauzei arbitrale, îndreptăţeşte partea interesată, în cazul apariţiei unui litigiu, să ceară soluţionarea acestuia pe calea arbitrajului, fiind exclusă astfel, competenţa instanţelor judecatoresti.*

Key words**:** *arbitraj international, arbitraj instituţional, arbitraj ad-hoc, litigiu arbitral, arbitru, convenţia părţilor*.

1. Noţiune

Conform art. I, parag. 2, lit. b) al Convenţiei europene de arbitraj comercial internaţional din 1961[1], arbitrajul comercial internaţional reprezintă o modalitate de soluţionare a litigiilor de către arbitri desemnaţi, pentru cazuri determinate sau de către instituţii permanente de arbitraj. În cadrul său, în temeiul voinţei părţilor, o instanţă cu caracter privat este organizată şi abilitată să soluţioneze un anumit litigiu, printr-o hotărâre executorie şi obligatorie.

Sistemul arbitrajului internaţional este consacrat atât în legislaţiile naţionale, cât şi în convenţiile internaţionale.

Importanţa şi eficacitatea arbitrajului în relaţiile comerciale internaţionale au fost recunoscute prin Actul final al Conferinţei pentru Securitate şi Cooperare în Europa semnat la Helsinki la 1 august 1975[2] care reţine că "*Arbitrajul este un mijloc corespunzător de a reglementa…rapid şi echitabil litigiile care pot să rezulte din tranzacţiile comerciale în domeniul schimburilor de bunuri şi de servicii şi din contractele de cooperare industrială",* recomandându-se "*…organismelor, întreprinderilor şi firmelor din ţările lor să includă, dacă este cazul, clauze de arbitraj în contractele comerciale şi în contractele de cooperare industrială sau în convenţiile speciale"*[3]. Adunarea Generală a Organizaţiei Naţionale Unite recomandă la rândul său, în preambulul de la Rezoluţia

---

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

[1] Convenţia Europeană de Arbitraj Comercial Internaţional încheiată la Geneva, la 21 aprilie 1961 şi ratificată de România prin Decretul nr. 281/25 iunie 1963 publicat în Buletinul Oficial al R.S.R. nr. 12/25 iunie 1963.

[2] http://www.osce.org/mc/39501?download=true.

[3] Art. 3 "Dispoziţii privind schimburile comerciale şi cooperarea industrială" din cap. "Cooperarea în domeniile economiei, ştiinţei şi tehnicii şi mediului înconjurător" din Actul final al Conferinţei pentru securitate şi cooperare în Europa, elaborat la Helsinki la 1 august 1975 şi publicat în Buletinul Oficial nr. 92 din 13.08.1975.

nr. 31/98 din 15 decembrie 1976[1], prin care a adoptat Regulamentul de arbitraj elaborat de către Comisia Naţiunilor Unite pentru Dreptul Comercial Internaţional[2], difuzarea şi aplicarea sa cât mai largă în lume, recunoscând astfel utilitatea arbitrajului ca metodă de soluţionare a litigiilor născute din relaţiile comerciale internaţionale. La rândul lor, comisiile economice regionale ale Organizaţiei Naţiunilor Unite au elaborat regulamente facultative ale arbitrajului ad-hoc[3].

Eficacitatea arbitrajului în relaţiile comerciale internaţionale se explică prin avantajele pe care le prezintă faţă de jurisdicţiile de drept comun. Putem enumera limitativ două argumente privind preferinţa pentru o astfel de justiţie, în comparaţie cu justiţia statală: conservatorismul justiţiei statale şi un pronunţat grad de imobilism.

2. Caracterele arbitrajului

Arbitrajul comercial internaţional este definit de următoarele caractere:

- **Caracterul arbitral** rezultă din faptul că, părţile convin să supună litigiul lor, unor persoane particulare, care, în calitatea lor de arbitrii sunt împuterniciţi să hotărască asupra pretenţiilor invocate de părţi. Spre deosebire de instanţele judecătoreşti, arbitrajul presupune acordul prealabil al părţilor interesate, exprimat într-un compromis sau într-o clauză compromisorie, inclusă în contractul încheiat între părţi. Puterea arbitrilor de a judeca provine din voinţa părţilor, fiind de origine contractuală, chiar dacă în practică, arbitrajul îmbracă un caracter jurisdicţional şi tot mai mult, instituţionalizat.
- **Caracterul internaţional** impune definirea, în prealabil, a arbitrajului naţional, deoarece numai în raport cu acesta, orice alt arbitraj poate fi socotit „străin" sau „internaţional". Arbitrajul naţional este acela referitor la un raport juridic ale cărui elemente au legătură cu un singur stat. În situaţia în care unul dintre aceste elemente are legătură cu un sistem de drept străin, arbitrajul încetează de a fi naţional, spre a deveni „internaţional". Ceea ce conferă arbitrajului un caracter internaţional este înainte de toate natura raportului juridic în litigiu; dacă acest raport juridic are caracter internaţional, atunci şi arbitrajul care este chemat să soluţioneze litigiul este un arbitraj internaţional. Caracterul internaţional al arbitrajului poate fi privit şi din altă perspectivă, anume cea a organizării, a structurii, a compunerii şi a funcţionării instanţei arbitrale. În acest context, singura instituţie care prezintă un caracter propriu-zis internaţional este Curtea de Arbitraj de pe lângă Camera de Comerţ Internaţională din Paris.

3. Natura juridică a arbitrajului

Arbitrajul internaţional se individualizează printr-un dublu aspect, contractual şi jurisdicţional. În funcţie de concepţia adoptată, se admite că arbitrajul are o natură contractuală sau jurisdicţională ori eclectică.

---

[1] Adunarea Generală a O.N.U. a adoptat regulamentul de arbitraj UNCITRAL prin Rezoluţia nr. 31/98 din 15 decembrie 1976 şi a recomandat utilizarea regulilor UNCITRAL în rezolvarea disputelor care apar în contextul relaţiilor comerciale internaţionale, în special, cu referire la regulamentul UNCITRAL în contractele comerciale.

[2] Regulamentul de Arbitraj al Comisiei Naţiunilor Unite pentru Drept Comercial Internaţional aprobat la 28 aprilie 1976, modificat la 6 decembrie 2010.

[3] Octavian Căpăţână, *Litigiul arbitral de comerţ exterior*, Ed. Academiei Române, Bucureşti, 1987, p. 5 şi urm, T. R. Popescu, *Dreptul comerţului internaţional*, ed. a II-a, E.D.P., Bucureşti, 1983, p. 352 şi urm.

3.1. Concepţia contractualisă

Potrivit tezei contractualiste, arbitrajul reprezintă un ansamblu de acte juridice, de natură contractuală. În limitele recunoscute de lege, părţile au posibilitatea de a organiza soluţionarea litigiilor de către arbitri.

Puterile arbitrilor şi competenţa lor jurisdicţională rezultă din voinţa părţilor litigante, voinţa părţilor având valoare normativă.

Încrederea pe care părţile o au în arbitraj se explică prin caracterul său contractual, părţile având libertatea de a-şi determina condiţiile procesuale, organul arbitral şi legea competentă.

Sentinţa arbitrală are caracter executoriu şi obligatoriu prin efectul voinţei păţilor, exprimat în convenţia arbitrală.

3.2. Concepţia jurisdicţională

Teza jurisdicţională susţine că statul, care deţine monopolul legislativ şi jurisdicţional autorizează părţile ca, în anumite materii, să recurgă la arbitraj, astfel că arbitrajul reprezintă o formă de justiţie delegată, care se exercită de către persoane ce nu au calitatea de angajaţi ai statului.

Prin asemănare cu activitatea instanţelor judecătoreşti, sentinţa arbitrală beneficiază de autoritatea lucrului judecat şi de posibilitatea executării silite. Împotriva sentinţei arbitrale, partea nemulţumită are dreptul de a folosi căile de atac prevăzute de lege.

3.3. Concepţia eclectică

Teza dualistă (mixtă, eclectică), dominantă în doctrina noastră, subliniază dubla natură, atât contractuală, cât şi jurisdicţională a arbitrajului.

Temeiul juridic al arbitrajului este contractual (convenţia arbitrală exprimată prin compromis sau clauză compromisorie), iar activitatea de arbitrare şi sentinţa pronunţată au caracter jurisdicţional. În această concepţie, arbitrul, chiar dacă deţine puterile sale de la părţi, totuşi este independent în exercitarea atribuţiilor sale jurisdicţionale, acţionând în luarea hotărârii, întocmai ca şi un judecător, hotărârea arbitrală fiind obligatorie pentru părţi.

Elementele componente ale arbitrajului se intercondiţionează, conferind instituţiei un caracter complex. Prin raportare la specificul instituţiei, concepţia mixtă admite că arbitrajul este supus legii aplicabile convenţiei arbitrale, ţinând seama de incidenţa legii forului[1].

4. Formele arbitrajului

Arbitrajul prezintă mai multe forme jurisdicţionale. Criteriile folosite în clasificarea lor constau în următoarele: locul soluţionării litigiului, structura organizatorică, puterile conferite arbitrilor, competenţa lor materială şi teritorială.

1. În funcţie de locul soluţionării litigiului:

Arbitrajul internaţional priveşte un litigiu rezultat dintr-un raport de drept internaţional privat sau de drept al comerţului internaţional.

Arbitrajul de drept intern se referă la un raport juridic fără element de extraneitate.

[1] Ioan Macovei, *Dreptul comerţului internaţional*, Volumul II, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2009, p. 269.

2. În funcţie de structura organizatorică:

Arbitrajul ad-hoc sau ocazional este un arbitraj organizat de părţi pentru soluţionarea unui litigiu determinat, în afara unei instituţii permanente de arbitraj. Existenţa arbitrajului ad-hoc încetează odată cu rezolvarea cauzei, având o durată limitată.

În cazul arbitrajului ad-hoc, tribunalul arbitral se constituie din iniţiativa părţilor şi soluţionează litigiul arbitral în procedura stabilită de părţi. Atât structura sa, cât şi regulile de procedură pe care este chemat să le respecte se stabilesc de către împricinaţi, în fiecare caz în parte.

Arbitrajul ad-hoc este un arbitraj neinstituţional, fiind organizat în afara unei instituţii permanente de arbitraj.

Arbitrajul ad-hoc este tradiţional. În materie de arbitraj, această modalitate constituie dreptul comun.

Arbitrajul instituţional este o formă a arbitrajului a cărui existenţă nu depinde de durata unui anumit litigiu şi care presupune exercitarea atribuţiilor jurisdicţionale, în mod neîntrerupt, fiind organizat într-un cadru instituţionalizat prin lege şi având caracter de permanenţă şi continuitate.

Pentru ca o instituţie să poată fi calificată drept instituţie permanentă de arbitraj, este necesar să îndeplinească anumite condiţii:

- să aibă în obiectul său de activitate organizarea arbitrajului privat voluntar, prestând sau fiind aptă să presteze un ansamblu „de servicii arbitrale", care să faciliteze şi să monitorizeze arbitrajul spre a se finaliza printr-o hotărâre definitivă şi obligatorie pentru părţi, susceptibilă de executare silită;
- să aibă o structură organizatorică prestabilită, cu activitate continuă sau virtual continuă, cu o conducere proprie şi personal care să asigure secretariatul arbitrajului, cu o bază materială corespunzătoare;
- să dispună de un corp de arbitri, selectaţi pe anumite criterii, dintre care părţile să aibă facilitatea de a alege arbitrii sau dintre care instituţia de arbitraj să-i nominalizeze, în condiţiile convenţiei arbitrale şi ale regulamentelor aplicabile;
- să se autoreglementeze, adică să aibă un regulament propriu de organizare şi funcţionare, precum şi reguli de procedură arbitrală[1].

3. În funcţie de puterile conferite arbitrilor de a soluţiona litigiul:

Arbitrajul în drept sau *in jure* se realizează după lege, la fel ca instanţele judecătoreşti. Arbitrii vor hotărî asupra unui litigiu, aplicând normele de drept incidente în cauză. Această formă de jurisdicţie reprezintă arbitrajul de drept comun în materie.

Arbitrajul în echitate sau *ex aequitate* se realizează după cugetul şi chibzuinţa arbitrilor. Prin derogare de la arbitrajul obişnuit, arbitrii decid în temeiul principiilor de exhitate, ţinând seama de exigenţele comerţului internaţional.

Arbitrajul în echitate este admis în majoritatea legislaţiilor, fiind recunoscut şi de legislaţia română.

Admisibilitatea arbitrajului în echitate este consacrată şi prin unele convenţii internaţionale. Astfel, Convenţia de la Geneva din 1961, se referă în art. VII parag. 2 la posibilitatea părţilor de a conveni ca arbitrii să hotărască ca *amiables compositeurs*, dacă legea care reglementează arbitrajul permite acest lucru. Condiţiile precizate de

[1] Ion Băcanu, *Arbitrajul ad-hoc şi arbitrajul instituţionalizat în legislaţia română actuală*, în Dreptul nr. 8/1995, p. 4 şi urm.

Convenţie trebuie îndeplinite cumulativ, adică voinţa părţilor litigante să coincidă cu legea aplicabilă arbitrajului[1].

În soluţionarea litigiilor, libertatea de apreciere a arbitrilor în echitate este limitată de principiile fundamentale privind dreptul la apărare şi ordinea publică internaţională.

Arbitrajul în echitate nu înseamnă o simplă tranzacţie sau o conciliere a pretenţiilor în cauză. Arbitrii în echitate nu se bazează numai pe considerente practice. În limitele investirii lor, arbitrii judecă după norme şi principii susceptibile de a fi aplicate în orice situaţie similară[2]. Arbitrajul în echitate nu poate fi decât juridic, întrucât voinţa părţilor exprimată în convenţia de arbitraj este autorizată de către lege.

4. După competenţa lor materială se deosebesc: *arbitraje cu o competenţă generală* în materia diferendelor comerciale şi *arbitraje cu o competenţă specializată* în categorii determinate de litigii.

5. După competenţa lor teritorială, arbitrajele se împart în *arbitraje de tip bilateral*, *arbitraje de tip regional* şi *arbitraje cu vocaţie internaţională*.

5. Reglementarea arbitrajului

5.1. Reglementarea arbitrajului pe plan internaţional

Arbitrajul a reprezentat o modalitate de soluţionare a litigiilor de drept civil încă din antichitate. În timp, puterile conferite arbitrilor au fost limitate, ca urmare a faptului că arbitrajul nu oferea părţilor garanţiile justiţiei de stat.

În materia arbitrajului, au fost semnate o serie de convenţii la nivel internaţional sau regional, al căror efect este acela de a stabili elementele necesare pentru ca o convenţie arbitrală să fie valabilă pe plan internaţional, precum şi limitele în care operează acestea şi efectele pe care le produc, până la încheierea procedurii arbitrale şi executarea sentinţei[3].

Primele înţelegeri multilaterale s-au încheiat în cadrul Societăţii Naţiunilor şi anume: Protocolul de la Geneva din 1923 şi Convenţia de la Geneva din 1927[4].

Scopul principal al Protocolului de la Geneva din 1923 era acela de a recunoaşte valabilitatea convenţiilor arbitrale şi de a asigura parcurgerea procedurii arbitrale în urma investirii instanţei. Arbitrajul se poate desfăşura şi pe teritoriul altui stat decât acela de care depinde, din punct de vedere jurisdicţional, una din părţile contractante. Referitor la sentinţele arbitrale, statele contractante se obligă să asigure şi executarea acestora, prin intermediul autorităţilor şi, în conformitate cu dispoziţiile legislative.

În ceea ce priveşte Convenţia de la Geneva din 1927, aceasta este aplicabilă în materia executării sentinţelor arbitrale străine. Potrivit Convenţiei, statele contractante se angajează să recunoască pe teritoriul lor autoritatea unei sentinţe arbitrale pronunţate în temeiul unui compromis sau al unei clauze compromisorii precum şi executarea ei în conformitate cu regulile procedurale în vigoare în ţara unde se invocă.

---

[1] Ioan Macovei, *op. cit.,* p. 272.

[2] Ph. Fouchard, *L'arbitrage commercial international*, Daloz, Paris, 1965, p. 341.

[3] Tudor Chiuariu, Roxana Giurea, *Arbitrajul intern şi internaţional*, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2012, p. 43.

[4] În 1923 România a participat la încheierea „Protocolului de la Geneva, relativ la clauzele de arbitraj", iar în 1927, tot la Geneva, la încheierea „Convenţiei pentru executarea sentinţelor arbitrale străine".

Următoarea convenţie de mare însemnătate în materia arbitrajului o reprezintă Convenţia de la New York din 1958[1], referitoare la recunoaşterea şi executarea sentinţelor arbitrale străine. Convenţia a fost adoptată la 10 iunie 1958 şi a intrat în vigoare la 7 iunie 1959. Convenţia a fost ratificată de către România în anul 1961, iar în prezent este aplicabilă în peste 140 de state.

Dispoziţiile Convenţiei se aplică recunoaşterii şi executării sentinţelor arbitrale date pe teritoriul altui stat decât acela unde se cere recunoaşterea şi executarea sentinţelor şi rezultate din diferende între persoane fizice sau juridice. Tot Convenţia se aplică şi sentinţelor arbitrale care nu sunt considerate ca sentinţe naţionale în statul unde este cerută recunoaşterea şi executarea lor. În determinarea legii care reglementează valabilitatea acordului arbitral, Convenţia de la New York consacră principiul autonomiei de voinţă[2].

Un alt act internaţional de referinţă îl reprezintă Convenţia de la Washington din 1965 pentru implementarea diferendelor relative la investiţii între state şi persoane ale altor state[3]. Prin Convenţia de la Washington s-a creat Centru Internaţional pentru Reglementarea Diferendelor Relative la Investiţii – CIRDI. Conform acestei convenţii, litigiile dintre părţi se soluţionează prin mijloace de conciliere şi de arbitraj.

Pentru a se putea recurge la CIRDI[4] trebuiesc îndeplinite trei condiţii: părţile trebuie să fi convenit să supună diferendul reglementării Centrului[5], diferendul trebuie să opună un stat contractant (sau o întreprindere publică) unui investitor străin având naţionalitatea unui alt stat contractant şi diferendul trebuie să fie de natură juridică şi să fie în relaţie directă cu o investiţie[6].

In baza Convenţiei de la Washington, fiecare stat contractant recunoaşte orice hotărâre arbitrală pronunţată potrivit prevederilor acestei Convenţii, asigurând executarea obligaţiilor pecuniare pe care hotărârea le impune.

În data de 17 iunie 1976, a intrat în vigoare Convenţia de la Panama[7] prin care s-a urmărit reglementarea unui cadru regional, care să încurajeze recurgerea la arbitraj pentru soluţionarea diferendelor în materie comercială.

Articolul 3 al Convenţiei prevede: "În lipsa unui acord expres între părţi, arbitrajul se va desfăşura în conformitate cu Regulile de Procedură ale IACAC." Ca urmare, Convenţia conferă IACAC[8] o responsabilitate specială.

---

[1] Convenţia pentru recunoaşterea şi executarea sentinţelor arbitrale străine, adoptată la New-York, la 10 iunie 1958.

[2] Gabriel Mihai, *Arbitrajul maritim*, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2010, p. 52.

[3] România a ratificat Convenţia încă din anul 1975 prin D.C.S. nr. 62 din 30 mai 1975 (B. Of. Nr. 56 din 7 iunie 1975).

[4] Centrul Internaţional pentru Reglementarea Diferendelor privind investiţiile între un stat şi naţionalii unui alt stat – CIRDI.

[5] Centrul este un organism independent, cu o personalitate juridică internaţională, iar persoanele care sunt desemnate conciliatori sau arbitri se bucură de imunitate pentru actele îndeplinite în exerciţiul funcţiei lor, sub rezerva cazului în care Centrul însuşi ar fi ridicat această imunitate.

[6] Claudiu-Paul Buglea, *Soluţionarea diferendelor dintre state şi comercianţii de altă naţionalitate*, Ed. Hamangiu, 2006, p. 32.

[7] Convenţia Inter-Americană de Arbitraj Comercial Internaţional (IACAC) a intrat în vigoare pe 16 iunie 1976.

[8] IACAC reprezintă un sistem format din secţiuni naţionale sau reprezentanţe situate în toate ţările emisferei vestice, constituit pentru a soluţiona prin arbitraj sau conciliere disputele comerciale internaţionale.

Arbitrajele sunt conduse de arbitri special selectaţi de către părţi sau Comisie, conform Regulilor de Procedura IACAC. Comisia reprezintă toate republicile americane.

Cel mai recent set de reguli in domeniu este promovat de Comisia Naţiunilor Unite pentru Dreptul Comerţului Internaţional (UNCITRAL). Comisia a fost înfiinţată de către Adunarea Generală a Naţiunilor Unite în decembrie 1966 cu scopul de a asigura „armonizarea progresivă şi unificarea legislaţiei comerţului internaţional".

În materia arbitrajului comercial internaţional, în absenţa uniformizării în ceea ce priveşte legea aplicabilă arbitrajului, UNCITRAL a încercat să armonizeze diversele proceduri nesistematice şi să creeze un sistem general aplicabil arbitrajului internaţional, destinat în special arbitrajului ad-hoc[1].

Organizând o formă de arbitraj facultativ, Regulamentul UNCITRAL a fost adoptat cu scopul de a consacra viabilitatea şi eficienţa acestei proceduri[2]. Regulile de procedură arbitrală UNCITRAL[3] au fost adoptate şi publicate în forma lor finală de către Adunarea Generală a O.N.U. prin rezolutia din 15 decembrie 1976, fiind destinate arbitrajului ad-hoc. Regulile sunt recunoscute ca unul dintre cele mai de seamă instrumente internaţionale de natură contractuală în domeniul arbitrajului[4].

Legea-model UNCITRAL pentru arbitrajul comercial internaţional a fost adoptată de UNCITRAL la 21 iunie 1985[5], având un rol important în armonizarea şi imbunătăţirea legilor naţionale. Modelul lege acoperă toate etapele procesului arbitral de la acordul de arbitraj la recunoaşterea şi executarea sentinţei şi reflectă un consens global asupra principiilor şi elementelor esenţiale ale arbitrajului comercial internaţional. Acesta este acceptat de către statele tuturor regiunilor şi de sistemele legale sau economice diferite din intrega lume[6].

Principalele obiective adoptate de UNCITRAL în elaborarea acestei legi au fost de a limita rolul instanţelor naţionale şi de a da întâietate voinţei părţilor în stabilirea propriilor norme de procedură pentru soluţionarea litigiilor lor comerciale şi, totodată, de a securiza corectitudinea procedurală, limitând prevederile de la care părţile pot deroga[7].

Adunarea generală O.N.U., prin Rezolutia nr. 31/98 a grupat Regulile de Arbitraj UNCITRAL. Ca un preambul la Regulile de Arbitraj UNCITRAL, Adunarea Generală

---

[1] Cristina Ioana-Florescu, *Arbitrajul comercial. Convenţia arbitrală şi tribunalul arbitral*, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2011, p. 45.

[2] A 9-a sesiune a UNCITRAL a aprobat textul regulilor de arbitraj UNCITRAL şi clauza model de arbitraj pe 28 aprilie 1976.

[3] Regulile de Arbitraj UNCITRAL sunt regulile de arbitraj adoptate de Comisia Naţiunilor Unite de Drept Comercial Internaţional, pentru a fi incluse în contractele comerciale internaţionale. Regulile de Arbitraj UNCITRAL sunt aplicabile acolo unde părţile la un contract au convenit în scris soluţionarea litigiului de către instanţele arbitrale. Adunarea generala a O.N.U. a adoptat regulamentul de arbitraj UNCITRAL prin Rezoluţia nr. 31/1998 din 15 decembrie 1976. Regulile de Arbitraj UNCITRAL au fost adoptate în 15 decembrie 1976; Regulile de conciliere UNCITRAL în 1980. Modelul de Lege UNCITRAL în 1985. în plus, UNCITRAL a publicat ghiduri pentru administrarea arbitrajelor sub Regulile de Arbitraj UNCITRAL.

[4] Billiet, Johan, *Revised UNCITRAL Arbitration Rules – New provisions în International Commercial Arbitration*, în Revista Română de Arbitraj, Anul 5/Nr. 4 octombrie-decembrie 2011, volumul 20, p. 8.

[5] Adunarea Generala, în Rezoluţia nr. 40/72 din 11 decembrie 1985, a recomandat ca "toate statele să ia în considerare modelul de lege pentru arbitrajul comercial internaţional, în vederea dezirabilităţii unei uniformităţi legislative în ce priveşte procedurile arbitrale şi nevoile specifice ale practicii arbitrajului comercial internaţional".

[6] Alina Mioara Cobuz-Băgnaru, *Arbitrajul ad-hoc conform regulilor Comisiei Naţiunilor Unite pentru Dreptul Comercial Internaţional*, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2010, p. 83.

[7] Cristina Ioana Florescu, *op. cit.*, p. 46-47.

recomandă folosirea regulilor de arbitraj ale Comisiei ONU pentru comerţ internaţional în rezolvarea disputelor ce apar în contextul relaţiilor comerciale internaţionale, în particular cu referinţă la regulile de arbitraj din contractele comerciale, şi cere secretariatului general să aranjeze cea mai larga posibilă distribuire a acestor reguli de arbitraj[1].

Scopul pentru care au fost adoptate, atât Regulile de Arbitraj UNCITRAL cât şi modelul de lege a fost armonizarea legislaţiei în domeniul dreptului comerţului internaţional şi crearea unui sistem internaţional armonios pentru arbitraj.

În anul 2006 Comisia a decis revizuirea Regulilor de Arbitraj UNCITRAL, pentru a corespunde schimbărilor din practica arbitrală a ultimilor treizeci de ani. Revizuirea a avut drept scop să îmbunătăţească eficienţa arbitrajului sub influenţa Regulilor şi să nu altereze structura originală a textului, spiritul sau redactarea[2].

Forma revizuită a fost discutată şi adoptată în formula finală de Comisia UNCITRAL în timpul celei de-a 43-a sesiune care a avut loc între 21 iunie – 9 iulie 2010 în New York.

5.2. Reglementarea arbitrajului pe plan naţional

România a aderat ori ratificat în perioada regimului comunist următoarele convenţii internaţionale având ca obiect de reglementare arbitrajul:

1. Convenţia de la New York din 1958 pentru recunoaşterea şi executarea sentinţelor arbitrale străine, la care România a aderat prin Decretul nr. 186/1961[3];
2. Convenţia europeană de arbitraj comercial internaţional încheiată la Geneva la 21 aprilie 1961 şi ratificată de România prin Decretul nr. 281/1963[4];
3. Convenţia de la Washington din 1965 pentru reglementarea diferendelor relative la investiţii între state şi persoane ale altor state, ratificată de România prin Decretul nr. 62/1975[5];
4. Convenţia de la Moscova din 1972 privind soluţionarea pe cale arbitrală a litigiilor de drept civil decurgând din raporturile de colaborare economico-ştiinţifică, ratificată prin Decretul nr. 565/1973[6].

Instituţia arbitrajului intern îşi găseşte consacrarea juridică, în sistemul nostru de drept, în cuprinsul Cărţii a IV-a din Codul de procedură civilă[7], intitulată „*Despre*

[1] Alina Mioara Cobuz-Băgnaru, *op. cit.*, p. 82-83.

[2] Johan Billiet, *op. cit.,* p. 8.

[3] Decretul nr. 186 din 24 iulie 1961 privind aderarea Republicii Populare Române la Convenţia pentru recunoaşterea şi executarea sentinţelor arbitrale străine, adoptată la New-York, la 10 iunie 1958, publicat în Buletinul Oficial nr. 19 din 24 iunie 1961.

[4] Decretul nr. 281 din 25 iunie 1963 privind ratificarea Convenţiei europene de arbitraj comercial internaţional, încheiată la Geneva, la 21 aprilie 1961, publicat în Buletinul Oficial nr. 12 din 25 iunie 1963.

[5] Decretul nr. 62 din 30 mai 1975 privind ratificarea Convenţiei pentru reglementarea diferendelor relative la investiţii între state şi persoane ale altor state, încheiată la Washington la 18 martie 1965, publicat în Buletinul Oficial nr. 56 din 7 iunie 1975.

[6] Decretul nr. 565 din 20 octombrie 1973 pentru ratificarea Convenţiei privind soluţionarea pe cale arbitrală a litigiilor de drept civil decurgând din raporturile de colaborare economică şi tehnico-ştiinţifică, încheiată la Moscova la 26 mai 1972, publicat în Buletinul Oficial nr. 176 din 9 noiembrie 1973.

[7] Legea nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă (M.Of. nr. 485 din 15 iulie 2010) a fost modificată şi completată prin Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil (M.Of. nr. 409 din 10 iunie 2011), astfel cum a fost modificată prin O.U.G. nr.

arbitraj". Atât vechea[1], cât şi noua reglementare procesual-civilă reprezintă dreptul comun al arbitrajului privat voluntar[2].

Cartea a IV-a din vechea reglementare cuprindea unsprezece capitole în care a fost tratat arbitrajul privat voluntar, începând cu dispoziţiile generale şi cu convenţia arbitrală, apoi continuând cu tribunalul arbitral, cu sesizarea tribunalului arbitral, cu procedura arbitrală cu cheltuielile arbitrale şi sfârşind cu hotărârea arbitrală. Două din cele unsprezece capitole ale Cărţii a IV-a au reglementat arbitrajul internaţional şi recunoaşterea şi executarea hotărârilor arbitrale străine.

Cartea a IV-a din vechiul Cod de procedură civilă instituia, în material soluţionării propriu-zise a litigiului arbitral, concepţia *monismului atenuat al arbitrajului privat voluntar*[3]. Astfel, principiile generale de soluţionare a litigiilor interne se aplicau şi soluţionării litigiilor internaţionale. Ca urmare, nu a fost nevoie de efectuarea distincţiei între reglementarea arbitrajului privat voluntar, în variantă internaţională şi reglementarea arbitrajului privat voluntar, în variantă internă, reglementarea arbitrajului privat voluntar internaţional fiind înglobată reglementării arbitrajului privat voluntar intern. Pentru ipoteza soluţionării litigiului internaţional, legiutorul roman reglementa soluţii particulare cu privire la anumite aspecte.

În prezent, arbitrajul este reglementat în cuprinsul Cărţii a IV-a intitulată „*Despre arbitraj*" (art. 541-621) şi în cuprinsul Cărţii a VII-a "*Procesul civil internaţional*". Arbitrajul privat voluntar este reglementat în Cartea a IV-a, care constituie dreptul comun al oricărei forme de arbitraj privat voluntar sub diverse forme: arbitraj intern şi arbitraj internaţional, arbitraj ad-hoc şi arbitraj instituţional, arbitraj în drept şi arbitraj în echitate iar arbitrajul internaţional este reglementat de Cartea a VII-a, Titlul al IV-lea "*Arbitrajul internaţional şi efectele hotărârilor arbitrale străine*".

79/2011 pentru reglementarea unor măsuri necesare intrării în vigoare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil (M.Of. nr. 696 din 30 septembrie 2011). În M.Of. nr. 365 din 30 mai 2012 a fost publicată Legea nr. 76/2012 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă. Legea nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă a fost republicată în M.Of. nr. 545 din 3 august 2012. În M.Of. nr. 606 din 23 august 2012 a fost publicată O.U.G. nr. 44/2012 privind modificarea art. 81 din Legea nr. 76/2012 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă. De asemenea, în M.Of. nr. 762 din 13 noiembrie 2012 a fost publicată Legea nr. 206/2012 pentru abrogarea O.U.G. nr. 44/2012 privind modificarea art. 81 din Legea nr. 76/2012 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 134/2010 priovind Codul de procedură civilă, precum şi pentru completarea unor acte normative conexe. În M.Of. nr. 68 din 31 ianuarie 2013 a fost publicată O.U.G. nr. 4/2013 privind modificarea Legii nr. 76/2012 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, precum şi pentru modificarea şi completarea unor acte normative conexe. În M.Of. nr. 89 din 12 februarie 2013 a fost publicată Legea nr. 2/2013 privind unele măsuri pentru degrevarea instanţelor judecătoreşti, precum şi pentru pregătirea punerii în aplicare a Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă.

[1] Avem în vedere Cartea a IV-a (*Despre arbitraj*), art. 340-371 C.proc.civ din 1865, astfel cum a fost modificată prin Legea nr. 59/1993 pentru modificarea Codului de procedură civilă, a Codului familiei, a Legii contenciosului administrativ nr. 29/1990 şi a Legii nr. 94/1992 privind organizarea şi funcţionarea Curţii de Conturi (M.Of. nr. 177 din 26 iulie 1993). Anterior modificării efectuate în anul 1993, Cartea a IV-a din Codul de procedură civilă avea denumirea „Despre arbitri" (art. 340-371).

[2] Radu Bogdan Bobei, *Arbitrajul intern şi internaţional. Texte. Comentarii. Mentalităţi*, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2013, p. 1-2.

[3] Radu Bogdan Bobei, *op. cit.,* p. 3.

Prin urmare, este suficient ca obiectul, părţile sau cauza litigiului arbitral să conţină un element de internaţionalitate, pentru ca dispoziţiile specifice arbitrajului internaţional să fie aplicabile.

Structura Cărţii a IV-a din noua reglementare cuprinde şapte Titluri: *Dispoziţii generale* (Titlul I), *Convenţia arbitrală* (Titlul II), *Tribunalul arbitral* (Titlul III), *Procedura arbitrală* (Titlul IV), *Desfiinţarea hotărârii arbitrale* (Titlul V), *Executarea hotărârii arbitrale* (Titlul VI), *Arbitrajul instituţionalizat* (Titlul VII).

Referitor la ultimul titlu, Titlul VII, acesta a fost introdus prin noul Cod de procedură civilă, neexistând în vechea reglementare. Dispoziţii referitoare la arbitrajul instituţionalizat au existat însă şi anterior, dar dispuse în mod disparat pe întreg cuprinsul cărţii rezervate arbitrajului. Astfel, putem menţiona dispoziţiile art. 341^1 din vechea reglementare – organizarea arbitrajului de o instituţie permanentă de arbitraj sau de o terţă persoană, art. 353^1 – preluarea atribuţiilor instanţei statale de instituţia permanentă de arbitraj şi ale menţiuni precum cele legate de: stabilirea cheltuielilor de arbitrare de regulamentul instituţiei permanente de arbitraj şi păstrarea dosarului arbitral, ulterior soluţionării litigiului, la instituţia permanentă de arbitraj.

Dispoziţiile prevăzute de Cartea a VII-a din C.proc.civ. conţin prevederi speciale faţă de arbitrajul intern, fiind reglementate aspecte de procedură precum: modalitatea de compunere a tribunalului arbitral, termenele procedurale, limba în care se desfăşoară procedura sau cheltuielile ocazionate de activitatea arbitrilor.

În cazul arbitrajului internaţional, dispoziţiile de drept comun din materia arbitrajului se completează cu unele dispoziţii specifice cuprinse în art. 1.122 C.proc.civ., care fac trimitere la Cartea a IV-a a noului cod, privind următoarele aspecte:

- Părţile pot stabili, prin convenţia arbitrală referitoare la un astfel de arbitraj, ca locul de organizare al arbitrajului să fie în România.
- În arbitrajul internaţional care se judecă în România sau potrivit legii române, tribunalul arbitral va fi compus dintr-un număr impar de arbitri, fiecare dintre părţi având dreptul să numească un număr egal de arbitri. Partea străină poate numi arbitri de cetăţenie străină sau părţile pot conveni ca arbitrul unic ori supraarbitrul să fie cetăţean al unui al treilea stat.
- În cazul arbitrajului internaţional termenele stabilite pentru acceptarea însărcinării de arbitru sau supraarbitru, numirea supraarbitrului, termenul în care se poate cere recuzarea, intervalul dintre primirea citaţiei şi termenul de dezbatere şi termenul în care se poate solicita completarea sau rectificarea hotărârii se dublează.
- Dezbaterea litigiului în faţa tribunalului arbitral se face în limba stabilită prin convenţia arbitrală sau, dacă nu s-a prevăzut nimic în legătură cu acest aspect ori nu a intervenit o înţelegere ulterioară, în limba contractului din care s-a stabilit litigiul ori într-o limbă de circulaţie internaţională, stabilită de tribunalul arbitral. Dacă o parte nu cunoaşte limba în care se desfăşoară dezbaterea, la cererea si pe cheltuiala ei, tribunalul arbitral îi asigură serviciile unui traducător. Părţile însă pot participa la dezbateri cu traducătorul lor.

➢ Cu excepţia situaţiei în care părţile convin altfel, onorariile arbitrilor şi cheltuielile de deplasare ale acestora se suportă de partea care i-a numit, iar în cazul arbitrului unic sau al supraarbitrului, aceste cheltuieli se suportă de părţi în cote egale[1].

Comparativ cu reglementarea anterioară, legiuitorul român a considerat că este necesar să adopte o serie de schimbări, astfel:

➢ Dacă în vechea reglementare, arbitrajului internaţional i-a fost consacrată Cartea a IV-a, Capitolul X, intitulat "Arbitrajul internaţional", respectiv Capitolul XI, "Recunoaşterea şi executarea hotărârilor arbitrale străine", în actual cod, arbitrajul internaţional este reglementat în Titlul IV din Cartea a VII-a, "Arbitrajul internaţional şi efectele hotărârilor arbitrale străine.

➢ Dispoziţiile art. 1.122 din noua reglementare intitulat "*Reguli de aplicare subsidiară*" dispun următoarele: "*Orice aspecte privind constituirea tribunalului arbitral, procedura, hotărârea arbitrală, completarea, comunicarea şi efectele acesteia, nereglementate de părţi prin convenţia arbitrală şi neîncredinţate de acestea rezolvării de către tribunalul arbitral, vor fi soluţionate prin aplicarea în mod corespunzător a dispoziţiilor cărţii a IV-a*". Ca urmare, principiile stabilite de Cartea a IV-a ("Despre arbitraj") din actualul cod nu sunt excluse de la aplicare în ipoteza arbitrajului internaţional.

➢ În reglementarea prezentă, arbitrajul internaţional este tratat separat, în cuprinsul Cărţii a VII-a "*Procesul civil internaţional*", Titlul IV "*Arbitrajul internaţional şi efectele hotărârilor arbitrale străine*" structurat în două capitole: "*Procesul civil internaţional*" şi "*Efectele hotărârilor arbitrale străine*". În vechiul cod, arbitrajul internaţional şi recunoaşterea hotărârilor arbitrale străine erau reglementate în capitole separate.

➢ Actualul cod de procedură civilă reglementează, cu prioritate arbitrajul ad-hoc, fiind reglementate aspecte de procedură precum modalitatea de compunere a tribunalului arbitral, termenele procedurale, limba în care se desfăşoară procedura sau cheltuielile ocazionate de activitate arbitrilor[2].

Noua reglementare română a arbitrajului are caracter dispozitiv. O serie de menţiuni, cum ar fi cele referitoare la incidenţa ordinii publice, a dispoziţiilor imperative, a sancţiunii nulităţii instituite pentru nerespectarea formalităţii încheierii în scris a convenţiei arbitrale, conferă reglementării arbitrajului un caracter precumpănitor dispozitiv[3].

Dispoziţiile Codului de procedură civilă se completează cu normele Legii Camerelor de Comerţ din România, nr. 335/2007[4]. Art. 29 din lege stipulează organizarea şi funcţionarea, pe lângă Camera Naţională a Curţii de Arbitraj Comercial Internaţional, instituţie permanentă de arbitraj şi fără personalitate juridică. La art. 4 lit. i) este prevăzută atribuţia expresă a camerelor judeţene de a organiza activitatea de soluţionare a litigiilor comerciale şi civile prin mediere şi arbitraj ad-hoc şi instituţional.

[1] Gabriel Mihai, *Arbitrajul internaţional şi efectele hotărârilor arbitrale străine*, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2013, p. 17-18.

[2] *Ibidem*, p. 22.

[3] Radu Bogdan Bobei, *op. cit.,* p. 9.

[4] Legea nr. 335/2007 privind Camerele de Comerţ din România publicată în Monitorul Oficial nr. 836/6 decembrie 2007 modificată şi completată prin Legea nr. 39/2011 publicată în Monitorul Oficial nr. 224/31 martie 2011.

Activitatea Curţii de Arbitraj se desfăşoară în condiţiile Regulamentului de organizare şi funcţionare[1], precum şi a Regulilor de procedură arbitrală[2].

În completarea acestor reglementări, au fost elaborate Normele privind taxele şi cheltuielile arbitrale[3]. La rândul lor, Comisiile de arbitraj înfiinţate de camerele de comerţ judeţene au adoptat reglementări proprii.

Concluzii

Instituţia arbitrajului internaţional este adoptată, în momentul de faţă de marea majoritate a partenerilor comerciali din lume. Extinderea acestei modalităţi de rezolvare a litigiilor are la bază si dorinţa participanţilor la circuitul internaţional de bunuri, mărfuri şi servicii de a avea bune raporturi şi de a evita tranşarea diferendelor pe cale judiciară. În această situaţie părţile recurg la instanţa statală doar în cazul în care soluţionarea litigiului pe cale amiabilă nu este posibilă.

Calificarea de specialitate a arbitrilor, posibilitatea părţilor de a-şi desemna prin convenţia arbitrală instanţa, arbitrii şi legea aplicabilă a condus la extinderea şi dezvoltarea arbitrajului internaţional.

În noul Cod de procedură civilă român s-a adoptat, ca o cerinţă necesară şi întemeiată, o reglementare distinctă şi detaliată a arbitrajului internaţional, cuprinsă în Cartea a VII-a, intitulată "*Arbitrajul internaţional*".

Noua reglementare în materie de arbitraj constituie un demers progresist, caracterizat prin existenţa unor reglementări distincte pentru arbitrajul intern şi cel internaţional sau reglementarea efectelor recunoaşterii şi executării sentinţelor arbitrale străine conform convenţiilor internaţionale[4].

Bibliografie

1. Bobei, Radu Bogdan, *Arbitrajul intern şi internaţional. Texte. Comentarii. Mentalităţi*, Editura C.H. Beck, Bucureşti, 2013;

2. Buglea, Claudiu-Paul, *Soluţionarea diferendelor dintre state şi comercianţii de altă naţionalitate*, Editura Hamangiu, 2006;

3. Căpăţână, O., *Litigiul arbitral de comerţ exterior*, Editura Academiei Române, Bucureşti, 1987;

4. Chiuariu, Tudor, Giurea, Roxana, *Arbitrajul intern şi internaţional*, Editura Universul Juridic, Bucureşti, 2012;

5. Cobuz-Băgnaru, Alina Mioara, *Arbitrajul ad-hoc conform regulilor Comisiei Naţiunilor Unite pentru Dreptul Comercial Internaţional*, Editura Universul Juridic, Bucureşti, 2010;

6. Florescu, Cristina-Ioana, *Arbitrajul comercial. Convenţia arbitrală şi tribunalul arbitral*, Editura Universul Juridic, Bucureşti, 2011;

7. Fouchard, Ph. *L'arbitrage commercial international*, Daloz, Paris, 1965;

[1] Regulamentul privind organizarea şi funcţionarea Curţii de Arbitraj Comercial Internaţional de pe lângă Camera de Comerţ şi Industrie a României, publicat în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 184 din 02.04.2013.

[2] Regulile de procedură arbitrală, publicate în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 184 din 02.04.2013.

[3] Normele privind taxele şi cheltuielile arbitrale sunt în vigoare de la 06.03.2013.

[4] Gabriel Mihai, *op. cit.*, 2013, p. 178.

8. Macovei, I., *Dreptul comerţului internaţional*, vol. II, Editura C.H. Beck, Bucureşti, 2009;
9. Mihai, Gabriel, *Arbitrajul internaţional şi efectele hotărârilor arbitrale străine*, Editura Universul Juridic, Bucureşti, 2013;
10. Mihai, Gabriel, *Arbitrajul maritim*, Editura C.H. Beck, Bucureşti, 2010;
11. Popescu, T. R., *Dreptul comerţului internaţional*, ediţia a II-a, E.D.P., Bucureşti, 1983;
12. Băcanu, Ion, *Arbitrajul ad-hoc şi arbitrajul instituţionalizat în legislaţia română actuală*, în Dreptul nr. 8/1995;
13. Billiet, Johan, *Revised UNCITRAL Arbitration Rules – New provisions in International Commercial Arbitration*, în Revista Română de Arbitraj, Anul 5/Nr. 4 octombrie-decembrie 2011, volumul 20.

Viciul de consimțământ al erorii în reglementarea Codului civil. Soluţii de practică judiciară europeană asupra erorii de drept

Carmen **TODICĂ***

Abstract: *În studiul de faţă nu ne propunem să facem o prezentare exhaustivă a erorii ca viciu de consimţământ astfel cum sunt reglementate de actual Cod civil, sau într-o manieră de abordare didactică (concept, condiţii, clasificări, efecte) ci doar sa subliniem particularităţile acestor instituţii „tradiţionale" şi elementele de noutate din actuala reglementare dintr-o perspectivă comparativă cu prevederile Codului civil de la 1864.*

Aceasta cu atât mai mult cu cât, Cod Civil nu face decât să reia o serie de dispoziţii din reglementarea anterioară cu privire la eroare, iar elementele de noutate sunt departe de a pune capăt controverselor doctrinare ce au guvernat literatura de specialitate în domeniul viciilor de consimţământ.

Key words: *eroare, deroare de drept, adaptarea contractului, vicii de consimţământ.*

1. Consideraţii introductive

În procesul de formare a acordului de voinţe la încheierea actului juridic (a consimţământului), fiecare parte contractantă analizează avantajele şi dezavantajele încheierii actului juridic consecinţele economice şi juridice al încheierii lui. În măsura în care premisele avute în vedere la încheierea actului juridic sunt fals reprezentate de o parte, ca urmare a reprezentării greşite a realităţii (eroare), a unei erori provocate (dol) sau datorită constrângerii la care a fost supusă de cealaltă parte în vederea încheierii contractului (violenţa) ori ca urmare a disproporţiei vădite între contraprestaţii (leziunea), consimţământul nu mai este liber şi exprimat în cunoştinţă de cauză astfel cum prevede art. 1204 din Codul Civil[1]. În aceste situaţii, consimţământul părţilor este alterat de vicii. Într-o reglementare de principiu, art. 1206 Cod civil precizează „*consimţământul este viciat când este dat prin eroare, surprins prin dol sau smuls prin violenţă. De asemenea, consimţământul este viciat în caz de leziune",* enunţând astfel, viciile de consimţământ.

2. Particularităţii ale reglementării erorii ca viciu de consimţământ în Codul civil

2.1. Reglementarea erorii de drept ca viciu de consimţământ

Cu titlu de noutate, Codul civil admite posibilitatea invocării erorii de drept, ca viciu de consimţământ la încheierea actului juridic. Dacă potrivit Codului civil anterior,

* Conf. univ. dr., Universitatea Titu Maiorescu, Facultatea de drept, avocat asociat Lawyershouse, mediator autorizat.

[1] Legea nr. 287/2009 privind Codul civil, republicată în Monitorul Oficial al României, partea I, nr. 505 din 15 iulie 2011, cu modificările ulterioare.

natura erorii de drept ca viciu de consimţământ şi posibilitatea invocării ei ca motiv de nulitatea a actului juridic civil a constituit obiect de controversă doctrinară[1], în corpusul actualului Cod civil ea îşi găseşte o bine meritată reglementare.

Într-o opinie se considera că eroarea de drept nu putea constitui viciu de consimţământ, deoarece legiuitorul prezumă că legea este cunoscută de toată lumea astfel încât de la data intrării în vigoare a legii nimeni nu poate invoca necunoaşterea ei, conform principiului *nemo censetur ignorare legem*. Într-o opinie majoritară, eroarea de drept constituia viciu de consimţământ, aceasta deoarece în art. 953 din Codul civil de la 1864 „ consimţământul nu este valabil când este dat prin eroare", legiuitorul nu preciza ce fel de eroare era vorba - de fapt sau de drept - şi unde legiuitorul nu distinge, nici interpretul nu o poate face.

Astfel potrivit art. 1.207 alin. (3) „*eroarea de drept este esenţială atunci când priveşte o normă juridică determinantă, potrivit voinţei părţilor, pentru încheierea contractului",* iar în conformitatea cu art. 1.208 alin. (2) „Eroarea de drept nu poate fi invocată în cazul dispoziţiilor legale accesibile şi previzibile". Interpretând per a contrario, dispoziţiile art. 1208 alin. (2), eroarea de drept ca viciu de consimţământ şi motiv de anulare al actului juridic, poate fi invocată numai în contextul unei dispoziţii legală care în esenţa nu este accesibilă şi previzibilă destinatarilor legii.

Într-o atare viziune a legiuitorului, textele menţionate sunt departe de a pune capăt divergentelor de opinie. Astfel, textul de lege al art. 1208 alin. (2) ridică o primă întrebare ce presupune caracterul accesibil şi imprevizibil al dispoziţiei legale, premisă a imposibilităţii de invocare a erorii de drept? Iar răspunsul în doctrină, nu a întârziat să apară, conturându-se opinia potrivit căreia „*referirea la dispoziţiile legale previzibile sugerează că ar putea fi vorba de o eroare de drept şi în cazul în care, după încheierea actului juridic, se adoptă o normă juridică ce ar putea să se aplice, prin derogare de la art. 6 alin. (2) Cod civil*[2]*, şi efectelor viitoare ale actelor juridice în curs de executare"*[3].

Plecând de la practica judiciară în materie comunitară dar şi românească ne situăm pe o poziţie diametral opusă opiniei mai sus menţionată. Astfel, în bogata sa jurisprudenţă, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a subliniat importanţa asigurării accesibilităţii şi previzibilităţii legii, instituind o serie de repere pentru asigurarea şi definirea acestor exigenţe. Astfel, în cauze precum Suday Times contra Regatul Unit al Marii Britanii şi Irlandei de Nord (1979), Rekvenyi contra Ungariei (1999), Damnam împotriva Elveţiei (2005) Curtea Europeană a Drepturilor Omului a subliniat că „în primul rând, legea trebuie să fie în mod adecvat accesibilă", în sensul că „persoanele trebuie să primească o indicaţie adecvată în împrejurările aplicării unei norme legale într-un caz concret.

În al doilea rând, o normă nu poate fi privită ca lege decât după ce este formulată cu o precizie suficientă pentru a da posibilitatea persoanei să îşi adapteze comportamentul".

---

[1] J. Kocsis, *Unele aspecte teoretice şi practice privind eroarea de drept*, în Dreptul nr. 8/1992, p. 39-42; I. Deleanu- Cunoaşterea legii şi eroarea de drept, în Dreptul nr. 7/2004, p. 39.

[2] Potrivit art. 6 alin. (2) din Codul civil "Actele şi faptele juridice încheiate ori, după caz, săvârşite sau produse înainte de intrarea în vigoare a legii noi nu pot genera alte efecte juridice decât cele prevăzute de legea în vigoare la data încheierii sau, după caz, a săvârşirii ori producerii lor."

[3] G. Boroi, C.A. Anghelescu, *Curs de drept civil. Partea generală*, Ed. Hamangiu, 2012, p. 145.

În concluzie, o normă este accesibilă numai atunci când este redată cu suficientă precizie, astfel încât să permită oricărei persoane – care la nevoie poate apela la consultanţă de specialitate - să-şi corecteze conduita”[1].

Exigenţa previzibilităţii este îndeplinită atunci când destinatarul „dispune de informaţii suficiente asupra normelor juridice aplicabile într-un caz dat şi este capabil să prevadă, într-o măsură rezonabilă în circumstanţele cazului, consecinţele pe care o anumită acţiune le ar putea avea”[2].Previzibilitatea nu trebuie să fie însă absolută „în timp ce certitudinea este de dorit, ea poate produce o rigiditate excesivă, iar legea trebuie să fie capabilă să ţină pasul cu circumstanţele aflate în schimbare, astfel încât o normă este previzibilă atunci când oferă o garanţie contra atingerilor arbitrale ale puterii publice.

Din această perspectivă, exigentele de previzibilitate şi accesibilitate se corelează cu principiul încrederii legitime. Potrivit jurisprudenţei Curţii de Justiţie a Comunităţilor Europene[3], principiul încrederii legitime impune ca legislaţia să fie clară şi predictibilă, unitară şi coerentă[4]. Şi în doctrină s-a afirmat în acest sens, că o condiţie care asigură aplicabilitatea normei juridice este suficienta sa definire care vizează asigurarea rigorii atât în planul conceptualizării dreptului, a noţiunilor juridice cât şi în planul redactării actelor normative[5].

În scopul îndeplinirii exigenţelor de previzibilitate şi accesibilitate s-au instituit norme de tehnică legislativă, ce trebuie respectate de legiuitorul român la elaborarea oricărui act normativ. În acest sens, Legea nr. 24/2000 prevede o serie de reguli, respectiv „textul legislativ trebuie să fie formulat clar, fluent şi inteligibil, fără dificultăţi sintactice şi pasaje obscure sau echivoce” [art. 7 alin. (4)].

Cu toate acestea, multe legi sunt în mod inevitabil formulate în termeni care, într-o măsură mai mică sau maia mare sunt vagi, iar interpretarea şi aplicarea lor devine o chestiune de practică. În acest context, lipsa de accesibilitate şi previzibilitate este din ce în ce mai des invocată şi în faţa Curţii Constituţionale, care s-a pronunţat într-o serie de cauze, asupra încălcării acestor exigenţe. Prin Decizia nr.453/2008[6], constatând neconstituţionalitatea Legii pentru modificarea Legii nr. 115/1996 pentru declararea şi controlul averii demnitarilor, magistraţilor, a unor persoane cu funcţii de conducere şi de control şi a funcţionarilor publici,

Curtea a reţinut că modificările propuse de legiuitor sunt imprecise şi inadecvate, întrucât este utilizată expresia „deficienţe nejustificabile”, a cărei sferă de cuprindere nu poate fi determinată. Prin urmare, Curtea a constatat că „în condiţiile în care prin legea criticabilă sunt reglementate măsuri excesive, insuficient elaborate, uneori imposibil de realizat, dar cu efect evident neconstituţional, este necesară înlăturarea acestora”.

La fel, prin Decizia nr. 710/2009[7], Curtea, făcând trimitere în mod expres la jurisprudenţa Curţii Europene a Drepturilor Omului referitoare la cerinţele de accesibilitate şi previzibilitate a normei juridice, a constatat neconstituţionalitatea Legii

---

[1] A se vedea în acest sens, cazul Rotaru împotriva României.

[2] Pentru amănunte cazul Sunday Times împotriva Regatului Unit.

[3] Cauzele Facini Dori vs Recre 1994 şi Foto-Frost vs auptzollant Lubeck.Ost 1987, în Takis Tridimas The General Principles of EU Law, Oxford EC LawLibrarz, p. 244.

[4] T.C. Hartley, „*The foundations of European Community law*”, Oxford University Press, 2007, p. 146.

[5] Jean-Claude Piris, *Union Europeene: comment rediger une legislation de gualite dans 20 lanques et pour 25 etates membres*, în Revue du droit public nr. 2/2005, p. 476. Potrivit autorului, „elaborarea legilor nu este numai o artă, ci este, în egală măsură, o ştiinţă sau mai exact o tehnică”.

[6] Publicată în M. Of. nr. 374 din 16 mai 2008.

[7] Publicată în M. Of. nr. 358 din 28 mai 2009.

pentru modificarea şi completarea Legii nr. 188/1999 privind Statutul funcţionarilor publici reţinând, printre altele: „legea examinată, prin modul deficitar de redactare, nu corespunde exigenţelor de tehnică legislativă specifice normelor juridice".

În al doilea rând nu putem să nu ne întrebăm ce înseamnă normă juridică determinantă potrivit voinţei părţilor pentru încheierea contractului şi dacă eroarea poate fi invocată şi în privinţa unei norme ce guvernează cu certitudine actul juridic încheiat dar care nu a fost avută în vedere de părţi la data încheierii lui. Avem în vedere ca exemplu, normele imperative cuprinse în Legea concurenţei nr. 21/1996[1], republicată, cu modificările ulterioare, care interzic în mod expres practicile anticoncurenţiale între întreprinderi, în special cele cuprinse în art. 5 alin. (1) lit. a) potrivit cărora „Sunt interzise orice înţelegeri între întreprinderi, decizii ale asociaţiilor de întreprinderi şi practici concertate, care au ca obiect sau au ca efect împiedicarea, restrângerea ori denaturarea concurenţei pe piaţa românească sau pe o parte a acesteia, în special cele care: a) stabilesc, direct sau indirect, preţuri de cumpărare ori de vânzare sau orice alte condiţii de tranzacţionare".

Considerăm aceste norme guvernează contractul şi sunt definitorii chiar dacă părţile nu fac trimitere expresă la ele, astfel încât se poate invoca eroarea de drept cu privire la acestea. Totodată, apreciem, faţă de redactarea textului „*eroarea de drept este esenţială atunci când priveşte o normă juridică determinantă,...., pentru încheierea contractului*", că în afara sferei de aplicabilitate a unui contract, eroarea de drept nu poate fi invocată ca viciu de consimţământ.

2.2. Eroarea nescuzabilă

Codul civil introduce o nouă categorie de eroare – eroarea nescuzabilă, imputabilă părţii, în sensul că, astfel cum dispune art. 1208 alin. (1) din Codul civil, „faptul aspra căruia a purtat eroarea putea fi, după împrejurări, cunoscut cu diligenţe rezonabile." În practică, caracterul scuzabil al erorii se apreciază in concreto, de la caz la caz, în raport de experienţa, de pregătirea şi de alte date care privesc exclusiv partea aflată în eroare.

Apreciem că s-ar putea recurge şi la un criteriu abstract în aprecierea caracterului scuzabil sau nescuzabil al erorii, şi anume comportamentul unei persoane cu diligenţă medie, care se poate îngriji de propriile interese, într-o situaţie similară cu partea aflată în eroare. În acest sens, chiar art. 1208 alin.1 Cod civil are în vedere posibilitatea de cunoaştere a faptului asupra căruia a purtat eroare „cu diligenţe rezonabile".

În situaţia în care o parte se află în eroare nescuzabilă, nu se mai justifică aplicarea unei sancţiuni de natură să producă efecte şi asupra cocontractantului, şi anume anularea actului juridic. Dimpotrivă, menţinerea actului juridic într-un asemenea caz este considerată[2] ca o preîntâmpinare a prejudiciului ce ar putea fi cauzat cocontractantului, dacă s-ar anula contractul. În acest sens, art. 1209 Cod civil dispune că „nu atrage anularea contractului eroarea care poartă asupra unui element cu privire la care riscul de eroare a fost asumat de cel care o invocă sau, după împrejurări, trebuia asumat de acesta".

2.3. Distincţia dintre eroare şi dol la încheierea actelor juridice

În conformitate cu art. 1214 alin. (1) din Codul civil, consimţământul la încheierea actelor juridice este viciat prin dol atunci când partea s-a aflat într-o eroare provocată de

[1] Republicată în M. Of. nr. 742 din 16 august 2005.
[2] G. Boroi, C.A. Anghelescu, *op. cit.,* p. 148.

manoperele frauduloase ale celeilalte părţi ori când aceasta din urm a omis, în mod fraudulos, să îl informeze pe cocontractant asupra unor împrejurări pe care se cuvenea să i le dezvăluie. Faţă de reglementarea anterioară [potrivit art. 960 alin. (1) din Codul civil de la 1864, dolul era cauză de nulitate a actului juridic când mijloacele viclene ale unei părţi erau întrebuinţate astfel încât era evident că, fără acele maşinaţiuni, vicleşuguri, cealaltă parte nu ar fi contractat, fiind determinante, esenţiale], în Codul civil actual, contractul poate fi anulat chiar dacă eroarea în care s-a aflat partea al cărei consimţământ a fost viciat prin dol nu a fost esenţială. În acest sens, art. 1214 alin. (2) stabileşte în mod expres „*Partea al cărui consimţământ a fost viciat prin dol poate cere anularea contractului, chiar dacă eroarea în care s-a aflat nu a fost esenţială*", şi prin urmare, nu se mai face distincţia între dolul principal *(dolus malus*) şi dolul secundar (*dolus bonus*) din reglementarea anterioară[1].

Textul menţionat permite anularea actului juridic pentru dol şi atunci când eroarea provocată nu a fost esenţială, ceea ce presupune implicit că, în actuala reglementare, nu se mai cere condiţia ca dolul să fie determinant pentru încheierea actului juridic. Cu alte cuvinte, chiar şi în situaţia în care manoperele frauduloase întrebuinţate de una dintre părţi nu a determinat însăşi încheierea actului juridic, ci numai acceptarea de către cealaltă parte a unor clauze mai puţin favorabile, se va putea invoca nulitatea relativă, singura condiţie a dolului este să provină de la cealaltă parte, de la reprezentantul, prepusul ori gerantul afacerilor celeilalte părţi sau de la un terţ (în acest din urmă caz, numai dacă cealaltă parte a cunoscut sau trebuia să cunoască existenţa dolului). Concluzia se desprinde cu claritate din analiza art. 1214 alin. (3) „contractul este anulabil când dolul provine de la reprezentantul, prepusul ori gerantul afacerilor celeilalte părţi" şi art. 1215 alin. (1) Cod civil „partea care este victima dolului unui terţ nu poate cere anularea decât dacă cealaltă parte a cunoscut sau, după caz, ar fi trebuit să cunoască dolul la încheierea[2] contractului."

2.4. Sancţiunea erorii, ca viciu de consimţământ

Spre deosebire de reglementarea anterioară, în care eroarea obstacol se sancţiona cu nulitatea absolută a actului juridic, iar eroare viciu de consimţământ atrăgea nulitatea relativă, în prezent, eroarea esenţială, în oricare din formele sale (*error in negotium, error in corpore, error in personam, error in susbstantiam*)[3] atrage nulitatea relativă a actului juridic. Astfel, potrivit art. 1207 alin. (1) Cod civil „partea care, la momentul încheierii contractului, se afla într-o eroare esenţială poate cere anularea acestuia, dacă cealaltă parte ştia sau trebuia să ştie că faptul asupra căruia a purtat eroarea este esenţial pentru încheierea contractului.

---

[1] Din formulare art. 960 alin. (1) Cod civil de la 1864, rezulta că dolul trebuia să fie determinat, în sensul că fără intervenţia manoperelor dolosive, victima dolului nu ar fi încheiat contractul. Dacă dolul nu reprezenta cauza determinantă a încheierii contractului, ci urmărea numai ca cealaltă parte să accepte condiţii mai oneroase, dolul era secundar, incident, şi nu conducea la desfiinţarea actului juridic astfel încheiat.

[2] A se vedea M. Eliescu, Răspunderea civilă delictuală, Ed. Academiei R.S.R., Bucureşti, 1972, p. 55.

[3] Potrivit art. 1207 alin. (2) din Codul civil, eroarea este esenţială dacă falsa reprezentare cade asupra naturii sau obiectului actului juridic (*error in negotium*), identităţii fizice a obiectului prestaţiei (*error in corpore*), calităţilor substanţiale ale obiectului prestaţiei ori altei împrejurări considerate esenţiale de către părţi în absenţa căreia actul juridic nu s-ar fi încheiat (*error in substantiam*), asupra identităţii persoanei sau asupra unei calităţi a acesteia în absenţa căreia contractul nu s-ar fi încheiat (*error in personam*).

Textul menţionat nu trebuie interpretat în sensul că eroarea trebuie cunoscută de cocontractant, dimpotrivă dacă acesta cunoaşte că cealaltă parte se află în eroare şi tace, actul juridic astfel încheiat este anulabil pentru dol prin reticenţă şi nu pentru eroare. Textul are în vedere condiţia potrivit căreia cocontractantul trebuie să fie conştient de împrejurările determinante, esenţiale care au fost avute în vedre la încheierea actului.

Actuala reglementare introduce o instituţie nouă, în scopul evitării anulării actului juridic încheiat sub imperiul erorii, şi anume adaptarea contractului, respectiv limitarea sau atenuarea cauzelor de nulitate a contractului, astfel încât acesta să producă efectele avute în vedere de către părţi.

Astfel, potrivit art. 1213 alin. (1) Cod civil, dacă o parte este îndreptăţită să invoce anulabilitatea contractului pentru eroare, dar cealaltă parte declară că doreşte să execute ori execută contractul aşa cum acesta fusese înţeles de partea îndreptăţită să invoce anulabilitatea, contractul se consideră că a fost încheiat aşa cum l-a înţeles partea din urmă. În acest scop, în prealabil, partea îndreptăţită să invoce anulabilitatea contractului trebuie să notifice cocontractantul cu privire la felul în care a înţeles contractul. În cel mult 3 luni de la data la care a fost notificată ori de la data la când i s-a comunicat cererea de chemare în judecată, cocontractantul trebuie să declare că este de acord cu executarea sau trebuie să execute fără întârziere contractul, astfel cum a fost înţeles de partea aflată în eroare. Dacă declaraţia a fost făcută şi comunicată părţii aflate în eroare sau contractul a fost executat în termen mai sus precizat, dreptul de a obţine anularea contractului este stins şi notificarea este lipsită de efecte [art. 1213 alin. (2) şi (3)]. Am putea spune, că în cazul adaptării contractului, Codul civil prevede o situaţie de excepţie de la principiul prescriptibilităţii acţiunii în nulitate relativă a actului juridic în termenul general de 3 ani.[1]

5. Concluzii

Sintetizând, subliniem în câteva idei elementele ce conturează noua abordare a viciilor de consimţământ în actual Cod civil.

- reglementarea ca viciu de consimţământ a erorii de drept. respectiv a erorii asupra existenţei sau conţinutului unei norme juridice,
- sancţiunea aplicabilă pentru toate formele erorii este nulitatea relativă a actului juridic,
- dolul poate determina anularea contractului indiferent de elementul asupra căruia poartă şi indiferent dacă acesta era determinant sau nu pentru încheierea contractului,
- profitarea la încheierea actului juridic de starea de necesitate în care se găsea o parte constituie violenţă,
- domeniul de aplicare al leziunii a fost extins atât asupra minorilor cât şi în privinţa majorilor

Noua abordare a viciilor de consimţământ în actuala reglementare nu este departe de a da naştere divergenţelor de opinii doctrinare. Avem în vedere atât inadvertenţele pe care le-am analizat în cuprinsul acestui studiu, dar şi o dispoziţie legală care ne-a atras atenţia în mod deosebit. Astfel, potrivit art. 1212 Cod civil reglementând invocarea erorii cu bună credinţă, partea care este victima unei erori nu se poate prevala de acesta contrar exigenţelor bunei credinţe. Faţă de reglementarea expresă a sferei de

[1] Potrivit art. 2.517 Cod civil, reglementând termenul general de prescripţie extinctivă, „ termenul de prescripţie este de 3 ani, dacă legea nu prevede alt termen”.

aplicabilitate a textului limitativ în privinţa erorii, ca viciu de consimţământ, ne întrebăm de ce numai invocarea erorii ar trebui făcută cu bună-credinţă?

Refrences

Fl. A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei, Noul Cod Civil. Comentarii pe articole. Art. 1-2226[4], Ed. C.H. Beck, Bucureşti 2012.

A. Hurbean, Viciile de consimţământ, Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2010,

P. Vasilescu, Drept civil. Obligaţii, Ed. Hamangiu, Bucureşti 2012,

L. Pop, Echilibrul contractual şi leziunea în contracte, în Dreptul nr. 11/2008,

A. Tamba, Leziunea în contextul noului Cod civil. Câteva consideraţii, în Studia Universitatis Babeş Bolyai Iurisprudentia nr. 3/2011,

H. Diaconescu, Violenţa – viciu al voinţei juridice şi efectele ei în dreptul civil şi penal cu privire specială la sancţiunea juridică a acesteia, în Dreptul nr. 6/2003,

C. Popa, R. Frageti, Protecţia părţii defavorizate într-un raport contractual, în Codul civil adnotat de experţii caselor de avocatură de top din România, vol. II.

Normele conflictuale privind obligaţiile necontractuale potrivit Regulamentului (CE) nr. 864/2007 (Roma II) în dreptul internaţional privat român

Remus Daniel ***BERLINGHER***[*]

Abstract: *În dreptul internaţional privat român, potrivit dispoziţiilor din Codul Civil Român legea aplicabilă obligaţiilor necontractuale se determină potrivit reglementărilor dreptului Uniunii Europene. Regulamentul (CE) nr. 864/2007 (ROMA II) se aplică obligaţiilor necontractuale în materie civilă şi comercială, în situaţii în care implică un conflict de legi.*

În studiul de faţă am analizat principalele reglementări cuprinse in Regulamentul (CE) nr. 864/2007 (ROMA II) cu privire la: legea aplicabilă obligaţiilor necontractuale care decurg dintr-o faptă ilicită, legea aplicabilă îmbogăţirii fără justă cauză, legea aplicabilă gestiunii de afaceri şi culpa in contrahendo.

Cuvinte cheie: *normă conflictuală, conflict de legi, obligaţii necontractuale, prejudiciu, fapte ilicite*

I. Consideraţii introductive

Faptele juridice[1] sunt acele împrejurări - **acţiuni** omeneşti sau **evenimente** - care, potrivit normelor juridice, atrag după ele sau determină apariţia, modificarea sau stingerea unor raporturi juridice. Este vorba aşadar, numai de acele împrejurări de care normele juridice leagă anumite consecinţe juridice.

În sens larg, faptele juridice se clasifică în:

a.**evenimente juridice**, adică acele fapte generatoare de raporturi juridice care nu depind de voinţa omului, producându-se independent sau relativ independent de aceasta, dar ale căror rezultate produc consecinţe juridice, consecinţe pe care însă norma juridică le prevede în mod expres. În această categorie sunt incluse fenomenele naturale ca de exemplu: naşterea, moartea, accidentele, împlinirea unui termen, calamităţile naturale (inundaţii, trăsnet, incendii, cutremur) ş.a., „evenimente" care devin „fapte juridice" în măsura în care consecinţele lor sunt supuse unor reglementări juridice;

b.**acţiunile omeneşti,** reprezintă manifestări de voinţă ale oamenilor care produc efecte juridice (dau naştere, modifică sau sting raporturi juridice) ca urmare a reglementării lor prin normele de drept.

În sens restrâns, sunt fapte juridice numai evenimentele juridice şi acţiunile omeneşti săvârşite fără intenţia anume de a produce efecte juridice, dar care produc asemenea efecte în temeiul legii. Faptele juridice în sens restrâns, constând în acţiuni omeneşti pot fi, după caz, fie fapte ilicite (faptele intenţionate sau culpabile cauzatoare de prejudicii),

[*] Lector universitar doctor, Universitatea de Vest „Vasile Goldiş" – Arad, Facultatea de Stiinţe Juridice.

[1] A. Sida, D. Berlingher, *Teoria generală a dreptului,* Ed. Cordial Lex, Cluj-Napoca, 2012, p. 280.

fie fapte licite (gestiune de afaceri, plata nedatorată, etc.), ambele categorii antrenând efecte juridice[1].

În dreptul internaţional privat român, potrivit art. 2641 alin. (1) Cod Civil Român legea aplicabilă obligaţiilor necontractuale se determină potrivit reglementărilor dreptului Uniunii Europene, adică potrivit dispoziţiilor Regulamentului (CE) nr. 864/2007 (ROMA II)[2].

II. Domeniul de aplicare al Regulamentului (CE) nr. 864/2007 (Roma II)

Potrivit art. 1 din Regulament, acesta se aplică obligaţiilor necontractuale în materie civilă şi comercială, în situaţii care implică un conflict de legi.

Din această reglementare prevăzută în art. 1 se desprind următoarele aspecte:

a.Regulamentul se aplică obligaţiilor necontractuale;

b.Regulamentul se aplică în materie civilă şi comercială;

c.Regulamentul se aplică în situaţiile în care există un conflict de legi.

a. În ceea ce priveşte primul aspect, noţiunea de "obligaţii necontractuale" este calificată legal, cu privire la unele dintre elementele sale constitutive, în art. 2 al Regulamentului.

Astfel, în sensul prezentului regulament, **"prejudiciu"** reprezintă orice consecinţă a unei fapte ilicite, a îmbogăţirii fără justă cauză, a *negotiorum gestio* (gestiunea de afaceri) sau a *culpa in contrahendo*.

Din analiza art. 2 din Regulament rezultă că în domeniul de aplicare a Regulamentului se includ: obligaţiile rezultate din fapte ilicite şi obligaţiile decurgând din fapte licite.

De asemenea, în alin. (2) al aceluiaşi articol se precizează că prezentul regulament se aplică atât obligaţiilor necontractuale prezente, cât şi obligaţiilor necontractuale care pot surveni în viitor, şi în consecinţă, prejudiciilor care pot surveni în viitor [art. 2, alin. (3), lit. b)].

b. În al doilea rând, Regulamentul se aplică în materie civilă şi comercială, adică în materia dreptului privat. Noţiunea "în materie civilă şi comercială" este calificată legal prin unele prevederi cuprinse în Regulament.

Astfel Regulamentul se aplică pentru determinarea legii care guvernează:

-Faptele civile propriu-zise – există prevederi speciale pentru unele fapte civile, precum daunele aduse mediului[3], încălcarea drepturilor de proprietate intelectuală[4];

-Faptele în materie comercială - există prevederi speciale pentru unele fapte din domeniul comercial, precum răspunderea pentru produse defectuoase[5], concurenţa neloială, actele care îngrădesc libera concurenţă[6];

-Unele obligaţii necontractuale ce derivă din dreptul muncii, şi anume acţiunile sindicale[7].

---

[1] M. Mureşan, P. Vasilescu, J. Kocsis,, M. David, S. Fildan, *Dicţionar de drept civil,* Ed. Cordial Lex, Cluj-Napoca, 2009, p. 321.

[2] Regulamentul (CE) nr. 864/2007 al Parlamentului European şi al Consiliului referitor la legea aplicabilă obligaţiilor extracontractuale (ROMA II) a fost adoptat la 11 iulie 2007 şi a devenit aplicabil începând cu data de 11 ianuarie 2009. Regulamentul a fost publicat în J.O nr. L199 din 31 iulie 2007.

[3] Art. 7 din Regulamentul (CE) nr. 864/2007 (ROMA II).

[4] Art. 8 din Regulamentul (CE) nr. 864/2007 (ROMA II).

[5] Art. 5 din Regulamentul (CE) nr. 864/2007 (ROMA II).

[6] Art. 6 din Regulamentul (CE) nr. 864/2007 (ROMA II).

[7] Art. 9 din Regulamentul (CE) nr. 864/2007 (ROMA II).

Potrivit art. 1 alin. (2) lit. f) din Regulament, acesta nu se aplică în materie civilă obligaţiilor rezultând din daunele nucleare.

De asemenea, în materie comercială, Regulamentul nu se aplică obligaţiilor necontractuale rezultate din cambii, cecuri şi bilete la ordin, precum şi alte instrumente negociabile, în măsura în care obligaţiile care rezultă din astfel de instrumente negociabile decurg din caracterul lor negociabil; obligaţiilor necontractuale care derivă din dreptul societăţilor comerciale şi a altor organisme, constituite sau nu ca persoane juridice, cu privire la aspecte precum constituirea, prin înregistrare sau în alt mod, personalitatea juridică, organizarea internă sau dizolvarea societăţilor comerciale şi a altor organisme, constituite sau nu ca persoane juridice, răspunderea personală a asociaţilor şi membrilor pentru obligaţiile societăţii comerciale sau organismului, precum şi răspunderea personală a cenzorilor faţă de o societate comercială sau faţă de membrii acesteia în efectuarea controalelor legale ale documentelor contabile; obligaţiilor necontractuale care decurg din relaţiile dintre fondatori, membrii consiliului de administraţie şi beneficiarii unui trust creat în mod voluntar [art. 1 alin. (2) lit. c)-e)].

c. În al treilea rând Regulamentul se aplică în situaţiile în care există un conflict de legi. Deşi Regulamentul nu defineşte această noţiune, este evident că reglementarea priveşte numai raporturile juridice de drept internaţional privat[1].

În ceea ce priveşte categoriile de raporturi excluse din domeniul de aplicare al Regulamentului, acestea se referă la:

-Raporturile din domeniul fiscal, vamal sau administrative (raporturi de drept public);

-Răspunderea statului privind acte sau omisiuni efectuate în exercitarea autorităţii statului (*acta iure imperii*)[2] (raporturi de drept internaţional public).

De asemenea, sunt excluse din domeniul de aplicare al Regulamentului următoarele aspecte[3]:

a. obligaţiile necontractuale rezultate din relaţiile de rudenie sau din relaţii care sunt considerate, în conformitate cu legea care le este aplicabilă, ca având efecte comparabile, inclusiv obligaţii de întreţinere;

b. obligaţiile necontractuale care decurg din regimurile matrimoniale, din regimurile patrimoniale ale relaţiilor care sunt considerate, în conformitate cu legea care le este aplicabilă, ca având efecte comparabile cu căsătoria, precum şi obligaţiile necontractuale care decurg din testamente şi succesiune;

c. obligaţiile necontractuale rezultate din cambii, cecuri şi bilete la ordin, precum şi alte instrumente negociabile, în măsura în care obligaţiile care rezultă din astfel de instrumente negociabile decurg din caracterul lor negociabil;

d. obligaţiile necontractuale care derivă din dreptul societăţilor comerciale şi a altor organisme, constituite sau nu ca persoane juridice, cu privire la aspecte precum constituirea, prin înregistrare sau în alt mod, personalitatea juridică, organizarea internă sau dizolvarea societăţilor comerciale şi a altor organisme, constituite sau nu ca persoane juridice, răspunderea personală a asociaţilor şi membrilor pentru obligaţiile societăţii comerciale sau organismului, precum şi răspunderea personală a cenzorilor faţă de o societate comercială sau faţă de membrii acesteia în efectuarea controalelor legale ale documentelor contabile;

---

[1] D. A. Sitaru, *Drept internaţional privat,* Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2013, p. 488-490.

[2] Art. 1 alin. (1) din Regulamentul (CE) nr. 864/2007 (ROMA II).

[3] Art. 1 alin. (2) lit. a)-g) din Regulamentul (CE) nr. 864/2007 (ROMA II).

e. obligaţiile necontractuale care decurg din relaţiile dintre fondatorii, membrii consiliului de administraţie şi beneficiarii unui trust creat în mod voluntar;

f. obligaţiile necontractuale care decurg din producerea daunelor nucleare;

g. obligaţiile necontractuale care decurg din atingeri aduse vieţii private şi ale drepturilor referitoare la personalitate, inclusiv calomnia.

Regulamentul nu se aplică în materie probatorie şi procedurală, cu excepţia aspectelor privitoare la validitatea formală şi sarcina probei (reglementată de art. 21 şi art. 22 din Regulament).

În ceea ce priveşte aplicarea Regulamentului, acesta se aplică în statele membre ale Uniunii Europene cu excepţia Danemarcei.[1]

De asemenea, Regulamentul stabileşte că legea desemnată prin intermediul său se aplică indiferent dacă este sau nu legea unui stat membru.[2] Regulamentul este direct aplicabil, dar la nivel de drept internaţional privat. În aplicarea sa obiectivă, Regulamentul înlocuieşte dispoziţiile de drept intern cu cele de drept internaţional privat.

III. Legea care reglementează obligaţiile necontractuale

În articolul 14 alin. (1) din Regulament se instituie regula potrivit căreia părţile au posibilitatea de a alege, de comun acord, legea care să reglementeze obligaţiile necontractuale născute între ele astfel:

a. printr-un acord încheiat ulterior producerii faptului cauzator de prejudicii; sau

b. în cazul în care toate părţile implicate desfăşoară o activitate comercială, alegerea poate avea loc, de asemenea, printr-un acord liber negociat anterior producerii faptului cauzator de prejudicii.

Din interpretarea textului legal menţionat mai sus rezultă că părţile pot să aleagă de comun acord legea aplicabilă obligaţiilor necontractuale născute între ele, adică să existe un contract în acest sens.

Acest acord de voinţă poate interveni fie ulterior producerii faptului cauzator de prejudicii, caz în care acordul este acceptat indiferent de calitatea părţilor contractante, fie acordul poate fi anterior producerii faptului prejudiciabil, dar în acest caz el trebuie încheiat numai între părţi care desfăşoară toate o activitate comercială şi să fie liber negociat[3].

De asemenea alin. (2) al aceluiaşi articol stipulează că alegerea făcută trebuie să fie explicită sau să reiasă cu un grad rezonabil de certitudine din circumstanţele referitoare la caz şi nu poate aduce atingere drepturilor terţilor.

Dacă în momentul în care are loc faptul cauzator de prejudicii, toate elementele relevante pentru situaţia respectivă, se află în altă ţară decât aceea a cărei lege a fost aleasă ori în unul sau mai multe state membre, alegerea de către părţi a unei legi aplicabile, alta decât cea a unui stat membru, nu poate aduce atingere aplicării dispoziţiilor imperative ale legii acelei ţări sau ale dreptului Uniunii Europene, de la care nu se poate deroga prin acord[4].

---

[1] În Danemarca o instanţă de judecată nu va aplica acest Regulament pentru a stabili legea aplicabilă, în acest domeniu, ci va utiliza propriul sistem de drept.

[2] Art. 3 din Regulamentul (CE) nr. 864/2007 (ROMA II) – aplicarea universală.

[3] D.A. Sitaru, *op. cit.*, p. 528.

[4] I. Macovei, *Drept internaţional privat,* Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2011, p. 225-226.

IV. Legea aplicabilă faptelor ilicite

1. Norma generală[1]

Obligaţiile necontractuale ce decurg dintr-o faptă ilicită sunt supuse potrivit prevederilor din Regulament, legii ţării în care s-a produs prejudiciul, indiferent în ce ţară are loc faptul cauzator de prejudicii şi indiferent de ţara sau ţările în care se manifestă efectele indirecte ale respectivului fapt, cu excepţia dispoziţiilor contrare din cadrul prezentului regulament.

Aplicarea legii locului producerii prejudiciului este susţinută prin mai multe considerente. Motivele invocate se referă la următoarele: justificarea şi măsura acţiunii în răspunderea civilă este dată de prejudiciu; necesitatea ocrotirii victimei implică aplicarea propriei legi, a locului producerii prejudiciului; în stabilirea regimului răspunderii civile, locul prejudiciului prezintă certitudine şi importanţă, ca element determinant al acţiunii; permite corelarea între competenţa jurisdicţională şi cea legislativă, în acţiunile privind răspunderea civilă delictuală[2].

De la această regulă general este admisă şi o excepţie. Astfel, în cazul în care persoana a cărei răspundere este invocată şi persoana care a suferit prejudiciul îşi au reşedinţa obişnuită în aceeaşi ţară în momentul producerii prejudiciului, se aplică legea respectivei ţări, adică legea reşedinţei comune.

În cazul în care reiese clar, din toate circumstanţele referitoare la caz, că fapta ilicită are în mod vădit mai multă legătură cu o altă ţară decât cea menţionată în situaţiile anterioare, se aplică legea acelei alte ţări. O legătură vădit mai strânsă cu o altă ţară se poate întemeia, în special, pe o relaţie pre-existentă între părţi, ca de pildă un contract, care este în strânsă legătură cu respectiva faptă ilicită.

2. Legea aplicabilă răspunderii pentru produse defectuoase

Legea aplicabilă obligaţiilor necontractuale care decurg din prejudicii cauzate de un produs este[3]:

a. legea ţării în care persoana care a suferit prejudiciul şi-a avut reşedinţa obişnuită în momentul producerii prejudiciului, în condiţiile în care produsul a fost comercializat în ţara respectivă; sau, dacă nu este cazul,

b. legea ţării în care s-a achiziţionat produsul, dacă produsul a fost comercializat în ţara respectivă; sau, dacă nu este cazul,

c. legea ţării în care a fost cauzat prejudiciul, dacă produsul a fost comercializat în ţara respectivă.

Din prevederile menţionate mai sus rezultă că aplicarea fiecăreia dintre cele trei legi este condiţionată de întrunirea a două puncte de legătură cumulative:

- un punct de legătură variabil – şi anume persoana care a suferit prejudiciul să-şi fi avut reşedinţa obişnuită în acea ţară în momentul producerii prejudiciului sau să fi achiziţionat produsul în acea ţară în momentul producerii prejudiciului, sau acolo să i se fi cauzat prejudiciul;

- un punct de legătură comun, şi anume ca produsul să fi fost comercializat în ţara respectivă[4].

---

[1] Art. 4 din Regulamentul (CE) nr. 864/2007 (ROMA II).

[2] T.R. Popescu, *Drept internaţional privat,* Ed. Romfel, Bucureşti, p. 232-233.

[3] Art. 5 din Regulamentul (CE) nr. 864/2007 (ROMA II).

[4] D. A. Sitaru, *op. cit.*, p. 502.

Cu toate acestea, legea aplicabilă este legea ţării în care îşi are reşedinţa obişnuită persoana a cărei răspundere este invocată, dacă această persoană nu putea să prevadă, în mod rezonabil, comercializarea produsului respectiv sau a unui produs de acelaşi tip în ţara a cărei legislaţie este aplicabilă în temeiul literei (a), (b) sau (c).

Prin această prevedere Regulamentul instituie în favoarea făptuitorului un mijloc de apărare[1], în cazul în care acesta dovedeşte că, în mod rezonabil, nu putea să prevadă comercializarea produsului în statul unde acest fapt s-a efectuat. Dacă acest mijloc de apărare este acceptat, consecinţa este înlăturarea de la aplicare a tuturor legilor prevăzute la lit. a-c din art. 5 al Regulamentului, şi intrarea în acţiune a legii unde îşi are reşedinţa obişnuită făptuitorul.

În cazul în care reiese clar, din toate circumstanţele referitoare la caz, că fapta ilicită are în mod vădit mai multă legătură cu o altă ţară decât cea menţionată, anterior, se aplică legea celeilalte ţări. O legătură vădit mai strânsă cu o altă ţară se poate baza, în special, pe o relaţie preexistentă între părţi, ca de pildă un contract, care este în strânsă legătură cu respectiva faptă ilicită.

Prin această reglementare legală, Regulamentul instituie teoria "legii proprii a delictului", făcând aplicabilă legea cu care contractul prezintă legături cele mai strânse.

3. Legea aplicabilă concurenţei neloiale şi actelor care îngrădesc libera concurenţă[2]

Legea aplicabilă obligaţiilor necontractuale care decurg dintr-un act de concurenţă neloială este legea ţării în care sunt sau pot fi afectate relaţiile concurenţiale sau interesele colective ale consumatorilor.

Dacă un act de concurenţă neloială afectează exclusiv interesele unui anumit concurent, se aplică dispoziţiile articolului 4 potrivit căruia legea aplicabilă obligaţiilor necontractuale care decurg dintr-o faptă ilicită este legea ţării în care s-a produs prejudiciul, indiferent în ce ţară are loc faptul cauzator de prejudicii şi indiferent de ţara sau ţările în care se manifestă efectele indirecte ale respectivului fapt.

Legea aplicabilă obligaţiilor necontractuale care decurg din restrângerea concurenţei este legea ţării în care piaţa este sau poate fi afectată.

În cazul în care piaţa este sau poate fi afectată în mai multe ţări, reclamantul care solicită despăgubiri în faţa instanţei de la domiciliul pârâtului poate alege de asemenea să îşi întemeieze cererea pe legea instanţei sesizate, cu condiţia ca piaţa din respectivul stat membru să fie printre cele afectate direct şi substanţial de restrângerea concurenţei din care decurge obligaţia necontractuală pe care se întemeiază cererea; în cazul în care reclamantul cheamă în justiţie în faţa acelei instanţe mai mulţi pârâţi, în conformitate cu normele aplicabile privind competenţa, reclamantul îşi poate întemeia cererea numai pe legea respectivei instanţe dacă restrângerea concurenţei pe care se întemeiază acţiunea împotriva fiecăruia dintre pârâţi afectează de asemenea în mod direct şi substanţial piaţa statului membru al instanţei respective.

De la aceste reguli care stabilesc legea aplicabilă nu se poate deroga de printr-un acord încheiat între părţi.

---

[1] Acest mijloc de apărare poartă denumirea de „excepţie de previzibilitate" (foreseeability defence) (A se vedea, P. Huber, M. Illmer, *International Product Liability. A Commentary on Article 5 of the Rome II Regulation,* în YB-PIL, 2007, vol. IX, p. 44-45.

[2] Art. 6 alin. (1)-(4) din Regulamentul (CE) nr. 864/2007 (ROMA II).

4. Legea aplicabilă daunelor aduse mediului[1]

Legea aplicabilă obligaţiilor necontractuale care decurg din prejudicii aduse mediului sau din prejudicii suferite de persoane sau bunuri, ca urmare a unor prejudicii aduse mediului, poate fi cea aleasă de reclamant. Acesta poate fi legea ţării în care s-a produs prejudiciul, sau legea ţării în care a avut loc faptul cauzator de prejudiciu.

Din această reglementare rezultă faptul că în cazul unei obligaţii necontractuale ce rezultă din prejudicii aduse mediului sau prejudicii suferite de persoane sau proprietate este în primul rând guvernată de legea aleasă de către părţi. Norma predefinită prevede că este aplicabilă legea determinată pe baza normei generale privind aplicabilitatea *lex loci damni directi*, dacă victima nu alege să îşi fundamenteze cererea pe legea ţării în care a avut loc evenimentul ce generează prejudiciul (*lex loci actus*). Posibilitatea unei alegeri unilaterale este stabilită în beneficiul persoanei care suferă prejudiciul.

5. Legea aplicabilă în cazul încălcării drepturilor de proprietate intelectuală[2]

Legea aplicabilă obligaţiilor necontractuale care decurg din încălcarea unui drept de proprietate intelectuală este legea ţării pentru care se solicită protecţie.

În cazul obligaţiilor necontractuale care decurg din încălcarea unui drept de proprietate intelectuală unitar la nivelul Uniunii Europene, legea aplicabilă este legea ţării în care s-a produs încălcarea, în orice materie care nu este reglementată de instrumentul Uniunii Europene relevant.

De la legea aplicabilă obligaţiilor necontractuale care decurg din încălcarea unui drept de proprietate intelectuală stabilită în conformitate cu dispoziţiile specificate, nu se poate deroga printr-un acord încheiat între părţi.

6. Legea aplicabilă în cazul prejudiciilor cauzate printr-o acţiune sindicală[3]

Legea aplicabilă obligaţiilor necontractuale ce decurg din răspunderea unei persoane în calitatea sa de lucrător sau angajator, sau din răspunderea organizaţiilor care reprezintă interesele profesionale ale acestora, pentru prejudicii cauzate printr-o acţiune sindicală, în curs de desfăşurare sau terminată, este legea ţării în care va fi sau a fost întreprinsă acţiunea respectivă.

Cu toate acestea, în cazul în care persoana a cărei răspundere este invocată şi persoana care a suferit prejudiciul îşi au reşedinţa obişnuită în aceiaşi ţară în momentul producerii prejudiciului, se aplică legea respectivei ţări.

V. Legea aplicabilă faptelor licite

În preambulul Regulamentului la pct. 29 se precizează că pentru prejudiciile rezultate din acte care nu constituie fapte ilicite, ca de exemplu îmbogăţirea fără justă cauză, gestiune de afaceri şi culpa *in contrahendo*, vor fi instituite norme speciale care să reglementeze aceste situaţii.

Aceste norme speciale sunt prevăzute în art. 10, art. 11 şi art. 12 din Regulament.

---

[1] Art. 7 din Regulamentul (CE) nr. 864/2007 (ROMA II).
[2] Art. 8 din Regulamentul (CE) nr. 864/2007 (ROMA II).
[3] Art. 9 din Regulamentul (CE) nr. 864/2007 (ROMA II).

1. Legea aplicabilă îmbogăţirii fără justă cauză[1]

Dacă o obligaţie necontractuală care decurge din îmbogăţirea fără justă cauză, inclusiv plata nedatorată, se referă la un raport existent între părţi, precum cel rezultat dintr-un contract sau dintr-o faptă ilicită, raport strâns legat de respectiva îmbogăţire fără justă cauză, acesta este reglementat de legea care reglementează raportul vizat.

Pentru această situaţie Regulamentul stabileşte că legea aplicabilă poate fi fie *lex voluntatis*, dacă părţile au ales legea aplicabilă raportului în baza autonomiei de voinţă, fie legea determinată prin localizarea obiectivă a raportului, dacă părţile nu au ales de comun acord legea aplicabilă raportului.

Dacă legea aplicabilă nu poate fi astfel stabilită, iar părţile îşi au reşedinţa obişnuită în aceeaşi ţară în momentul producerii faptului cauzator al îmbogăţirii fără justă cauză, se aplică legea respectivei ţări.

Pentru a se putea aplica legea reşedinţei comune, Regulamentul impune că reşedinţa în aceeaşi ţară trebuie să existe în momentul producerii faptului cauzator al îmbogăţirii fără justă cauză.

Dacă nici potrivit acestei reguli legea aplicabilă nu poate fi stabilită, legea aplicabilă este legea ţării în care s-a produs îmbogăţirea fără justă cauză.

Aplicarea legii locului îmbogăţirii fără justă cauză se justifică prin aceea că, în acest loc, se produce faptul generator al obligaţiei de restituire[2].

În cazul în care reiese clar, din toate circumstanţele referitoare la caz, că obligaţia necontractuală rezultată din îmbogăţirea fără justă cauză are în mod vădit mai multă legătură cu o altă ţară decât cea la care trimit regulile de mai sus, se aplică legea acelei alte ţări.

Această prevedere, care face aplicarea teoriei "legii proprii", este similară celei consacrate în art. 4 alin. (3) din Regulament. Această normă conflictuală acţionează ca o "clauză de salvare", care are rolul de a corecta situaţiile vădit injuste care ar putea să apară prin aplicarea mecanică a oricăreia dintre soluţiile precedente[3].

2. Legea aplicabilă gestiunii de afaceri (negotiorum gestio)[4]

Dacă o obligaţie necontractuală care decurge din gestiunea de afaceri se referă la un raport existent între părţi, cum ar fi cel rezultat dintr-un contract sau dintr-o faptă ilicită, raport strâns legat de respectiva obligaţie necontractuală, obligaţia necontractuală este reglementată de legea care reglementează raportul în cauză.

Pentru această situaţie Regulamentul stabileşte că legea aplicabilă poate fi fie *lex voluntatis*, dacă părţile au ales legea aplicabilă raportului în baza autonomiei de voinţă, fie legea determinată prin localizarea obiectivă a raportului, dacă părţile nu au ales de comun acord legea aplicabilă raportului.

Dacă legea aplicabilă nu poate fi astfel stabilită, iar părţile îşi au reşedinţa obişnuită în aceeaşi ţară în momentul producerii actului sau faptului cauzator de prejudicii, se aplică legea respectivei ţări. Pentru această situaţie, este aplicabilă legea reşedinţei comune.

Dacă legea aplicabilă nu poate fi stabilită nici potrivit acestei reguli, legea aplicabilă este legea ţării în care are loc gestiunea de afaceri. Prin locul gestiunii de afaceri se

---

[1] Art. 10 din Regulamentul (CE) nr. 864/2007 (ROMA II).
[2] S. Clavel, *Droit international privé*, Ed. Dalloz, Paris, 2012, p. 601-602.
[3] D.A. Sitaru, *op. cit.*, p. 521.
[4] Art. 11 din Regulamentul (CE) nr. 864/2007 (ROMA II).

înţelege locul unde s-a produs faptul gestiunii de afaceri, adică unde gerantul efectuează acţiunea care face obiectul gestiunii.

În cazul în care reiese clar, din toate circumstanţele referitoare la caz, că obligaţia necontractuală care decurge din gestiunea de afaceri are în mod vădit mai multă legătură cu o altă ţară decât cea la care trimite regulile mai sus menţionate, se aplică legea acelei alte ţări. Şi această normă conflictuală acţionează ca o "clauză de salvare".

3. Legea aplicabilă culpei in contrahendo[1]

Legea aplicabilă obligaţiilor necontractuale care decurg din înţelegerile la care se ajunge înainte de semnarea unui contract, indiferent dacă respectivul contract a fost efectiv semnat sau nu, este legea aplicabilă contractului în cauză sau legea care ar fi fost aplicabilă contractului dacă acesta ar fi fost încheiat.

Potrivit acestei prevederi din art. 12 alin.1 din regulament *culpa in contrahendo* este supusă *lex contractus*, indiferent dacă aceasta este *lex voluntatis* sau este determinată prin localizare obiectivă.

În alin. (2) al aceluiaşi articol din Regulament se stabileşte o regulă subsidiară. Astfel, dacă legea aplicabilă nu poate fi astfel stabilită, atunci legea aplicabilă este:

a. legea statului în care s-a produs prejudiciul, indiferent în ce ţară are loc faptul cauzator de prejudicii şi indiferent de ţara sau ţările în care se manifestă efectele indirecte ale respectivului fapt, deci pentru această situaţie se aplică *lex loci laesionis,* sau

b. în cazul în care părţile îşi au reşedinţa obişnuită în aceeaşi ţară în momentul producerii faptului cauzator de prejudicii, se aplică legea respectivei ţări, adică se aplică *lex domicilii communis,* sau

c. în cazul în care reiese clar, din toate circumstanţele referitoare la caz, că obligaţia necontractuală rezultată din înţelegerile la care se ajunge înainte de semnarea unui contract are în mod vădit mai multă legătură cu o altă ţară decât cea prevăzută mai sus, se aplică legea acelei alte ţări.

VI. Domeniul legii aplicabile obligaţiilor necontractuale[2]

Legea aplicabilă obligaţiilor necontractuale în temeiul prezentului regulament reglementează în special:

a. temeiul şi întinderea răspunderii, inclusiv identificarea persoanelor care pot răspunde delictual pentru faptele lor;

b. motivele de exonerare de răspundere, de limitare şi de partajare a răspunderii;

c. existenţa, natura şi evaluarea prejudiciului invocat sau a despăgubirilor solicitate;

d. în limitele competenţei conferite instanţei prin codul său de procedură, măsurile asigurătorii pe care le poate adopta o instanţă pentru a preveni sau înceta vătămarea sau prejudiciul sau pentru a asigura acordarea de despăgubiri;

e. posibilitatea sau imposibilitatea transmiterii dreptului de a invoca prejudiciul sau a pretinde despăgubiri, inclusiv prin succesiune;

f. persoanele care au dreptul la despăgubiri pentru prejudicii personale;

g. răspunderea pentru fapta altuia;

---

[1] Art. 12 din Regulamentul (CE) nr. 864/2007 (ROMA II).

[2] Art. 15 din Regulamentul (CE) nr. 864/2007 (ROMA II).

h. modalităţi de stingere a obligaţiilor şi normele care reglementează prescripţia şi decăderea, inclusiv regulile cu privire la începerea, întreruperea şi suspendarea termenelor de prescripţie şi decădere.

VII. Concluzii

În dreptul internaţional privat român, potrivit dispoziţiilor din Codul Civil Român, legea aplicabilă obligaţiilor necontractuale se determină potrivit reglementărilor dreptului Uniunii Europene. Regulamentul (CE) nr. 864/2007 (ROMA II) se aplică obligaţiilor necontractuale în materie civilă şi comercială, în situaţii în care implică un conflict de legi.

În studiul de faţă am analizat principalele reglementări cuprinse in Regulamentul (CE) nr. 864/2007 (ROMA II) cu privire la: legea aplicabilă obligaţiilor necontractuale care decurg dintr-o faptă ilicită, legea aplicabilă îmbogăţirii fără justă cauză, legea aplicabilă gestiunii de afaceri şi culpa in contrahendo.

Spre deosebire de regula clasică *lex loci delicti commissi*, Regulamentul ROMA II instituie ca regulă generală legea locului unde s-a produs prejudiciul (art. 4). Această regulă este de natură să asigure un just echilibru între persoana a cărei răspundere este invocată şi persoana care a suferit un prejudiciu.

În ceea ce priveşte legea aplicabilă obligaţiilor necontractuale care decurg dintr-o faptă ilicită, Regulamentul stabileşte legea aplicabilă pentru răspunderea pentru produse defectuoase, pentru concurenţă neloială, pentru daune aduse mediului, pentru încălcarea drepturilor de proprietate intelectuală, precum şi pentru răspunderea persoanei în calitatea sa de lucrător sau angajator (art. 4-9).

Astfel, dispoziţiile generale cu privire la conflicte nu sunt aplicabile delictelor care, datorită intereselor implicate, impun legături speciale. Una din ele este **răspunderea pentru produse** în care sistemul cascadă prevăzut de articolul 5 cuprinde factori de legătură ce vor fi aplicaţi în următoarea ordine cascadă: ţara în care persoana care a suferit daune avea sau are reşedinţa obişnuită în momentul producerii daunelor, ţara în care produsul a fost achiziţionat şi ţara în care s-au produs daunele, toate relevante numai cu condiţia ca produsul respectiv să fi fost comercializat în aceeaşi ţară. Prioritatea aparţine, totuşi, legii pe care părţile au ales-o, şi în cazul în care nu reuşesc aceasta, legii reşedinţei comune obişnuite a victimei şi a producătorului. Legile aplicabile în baza factorilor de legătură obiectivi (care nu includ autonomia părţile) nu se vor aplica dacă producătorul nu a putut prevedea în mod rezonabil comercializarea produsului sau produsul de acelaşi tip în ţara respectivă. Această "clauză a previziunii" echilibrează riscul dintre producător şi victimă, în vreme ce flexibilitatea este asigurată de posibilitatea de a se baza pe clauza derogatorie specială, identică cu cea generală.

O altă categorie de dispoziţii speciale cuprinse în articolul 6 implică răspunderea necontractuală ce rezultă din concurenţa neloială şi acţionează restricţionând concurenţa liberă, dacă autonomia părţii este exclusă. În situaţia **concurenţei neloiale** este aplicabilă legea ţării în care relaţiile competitive sau interesele colective ale consumatorilor sunt sau este probabil să fie afectate. Aceasta nu acoperă, totuşi, situaţiile în care un act de concurenţă neloială afectează exclusiv interesele unui concurent specific, care intră sub incidenţa normelor generale.

De asemenea şi art. 7 din Regulament cuprinde o dispoziţie de excepţie în ceea ce priveşte legea aplicabilă obligaţiilor necontractuale care decurg din prejudicii aduse

mediului sau din prejudicii suferite de persoane sau bunuri, ca urmare a unor prejudicii aduse mediului.

În ultima parte a studiului am prezentat reglementările ce se aplică pentru situaţiile în care prejudiciul este cauzat de un alt act decât un delict. Astfel, Regulamentul conţine şi reglementări cu privire la dreptul aplicabil obligaţiilor necontractuale care decurg din îmbogăţirea fără justă cauză, din gestiunea de afaceri sau din înţelegerile la care se ajunge înainte de semnarea unui contract *(culpa in contrahendo)* (art. 10-12).

Independent de legea stabilită prin Regulament, părţile au posibilitatea de a alege legea care să reglementeze obligaţiile necontractuale născute între ele printr-un acord încheiat ulterior producerii faptului cauzator de prejudicii, sau, în cazul în care toate părţile implicate desfăşoară o activitate comercială, anterior producerii faptului cauzator de prejudicii (art. 14).

Bibliografie selectivă:

1.T. Azzi, *Atteintes aux droits de propriété intellectuelle et conflits de lois. De l´utilité de l´article 8 du reglement Rome II",* Prop. Intell., no. 33, 2009

2.D. Berlingher, *Drept internaţional privat,* Editura Cordial Lex, Cluj-Napoca, 2012

3.H. Chanteloup, *Les quasi-contrats en droit international privé*, LGDJ, Paris, 2010

4.S. Clavel, *Droit international privé*, Editura Dalloz, Paris, 2012

5.E. Dragomir, *Noul cod civil comentat şi adnotat: Cartea a VII-a: Dispoziţii de drept internaţional privat*, Editura Nomina Lex, Bucureşti, 2012

6.P. Huber, M. Illmer, *International Product Liability. A Commentary on Article 5 of the Rome II Regulation,* în YB-PIL, vol. IX, 2007

7.I. Kunda, C. M. Goncalves, *Ghid Practic privind Dreptul Internaţional Privat European,* Ghid elaborat în cadrul proiectului „Îmbunătăţirea cunoştinţelor membrilor Reţelelor Naţionale Judiciare în materie civilă şi comercială din Statele Membre ale UE în domeniul noilor Regulamente UE", Programul Justiţie Civilă, 2010

8.D. Lupaşcu, D. Ungureanu, *Drept internaţional privat,* Universul Juridic, Bucureşti, 2012

9.I. Macovei, *Drept internaţional privat,* Editura C.H. Beck, Bucureşti, 2011

10.M. Mureşan, P. Vasilescu, J. Kocsis,, M. David, S. Fildan, *Dicţionar de drept civil,* Editura Cordial Lex, Cluj-Napoca, 2009

11.T. R. Popescu, *Drept internaţional privat,* Editura Romfel, Bucureşti

12.A. Sida, D. Berlingher, *Teoria generală a dreptului,* Editura Cordial Lex, Cluj-Napoca, 2012

13.D. A. Sitaru, *Drept internaţional privat,* Editura C.H. Beck, Bucureşti, 2013

14.Memorandumul explicativ al Comisiei privind propunerea de Regulament privind legea aplicabilă obligaţiilor necontractuale (ROMA II), Brussels, 22 iulie 2003 – Com (2003) 427 Final, 2003/0168 (Cod)

15.*Noul Cod civil* şi 9 legi uzuale, ed. a 5-a, Editura Hamangiu, Bucureşti, 2012

16.Regulamentul (CE) nr. 864/2007 al Parlamentului European şi al Consiliului referitor la legea aplicabilă obligaţiilor extracontractuale (ROMA II), a fost publicat în J.O nr. L199 din 31 iulie 2007

Stipulația pentru altul – raporturi juridice existente

Mihaela Cristina ***PAUL****[*]

Abstract: *Sub imperiul reglementării anterioare, excepțiile de la principiul relativității erau împărțite de literatura de specialitate în excepții aparente și excepții reale, neexistând însă un punct de vedere unitar în ceea ce privește includerea anumitor situații în categoria excepțiilor reale sau a celor aparente.*

Noul Cod civil nu numai că reglementează cu caracter general stipulația pentru altul, dar, după ce prevede că,,prin efectul stipulației, beneficiarul dobândește dreptul de a cere direct promitentului executarea prestației" [art. 1284 alin. (2) C.civ.], dispune că, „dacă terțul beneficiar nu acceptă stipulația, dreptul său se consideră a nu fi existat niciodată" [art. 1286 alin. (1) C.civ], ceea ce înseamnă ca nașterea dreptului subiectiv civil direct și definitiv în patrimoniul terțului beneficiar este condiționată de acceptarea acestui drept de către terțul beneficiar, neacceptarea stipulației având caracterul unei condiții rezolutorii.

Cuvinte cheie: *Contract, clauză, stipulant, promitent, terț beneficiar*

Conținutul lucrării

O tradiție juridică a cărei origine se găsește în primele *începuturi* ale dreptului roman declară nule și de nul efect *stipulațiunile în favoarea altuia* sau folosind un termen întrebuințat de doctrina germană modernă, contractele în folosul terților.

În dreptul român acest contract era verbal, era destul de frecvent și de important. Gaius ne spune că era rezervat doar cetățenilor romani. Se pare că forma străveche pe care a avut-o stipulatio ar fi fost *sponsio*. Savigny opiniază că sponsio ar deriva din *nexum*. Opinia a fost ulterior părăsită, iar alți autori au spus că se trage din jurământ care în epoca veche era o formă arhaică de a întări legământul dat prin convenții. S-a mai susținut că stipulatio la origine era religioasă.

Precizăm că *stipulația propriu-zisă* era un contract de *ius gentium.*

Stipulația în vechiul drept roman era orală și *se putea proba și cu martori*. *Ulterior s-a obișnuit să se încheie un înscris probator*. În a doua parte a epocii clasice formele stipulației au fost atenuate, admițându-se încheierea stipulației cu termeni greceşti dacă părțile cunosc limba greacă. O constituție a împăratului Leon (472 d.Hr.) permite ca părțile să folosească și alte cuvinte decât cele solemne cu condiția ca termenii folosiți să exprime voința părților. Nu se mai cere ca răspunsul să aibă loc imediat dupa întrebare și apoi nu se mai cere nici să fie perfect cu întrebarea.

Romanii, la început nu recunoșteau nicio excepție la regula *res inter alios acta* și oricine stipula era ținut să se prezinte în persoană la formarea convenției, nu putea să însărcineze o altă persoană pentru a-l reprezenta. Cu timpul s-a simțit necesitatea creării unor excepții.

[*] Lector Univ. Dr., Universitatea Titu Maiorescu București.

Astfel, s-a admis mai întâi una în favoarea ascendentului care constituie o dotă descendentei sale, căreia i se recunoaşte dreptul de a stipula, ca după soluționarea căsătoriei, soțul să restituie această dotă soției sale sau altei persoane.

A doua excepție a fost creată în favoarea donatorului căruia i se recunoaşte dreptul de a putea impune donatarului obligațiunea de a da lucrul dăruit unei terțe persoane.

Justinian a mai creat o excepție în favoarea lui Decuius căruia i se recunoştea dreptul de a stipula, de a putea contracta în mod valabil în favoarea sa, în sarcina herezilor săi.

A fost dată astfel o definiție a stipulațiunii pentru altul astfel:„contractul în baza căruia părțile contractante convin să procure în mod direct şi imediat unui terțiu un drept sau o liberațiune, fără ca terțiu să fi participat prin vreun act oarecare la contract, nici în momentul formării lui şi nici în urmă.[1]”

După părerea lui Planiol, fiecare dintre aceste trei sisteme cuprinde o parte de adevăr, adevărul total neputând rezulta spune el, decât din contopirea tuturora. Dacă analizăm cu atenție ceea ce se petrece într-o stipulație pentru altul nu putem să nu constatăm, spune acest autor: că, în primul rând luând inițiativa unei stipulațiuni în folosul unui terțiu, stipulantul face fără îndoială, o gestiune de afaceri în interesul terțului, iar în al doilea rând prin acceptarea acestei stipulațiuni de către persoana căreia îi este adresată, stipulantul nu dobândeşte personal, nici măcar temporar niciun fel de drept, împotriva celui ce a acceptat stipulațiunea; în al treilea rând dacă poate fi vorba de o ofertă adresată terțului, acea ofertă emană nu numai de la stipulant ci şi de la acela care a acceptat stipulațiunea şi care se declară gata a efectua prestațiunea în folosul terțului, iar în al patrulea rând, dacă este vreo deosebire între aceste oferte adresate terțului, această deosebire constă în aceea că oferta făcută de către cel ce accepta stipulațiunea este adresată terțului prin mijlocirea stipulantului care a acceptat imediat, în numele terțului, însă în mod provizoriu, adică sub rezerva ratificării din partea acestuia, terțul dobândeşte direct, în persoana sa un drept de creanță împotriva promitentului, fără ca, stipulantul să fi fost lăsat vreo dată, ori cât de puțin timp, titularul lui.

Concluzia ar fi aceea că, stipulația pentru altul, apare ca o combinație juridică perfect valabilă, care se poate foarte bine explica juridicește şi care nu aduce niciun fel de atingere, nici prin principiul relativității efectelor contractelor, nici prin alt text de lege[2].

Sistemul reprezentațiunii şi cel al contractului în favoarea terților au fost confundate multă vreme în dreptul roman, care le proscrie deopotrivă pe amândouă.

Separația între ele a început să se facă abia atunci când dreptul roman a admis excepțiuni distincte, unele privind reprezentațiunea şi altele privind stipulațiunea pentru altul.

Legislația modernă defineşte stipulația pentru altul (contractul în folosul unei terțe persoane) ca fiind *un contract prin care o parte, numită stipulant, dispune ca cealaltă parte, denumită promitent, să dea, să facă sau să nu facă ceva în folosul unei alte persoane, străine de contract, denumită terț beneficiar*[3].

---

[1] Gareis, *Die Vertrage zu Gunsten Dritter,* Wurzburg, 1873, p. 32; Tartufari, *Dei contratti a favore di terzi,* Verona, 1980, p. 307.

[2] Mihai Rărincescu, *Noțiuni de drept civil,* Centrul de multiplicare al Universității Bucureşti, Bucureşti, 1974, p. 32.

[3] Iosif R. Urs, P. Ispas, *Drept civil. Teoria obligațiilor civile,* Ed....., Bucureşti, 2013, p. 65; G. Boroi, *Drept civil. Teoria generală,* Ed. All, Bucureşti, 1997, p. 167; C. Stătescu, C. Bîrsan, *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor,* Ed. All, Bucureşti, 1997, p. 67.

În realitate însă, stipulația pentru altul reprezintă o clauză în contract care, prevede nașterea unui drept direct în patrimoniul unui terț, având ca efect adăugarea, la raportul de obligații născut între stipulant și promitent, unui al doilea raport de obligații, între promitent și terțul beneficiar.

Fiind o clauză în contract, apreciem că denumirea corectă a acestui procedeu juridic este aceea de stipulație pentru altul. Prin efectul stipulației, beneficiarul dobândește dreptul de a cere direct promitentului executarea prestației[1].

Denumirea de contract în favoarea unei terțe persoane ne-ar putea determina să considerăm, în mod eronat, că stipulația pentru altul ar fi întotdeauna un contract de sine stătător din care se naște un singur raport de obligații exclusiv între promitent și terțul beneficiar.

În realitate, contractul respectiv dă naștere, în primul rând, la raporturi între părțile contractante, stipulant și promitent, a căror valabilitate și existență pot fi independente de valabilitatea clauzei prin care s-a stipulat nașterea unui drept direct în favoarea terțului beneficiar[2].

Legislația noastră prevede însă în mod expres aplicații ale sale în diferite materii.

Un prim exemplu de contract în folosul unui terț este donația cu sarcini, când donatorul (stipulant) a prevăzut obligația pentru donatar (promitent) ca acesta din urmă să presteze ceva către o terță persoană străină de contract (terț beneficiar).

Este considerat, de asemenea, o aplicație a stipulației pentru altul și contractul de transport de bunuri, atunci când expeditorul convine cu transportatorul, ca acesta din urmă să predea încărcătura către o terță persoană numită destinatar, și care nu este parte a contractului de transport. Expeditorul ar avea calitatea de stipulant, transportatorul pe aceea de promitent, iar destinatarul, calitatea de terț beneficiar[3].

Atât în ce privește persoanele, cât și în ce privește operațiunea în sine și efectele sale, stipulația pentru altul are o structură proprie[4].

Spre deosebire de dreptul roman, în care stipulația pentru altul era de principiu interzisă, în dreptul modern ea a devenit un contract obișnuit, cu numeroase aplicații practice.

Fiind un contract, stipulația pentru altul va trebui să întrunească toate condițiile generale de validitate ale oricărui contract, cât privește capacitatea părților, voința, obiectul, cauza, iar dacă este cazul și forma acestuia[5].

Pe lângă aceste condiții se cer a fi întrunite și unele condiții specifice stipulației pentru altul:

- Să existe voința de a stipula în folosul unei terțe persoane
- Beneficiarul să fie determinat sau cel puțin determinabil
- Existența stipulației în favoarea unui beneficiar
- Beneficiarul promisiunii trebuie să existe în momentul în care promitentul trebuie să își execute obligația (în caz contrar, stipulația profitând stipulantului, fără a agrava însă sarcina promitentului)

-Acceptarea stipulației de terțul beneficiar (dacă terțul beneficiar nu acceptă stipulația, dreptul său se consideră a nu fi existat niciodată).

---

[1] M. Tăbăraș, *Contracte speciale,* Ed. C.H. Beck, București, 2013, p. 19.
[2] L.Pop, *Drept civil român. Teoria generală a obligațiilor,* Ed. Lumina Lex, București, 1998, p. 111.
[3] I. Albu, *Drept civil. Contractul și răspunderea contractuală,* Ed. Dacia, Cluj -Napoca, 1994, p. 108.
[4] T. Popescu, *Drept civil. Note de curs,* Ed. Hyperion, București, 1991, p. 92.
[5] D. Florescu, *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor,* Ed. Printech, București, 2001, p. 25.

Stipulația pentru altul este o excepție reală de la principiul relativității, pentru că, în temeiul ei terțul beneficiar devine titularul unui drept, deși nu a participat, nici personal, nici prin reprezentant la încheierea contractului în care este conținută stipulația.

Suntem de părere că efectele stipulației pentru altul, care prezintă o deosebită importanță, raportat la această operațiune juridică trebuiau să beneficieze de o reglementare mai amănunțită în noul Cod civil.

Analiza efectelor stipulației trebuie făcută în raport cu calitatea persoanelor între care s-au născut legături juridice, respectiv:

- Raportul juridic dintre stipulant și promitent
- Raportul juridic dintre promitent și terț beneficiar
- Raportul juridic dintre stipulant și terț beneficiar.

Raportul juridic dintre stipulant și promitent

Raporturile dintre părțile cuprinse în contractul principal urmează toate regulile dreptului comun. De regulă, stipulația pentru altul este o clauză într-un asemenea contract.

În cadrul stipulației pentru altul pot lua naștere mai multe categorii de raporturi între stipulant și promitent:

- Raporturi prin care s-au prevăzut drepturile în favoarea stipulantului guvernat de regulile comune ale efectelor contractului între părți.

- Se nasc raporturi prin care s-a stipulat un drept în sarcina promitentului și în beneficiul terței persoane.

În cazul acestor raporturi se pune problema care sunt drepturile și acțiunile pe care le poate avea stipulantul față de promitent, în cazul în care acesta nu își execută prestația asumată în favoarea terțului beneficiar. Stipulantul are la dispoziție toate mijloacele juridice conferite de lege oricărui creditor:

- Stipulantul poate acționa pe promitent în virtutea raporturilor dintre ei pentru a-și executa obligațiile față de terța persoană. Subliniem faptul că executarea trebuie să fie față de terța persoană și nu față de el însuși.

- În caz de neexecutare, stipulantul poate pretinde daune interese, în măsura în care va dovedi producerea, în patrimoniul lui propriu, a unui prejudiciu datorat neexecutării de către promitent a obligației către terț. De exemplu, stipulantul urmărea ca prin mecanismul stipulației pentru altul să-și achite o datorie a sa personală, pe care o avea către terț, astfel încât neîndeplinirea de către promitent a angajamentului luat a putut fi de natură să-l prejudicieze direct pe stipulant însuși, care, în acest fel, nu și-a putut achita datoria și a fost obligat la plată de daune către terț[1]. În cazul în care în contractul încheiat cu promitentul s-a prevăzut o clauză penală, stipulantul va putea să o facă aplicabilă în folosul său propriu, dacă promitentul nu și-a executat obligația către terț.

- Dacă între stipulant și promitent s-a încheiat un contract sinalagmatic, neexecutarea de către promitent a obligației către terțul beneficiar poate îndreptăți pe stipulant să ceară rezoluțiunea sau, după caz, rezilierea contractului, ori să invoce excepția de neexecutare a contractului.

Trebuie reținut faptul că, dreptul născut din contractul în folosul unei terțe persoane aparține terțului beneficiar, și nu stipulantului[2].

---

[1] L. Pop, *Drept civil român. Teoria generală a obligațiilor,* Ed. Lumina Lex, București, 1998, p. 115.

[2] C. Stătescu, C. Bîrsan, *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor,* Ed. All, 1997, p. 69.

Prin ipoteza, s-ar putea imagina şi cazuri în care stipulaţia să fie determinată de relaţii nejuridice, strict personale, dintre stipulant şi promitent, de exemplu dacă promitentul s-ar obliga să plătească o datorie a stipulantului din considerente de prietenie faţă de acesta.

În unele cazuri, nu putem vorbi de raporturi anterioare între stipulant şi promitent, de exemplu în cazul asigurării asupra vieţii făcută de asigurat în folosul moştenitorilor săi[1].

Raportul dintre promitent şi terţ beneficiar

Deşi terţul beneficiar nu este parte în contract, el dobândeşte direct şi nemijlocit dreptul creat în folosul său şi acesta indiferent de orice acceptare din partea sa[2].

În urma analizării acestor raporturi reiese faptul că, drept se naşte direct şi nemijlocit în patrimoniul terţului beneficiar, deşi acesta nu este parte în contract.

Astfel dreptul se naşte direct în patrimoniu, în sensul că nu este necesar acordul terţului beneficiar, dar şi nemijlocit în folosul terţului beneficiar, respectiv nu trece prin patrimoniul stipulantului.

Între promitent şi terţul beneficiar, efectele contractului trebuie analizate ţinând seama de faptul că terţul beneficiar este creditor fără să fi fost parte în contract. Terţul beneficiar devine creditor prin efectul contractului şi are un drept direct şi personal împotriva promitentului, fără ca acest drept să fi figurat în patrimoniul stipulantului[3].

În scopul realizării dreptului sau, terţul beneficiar se poate folosi de toate mijloacele juridice pe care le are la dispoziţie orice creditor – acţiunea oblică, acţiunea pauliană, precum şi de eventualele garanţii speciale, constituite de promitent prin contractul încheiat cu stipulantul, pentru a asigura executarea integrală a obligaţiei, spre exemplu, gajul, ipoteca[4].

Aşadar, terţul va deveni un creditor al promitentului care este ţinut să-şi execute obligaţia faţă de acesta. Consecinţele care reies din acest fapt sunt următoarele:

- Terţul beneficiar nu vine în concurs cu moştenitorii şi creditorii stipulantului, deoarece dreptul nu face parte din patrimoniul său.

- Terţul beneficiar are o acţiune directă împotriva promitentului pentru satisfacerea dreptului sau, deşi nu este parte contractantă.

- Dacă terţul beneficiar decedează înainte de a fi acceptat dreptul care se naşte din contractul încheiat de stipulant şi promitent, atât dreptul, cât şi acţiunile însoţitoare se transmit propriilor succesori.

- În caz de neexecutare a obligaţiei de către promitent, terţul beneficiar poate pretinde daune-interese pentru eventualitatea prejudiciului suferit. El nu va putea solicita rezoluţiunea sau rezilierea contractului dintre stipulant şi promitent, deoarece este terţ faţă de acesta.

Nimeni nu poate fi silit ca, împotriva voinţei sale să beneficieze de un anumit drept. De aici deducem că terţul beneficiar poate accepta, după cum poate şi renunţă la dreptul stipulat în folosul său. Acceptarea acestui drept nu are efect constitutiv, dreptul se dobândeşte nu în virtutea acceptării, ci în virtutea contractului încheiat între stipulant şi promitent.

---

[1] I. Albu, *Contractul și răspunderea contractuală,* Ed. Dacia, 1994, p. 111.
[2] L. Pop, *op. cit.,* p. 117.
[3] T. Popescu, *Drept civil. Note de curs,* Ed. Hyperion, 1991, p. 93.
[4] M.C. Rarincescu, *Curs elementar de drept civil,* vol. II, București, 1974, p. 416.

Acceptarea poate să consolideze un drept dobândit prin acest contract şi va fi producătoare de efecte pe data naşterii dreptului, adică pe dată încheierii contractului amintit. După cum terţul beneficiar poate accepta dreptul, tot astfel poate să renunţe la el.

Raportul dintre stipulant şi terţ beneficiar

Contractul în folosul unui terţ nu creează, prin el însuşi, raporturi între stipulant şi terţul beneficiar[1].

Scopurile urmărite prin stipulaţia în folosul terţului beneficiar pot fi foarte variate, ele fiind exterioare contractului intervenit între stipulant şi promitent. Astfel, este posibil, ca prin stipulaţie, stipulantul să urmărească să facă o liberalitate terţului beneficiar. La fel este posibil ca stipulantul să folosească mecanismul stipulaţiei pentru a-şi achita o datorie anterioară, pe care o avea faţă de terţul beneficiar sau prin acelaşi mecanism, stipulantul poate acorda un împrumut terţului beneficiar.

Natura raporturilor existente între stipulant şi terţul beneficiar va determina şi regimul juridic ce le va fi aplicabil.

Stipulaţia pentru altul poate produce anumite efecte juridice chiar între stipulant şi terţul beneficiar, în funcţie de faptul dacă între ei există sau nu există raporturi juridice născute anterior dintr-un act juridic sau fapt juridic. Astfel, dacă stipulantul este debitor al terţului beneficiar, executarea prestaţiei de către promitent are valoarea unei plăţi care va stinge două obligaţii – obligaţia stipulantului şi obligaţia promitentului faţă de terţul beneficiar, obligaţii care au izvoare diferite.

Alteori, între stipulant şi terţul beneficiar nu există un raport juridic anterior care să justifice stipulaţia pentru altul, când executarea prestaţiei de către promitent constituie o donaţie indirectă făcută de stipulant în favoarea terţului. Într-o astfel de ipoteză, stipulaţia pentru altul trebuie să îndeplinească toate condiţiile de fond pentru validitatea donaţiei, cu excepţia formei autentice.

Înainte de a încheia analiza acestei probleme trebuie să ne referim la posibilitatea de revocare a dreptului născut în favoarea terţului beneficiar. Prin urmare, stipulantul singur sau împreună cu promitentul nu au dreptul de a revoca beneficiul născut în folosul terţului. De la principiul irevocabilităţii stipulaţiei pentru altul pot să existe şi unele excepţii. Acestea sunt cele prevăzute expres de lege sau stabilite de către părţile contractante.

Posibilitatea revocării dreptului născut în favoarea terţului poate fi stabilită printr-o clauză expresă în contractul încheiat între stipulant şi promitent. Dacă a fost prevăzută în contract, revocarea poate avea loc numai până în momentul confirmării dreptului de către terţul beneficiar.

Aşadar, confirmarea dreptului prin consimţământul terţului beneficiar are ca efect consolidarea lui, după confirmare dreptul devine irevocabil, chiar dacă posibilitatea de revocare a fost prevăzută în contract.

Concluzii

Nu credem că, odată stabilite principiile generale ale stipulației pentru altul, doctrina și-a încheiat misiunea. Doctrina și sistemul legislativ trebuie să stabilească limitele în care libertatea de voință poate să se manifeste pentru a produce efecte juridice valabile,

[1] I. Dogaru, P. Drăghici, *Teoria generala a obligațiilor,* Ed. Științifică, București, 1999, p. 139.

să fixeze condițiile pentru validitatea contractului atât între părțile contractante, cât și față de terț, să găsească și să statueze din varietatea cazurilor speciale, reguli generale, care să constituie prototipul stipulației pentru altul, aplicabile în toate ipotezele în care voința părților contractante nu impune derogări.

Reglementarea din noul Cod civil, consacră pentru prima dată o construcție juridică generală a stipulației pentru altul și reprezintă fără a putea combate acest lucru un triumf legislativ care se impunea cu necesitate.

Bibliografie

1. **Albu I.,** *Drept civil. Contractul și răspunderea contractuală,* Ed. Dacia, Cluj-Napoca, 1994

2. **Boroi G.**, *Drept civil. Teoria generală,* Ed. All, București, 1997

3. **Dogaru I., Drăghici P**., Teoria generala a obligațiilor, Editura Științifică, București, 1999

4. **Florescu D**., *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor,* Editura Printech, București, 2001

5. **Gareis**, *Die Vertrage zu Gunsten Dritter,* Wurzburg, 1873

6. **Popescu T.**, *Drept civil. Note de curs,* Editura Hyperion, București, 1991

7. **Pop L.,** *Drept civil roman. Teoria generala a obligațiilor,* Editura Lumina Lex, București, 1998

8. **Rărincescu M**., *Noțiuni de drept civil,* Centrul de multiplicare al Universității București, București, 1974

9. **Rarincescu M.C**, *Curs elementar de drept civil,* vol. II, București, 1974

10. **Stătescu C., Bîrsan** C., *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor,* Editura All, București, 1997

11. **Tartufari**, *Dei contratti a favore di terzi,* Verona, 1980, p. 307

12. **Tabaras M**., *Contracte speciale,* Editura C.H. Beck, Bucuresti, 2013

13. **Urs Iosif R., P. Ispas**, *Drept civil. Teoria obligațiilor civile,* Editura Universității Titu Maiorescu, București, 2013

Răspunderea juridică pentru întreruperea negocierilor în dreptul român. Tendințe de uniformizare în dreptul european și la nivel internațional

Bazil ***OGLINDĂ****

Abstract: *În materia negocierii contractuale, diferențele culturale între diferite sisteme juridice s-au estompat în context european prin reglementarea de la nivelul Principiilor dreptului european al contractului (Principles of european contract law) și a Draft Common Frame of Reference.*

De asemenea, legiuitorul noului Cod civil român prin art. 1183 a adoptat o reglementare modernă a materiei negocierii contractuale, aceasta fiind inspirată atât din Principiile Unidroit, cât și din Principiilor dreptului european al contractului.

Subiectul tratat este unul de maximă actualitate, acesta vizând răspunderea juridică pentru întreruperea negocierilor în contextul în care negocierea este guvernată de principiul libertății, în sensul că o parte este îndreptățită să pună capăt negocierilor oricând, nefiind ținută ă continue acele negocieri care nu corespund scopurilor sale, în principal economice. Problema răspunderii juridice pentru întreruperea negocierilor prezintă subtilități și dificultăți juridice de abordare, cele mai multe din punct de vedere practic.

În acest context, am abordat problema principiilor negocierii în dreptul român, și anume: principiul libertății negocierii și principiul negocierii cu bună-credință. Ulterior, am abordat problema răspunderii contractuale, în sensul că această formă de răspundere juridică, ca orice formă de răspundere juridică civilă presupune întrunirea cumulativă a elementelor: faptă ilicită, culpă, legătură de cauzalitate și prejudiciu. În contextul particular al negocierilor acestea traducându-se în existența unei întreruperi ilicite a negocierilor, aceasta însemnând o întrerupere cu încălcarea obligației de bună-credință în negocieri. În același timp, am enumerat diferitele ipoteze practice în care se poate încălca principiul negocierii cu bună-credință prin prisma obligației de informare pe care o au partenerii contractuali, obligației de consiliere a acestora, obligației de confidențialitate, obligației de onestitate, obligației de loialitate etc.

A doua condiție a răspunderii pentru întreruperea negocierilor vizează existența unui prejudiciu al celuilalt partener contractual. În contextul reglementării române și a reglementărilor europene la care am făcut referire există niște criterii legale pe care legiuitorul le are în vedere în mod exemplificativ și pe care le-am abordat atât prin prisma reglementării cât și prin prisma jurisprudenței străine relevante.

De asemenea, am abordat natura juridică a răspunderii pentru întreruperea negocierilor, iar în final am concluzionat condițiile speciale excepționale și particulare în care în dreptul român și în dreptul european se poate atrage răspunderea juridică a unui partener care întrerupe în mod intempestiv negocierile contractuale și am delimitat categoriile de prejudicii pentru care acesta poate răspunde.

Cuvinte cheie: *dreptul european al contractului; principiile negocierii; răspunderea juridică pentru întreruperea negocierilor; prejudiciu; natura juridică a răspunderii.*

---

* Lector univ. dr., Academia de Studii Economice din Bucureşti.

1. Considerații generale

Atunci când o persoană (subiect de drept) are o nevoie (de natură socială, economică) de a încheia o anumită afacere, încearcă să găsească soluţii spre a-şi satisface nevoia. Încheierea contractelor reprezintă mijlocul cel mai frecvent prin care se realizează afaceri. Din momentul în care şi-a stabilit nevoia, persoana respectivă va fi în căutarea satisfacerii nevoii prin găsirea unui partener contractual adecvat (spre exemplu, de la care să cumpere marfă sau, din contră, dacă este producător de mărfuri, căruia să-i vândă marfa).

Odată născut interesul de a contracta se demarează procedura comercială a găsirii unui partener de afaceri. Premisa discuţiei noastre, care este una juridică, porneşte de la acel moment în care două persoane s-au găsit, în sensul că au cunoştinţă una despre alta şi, în principiu, una despre serviciile celeilalte.

Etapa negocierii reprezintă o etapă facultativă din punct de vedere juridic, la modul general, dacă privim totalitatea contractelor, însă obligatorie ca raţiune economică pentru părţi în anumite contexte. Precizăm că aceasta se poate manifesta prin discuţii preliminare încheierii contractului având drept scop determinarea cât mai completă şi exactă a conţinutului şi efectelor viitorului contract. Scopul negocierilor este ca fiecare participant în această etapă să obţină o poziţie cât mai bună, raportat la dorinţele şi la scopurile pe care şi le-a propus înainte de a intra în negocieri, fără însă să pericliteze încheierea contractului. Negocierea unui contract se manifestă în funcţie de complexitatea acestuia, de la simple discuţii între părţi în cadrul întâlnirilor de afaceri, la corespondenţe comerciale complexe şi, uneori, negocierea se reglementează de către parteneri prin încheierea chiar a unor contracte care au scopul de a micşora riscurile eşecului negocierii. În orice caz, negocierea reprezintă o etapă şi o tehnică importantă ce premerge încheierii contractului.[1]

2. Negocierea contractelor în dreptul românesc şi în dreptul comparat

A. Precizări prealabile

Deși etapa negocierii contractuale nu este reglementată legal de foarte multe legislații în vigoare[2], o putem considera o tendință a reglementărilor moderne în materie contractuală[3], în sensul aplecării asupra acestui moment extrem de relevant din punct de vedere juridic și economic pentru încheierea contractului.

În dreptul român, ca și în alte sisteme de drept, s-a conturat existența anumitor principii care decurg din reglementarea legală a etapei negocierii contractuale: principiul libertății negocierii și principiul bunei-credințe în negociere.

B. Principiul libertăţii negocierilor

Indiferent de destinul etapei negocierilor, aceasta se desfăşoară sub imperiul libertăţii negocierilor, care este consacrat în mod expres de art. 1.183 alin. (1) NCC, care prevede că: „*Părţile au libertatea iniţierii, desfăşurării şi ruperii negocierilor şi nu pot fi ţinute răspunzătoare pentru eşecul acestora*". Libertatea negocierilor nu reprezintă altceva decât un aspect al libertăţii contractuale generale deoarece, conform principiului libertăţii con-

[1] B. Oglindă, *Dreptul afacerilor. Teoria generală a contractului*, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2012, p. 172.

[2] De exemplu, negocierea nu este reglementată de: C. civ. maghiar sau de C. civ. român de la 1864.

[3] Etapa negocierii contractelor este consacrată de sistemele juridice din: Germania, Austria, Grecia, Slovenia, Portugalia, Italia, Bulgaria, Franța, Belgia, Spania etc.

tractuale, în acest moment al încheierii contractului, părţile au dreptul de a-şi alege partenerii de negociere, de a întrerupe discuţiile precontractuale atunci când consideră oportun, de a le relua sau de a-şi exprima refuzul încheierii contractului în urma epuizării negocierilor.[1]

Principiul libertății în negocieri presupune în conținutul acestuia existența mai multor drepturi aflate în patrimoniul partenerului de afaceri: libertatea de a iniția negocierile, libertatea de a da curs unei oferte de negociere, libertatea de a continua negocierile, libertatea de a înceta negocierile, libertatea de a relua negocierile sau libertatea de a negocia în paralel cu mai mulți parteneri de afaceri.[2]

Principul libertății negocierilor a fost îmbrățișat de majoritatea proiectelor europene în materia dreptului contractual. Acesta este reținut de Principiile Unidroit în art. 2.1.15 și de Draft Common Frame of Reference în art. II.-3:301 în aceeași formă în care îl prevede și legiuitorul român, de unde putem concluziona că aceste proiecte internaționale au inspirat legiuitorul român. De asemenea, Codul European al contractelor, elaborat de Academia Privatiștilor Europeni de la Pavia care în art. 6 reglementează obligația de bună-credință în negocierile pre-contractuale, iar în alin.1 consacră principiul libertății contractuale de o manieră ceva mai complexă față de textele amintite anterior[3].

Cu excepția cazurilor în care legea impune încheierea anumitor contracte, o persoană este liberă să înceapă o negociere și să încheie sau nu un contract. Aceasta poate demara negocierile chiar dacă nu este sigură în privința ajungerii la un acord (trebuie să aibă intenția de a contracta, nu convingerea că se va realiza acordul de voință). O persoană poate întrerupe negocierile chiar și fără a-și motiva decizia. Negustorii, în general, trebuie să accepte faptul că le este examinată marfa și primesc întrebări referitoare la preț de la persoane care nu întotdeauna cumpără.[4]

De asemenea, părțile au libertatea de a decide dacă să mai continue negocierile, cum să se desfășoare acestea și pentru cât timp să continue în eforturile lor de a ajunge la o înțelegere.[5]

Faza negocierilor precontractuale se poate concretiza într-un rezultat pozitiv: încheierea propriu-zisă a contractului (realizării acordului de voinţă); un rezultat negativ, care poate consta în oprirea negocierilor prin acordul expres sau tacit al ambelor părţi care consideră că interesele lor economice nu pot fi satisfăcute; sau, tot un rezultat negativ, l-ar putea reprezenta ruperea negocierilor de către una dintre părţi.[6]

C. Principiul bunei-credințe în negocieri

Art. 1.183 alin. (2) NCC prevede că: *„Partea care se angajează într-o negociere este ţinută să respecte exigenţele bunei-credinţe. Părţile nu pot conveni limitarea sau excluderea*

---

[1] Ph. Malaurie, L. Aynes, Ph. Stoffel-Munck, *Drept civil. Obligațiile*, Defrenois, Paris, 2003, p. 229 și urm.

[2] A. Almășan, *Negocierea și încheierea contractelor*, Ed. C.H. Beck, București, 2013, p. 232-233.

[3] *Art. 6 alin. (1) Codul european al Contractelor prevede: „Fiecare parte este liberă să negocieze în scopul încheierii unui contract fără a fi răspunzătoare în vreun fel dacă respectivul contract nu se încheie, cu excepția cazului în care comportamentul său este contrar bunei-credințe”.*

[4] Study Group on a European Civil Code, Research Group on EC Private Law Principles, *Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition*, vol. I, Ed. Sellier, Munich, 2009, p. 268.

[5] UNIDROIT (2004), *Unidroit Principles Commentary*, Roma, p. 59.

[6] B. Oglindă, *op. cit.*, p. 173; L. Pop, i-F. Popa, S.I. Vidu, *Tratat elementar de drept civil. Obligațiile*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 91.

acestei obligaţii". După cum se poate observa, obligaţia de a purta negocierile cu bună-credinţă este reglementată printr-o normă imperativă de ordine publică, ceea ce înseamnă că încheierea unei convenţii prin care părţile ar exclude această obligaţie ar fi nulă absolut.[1]

Mai multe sisteme de drept au dezvoltat reglementări asemănătoare celor cuprinse în acest articol. În Germania, von Jering a fundamentat doctrina *culpei in contrahendo*. Conform acesteia, demararea negocierilor cu privire la încheierea unui contract creează o relaţie juridică specială care impune fiecărei părţi luarea de măsuri de precauţie pentru protejarea intereselor celuilalt. Încălcarea acestei obligaţii atrage răspunderea celui aflat *în culpă*.[2]

Alături de Germania, Austria, Grecia, Slovenia, Portugalia, Italia, Bulgaria şi Spania[3] au preluat doctrina *culpei in contrahendo* şi au transpus-o în legislaţia internă, statuând expres obligaţia de a negocia cu bună-credinţă, ca expresie a datoriei de a acţiona cu grijă faţă de interesele celeilalte părţi.

În alin. (3) al art. 1.183 NCC legiuitorul enumeră enunţiativ (nu limitativ) practicile care ar putea fi considerate contrare bunei-credinţe şi anume: *„Este contrară exigenţelor bunei-credinţe, între altele, conduita părţii care iniţiază sau continuă negocieri fără intenţia de a încheia contractul"*.[4]

Prevederea vizează în mod special profesioniştii care demarând negocieri ştiind că nu se vor concretiza în încheierea unui contract vor fi răspunzători faţă de cealaltă parte, dacă negocierea inutilă i-a provocat costuri celeilalte părţi. Vor fi ţinuţi să răspundă şi cei care continuă o negociere după momentul în care au luat decizia de a nu încheia un contract. De asemenea, o persoană poate fi trasă la răspundere pentru întreruperea negocierilor contrar bunei-credinţe.[5]

Libertatea negocierii nu trebuie să intre în conflict cu principiul bunei-credinţe. Un caz particular de negociere contrară bunei-credinţe (negociere de rea-credinţă) este dat de alin. (3) al art. 1.183 NCC, care are natura unei exemplificări legale, prin urmare, judecătorul nu trebuie să se limiteze la această ipoteză şi să interpreteze creator situaţiile în care o negociere s-a purtat cu rea-credinţă. Credem că un important reper pentru jurisprudenţa care va trebui să determine în concret ce înseamnă încălcarea obligaţiei de bună-credinţă în negocieri l-ar putea reprezenta dispoziţiile art. 6, pct. 3 din Codul European al Contractelor, elaborat de Academia Privatiştilor Europeni de la Pavia (Italia), care prevede: *„Dacă în cursul negocierii părţile au examinat deja elementele esenţiale ale contractului din care se întrevede o eventuală încheiere a acestuia, partea care a indus celeilalte o încredere rezonabilă în încheierea contractului acţionează împotriva bunei-credinţe dacă întrerupe negocierile fără un motiv justificat"*.

Exercitarea cu rea-credinţă a libertăţii de a negocia reprezintă o faptă ilicită în măsură să angajeze răspunderea civilă a persoanei respective.

---

[1] B. Oglindă, *op. cit.*, p. 173.

[2] Kessler, Friedrich and Fine, Edith, "*Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A ComparativeStudy*" (1964).Faculty Scholarship Series.Paper, p. 2724.

[3] L. Díez-Picazo, *Fundamentos del derecho civil patrimonialTomo I. Introducción. Teoría del Contrato*, Editorial Civitas, 2007, p. 274-76.

[4] Art. 1.183 este inspirat până la identitate din art. 2 pct. 1, pct. 15 din Principiile UNIDROIT.

[5] DCFR, p. 247.

3. Răspunderea juridică pentru întreruperea negocierilor. Condițiile răspunderii juridice pentru întreruperea negocierilor

În conformitate cu principiul negocierilor, regula în materie este aceea a nerăspunderii pentru întreruperea unei negocieri începute de către un partener contractual. Totuși, așa cum vom avea ocazia să arătăm, libertatea unui partener contractual de a întrerupe o negociere nu este una absolută. Ori de câte ori vor fi întrunite condițiile răspunderii juridice, pe care le vom arăta în continuare, un partener contractual va răspunde pentru întreruperea negocierii.

A. Fapta ilicită

În această materie, fapta ilicită constă în existența unei întreruperi ilicite a negocierilor.

Codul civil român prevede exemplificativ fapta ilicită săvârșită prin inițierea sau continuarea negocierilor fără intenția de a încheia contractul. Aceeași abordare o întâlnim și în art. 2.1.15 alin. (3) din Principiile Unidroit sau în art. II.-3:301 alin. (4) DCFR. Comentarile oficiale ale Principiilor Unidroit reiterează caracterul exemplificativ al prevederii și enumeră ca alte posibile cauze acelea în care o parte a indus în eroare intenționat sau din neglijență cealaltă parte în ceea ce privește natura sau clazele contractului propus, fie prin prezentarea incorectă a faptelor, fie prin nedezvăluirea unor fapte care trebuia dezvăluite.[1]

După cum se poate observa, în concepția reglementării legale, în conformitate cu care „*partea care începe a negocia fără intenția de a încheia contractul*", legiuitorul în realitate reglementează o prezumție legală absolută care atrage orice întrerupere ulterioară a unui partener contractual care începe negocierile fără intenția de a încheia contractul, o prezumție legală absolută a caracterului ilicit și culpabil al unei astfel de fapte. De asemenea, un aspect interesant al reglementării legale îl reprezintă obiectul probațiunii în caz de litigiu, care nu vizează caracterul ilicit al întreruperii, ci un element anterior întreruperii, și anume, începerea negocierii fără intenția de a încheia contractul.

Redactorii Principiilor Unidroit prezintă cu titlu de exemplu, cazul abuzului de drept ca și comportament contrar bunei credințe și negocierii corecte. Acesta apare atunci când prin demararea negocierilor se urmărește prejudicierea celeilalte părți sau când exercitarea dreptului de a contracta este disproporționată față de rezultatul urmărit inițial.[2]

Așadar, o altă faptă ilicită o reprezintă cazul abuzului de drept ca și comportament contrar bunei credințe și negocierii corecte.[3]

Ipoteze practice în care se poate încălca principiul negocierii cu bună-credință:

În afară de ipotezele analizate mai sus, apreciem că alte exemple de fapte ilicite care pot atrage răspunderea juridică în etapa negocierii constă în încălcarea următoarelor obligații pe care partenerii contractuali le au în această etapă: obligația de informare, obligația de loialitate, obligația de consiliere, obligația de onestitate și obligația de confidențialitate.

---

[1] UNIDROIT (2004), *op. cit.*, p. 60.

[2] *Ibidem*, p. 20.

[3] A se vedea S. Neculaescu, *Ambiguități ale teoriei abuzului de drept*, în „Dreptul" nr. 3/2011, p. 94-103.

a) obligația de informare pe care o au partenerii contractuali,

Deși nu beneficiază de o consacrare legislativă expresă în dreptul intern, obligația de informare se deduce din obligația generală de bună-credință și din teoria generală a viciilor de consimțământ, deoarece neinformarea celeilalte părți asupra unor împrejurări pe care se cuvenea să le dezvăluie duce la reținerea dolului ca viciu de consimțământ, în conformitate cu art. 1.214 C. civ. Obiectul obligației îl constituie obligațiile considerate importante în vederea încheierii contractului.[1]

Draft Common Frame of Reference conține numeroase prevederi menite să instituie obligația precontractuală de informare atât ca regulă generală aplicabilă raporturilor juridice în care cel puțin una dintre părți are calitatea de profesionist (art.II-3.101), cât și obligația de informare a consumatorilor, obligația de informare în cadrul contractelor electronice și al contractelor la distanță.

Încălcarea obligației de informare de către un partener contractual poate atrage răspunderea juridică a acestuia. În această situație, răspunderea nu se confundă cu ipoteza în care ca urmare a încălcării obligației de informare s-a ajuns la încheierea contractului, care fiind anulabil pentru dol, v-a putea la rândul său să dea naștere unei răspunderi juridice, de această dată contractuală, pentru încălcarea obligației de informare.

Pe de altă parte, încălcarea obligației de informare de către un partener contractul, o dată ce a fost conștientizată de către celălalt partener contractual, va constitui o justificare legitimă care va înlătura orice răspundere a partenerului contractual „neinformat" (de bună-credință) pentru întreruperea negocierilor.

b) obligația de loialitate, obligația de consiliere, obligația de onestitate.

Aceste obligații derivă atât din obligația generală de bună-credință, cât și din obligația de informare.

Obligația generale de loialitate în negocieri constă în interzicerea inducerii în eroare a celeilalte părți cu privire la rezultatele negocierii și în obligația de a ține seama „de așteptările legitime ale celeilalte părți, de situația acesteia și de inconvenientele ce pot rezulta din anumite atitudini"[2]. În doctrina franceză[3], a fost definită ca fiind atitudinea morală de absență a dolului a fraudei sau absența intenției răuvoitoare. Părțile contractante trebuie să își manifeste sincer și onest intenția sau scopul urmărit în încheierea contractului fără scopuri ascunse, adică fără a urmări producerea de prejudicii celeilalte părți.[4]

În literatura de specialitate a-a apreciat că se exprimă sub următoarele aspecte: declarațiile negociatorului trebuie să fie sincere, interesele partenerului trebuie să fie respectate, informațiile obținute trebuie să fie folosite exclusiv în scopul încheierii contractului, să nu fie omise informații importante în cursul negocierii.[5]

---

[1] L. Pop, *op. cit.*, p. 93.

[2] M. Floare, *Reaua-credință precontractuală în cazul contractelor negociate, în Noul Cod civil și în dreptul comparat,* în „ Revista Română de Drept Privat" nr. 3/2013.

[3] Y. Picod, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, Thèse Dijon 1987, p. 101.

[4] G. Tița-Nicolescu, *Câteva aspecte de noutate privind principiul bunei-credințe contractuale în Noul Cod civil român*, în „Revista Pandectele Române" nr. 4/2013.

[5] A se vedea: I. Turcu, *Noul cod civil. Legea 287/2011, Cartea V. Despre obligații, art. 1164-1649. Comentarii și explicații*, Ed. C.H. Beck, București, 2011, p. 226-227.

Obligația de consiliere și de onestitate derivă tot din obligația de bună credință, fiind consacrată pe filiera obligației de loialitate și presupune interdicția de a exploata o situație defavorabilă celeilalte părți, chiar mai mult de atât, presupune oferirea de sfaturi care să ducă la încheierea unui contract menit să satisfacă interesele ambelor părți.[1]

c) obligației de confidențialitate,

Obligaţia de confidenţialitate este reglementată *expresis verbis* de art. 1.184 NCC[2]. Informaţiile confidențiale la care se referă textul pot viza: informaţii legate de viitorul contract şi de obiectul său, legate de know-how, de punerea la dispoziţii a unor studii de fezabilitate a unei anumite afaceri în scopul întăririi intenţiei de a încheia un anumit contract, informaţii privind un transfer viitor de tehnologie realizabil prin contractul ce urmează a se încheia etc. [3]

În primul rând trebuie să observăm că dacă obligaţia de bună-credinţă în timpul negocierilor era de ordine publică (părţile nu o puteau înlătura printr-o convenţie care să o limiteze sau să prevadă altceva), în cazul obligaţiei de confidenţialitate, părţile pot deroga, aceasta fiind reglementată printr-o normă supletivă. În ceea ce priveşte modalitatea prin care părţile pot deroga, acestea ar avea două posibilităţi: ori să prevadă în mod expres că divulgarea sau folosirea în interes personal a anumitor informaţii este permisă prin încheierea unui acord precontractual sau, indirect, prin recalificarea informaţiilor transmise pe parcursul negocierilor ca fiind neconfidenţiale.[4]

Ca natură juridică, obligaţia de a păstra confidenţialitatea informaţiilor ni se pare că nu este altceva decât o aplicaţie a obligaţiei generale de bună-credinţă, în negocieri. Fiind doar o aplicaţie a încălcării obligaţiei de bună-credinţă, încălcarea obligaţiei de confidenţialitate conduce la declanşarea răspunderii civile delictuale, la fel ca şi în cazul încălcării obligaţiei de bună-credinţă. Însă, de foarte multe ori, încălcarea obligaţiei de confidenţialitate, mai ales prin folosirea informaţiilor de secret economic în timpul negocierilor, pot fi calificate şi ca acte de concurenţă patologică, element care angrenează răspunderea delictuală în condiţiile legilor speciale.[5]

B. Vinovăția

Noul cod civil unifică și uniformizează terminologia, înlocuind termenii de culpă și greșeală cu termenul generic de „vinovăție" pentru a exprima condiția subiectivă a răspunderii civile. Este necesar ca fapt ilicită care a cauzat un prejudiciu să îi fie imputabilă autorului acestei fapte, deoarece art. 1357 alin. (1) C. civ. prevede că „persoana răspunde numai pentru faptele sale săvârșite cu intenție sau din culpă." [6] De asemenea,deși prin alin. (2) al art. 1357 noul Cod civil extinde sfera răspunderii în plan subiectiv și pentru „cea mai ușoară culpă", cu referire la acea neglijență sau imprudență

---

[1] M. Floare, *loc. cit.*

[2] Și acest text este inspirat din art. 2.116 din Principiile UNIDROIT, care reglementează aceeași obligație de confidențialitate. Art. 1.184 NCC prevede: *„Când o informație confidențială este comunicată de către o parte în cursul negocierilor, cealaltă parte este ținută să nu o divulge și să nu o folosească în interes propriu, indiferent dacă se încheie sau nu contractul. Încălcarea acestei obligații atrage răspunderea părții în culpă"*.

[3] M. Mouseron, *Technique contractuelle*, Ed. Francis Lefebvre, Paris, 1999, nr. 200, p. 99 şi urm.

[4] B. Oglindă, *op. cit.*, p. 175-176.

[5] G. Gheorghiu, M. Niță, *Dreptul concurenței interne și europene*, Ed. Universul Juridic, București, 2011.

[6] L. Pop, i-F. Popa, S.I. Vidu, *op. cit.*, p. 446-447.

pe care nici persoana cea mai lipsită de dibăcie nu ar fi manifestat-o față de propriile interese[1], în materia pe care o analizăm răspunderea are la bază uneori numai intenția, iar întotdeauna cel puțin culpa gravă, prin derogare de la principiile dreptului comun cu privire la răspunderea civilă delictuală.

În opinia noastră, în ipoteza specială de răspundere reglementată de art. 1183 alin. (3) C. civ.[2], în general forma de vinovăție se manifestă sub aspectul intenției.

C. Legătură de cauzalitate

Legătura de cauzalitate între faptă și prejudiciu este o condiție esențială, de natură obiectivă, pentru angajarea răspunderii delictuale, contribuind la identificarea persoanei responsabile de cauzarea prejudiciului. Condiția impune ca între prejudiciul produs şi factorul generator să existe o legătură de la cauză la efect şi să fie identificate acele acțiuni sau inacțiuni care au determinat în mod direct producerea prejudiciului.[3]

Doctrina și jurisprudența română susțin existența unei unități indivizibile între cauza principală și condițiile externe în care fără a produce în mod direct paguba, favorizează totuși producerea efectului prejudiciabil.

Astfel, în materia răspunderii pentru întreruperea negocierilor, cel care cauzează în mod direct prejudiciul (partenerul de negocieri) răspunde solidar cu cel care l-a determinat sau ajutat să cauzeze prejudiciul, sau care cu bună știință a tras foloase din prejudicierea altuia. Această solidaritate pasivă are natură legală și operează în temeiul art. 1369 C. civ.[4]

D. Prejudiciul

Doctrina europeană[5] consideră că prejudiciul suferit poate consta în cheltuieli făcute, activități întreprinse și pierderi din tranzacții încheiate în perspectiva contractului ce urmează a fi încheiat. În unele cazuri, prejudiciul poate rezulta și din pierderea şansei de a obține un avantaj. Cu toate acestea, partea prejudiciată nu poate solicita să fie pusă în situația în care ar fi fost dacă contractul ar fi fost încheiat și executat în mod corespunzător. Întinderea prejudiciului se limitează la pierderile cauzate celeilalte părți, fără a acoperi profitul care ar fi rezultat dacă contractul original ar fi fost încheiat.[6]

Art. 1183 alin. (4) indică anumite criterii de apreciere a prejudiciului reprezentând cheltuielile angajate în vederea negocierilor și pierderea suferită din renunțarea la alte oferte. Aceste două categorie de daune sunt orientative, întrucât textul legal acordă posibilitatea includerii în calculul despăgubirilor a unor daune asemănătoare ca natură.

În ceea ce privește una dintre cele mai interesante probleme de drept din materia răspunderii juridice pentru întreruperea negocierilor o reprezintă potențialitatea prejudiciului prin pierderea unei şanse de a obține un alt contract, situație în care aprecierea despăgubirilor în dreptul român se face în conformitate cu dispozițiile

---

[1] L.R. Boilă, *Comentariul art. 1357*, în *Noul Cod civil.Comentariu pe articole,* de Fl.A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei (coordonatori), Ed. C.H. Beck, București 2012, p. 1417-1418.

[2] Art. 1183 alin. (3) C. civ. se referă la: *„conduita părții care inițiază sau continuă negocieri fără intenția de a încheia contractul”.*

[3] L.R. Boilă, *op. cit.*, p. 1417.

[4] L. Pop, i-F. Popa, S.I. Vidu, *op. cit.*, p. 439.

[5] DCFR, p. 250-252.

[6] UNIDROIT (2004), *op. cit.*, p. 60.

art. 1352 alin. (2) Cod civil[1]. În jurisprudenţă[2], au fost reţinute ca prejudicii suferite: compromiterea reputaţiei având drept consecinţă pierderea şansei de a încheia contracte în viitor, şansa pierdută de a încheia contracte cu un alt partener care a fost refuzată la timpul oportun tocmai datorită acestor negocieri, câştigul nerealizat de pe urma neîncheierii contractului.

În jurisprudenţa franceză[3] s-a pus această problemă interesantă şi importantă pentru materia pe care o analizăm, şi anume, aceea dacă pierderea şansei de a încheia contractul poate da loc la un drept de despăgubire (este vorba de pierderea şansei de a încheia contractul pentru care s-au demarat negocierile, nu de ipoteza reglementată de legiuitorul român şi anume, refuzul altor oferte). Răspunsul jurisprudenţei franceze a fost negativ, în sensul că un astfel de prejudiciu nu este reparabil. În ceea ce ne priveşte, faţă de stadiul legislativ actual din România (situaţie diferită faţă de Franţa), conform căruia se va ţine seama atât de cheltuieli, cât şi de renunţarea la alte oferte, cât şi de orice alte împrejurări asemănătoare, legiuitorul a transferat judecătorului posibilitatea şi dreptul de a aprecia de la caz la caz anumite daune suferite de partea de bună-credinţă pentru partea care a rupt negocierile cu rea-credinţă, sau care nu a avut intenţia serioasă de a începe sau de a continua negocierile trebuie să răspundă.[4]

În ceea ce priveşte problema de drept pusă în jurisprudenţa franceză apreciem că dacă sunt îndeplinite condiţiile şi anume, caracterul cert al prejudiciului şi celelalte condiţii ale răspunderii, nu înlăturăm *de plano* posibilitatea angajării răspunderii pentru un astfel de prejudiciu, însă credem că judecătorul va trebui să aprecieze în concret condiţiile speţei şi particularităţile ei, atât cu privire la autorul prejudiciului, cât şi al victimei ţinând seama inclusiv de elementele relei-credinţe, respectiv ale bunei-credinţe şi ale aşteptărilor legitime ale victimei. Însă, atunci când au existat oferte făcute de terţi pe care victima prejudiciului le-a refuzat, iar aceasta doreşte repararea unor astfel de prejudicii, în sensul că solicită daune la valoarea profitului pe care l-ar fi putut obţine din acele contracte, credem că nu va putea solicita şi daune din valoarea profitului pe care l-ar fi obţinut din contractul care nu s-a mai încheiat din cauza relei-credinţe a celeilalte părţi. Soluţia este bazată pe faptul că cele două ipotetice daune au acelaşi scop şi se suprapun pe acelaşi beneficiu nerealizat patrimonial şi propriu-zis. Astfel, dacă s-ar acorda atât una, cât şi cealaltă s-ar produce o dublă reparare a beneficiului nerealizat de către victimă, ceea ce este inadmisibil. Însă, ori de câte ori nu au existat oferte concrete, iar aşteptările victimei au fost de aşa natură încât să creeze premizele unui prejudiciu reparabil, credem că jurisprudenţa trebuie să dea dovadă de flexibilitate în interpretarea elementelor de fapt şi să acorde şi repararea unui astfel de prejudiciu.[5]

---

[1] Art. 1532. Caracterul cert al prejudiciului: *(2) Prejudiciul ce ar fi cauzat prin pierderea unei șanse de a obține un avantaj poate fi reparat proporțional cu probabilitatea obținerii avantajului, ținând cont de împrejurări și de situația concretă a creditorului.*

[2] I. Turcu, *Noul cod civil, op. cit.*, p. 231.

[3] A se vedea Cass. com, 26 novembre, 2003, bull. civ.IV, nr. 186.

[4] Curtea Supremă a Canadei a decis că „*Obligația generală de bună-credință în formarea contractului nu împiedică ruperea negocierilor, însă impune de a nu le înceta fără justificare, în condițiile în care partenerul și-a manifestat disponibilitatea în sensul încheierii contractului*" – a se vedea Curtea Supremă a Canadei, dec. din 22/12/2005.

[5] B. Oglindă, *op. cit.*, p. 175.

4. Natura juridică a răspunderii

În ceea ce privește natura juridică a răspunderii[1], în ciuda unor mici controverse existente în jurisprudenţă şi doctrină,[2] aceasta este o răspundere civilă delictuală.

Ipoteza susținută de noi a fost recunoscută și de Curtea de Justiție a Uniunii Europene, care într-o decizie din 2002 a statuat că: „Având în vedere circumstanțele din acțiunea principală, obligația de a repara prejudiciul cauzat de întreruperea intempestivă a negocierilor ar putea deriva numai din încălcarea normelor de drept, în special a regulii care impune părților să acționeze cu bună-credință în negocieri în vederea formării unui contract. În aceste circumstanțe, este clar că orice fel de răspundere care poate fi atrasă ca urmare a eșuării negocierilor, nu poate fi o răspundere contractuală. Având în vedere toate cele de mai sus, trebuie să se răspundă la prima întrebare că, în împrejurări precum cele din acțiunea principală, caracterizată prin absența unor obligații asumate în mod liber de către una dintre părți cu ocazia negocierilor unui contract și printr-o posibilă încălcare a normelor de drept, în special regula care impune părților să acționeze cu bună-credință în astfel de negocieri, o acțiune întemeiată pe răspunderea pre-contractuală a inculpatului este o răspundere delictuală sau cvasi-delictuală, în sensul articolului 5 alineatul (3) din Convenția de la Bruxelles."[3]

Totuși, pentru ipoteza în care s-a încheiat un acord de negociere, răspunderea juridică va fi una contractuală, decurgând din convenția care reglementează negocierile.

În doctrină, acordul de negociere a fost definit ca fiind „contractul prin care părţile se angajează să negocieze cu bună-credinţă încheierea unui contract viitor ale cărui elemente nu sunt încă stabilite sau sunt doar parţial conturate"[4]. Acordul de negociere realizează organizarea convenţională a acestora. Din acest contract se nasc raporturi juridice obligaţionale care pot detalia în concret şi pot extinde obligaţiile şi răspunderea părţilor. [5]

Concluzii

Într-o Europă eterogenă din perspectiva materiei pe care am analizat-o, am observat că reglementarea română se înscrie în cele mai moderne tendințe ale reglementării avute în vedere și de Principiile Uidroit, Draft Common Frame of Reference, Codul european al Contractelor.

Problema răspunderii juridice a partenerului de afaceri pentru întreruperea negocierilor contractuale este o problemă de drept delicată a cărei rezolvare este diferită în dreptul comparat.

Pe de altă parte, la întrebarea dacă partenerul de afaceri răspunde pentru întreruperea negocierilor, răspunsul nu poate fi unul tranșat.

Nuanțele răspunsului se găsesc tocmai la confluența celor două mari principii care domină materia negocierilor, și anume: principiul libertății negocierilor și principiul bunei-credințe.

---

[1] A se vedea Curtea Supremă a Canadei, dec. din 08/02/2006.

[2] Cu privire la aceste controverse a se vedea J. N. Mousseron, M. Buibal, D. Mainbuy, *L'avant-contrat*, with the participation of Bureau Fr. Lefebvre et de B. Guéguen, Edition Fr. Lefebvre, Paris, 2001, p. 46-48.

[3] Case C-334/00, disponibil la http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/.

[4] J. Goicovici, *Acordul de principiu*, în Dreptul, nr. 4/2002, p. 47.

[5] B. Oglindă, *op. cit.*, p. 177.

Aparent, principiul libertății negocierilor[1] este în contradicție cu principiul bunei-credințe în negocieri. În realitate, cel de-al doilea principiu (al bunei-credințe) este cel care determină limitele primului principiu.

Întotdeauna încălcarea principiului bunei-credințe (cu îndeplinirea și a celorlalte condiții ale răspunderii) poate reprezenta temeiul declanșării răspunderii juridice a unui anumit partener contractul.

Revenind strict la subiectul lucrării noastre, concluzia ar fi aceea că, în principiu, un partener contractual nu răspunde pentru întreruperea negocierilor.

În al doilea rând, răspunderea juridică pentru întreruperea negocierilor este una de excepție ce poate rezulta din încălcările pe care un partener de negociere le săvârșește prin raportare la principiul bunei-credințe.[2]

Credem că principiile expuse în lucrare, pornind de la reglementarea română și de la tendințele de uniformizare ale dreptului contractual, vor fi un reper pentru jurisprudență în rezolvarea unor probleme practice deosebite care se vor pune în următorii ani, dar și la nivelul Uniunii Europene, care ar putea adopta un regulament sau o directivă în acest sens.

Bibliografie

1.Almășan A., *Negocierea și încheierea contractelor*, Editura C.H. Beck, București, 2013.

2.Boilă L.R., *Comentariul art. 1357*, în *Noul Cod civil.Comentariu pe articole,* de Fl.A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei (coordonatori), Editura C.H. Beck, București 2012.

3. Díez-Picazo L., *Fundamentos del derecho civil patrimonialTomo I. Introducción. Teoría del Contrato*, Editorial Civitas, 2007.

4.Floare M., *Reaua-credință precontractuală în cazul contractelor negociate, în Noul Cod civil și în dreptul comparat,* în „ Revista Română de Drept Privat" nr. 3/2013.

5.Friedrich K. & Edith F., "*Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A ComparativeStudy*", Faculty Scholarship Series.Paper, 1964.

6.Gheorghiu G., M. Niță, *Dreptul concurenței interne și europene*, Ed. Universul Juridic, București, 2011.

7.Goicovici J., *Acordul de principiu*, în Dreptul, nr. 4/2002.

8.Malaurie Ph., Aynes L., Stoffel-Munck Ph., *Drept civil. Obligațiile*, Defrenois, Paris, 2003.

9.Mouseron M., *Technique contractuelle*, Ed. Francis Lefebvre, Paris, 1999.

10.Mousseron J.N., Buibal M., Mainbuy D., *L'avant-contrat*, with the participation of Bureau Fr. Lefebvre et de B. Guéguen, Edition Fr. Lefebvre, Paris, 2001.

11.Neculaescu S., *Ambiguități ale teoriei abuzului de drept*, în „Dreptul" nr. 3/2011.

12.Oglindă B., *Dreptul afacerilor. Teoria generală a contractului*, Editura Universul Juridic, București, 2012.

13.Picod Y., *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, Thèse Dijon 1987.

14.Pop L., Popa I-F., Vidu S.I., *Tratat elementar de drept civil. Obligațiile*, Editura Universul Juridic, București, 2012.

[1] În conformitate cu acesta, partenerul contractual este liber să înceapă, să continue, să întrerupă, să reia și chiar să negocieze în paralel cu mai multe persoane.

[2] Art. 1183 alin. (3) și (4) C. civ. român, art. art. 2.1.15 Principiile Unidroit, art. II.-3:301 Draft Common Frame of Reference, art. 6 Codul European al Contractelor.

15.Study Group on a European Civil Code, Research Group on EC Private Law Principles, *Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition*, vol. I, Editura Sellier, Munich, 2009, p. 268.

16.Tiţa-Nicolescu G., *Câteva aspecte de noutate privind principiul bunei-credinţe contractuale în Noul Cod civil român*, în „Revista Pandectele Române" nr. 4/2013.

17.Turcu. I., *Noul cod civil. Legea 287/2011, Cartea V. Despre obligații, art. 1164-1649. Comentarii și explicații*, Editura C.H. Beck, Bucureşti, 2011.

18.UNIDROIT (2004), *Unidroit Principles Commentary*, Roma, 2004.

Comparaţie între fiducie şi administrarea bunurilor altuia

Alexandru Mihnea ***ANGHENI****

Abstract: *Interferenţa instituţiei fiduciei cu instituţia administrării bunurilor altuia este evidentă, deoarece din conţinutul art.773 C.civil este limpede faptul că fiduciarul primeşte drepturi patrimoniale care alcătuiesc o masă patrimonială autonomă, distinctă de celelalte drepturi şi obligaţii din patrimoniul acestora, drepturi care le administrează, administrare care, potrivit art. 795 C.civil poate fi simplă sau, potrivit art.800 C.civil, administrarea poate fi deplină. Aşadar, prima remarcă importantă, este aceea că, dispoziţiile Titlului IV din Cartea a III-a C.civil se completează cu cele din Titlul V al aceleiaşi Cărţi privind Administrarea bunurilor altuia. În raporturile dintre cele două instituţii (fiducia şi administrarea bunurilor altuia) în privinţa operaţiunilor de administrare, instituţia administrării bunurilor altuia reprezintă cadrul juridic general (dreptul comun) în timp ce fiducia reprezintă o aplicaţie specială a administrării bunurilor altuia, cu particularităţile specifice care rezultă din calitatea părţilor contractante, controlul asupra administratorului (de exemplu, fiduciarul dă socoteală constituitorului cu privire la îndeplinirea obligaţiilor sale, condiţiile în care fiduciarul, potrivit contractului, trebuie să dea socoteală beneficiarului şi reprezentantului constituitorului etc.).*

Aşa cum s-a subliniat în doctrină[1], părţile contractante vor stabili în conţinutul contractului de fiducie, limitele administrării, cine exercită controlul titlurilor din masa patrimonială fiduciară şi faţă de cine răspunde fiduciarul, cu prioritate.

Pentru aceste aspecte este important de evidenţiat faptul că reglementarea patrimoniului de afectaţiune în Noul Cod civil este bine venită, fiind corespunzătoare nevoilor de explicare a instituţiei fiduciei şi a administrării bunurilor altuia.

Cuvinte cheie: *fiducie, administrare, bunuri, trust, autentic, constituitor, fiduciar*

1. Aspecte generale privind fiducia

Legea nr. 287/2009 privind Codul civil, în Cartea a III-a, Titlul IV, art. 773-791 introduce o nouă instituţie juridică denumită fiducia.

Prin noul Cod civil, se realizează o apropiere a tradiţiilor dreptului continental de instituţii juridice specifice dreptului anglo-saxon, ceea ce va oferi posibilitatea unor raporturi juridice mai flexibile, mai adaptate dinamicii vieţii afacerilor. Fiducia, concept, cu o aplicare foarte largă în sistemul de drept anglo-saxon, este un exemplu de instituţie prevăzută pentru prima dată în dreptul nostru, în formularea adaptată după Codul civil Quebec şi cel francez, cu anumite modificări operate de redactorii codului nostru.

Fiducia (încredere) îşi găseşte *originile* în dreptul roman. Pentru a se institui fiducia, erau necesare 2 elemente. În primul rând, *datio* care presupunea transferul proprietăţii,

* Doctorand, Facultatea de Drept, Universitatea Titu Maiorescu.

[1] *C.R. Tripon,* Fiducia, rezultat al interferentei celor două mari sisteme de drept: dreptul civil continental şi dreptul anglo-saxon. Conceptul, clasificarea, evoluţia şi condiţiile de validitate ale fiduciei, Revista Româna de Drept Privat, nr. 2/2010, p.189

caracterizat în special prin *traditio*, remiterea materială a bunului. Acest transfer putea îmbrăca două forme, fie pronunţarea unei formule rituale în faţa magistratului (*in jure cessio*), fie un ritual în prezenţa a 5 martori. Al doilea element era reprezentat de un înscris, denumit pact. Caracterul obligatoriu al formei scrise a fost păstrat de-a lungul timpului, însă celălalt element, *datio*, şi-a pierdut aplicabilitatea. În dreptul roman, fiducia era de 2 feluri, *fiducia cum amico* şi *fiducia cum creditore*[1].

Având în vedere apropierea fiduciei de instituţia trust-ului din dreptul anglo-saxon, considerăm utilă prezentarea definiţiei acestuia. Astfel, într-o definiţie a jurisprudenţei americane, trust-ul este *„o entitate juridică creată de un constituitor (settlor) pentru beneficiul unor beneficiari desemnaţi (designated beneficiares) în baza legilor statului şi a unui instrument fiduciar valabil. Fiduciarul (trustee) are obligaţia fiduciară (fiduciary duty) de a administra activele şi veniturile ce fac obiectul fiduciei pentru folosul tuturor beneficiarilor*[2].

2. Definiţia fiduciei în lumina noului Cod civil român

În conformitate cu art. 773 din noul Cod civil, *fiducia este operaţiunea juridică prin care unul sau mai mulţi constituitori transferă drepturi reale, drepturi de creanţă, garanţii ori alte drepturi patrimoniale sau un ansamblu de asemenea drepturi, prezente ori viitoare, către unul sau mai mulţi fiduciari care le exercită cu un scop determinat, în folosul unuia sau mai multor beneficiari. Aceste drepturi alcătuiesc o masă patrimonială autonomă, distinctă de celelalte drepturi şi obligaţii din patrimoniile fiduciarilor.*

Operaţiunea juridică intitulată „fiducia" poate să aibă ca izvor, legea sau contractul încheiat în formă autentică (art. 774 C.civil).

Analizând dispoziţiile cuprinse în art. 773-791 C.civil, texte care, reprezintă sediul legal general al materiei, constatăm că, deşi legiuitorul precizează în art. 774 că fiducia „este stabilită prin lege sau prin contract", majoritatea normelor vizează cadrul contractual al fiduciei.

3. Caracterele juridice ale contractului de fiducia

Fiducia este un contract **special, sinalagmatic, autentic, *inter vivos*, o *operaţiune juridică complexă*** care presupune un **transfer de drepturi, un mandat, precum şi administrarea unui patrimoniu de afectaţiune** în folosul unuia sau mai multor beneficiari.

Cu referire la **caracterul translativ de proprietate** al contractului de fiducie, considerăm că ar fi necesare o serie de clarificări ale sensului termenului de „***transfer***" utilizat în definiţie; astfel, pe de o parte, art. 31 alin. (3) defineşte *patrimoniile de afectaţiune, acestea fiind masele patrimoniale fiduciare, constituite potrivit dispoziţiilor titlului IV al cărţii a III-a din Codul civil, cele afectate exercitării unei profesii autorizate, precum şi alte patrimonii determinate potrivit legii*. Pe de altă parte, art. 32 stabileşte faptul că, *în caz de diviziune sau afectaţiune, transferul drepturilor şi obligaţiilor **dintr-o masă patrimonială în alta, în cadrul aceluiaşi patrimoniu**, se face cu respectarea condiţiilor prevăzute de lege şi fără a prejudicia drepturile creditorilor asupra fiecărei mase patrimoniale şi că, în toate cazurile prevăzute la alin. (1),*

[1] *Alain Berdah*, La fiducie, http://www.lafiducie.fr, p. 3-5.
[2] *C.R. Tripon*, *op. cit.*, p. 168.

transferul *drepturilor şi obligaţiilor dintr-o masă patrimonială în alta* ***nu constituie o înstrăinare***.

Într-o opinie[1], legiuitorul a avut în vedere posibilitatea ca transferul masei patrimoniale să aibă loc între două persoane diferite, care au calitatea de constituitor şi fiduciar, cât şi în cadrul unui singur patrimoniu al unei unice persoane care are dubla calitate de constituitor şi fiduciar. Astfel, prima operaţiune poate fi atât o înstrăinare, constituitorul şi fiduciarul fiind două persoane diferite cu patrimonii diferite, a doua situaţie, vizând o diviziune sau afectaţiune intrapatrimonială.

În ceea ce priveşte **caracterul oneros sau gratuit** al contractului, din exprimarea articolului 784 rezultă că **acesta este, de regulă, un contract cu titlu oneros**. Cu toate acestea, alineatul (2) face trimitere la regulile care cârmuiesc administrarea bunurilor altuia potrivit cărora, ***cu excepţia cazului în care, potrivit legii, actului constitutiv sau înţelegerii ulterioare a părţilor ori împrejurărilor concrete, administrarea se realizează cu titlu gratuit****, administratorul are dreptul la o remuneraţie stabilită prin actul constitutiv sau prin înţelegerea ulterioară a părţilor, prin lege ori, în lipsă, prin hotărâre judecătorească. În acest ultim caz, se va ţine seama de uzanţe şi, în lipsa unui asemenea criteriu, de valoarea serviciilor prestate de administrator;*

Fiducia reprezintă o **operaţiune juridică ce implică cele 2 părţi**, respectiv constituitorul şi fiduciarul; **beneficiarul care nu este parte** în contractul de fiducie, în privinţa sa, funcţionând instituţia stipulaţiei pentru altul[2;]

Aşa cum rezultă şi din opiniile deja exprimate în doctrina de specialitate „împrejurarea că beneficiarul nu este parte contractantă în fiducie rezultă şi din prevederea art. 780 din Noul Cod civil, care permite desemnarea beneficiarului fiduciei ulterior încheierii contractului”[3]

Drepturile transmise în patrimoniul fiduciarului reprezintă o **masă patrimonială autonomă**, distinctă de celelalte drepturi şi obligaţii din patrimoniile fiduciarilor. Prin urmare, nu există concurs între creditorii fiduciari şi ceilalţi creditori ai fiduciarului;

Fiducia poate fi constituită numai în favoarea unui beneficiar şi afectată unui **scop bine determinat;**

De asemenea, în privinţa duratei contractului de fiducie, este important de subliniat faptul că, acesta se poate constitui pe o perioadă de **maximum 33 ani;**

Totodată, trebuie menţionat faptul că, este lovit de **nulitate absolută contractul, dacă prin el se realizează o liberalitate indirectă în folosul beneficiarului**.

4. Părţile contractului de fiducie: constituitorul şi fiduciarul. Beneficiarul nu este parte în contractul de fiducie. Capacitatea.

Constituitorul poate fi **orice persoană fizică sau juridică**. Atât în cazul constituitorului persoană fizică, cât şi în cazul constituitorului persoană juridică, dat fiind faptul că prin intermediul contractului de fiducie se realizează acte de dispoziţie, acestea trebuie să se bucure de **capacitate deplină de exerciţiu**.

În absenţa unei stipulaţii contrare, constituitorul poate, în orice moment, să desemneze un terţ care să îi reprezinte interesele în executarea contractului şi care să îi exercite drepturile născute din contractul de fiducie.

---

[1] *C.R. Tripon*, *op. cit.*, p. 187.
[2] *Alain Berdah, op. cit.,* p. 47.
[3] *V. Nemeş,* Contractul de fiducie conform Noului Cod civil, Curierul Judiciar nr. 10/2011, p. 518.

Fiduciarul. În conformitate cu art. 777 alin. (2) şi (3), *pot avea calitatea de fiduciari numai instituţiile de credit, societăţile de investiţii şi de administrare a investiţiilor, societăţile de servicii de investiţii financiare, societăţile de asigurare şi de reasigurare legal înfiinţate, precum şi notarii publici şi avocaţii*[1]*, indiferent de forma de exercitare a profesiei.*

Din exprimarea legii, înţelegem că **enumerarea de la art. 777 este limitativă**, intenţia legiuitorului fiind de protecţie a drepturilor constituitorului şi beneficiarului.

În ceea ce priveşte **capacitatea fiduciarului**, dacă acesta este o **persoană fizică**, trebuie să aibă **capacitatea de exerciţiu deplină**, dat fiind faptul că acesta are calitatea administrator.

În situaţia în care **fiduciar este o persoană juridică**, există trei posibilităţi: a) beneficiarul este fiduciar, b) beneficiarul este constituitor şi c) beneficiarul este terţ (art. 777). Doctrina de specialitate opinează că, dacă **beneficiarul are calitatea de fiduciar, este suficientă existenţa capacităţii restrânse de exerciţiu** (până la numirea organelor de administrare) şi, prin urmare, poate încheia acte juridice de conservare, de administrare sau chiar de dispoziţie, pe propriul risc. Până la data constituirii organelor de administrare, exercitarea şi îndeplinirea obligaţiilor care privesc persoana juridică se fac de către fondatori ori de către persoanele fizice sau juridice desemnate în acest scop [art. 210 alin. (1)][2].

Dacă beneficiarul este constituitor sau terţ, atunci fiduciarul trebuie să aibă **capacitatea deplină de exerciţiu.**

O altă problemă care ar trebui clarificată este cea referitoare la posibilitatea *cumulului calităţii de constituitor şi fiduciar****. Dacă în privinţa beneficiarului, legiuitorul prevede posibilitatea cumulului de calităţi, acest lucru nu este prevăzut pentru fiduciar. De fapt, legea nici nu permite, nici nu interzice şi conform adagiului "ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus" ar trebui să ajungem la concluzia că este posibil cumulul între calitatea de fiduciar şi constituitor.***

Beneficiarul contractului de fiducie poate fi **orice persoană fizică sau juridică**, putând fi atât terţ, cât şi constituitor sau fiduciar (art. 777). El nu este parte în contractul de fiducie. De asemenea, beneficiatul trebuie să fie determinat sau cel puţin determinabil, art. 779 lit. e) *prevăzând, sub sancţiunea nulităţii absolute, identitatea beneficiarului sau a beneficiarilor ori cel puţin regulile care permit determinarea acestora.*

Din interpretarea *per a contrario* a art. 41 şi 42 C.civil, referitoare la capacitatea de exerciţiu restrânsă şi la regimul unor acte ale minorului, coroborate cu art. 789 C.civil, cu privire la denunţarea, modificarea şi revocarea contractului de fiducie, rezultă că beneficiarul trebuie să aibă **capacitate deplină de exerciţiu**, dat fiind faptul că, atât acceptarea fiduciei, cât şi renunţarea la ea, reprezintă acte de dispoziţie.

---

[1] Dispoziţii referitoare la fiducie s-au regăsit şi în Legea nr. 51/1995 privind organizarea şi funcţionarea profesiei de avocat la art. 3, alin. (1) lit. g) în conformitate cu care, *activitatea avocatului se realizează prin* ***activităţi fiduciare*** *constând în primirea în depozit, în numele şi pe seama clientului, de fonduri financiare şi bunuri, rezultate din valorificarea sau executarea de titluri executorii, după încheierea procedurii succesorale sau a lichidării, precum şi plasarea şi valorificarea acestora, în numele şi pe seama clientului, activităţi de administrare a fondurilor sau a valorilor în care acestea au fost plasate*.

[2] *C.R. Tripon*, *op. cit.*, p. 183.

5. Condiţiile de validitate ale contractului de fiducie

În conformitate cu art. art. 774, fiducia este stabilită prin lege sau prin **contract încheiat în formă autentică**. Fiducia trebuie să fie **expresă.** Forma autentică este cerută *ad validitatem*, ceea ce înseamnă că, nerespectarea acestei cerinţe atrage sancţiunea nulităţii absolute a contractului.

Pe lângă cerinţa cu privire la formă, Codul civil stabileşte alte două cerinţe suplimentare şi anume: **obligativitatea înregistrării fiscale** a contractului de fiducie şi **publicitatea** fiduciei.

Astfel, art. 780 prevede că, sub **sancţiunea nulităţii absolute, contractul de fiducie şi modificările sale trebuie să fie înregistrate** la cererea fiduciarului, în termen de o lună de la data încheierii acestora, la organul fiscal competent să administreze sumele datorate de fiduciar bugetului general consolidat al statului. În situaţia în care masa patrimonială fiduciară cuprinde drepturi reale imobiliare, acestea sunt înregistrate, în condiţiile prevăzute de lege, sub aceeaşi sancţiune, la compartimentul de specialitate al autorităţii administraţiei publice locale competent pentru administrarea sumelor datorate bugetelor locale ale unităţilor administrativ-teritoriale în raza cărora se află imobilul, dispoziţiile de carte funciară rămânând aplicabile.

Scopul instituirii sancţiunii nulităţii absolute pentru situaţia neîndeplinirii cerinţei privind înregistrarea la organul fiscal competent să administreze sumele datorate de fiduciar bugetului general consolidat al statului este evitarea posibilităţii evaziunii fiscale sau a spălării banilor.

În ceea ce priveşte **publicitatea fiduciei**, art. 781 prevede la alin. (1) C.civil, *faptul că, fiducia este opozabilă terţilor de la data menţionării sale în Arhiva Electronică de Garanţii Reale Mobiliare. Înscrierea drepturilor reale imobiliare, inclusiv a garanţiilor reale imobiliare, care fac obiectul contractului de fiducie se face şi în cartea funciară, pentru fiecare drept în parte (art. 781 alin. (2)).*

Deşi înregistrarea contractului de fiducie la administraţia financiară şi înregistrarea drepturilor reale imobiliare la compartimentele de specialitate ale unităţilor administrativ-teritoriale sunt ulterioare încheierii contractului şi sunt obligaţii ce aparţin fiduciarului, totuşi, legiuitorul prevede sancţiunea nulităţii contractului în cazul nerespectării acestor obligaţii [art. 780 alin. (1) C.civil].

Cu privire la sancţiunea aplicabilă în acest caz s-a opinat în doctrina de specialitate[1] că, fiind vorba despre o obligaţie a fiduciarului ulterioară încheierii contractului, specifică fazei de executare a acestuia, sancţiunea potrivită ar fi trebuit să fie „rezilierea legală" a contractului sau „ineficacitatea" contractului. De asemenea, în privinţa efectelor nulităţii, acelaşi autor consideră că, din exprimarea legiuitorului, nu rezultă dacă efectele nulităţii contractului de fiducie se produc pentru viitor (*ex nunc*) sau şi pentru trecut (*ex tunc*), opinând că „soluţia cea mai potrivită ar fi ca nulitatea să producă efecte pentru viitor cu păstrarea actelor juridice efectuate de fiduciar cu terţii de bună-credinţă".

În ceea ce ne priveşte, considerăm că, obligaţia înregistrării contractului de fiducie şi a modificărilor sale la organul fiscal, de către fiduciar, în termen de o lună de la încheierea acestora, trebuie interpretată ca o **condiţie de validitate a contractului,** altfel spus, contractul (validitatea acestuia) este afectat de o condiţie suspensivă (dacă se

[1] *V. Nemeş*, *op. cit.,* p. 519.

realizează contractul este validat retroactiv din momentul realizării acordului de voinţă al părţilor, în formă autentică) sau rezolutorie, dacă nu se respectă condiţia.

6. Condiţii de validitate de fond

Din economia textului, rezultă obligativitatea **consimţământului,** condiţie esenţială, de fond şi generală, în privinţa părţilor din contract, respectiv **constituitorul şi fiduciarul**. Beneficiarul, nefiind parte în contract, nu trebuie să îşi exprime consimţământul pentru ca fiducia să fie considerată în mod valabil încheiată. Acest lucru nu exclude însă acceptarea sau nu din partea beneficiarului în ceea ce priveşte efectele asupra gestionării fiduciei[1].

7. Obiectul fiduciei

În conformitate cu art. 773 C.civil[2], fiducia are ca obiect un **transfer de drepturi** patrimoniale (drepturi reale, drepturi de creanţă, garanţii ori alte drepturi (patrimoniale) către unul sau mai mulţi fiduciari, o **operaţiune de administrare** care presupune un mandat încredinţat fiduciarului/fiduciarilor **în folosul unuia sau mai multor beneficiari**. Scopul, „folosul unuia sau mai multor beneficiari" trebuie să fie **determinat**.

Interferenţa instituţiei fiduciei cu instituţia administrării bunurilor altuia este evidentă, deoarece din conţinutul art.773 C.civil este limpede faptul că fiduciarul primeşte drepturi patrimoniale care alcătuiesc o masă patrimonială autonomă, distinctă de celelalte drepturi şi obligaţii din patrimoniul acestora, drepturi care le administrează, administrare care, potrivit art. 795 C.civil poate fi simplă sau, potrivit art.800 C.civil, administrarea poate fi deplină. Aşadar, prima remarcă importantă, este aceea că, dispoziţiile Titlului IV din Cartea a III-a C.civil se completează cu cele din Titlul V al aceleiaşi Cărţi privind Administrarea bunurilor altuia. În raporturile dintre cele două instituţii (fiducia şi administrarea bunurilor altuia) în privinţa operaţiunilor de administrare, instituţia administrării bunurilor altuia reprezintă cadrul juridic general (dreptul comun) în timp ce fiducia reprezintă o aplicaţie specială a administrării bunurilor altuia, cu particularităţile specifice care rezultă din calitatea părţilor contractante, controlul asupra administratorului (de exemplu, fiduciarul dă socoteală constituitorului cu privire la îndeplinirea obligaţiilor sale, condiţiile în care fiduciarul, potrivit contractului, trebuie să dea socoteală beneficiarului şi reprezentantului constituitorului etc.).

Aşa cu s-a subliniat în doctrină[3], părţile contractante vor stabili în conţinutul contractului de fiducie, limitele administrării, cine exercită controlul titlurilor din masa patrimonială fiduciară şi faţă de cine răspunde fiduciarul, cu prioritate.

Pentru aceste aspecte este important de evidenţiat faptul că reglementarea patrimoniului de afectaţiune în Noul Cod civil este bine venită, fiind corespunzătoare nevoilor de explicare a instituţiei fiduciei şi a administrării bunurilor altuia.

Aşadar, fiduciarii sunt, de fapt, administratori ai masei patrimoniale, numai că, devin administratori numai pe baza **transferului de drepturi** din patrimoniul constituitorului, în **patrimoniul acestora**, constituindu-se mase patrimoniale autonome, distincte. Acest

---

[1] *Alain Berdah, op. cit.,* p. 60.

[2] Art. 773 „*Fiducia.....unul sau mai mulţi constituitori transferă drepturi reale, drepturi de creanţă, garanţii..către unul sau mai mulţi fiduciari care le administrează cu un scop determinat, în folosul unuia sau al mai multor beneficiari*".

[3] *C.R. Tripon*, *op. cit.*, p.189

lucru se întâmplă în cazul în care constituitorul şi fiduciarul sunt două persoane diferite, dar în cazul în care este una şi aceeaşi persoană practic, în patrimoniul persoanei respective se produce o diviziune sau afectaţiune „interpatrimonială" de bunuri constituite în mase patrimoniale[1].

Problema de drept cea mai „spinoasă" este legată de **transferul drepturilor patrimoniale**, în special a drepturilor reale, este constituită, sau încheiată între trei persoane distincte: constituitor, fiduciar şi beneficiar.

Deşi, în studiile (articolele) publicate[2]s-au evidenţiat trei aspecte, respectiv **prima problemă**: dacă **masa patrimonială** fiduciară trebuie privită ca **universalitate** sau numai ca o sumă de drepturi patrimoniale determinate, **a doua problemă** este cea privitoare la titularul dreptului de proprietate pe durata existenţei fiduciei şi, **a treia problemă**, cine este titularul acţiunii de revendicare.

Cu privire la **primul aspect**, s-a considerat că masa patrimonială nu trebuie privită ca o universalitate, ci ca o sumă de drepturi patrimoniale distincte cu argumentul că drepturile asupra bunurilor respective sunt exercitate în mod individualizat.

În ceea ce ne priveşte, argumentul pe baza căruia se sprijină opinia exprimată nu este suficient de convingător căci şi în cazul universalităţii unor bunuri, exercitarea drepturilor se poate realiza în mod individualizat cu privire la un anumit bun din cadrul acelei universalităţi.

Referitor la cel de-al doilea aspect, al titularului dreptului de proprietate pe durata fiduciei, au fost formulate două ipoteze, pornindu-se de la premisa că administratorul fiduciar are un **drept real** [art. 551 alin. (7) C.civil], drept opozabil „*erga omnes*" chiar şi în contra constituitorului şi beneficiarului, iar conform art. 810 C.civil, administratorul poate sta în justiţie pentru orice acţiune sau cerere referitoare la administrarea bunurilor.

Astfel, **prima ipoteză** formulată este aceea în care, constituitorul este cel care păstrează dreptul (titlul) transferul acestuia operând la expirarea duratei fiduciei, direct în patrimoniul beneficiarului.

Aşadar, transferul dreptului constituitor la beneficiar, în paralel cu constituirea unui drept de administrare aspra bunurilor în materialitatea lor, ipoteză care este infirmată de dispoziţiile art. 800 raportat la art. 801 (dreptul administratorului de a dispune de bunuri în anumite condiţii), fiducia însemnând, prin definiţie, ca regulă generală, un transfer de drepturi, dintr-un patrimoniu în alt patrimoniu, conform teoriei patrimoniului de afectaţiune, cu regim juridic şi contabil diferit.

Cea de-a doua ipoteză exprimată de acelaşi autor, ar rezulta din interpretarea logică a dispoziţiilor art. 773 raportat la art. 32 C.civil, şi care presupune două transferuri succesive de titluri şi constituirea unui nou drept (de administrare) care afectează direct şi nemijlocit dreptul de dispoziţie al fiduciarului. În această interpretare, ar exista **o primă înstrăinare** a titlului de proprietate de la constituitor la fiduciar, care devine titular al unui drept real administrare fiduciar şi titular „atipic" al tuturor drepturilor transferate, inclusiv al dreptului de proprietate, fără drept de dispoziţie decât în limitele fiduciei şi pentru scopul acesteia. Potrivit contractului sau, în baza legii, la expirarea duratei fiduciei, fiduciarul transferă drepturile către beneficiar.

Aceste ipoteze demonstrează faptul că, o instituţie juridică după modelul trues-ului anglo-saxon nu poate fi explicat prin instituţiile clasice ale dreptului continental.

---

[1] *C.T. Tripon*, *op. cit.*, p. 187;
[2] *Idem*, p.189

Pornind de la această constatare se propune în doctrină, aplicarea teoriei sciziunii titlului sau a sciziunii proprietăţii[1].

Aşa cum am mai subliniat, semnificaţia juridică a analizei instituţiei juridice a fiduciei, în cadrul unei lucrări care tratează problematica administrării bunurilor altuia constă în legătura, raportul care există între cele două instituţii juridice. În acest context, ambele instituţii se bazează pe o împuternicire, pe un mandat de administrare care, în privinţa fiduciei are anumite particularităţi.

Astfel, potrivit art. 789 alin. (2) C.civil, din momentul acceptării fiduciei de către beneficiar, fiduciarul şi constituitorul nu mai pot revoca (denunţa unilateral) contractul decât cu acordul beneficiarului sau, în absenţa acestuia, cu autorizarea instanţei judecătoreşti.

În schimb, în cazul administrării bunurilor altuia, administratorul poate fi revocat, prin denunţarea de către beneficiar a actului de desemnare, ca urmare a solicitării comunicate administratorului [art. 846 lit. e) C.civil].

Totodată, în cazul fiduciei, contractul poate înceta prin depunerea cererii de renunţare a tuturor beneficiarilor [art. 790 alin. (2)] în timp ce, în cazul administrării bunurilor altuia, numai administratorul poate renunţa la atribuţiile sale, pe baza notificării adresate beneficiarului şi, după caz, celorlalţi administratori sau persoanei împuternicite să desemneze un înlocuitor [art. 847 alin. (1) C. Civil].

În privinţa răspunderii, administratorul simplu răspunde faţă de beneficiar, în timp ce, în cazul fiduciei, fiduciarul răspunde atât faţă de constituitor cât şi faţă de beneficiar.

Cele două instituţii juridice analizate comparativ, se deosebesc şi în privinţa duratei mandatului de administrare (în cazul fiduciei maxim 33 de ani) în timp ce, în cazul administrării bunului altuia există o durată maximă prevăzută de lege, cu toate că, în contract se prevede un termen care, prin acordul părţilor, poate fi prelungit.

Există deosebiri, particularităţi ale fiduciei şi în privinţa formei contractului, care spre deosebire de contractul de administrare a bunurilor altuia, trebuie să îndeplinească condiţia formei *autentice „ad validitatem*" şi, în plus, contractul trebuie să fie înregistrat din punct de vedere fiscal, în termen de o lună de la data încheierii lui, sub sancţiunea nulităţii absolute, precum şi înregistrarea în Registrul Naţional al Fiduciilor pentru opozabilitatea faţă de terţi [art. 781 alin. (2) C.civil].

O altă particularitate a operaţiei juridice privind fiducia, vizează efectele încetării contractului. Astfel, masa patrimonială fiduciară revine, de drept, beneficiarului, şi nu constituitorului, cu excepţia cazului când, la încetarea fiduciei beneficiarul nu mai există.

[1] *Idem*, p.191; Potrivit dreptului anglo-saxon, titlul de proprietate poate fi defalcat într-un titlu echitabil (equity title) şi în titlu material (beneficial title). Odată încheiat contractul, constituitorul (settler) transferă proprietatea celorlalte două părţi contractante sub forma unui titlu **nominal** şi al unuia **material**. Deţinătorul titlului nominal (trustee) sau fiduciar este şi protectorul titlului, în baza împuternicirii juridice de care beneficiază, având dreptul şi fiind responsabil de exercitarea acţiunilor pentru apărarea fiecărui titlu de proprietate pe lângă dreptul şi obligaţia de administrare a masei patrimoniale fiduciare. Deţinătorul titlului material este beneficiarul oricăror avantaje materiale ce decurg (cestui que use sau cestui que trust). Dreptul de dispoziţie aparţine beneficiarului, dar poate fi şi utilizat de fiduciar în limitele drepturilor şi puterilor mandatului de administrare fiduciară

Bibliografie:

1.*C.R. Tripon*, Fiducia, rezultat al interferentei celor doua mari sisteme de drept: dreptul civil continental si dreptul anglo-saxon. Conceptul, clasificarea, evoluţia şi condiţiile de validitate ale fiduciei, Revista Româna de Drept Privat, nr. 2/2010

2.*Alain Berdah,* La fiducie, http://www.lafiducie.fr

3.*V. Nemeş,* Contractul de fiducie conform Noului Cod civil, Curierul Judiciar nr.10/2011

4.Noul Cod civil

5.Legea nr. 51/1995 privind organizarea şi funcţionarea profesiei de avocat

Actele procesuale de dispoziție ale părților în procesul civil

Mădălina ***DINU****

Abstract: *Actele de dispoziție ale părților în procesul civil au o legătură indisolubilă cu principiul disponibilității, în virtutea căruia părțile aleg conduita pe care trebuie să o urmeze pe parcursul procesului civil în raport de care decurg și consecințele acțiunilor sau inacțiunilor lor. În virtutea acestui principiu, partea are posibilitatea de a dispune de drepturile sale, în sensul de a renunța la judecată, de a renunța la dreptul dedus judecății, de a finaliza litigiul prin încheierea unei tranzacții cu partea adversă, de a achiesa la hotărârea pronunțată în sensul de a nu mai exercita căile de atac atunci când a pierdut procesul. În acord cu același principiu, pârâtul are posibilitatea de a achiesa la pretențiile formulate de către reclamant prin cererea de chemare în judecată. Indiferent de forma în care se manifestă, actele de dispoziție constituie voința suverană a părții de a dispune de drepturile sale.*

Cuvinte cheie: *renunțare la judecată, renunțare la dreptul dedus judecății, achiesare, tranzacție, act de dispoziție*

1. Aspecte generale

Procesul civil poate fi influențat de actele de dispoziție ale părților datorită cărora procesul nu mai parcurge toate etapele acestuia (etapa scrisă, etapa cercetării procesului, etapa dezbaterilor) sau hotărârea se pronunță după regulile specifice actului de dispoziție efectuat în cauză și nu după regulile dreptului comun.

Actele de dispoziție ale părților în noua configurare a procesului civil nu se diferențiază prin elemente cu caracter de noutate absolută față de vechea reglementare, conținând însă anumite particularități față de vechea legiferare.

Astfel, sunt acte de dispoziție în sistemul procesual roman desistarea sau renunțarea reclamantului la judecată sau la dreptul subiectiv civil (art. 406-410), achiesarea pârâtului la pretențiile reclamantului (art. 436-437) și tranzacția judiciară (art. 438-441). Acestea sunt acte de voință ale părților, cu privire la pretențiile supuse judecății sau la mijloacele procesuale prin care se pot recunoaște sau realiza aceste drepturi[1].

2. Renunțarea la judecată

Renunțarea la judecată reprezintă actul de dispoziție al reclamantului prin care acesta renunță la judecarea cererii de chemare în judecată. Având în vedere că reclamantul este cel care a inițiat demersul judiciar, este firesc să aibă dreptul de a renunța la judecată, fără a se putea institui în sarcina sa o obligație de a justifica această manifestare de voință. Conform art. 406 C.proc.civ., *„reclamantul poate să renunțe*

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

[1] G. Boroi, s.a, *Noul Cod de Procedură Civilă. Comentariu pe articole,* Ed. Hamangiu, 2013, p. 715.

oricând la judecată, în tot sau în parte, fie verbal în şedinţă de judecată, fie prin cerere scrisă. Cererea se face personal sau prin mandatar cu procură specială. Dacă renunţarea s-a făcut după comunicarea cererii de chemare în judecată, instanţa, la cererea pârâtului, îl va obliga pe reclamant la cheltuielile de judecată pe care pârâtul le-a făcut. Dacă reclamantul renunţă la judecată la primul termen la care părţile sunt legal citate sau ulterior acestui moment, renunţarea nu se poate face decât cu acordul expres sau tacit al celeilalte părţi. Dacă pârâtul nu este prezent la termenul la care reclamantul declară că renunţă la judecată, instanţa va acorda pârâtului un termen până la care să îşi exprime poziţia faţă de cererea de renunţare. Lipsa unui răspuns până la termenul acordat se consideră acord tacit la renunţare. Când renunţarea la judecată se face în apel sau în căile extraordinare de atac, instanţa va lua act de renunţare şi va dispune şi anularea, în tot sau în parte, a hotărârii sau, după caz, a hotărârilor pronunţate în cauză. Renunţarea la judecată se constată prin hotărâre supusă recursului, care va fi judecat de instanţa ierarhic superioară celei care a luat act de renunţare. Când renunţarea are loc în faţa unei secţii a Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie, hotărârea este definitivă".

Din punct de vedere *al persoanelor cărora legea le conferă legitimare de a efectua acest act de dispoziție,* având în vedere că procesul civil a început la inițiativa reclamantului, el este cel care poate renunța la judecata cererii de chemare în judecată. însă, inclusiv pârâtul-reclamant poate renunța la judecată, atunci când a formulat o cerere reconvențională, prin intermediul căreia a invocat pretenții proprii împotriva reclamantului. Desigur, în această ultimă ipoteză, pârâtul-reclamant poate renunța doar la judecata cererii reconvenționale, fără a fi influențată în vreun fel soarta cererii de chemare în judecată. În aceeași măsură, intervenientul voluntar principal poate renunța la judecata cererii incidentale, având în vedere că această cerere are natura juridică a unei veritabile cereri de chemare în judecată. Nu aceeași este însă situația intervenientului accesoriu, care doar sprijină apărarea părții pentru care a intervenit și care, în raport de prevederile art. 67 alin. (3) C.proc.civ., *„după admiterea în principiu, poate să renunțe la judecata cererii de intervenție doar cu acordul părții pentru care a intervenit".*

Cererea de renunţare la judecată formulată personal de către reclamant se susţine fie verbal în şedinţă, fie prin cerere scrisă. În asemenea cazuri, reclamantul trebuie să aibă capacitate procesuală de exerciţiu deplină sau, în cazul celui lipsit de capacitate procesuală de exerciţiu sau cu capacitate procesuală de exerciţiu restrânsă, trebuie respectate condiţiile prevăzute de art. 81 în sensul că, toate actele procesuale de dispoziţie, inclusiv renunţarea la judecată, nu pot fi efectuate decât în baza unui mandat special ori cu încuviinţarea prealabilă a instanţei ori a autorităţii administrative competente.

De regulă, renunţarea la judecată este admisibilă în orice proces civil. Cu toate acestea, în anumite situaţii, legea interzice renunţarea la judecată. Astfel, potrivit art. 437 alin. (2) C.C., cel care introduce o acţiune privitoare la filiaţie în numele unui copil sau al unei persoane puse sub interdicţie judecătorească, precum şi copilul minor care a introdus singur, potrivit legii, o astfel de acţiune nu pot renunţa la judecarea ei[1].

Totodată, dacă actul procesual de dispoziţie urmează a se face prin *reprezentant convenţional*, acesta are nevoie de o procură specială, procura de reprezentare cu caracter general nefiind suficientă. Cu toate acestea, dacă partea este reprezentată ori asistată de avocat, acesta nu este obligat să înfăţişeze o procură specială în vederea

[1] V.M. Ciobanu, T.C. Briciu, C.C. Dinu*, Drept procesual civil. Drept notarial. Drept executional civil. Arbitraj. Curs de baza pentru licență și masterat, seminare și examene*, Ed. National, 2013, p. 328.

formulării şi susţinerii cererii de renunţare, dacă în contractul de asistenţă juridică este prevăzut dreptul avocatului de a efectua acte de dispoziţie. Cu toate acestea, *apreciem că* în contractul de asistenţă juridică trebuie menţionat expres actul de dispoziţie care urmează a fi efectuat în cauză, simpla menţiune referitoare la posibilitatea de a efectua acte de dispoziţie nefiind suficiente, întrucât partea poate are în vedere încheierea unei tranzacţii, iar mandatarul avocat renunţă la judecata cererii de chemare în judecată, astfel încât voinţa părţii este „viciată", iar drepturile părţii prejudiciate.

D*in punct de vedere al momentului până la care reclamantul poate renunţa la judecată,* potrivit dispoziţiilor art. 406 alin.1 teza 1 C.proc.civ., *„reclamantul poate să renunţe oricând la judecată, în tot sau în parte (...)"*, ceea ce înseamnă că, în principiu, reclamantul poate renunţa oricând la judecata cererii de chemare în judecată.

Cu toate acestea, *dacă cererea de renunţare la judecată s-a formulat după comunicarea cererii de chemare în judecată, dar până la primul termen la care părţile sunt legal citate, nu este necesar consimţământului pârâtului* pentru a se lua act de manifestarea de voinţă a reclamantului, dar, la cererea pârâtului, reclamantul poate fi obligat la cheltuieli de judecată, având în vedere că există posibilitatea ca în acest interval de timp pârâtul să fi efectuat cheltuieli legate, spre exemplu, de angajarea unui avocat. *Per a contrario* dacă renunţarea intervine înainte de comunicarea cererii de chemare în judecată, respectiv în etapa regularizării cererii o asemenea obligaţie nu ar putea fi stabilită în sarcina pârâtului, din moment ce pârâtul nici nu are cunoştinţă despre demersul reclamantului. Într-o atare situaţie, *apreciem că* instanţa va cita doar reclamantul pentru a observa dacă aceasta este voinţa sa şi va hotărî în consecinţă.

Dacă renunţarea s-a făcut la primul termen la care părţile sunt legal citate sau ulterior acestui moment, este necesar acordul pârâtului pentru ca instanţa să ia act de renunţarea la judecată, soluţie firească având în vedere că există posibilitatea, în urma administrării probatoriului ca reclamantul să anticipeze o soluţie de respingere a cererii şi pentru a evita o astfel de soluţie, să renunţe la judecată, pentru ca ulterior, să poată promova o altă acţiune. în acest context, este firesc a se cere acordul pârâtului având în vedere interesul acestuia de a obţine o hotărâre potrivnică reclamantului care ulterior să intre în puterea de lucru judecat[1].

In ceea ce priveşte acordul pârâtului la cererea de renunţare a reclamantului trebuie să distingem după cum, acesta este prezent sau nu la termenul la care se formulează această cerere. Astfel, dacă paratul nu este prezent la termenul la care reclamantul declară că renunţă la judecată, instanţa va acorda paratului un termen pană la care să îşi exprime poziţia faţă de cererea de renunţare. Lipsa unui răspuns pană la termenul acordat se consideră acord tacit la renunţare. Această prevedere are caracter de noutate în raport de vechea reglementare, sub imperiul căreia, au existat şi soluţii contradictorii pronunţate de instanţe învestite cu soluţionarea unor astfel de cereri, în absenţa pârâtului legal citat. în acest sens, sub imperiul vechiului Cod de Procedură civilă, intr-o decizie de speţă s-a apreciat că, *"în mod greşit prima instanţă a luat act de renunţarea la judecată a reclamantei privind cererea de partajare a bunurilor comune, după pronunţarea încheierii interlocutorii prin care s-a reţinut comunitatea de bunuri şi s-au desemnat experţii pentru evaluarea bunurilor şi propunerea de lotizare, în lipsa acordului expres al pârâtului*[2]*."*Această soluţie nu se menţine în actuala reglementare,

[1] *Idem*, p. 716.

[2] Tribunalul Prahova, decizia civilă nr.2899/2002, în M. Tăbârcă, Ghe. Buta*, Codul de procedură civilă comentat şi adnotat, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2008*, p. 702-703.

având în vedere că, pentru ipotezele în care pârâtul nu este prezent pentru a-şi exprima punctul de vedere cu privire la cererea instanţa va acorda un termen pentru care pârâtul este citat cu această menţiune, iar în situaţia în care nu îşi manifestă voinţa, instanţa va aprecia „tăcerea" ca fiind un acord tacit la cererea de renunţare la judecată formulată de către reclamant.

În ceea ce priveşte soluţiile instanţei în cazul renunţării la judecată, instanţa ia act de renunţarea la judecata cererii printr-o hotărâre care este supusă numai căii de atac a recursului.

Când renunţarea intervine în cursul judecăţii în primă instanţă, instanţa ia act de manifestarea de voinţă a reclamantului printr-o *sentinţă*[1], indiferent de momentul renunţării, respectiv dacă aceasta se produce în etapa regularizării cererii de chemare în judecată, în cursul cercetării procesului ori al dezbaterilor în fond.

În cazul în care renunţarea la judecată se face în apel sau în căile extraordinare de atac, instanţa va lua act de renunţare, de regulă, printr-o *decizie*, dar şi printr-o *sentinţă*, dacă renunţarea are loc în cadrul unei contestaţii în anulare sau revizuiri împotriva unei sentinţe. Luând act de renunţare, instanţa va dispune, în acelaşi timp, anularea, în tot sau în parte, a hotărârii sau, după caz, a hotărârilor pronunţate în cauză.

***Din punct de vedere al efectelor renunțării la judecată*,** renunţarea la judecată a unuia dintre reclamanţi nu este opozabilă celorlalţi reclamanţi, aceasta producând efecte numai faţă de părţile în privinţa cărora a fost făcută fără a afecta cererile incidentale care au caracter de sine stătător, ceea ce înseamnă că, dacă dreptul de a obţine condamnarea paratului nu s-a prescris, reclamantul va putea introduce o nouă cerere pentru valorificarea dreptului subiectiv. Astfel, „*în situaţia în care există o coparticipare procesuală activă, renunţarea unuia dintre reclamanţi nu produce niciun efect faţă de ceilalţi reclamanţi, care doresc să continue judecata. Dacă acesta este principiul, cu atât mai mult renunţarea reclamantului la judecată nu afectează soluţionarea unei cereri de intervenţie principal sau a unei cereri reconvenţionale*[2]*"*.

Totodată, „*efectele renunţării la judecată sunt retroactive prin aceea că, instanţa, luând act de renunţarea la judecată, finalizează legătura juridică realizată între părţi şi repune părţile în situaţia anterioară procesului, ceea ce nu echivalează cu renunţarea la drept şi nu semnifică sancţionarea renunţării la acţiune, reclamantul putând reînvesti instanţa printr-o nouă cerere de chemare în judecată, împotriva aceluiaşi pârât, cu acelaşi obiect şi cu aceeaşi cauză*[3]*"*.

3. Renunţarea la drept

Spre deosebire de renunţarea la judecată, care conferă reclamantului dreptul de a promova o nouă cerere împotriva pârâtului în măsura în care dreptul de a obţine condamnarea acestuia nu s-a prescris, în cazul renunţării la dreptul subiectiv civil a cărui valorificare reclamantul a încercat a o obţine prin intermediul cererii de chemare în judecată, reclamantul nu va mai putea formula o acţiune ulterioară împotriva pârâtului, întrucât el a renunţat la însuşi dreptul subiectiv civil. Astfel, conform art. 408 C.proc.civ., " *reclamantul poate, în tot cursul procesului, să renunţe la însuşi dreptul pretins, dacă poate dispune de acesta, fără a fi necesar acordul pârâtului. În caz de renunţare la dreptul pretins, instanţa pronunţă o hotărâre prin care va respinge*

[1] G. Boroi, s.a., *op. cit.*, p. 716.
[2] CSJ, Secţia civilă, decizia nr. 445/2000, în *Buletinul Jurisprudenţei pe anul 2000*, p. 196.
[3] ICCJ, Secţia comercială, decizia nr.3566/2005, în M. Tăbârcă, Ghe. Buta, *op. cit.*, p. 701.

cererea în fond, dispunând şi asupra cheltuielilor de judecată. Renunţarea se poate face atât verbal în şedinţă, consemnându-se în încheiere, cât şi prin înscris autentic."

De regulă, renunțarea la dreptul subiectiv civil este posibilă în orice proces civil, atâta timp cât reclamantul poate dispune de aceste drepturi. Cu toate acestea, în acțiunile privitoare la filiație Codul civil interzice renunțarea la drept.

Din punct de vedere al formei, renunțarea la drept se poate formula verbal în ședință sau prin înscris autentic. Şi în această situație, actul de dispoziție nu poate fi făcută de mandatarul care nu are calitatea de avocat decât în temeiul unei procure autentice speciale, în timp ce mandatarul avocat are nevoie de procură specială în temeiul căreia să poată efectua acest act de dispoziție. Astfel cum practica judiciară a statuat, soluție care se menține și în noua reglementare, "*renunțarea la un drept nu se poate presupune. Ea trebuie să rezulte dintr-o declarație expresă din partea beneficiarului dreptului sau din fapte neechivoce a căror interpretare să ducă în mod necesar la o singură concluzie și anume, la aceea a renunțării. Apărătorul, chiar fiind prezent titularul dreptului în instanță, nu poate face declarație valabilă de renunțare fără procură specială în acest sens. în lipsa unei asemenea procure, această declarație trebuie să fie făcută de parte*[1] *".*

Indiferent de etapa procesuală în care are loc renunțarea la drept, legea nu cere consimțământul pârâtului, deoarece în acest caz nu mai există riscul de a fi chemat în judecată pentru valorificarea acelui drept subiectiv.

Ca urmare a renunțării la drept, instanța pronunță o hotărâre, dată fără drept de apel, prin care respinge în fond cererea reclamantului, dispunând și asupra cheltuielilor de judecată.

4. Achiesarea

Achiesarea, ca act de dispoziție se poate prezenta sub două forme: achiesarea pârâtului la pretențiile reclamantului sau achiesarea părții care a pierdut procesul la hotărârea pronunțată.

În primul caz, achiesarea pârâtului la pretențiile reclamantului are loc prin recunoașterea pretențiilor acestuia, fie spontan, fie prin intermediul interogatoriului propus de către reclamant.

În acest caz, potrivit art. 436 alin. (1), "*când pârâtul a recunoscut în tot sau în parte pretenţiile reclamantului, instanţa, la cererea acestuia din urmă, va da o hotărâre în măsura recunoaşterii. Dacă recunoaşterea este parţială, judecata va continua cu privire la pretenţiile rămase nerecunoscute, instanţa urmând a pronunţa o nouă hotărâre asupra acestora*".

În a doua situație, a achiesării părții care a pierdut procesul la hotărârea pronunțată, achiesarea poate fi expresă sau tacită. În cazul achiesării tacite, aceasta rezultă din faptul că partea execută de bunăvoie hotărârea, această formă a achiesării fiind dedusă numai din acte sau fapte precise şi concordante care exprimă intenţia certă a părţii de a-şi da acordul la hotărâre.

În ceea ce privește renunțarea expresă la calea de atac sediul materiei îl constituie art. 404 C.proc.civ., în raport de care, *„partea prezentă la pronunțarea hotărârii poate renunța, în condițiile legii, la calea de atac, făcându-se menţiune despre aceasta într-un proces-verbal semnat de preşedinte şi de grefier*.„ Astfel, *partea care a pierdut procesul* în prima instanță sau în apel *renunță la dreptul de a exercita calea de atac* -

[1] Tribunalul Suprem, secția civilă, decizia nr.1422/1983 în M. Tăbârcă, Ghe. Buta, *op. cit.*, p. 707.

apelul sau, după caz, recursul - împotriva hotărârii respective, ori, dacă a formulat deja calea de atac, *o retrage*[1]. Renunţarea la calea de atac poate fi făcută *oral în instanţă*, imediat după pronunţarea hotărârii, făcându-se menţiune despre aceasta într-un *proces-verbal* semnat de preşedinte şi de grefier. De asemenea, acest act poate fi efectuat chiar şi după declararea căii de atac, prin *înfăţişarea ulterioară* a părţii în faţa preşedintelui instanţei sau a persoanei desemnate de acesta, precum şi prin *înscris autentic*, ce se va depune la grefa instanţei, caz în care, şi în această situaţie se va încheia un *proces-verbal*, semnat de preşedintele instanţei şi de grefier. Astfel, conform art. 404 alin. (2) *"renunţarea se poate face şi ulterior pronunţării, chiar şi după declararea căii de atac, prin prezentarea părţii înaintea preşedintelui instanţei sau a persoanei desemnate de acesta ori, după caz, prin înscris autentic care se va depune la grefa instanţei, atât timp cât dosarul nu a fost înaintat la instanţa competentă (...)".*

Fiind vorba despre un act de dispoziţie, achiesarea are *caracter irevocabil*, ceea ce înseamnă că partea nu mai poate uza de calea de atac la care a renunţat în mod expres, hotărârea fiind definitivă, principiu pe care îl întâlnim inserat explicit în art. 467 alin. (1) C.proc.civ., potrivit căruia *„partea care a renunţat expres la apel cu privire la o hotărâre nu mai are dreptul de a face apel principal*".

5. Tranzacţia

Tranzacţia este contractul prin care părţile previn naşterea unui litigiu sau sting un litigiu, inclusiv în faza executării silite, prin concesii sau renunţări reciproce la drepturi sau prin transferul unor drepturi de la una dintre părţi către cealaltă. "*Hotărârile care consfinţesc învoiala părţilor reprezintă o transpunere a convenţiilor părţilor, ceea ce nu echivalează cu o judecată întemeiată pe probe şi fondată pe convingerile instanţei*[2]*".*

Noul Cod de procedură civilă reglementează, prin prevederile art. 438-441, aspectele de ordin procedural ale *tranzacţiei judiciare*, deci ale tranzacţiei încheiate de părţi cu scopul stingerii unui litigiu aflat pe rolul instanţei, prin pronunţarea unei hotărâri de expedient. Cu toate acestea, din punct de vedere al dreptului substanţial, contractul de tranzacţie este reglementat de dispoziţiile art. 2267-2278 Cod civil.

Tranzacţia poate fi încheiată în orice etapă a procesului, în primă instanţă sau în căile de atac dar şi în faza executării silite, având în vedere că și această ultimă fază a procesului civil este guvernată de principiul disponibilității.

Tranzacţia, fiind un act procedural de dispoziţie, poate fi încheiată de părţi personal sau prin mandatar cu procură specială ori cu încuviinţarea prealabilă a instanţei sau a autorităţii administrative competente Dacă cel reprezentat este minor, încheierea tranzacţiei nu poate avea loc prin tutore decât cu *avizul consiliului de familie şi autorizarea instanţei de tutelă* iar dacă mandatarul părţii este *avocat*, va trebui inserată în mod expres şi neechivoc în cuprinsul contractului de asistenţă juridică această abilitare a avocatului de a încheia acte de dispoziţie procesuală în numele părţii. în situația în care unul dintre coparticipanți dorește să încheie actul de dispoziție, tranzacţia este permisă chiar şi numai unora dintre coparticipanţi, cu condiţia de a nu se prejudicia drepturile celorlalţi, dispoziţie înscrisă cu valoare de principiu în art. 60 alin. (1) C.proc.civ [3]. Astfel, "*la prezentarea învoielii instanța are obligația de a*

[1] G. Boroi, s.a., *op. cit.*, p. 717.

[2] ICCJ, Secția Comercială, decizia nr.805/11.03.2009, în V.M.Ciobanu, M.Nicolae (coordonatori), s.a., *Noul Cod de Procedură Civilă Comentat și Adnotat,* Ed.Universul Juridic, Vol.I, 2013, p.997

[3] G. Boroi, s.a., *op. cit.*, p. 717.

verifica dacă părțile au capacitatea legală de a tranzacționa, dacă actul este expresia voinței lor libere și dacă prin încheierea tranzacției nu se încalcă dispoziții imperative ale legii. în cazul în care se constată că aceste cerințe nu sunt întrunite sau că prin încheierea tranzacției se eludează alte prevederi legale, instanța trebuie să respingă cererea de a se pronunța hotărârea de expedient și să continue judecata[1]*."*

Pentru a putea fi pronunţată o hotărâre prin care să se încuviinţeze învoiala părţilor este necesar ca aceasta să fie perfectată în formă scrisă, conţinutul ei urmând a se regăsi integral în cuprinsul dispozitivului.

Din punct de vedere al căilor de atac ce pot fi exercitate împotriva hotărârii de expedient, textul art. 440 instituie două limitări în privinţa exercitării căilor de atac, şi anume că hotărârea este supusă numai recursului la instanţa ierarhic superioară şi că prin exercitarea căii de atac pot fi valorificate doar motive procedurale.

Cu toate acestea, contractul de tranzacţie va putea fi însă atacat pe calea acţiunii în nulitate sau în rezoluţiune ori reziliere, după cum poate fi atacat cu acţiunea revocatorie sau în declararea simulaţiei, astfel cum prevede în mod expres art. 2278 alin. (1) C.civ. Ca atare, admiterea acţiunii îndreptate împotriva tranzacţiei va determina lipsirea de efecte a hotărârii judecătoreşti sens în care dispune art. 2278 alin. (2) C.civ.

Concluzii

Actele de dispoziție au un rol aparte în tabloul procesului civil, reprezentând acele acte prin intermediul cărora, în caz de admitere, au ca și consecință finalizarea procesului civil în una dintre modalitățile prevăzute de lege. Actele de dispoziție reprezintă o componentă a principiului disponibilității, în virtutea căruia părțile au dreptul de a dispune în limitele legii de drepturile lor, deci, de a renunța la judecată sau la dreptul subiectiv civil, de a achiesa expres sau tacit la pretențiile reclamantului sau la hotărârea pronunțată, sau de a pune capăt procesului prin încheierea unei tranzacții.

Deși diferite, actele de dispoziție prezintă anumite elemente comune cum ar fi, capacitatea necesară pentru a face acte de dispoziție, mandatul special acordat persoanei care reprezintă interesele părții pentru a face în numele părții acte de dispoziție, situațiile de excepție în care dispozițiile legale interzic părții de a renunța la drept sau de a încheia o tranzacție asupra drepturilor în raport de care nu poate dispune.

Bibliografie

G. Boroi (coordonator) s.a, *Noul Cod de Procedură Civilă. Comentariu pe articole,* Ed. Hamangiu, 2013

V.M. Ciobanu, M. Nicolae (coordonatori), s.a., *Noul Cod de Procedură Civilă Comentat și Adnotat,* Ed. Universul Juridic, Vol. I, 2013

V.M. Ciobanu, T.C. Briciu, C.C. Dinu*, Drept procesual civil. Drept notarial. Drept execuțional civil. Arbitraj. Curs de baza pentru licență și masterat, seminare si examene*, Ed. National, 2013

M. Tăbârcă, Ghe. Buta*, Codul de procedură civilă comentat și adnotat,* Ed. Universul Juridic, București, 2008

Buletinul Jurisprudenței pe anul 2000

[1] CSJ, decizia nr.552/28.03.1990, în V.M. Ciobanu, M. Nicolae (coordonatori), s.a., *op. cit.*, p. 996.

Recunoaşterea şi executarea hotărârilor judecătoreşti străine în baza Regulamentului (CE) nr. 44/2001

*Maria Carolina **NIȚĂ*** [*]

Abstract: *Recunoaşterea şi executarea hotărârilor în materie civilă şi comercială în spaţiul Uniunii Europene sunt reglementate de Regulamentul (CE) nr. 44/2001 al Consiliului din 22 decembrie 2000 privind competenţa judiciară, recunoaşterea şi executarea hotărârilor în materie civilă şi comercială („Bruxelles I").*

Dispoziţiile regulamentului sunt fundamentate pe încrederea reciprocă în administrarea justiţiei la nivel comunitar, aspect ce justifică necesitatea recunoaşterii de plin drept a hotărârilor pronunţate într-un stat membru fără să fie necesară, cu excepţia contestaţiilor, recurgerea la o altă procedură. În virtutea aceluiaşi principiu al încrederii reciproce, procedura în temeiul căreia o hotărâre pronunţată într-un stat membru devine executorie în alt stat membru trebuie să fie eficientă şi rapidă. În acest sens, hotărârea de încuviinţare a executării unei hotărâri trebuie să fie făcută practic automat în urma unor verificări pur formale ale documentelor furnizate, fără ca instanţa să aibă posibilitatea de a invoca din oficiu unul dintre motivele de neexecutare prevăzute în regulament.

Key words: *hotărâre străină, recunoaştere, executorialitate, principiul recunoaşterii automate, procedura de declarare a recunoaşterii/executării, efectele recunoaşterii, contestaţie, suspendare.*

1. Principiul recunoaşterii automate a hotărârilor străine

Legiuitorul comunitar porneşte de la existenţa unei încrederi reciproce depline între sistemele de drept şi instanţele diferitelor state membre, drept pentru care, întreaga problematică privind circulaţia hotărârilor în cadrul statelor membre ale Uniunii Europene, pleacă în esenţă de la această idee de bază, enunţată în chiar preambulul Regulamentului nr. 44/2001 (Bruxelles I)[1], din care merită a fi citate, pct. (16) "*Încrederea reciprocă în administrarea justiţiei la nivel comunitar justifică recunoaşterea de plin drept a hotărârilor pronunţate într-un stat membru fără să fie necesară, cu excepţia contestaţiilor, recurgerea la o altă procedură"* şi pct. (17) "*În virtutea aceluiaşi principiu al încrederii reciproce, procedura în temeiul căreia o hotărâre pronunţată într-un stat membru devine executorie în alt stat membru trebuie să fie eficientă şi rapidă. În acest sens, hotărârea de încuviinţare a executării unei hotărâri trebuie să fie făcută practic automat în urma unor verificări pur formale ale documentelor furnizate, fără ca instanţa să aibă posibilitatea de a invoca din oficiu unul dintre motivele de neexecutare prevăzute în prezentul regulament*".

[*] Assistant Professor PhD, Titu Maiorescu University, Faculty of Law, 187 Calea Văcăreşti, 040051 Bucharest, Romania, e-mail: av.carolina.nita@gmail.com.

[1] Regulamentul (CE) nr. 44/2001 al Consiliului din 22 decembrie 2000 privind competenţa judiciară, recunoaşterea şi executarea hotărârilor în materie civilă şi comercială.

Regulamentul (CE) nr. 44/2001 este unul din instrumentele legislative ce a permis instituţiilor comunitare să preia sarcina de a institui în mod progresiv "*un spaţiu de libertate, securitate şi justiţie*" în vederea căruia TFUE (art. 67 şi 81) prevede adoptarea de măsuri prin care să se garanteze "*recunoaşterea reciprocă între statele membre a hotărârilor judecătoreşti ... şi executarea acestora*". Adoptarea regulamentului a reprezentat o etapă importantă din cadrul unui proiect a cărui realizare a fost demarată prin Convenţia de la Bruxelles din 27 septembrie 1968 privind competenţa jurisdicţională şi executarea hotărârilor în materie civilă şi comercială, şi al cărui stadiu cel mai recent a fost reprezentat de Regulamentul (UE) nr. 4/2009 din 18 decembrie 2008 privind competenţa, legea aplicabilă, recunoaşterea şi executarea hotărârilor şi cooperarea în materie de obligaţii de întreţinere.

Trebuie precizat faptul că Regulamentul (CE) nr. 44/2001 reia în mare parte disciplina Convenţiei de la Bruxelles, fiind prea puţine norme cu caracter de noutate în domeniul competenţei jurisdicţionale, însă, modificările sunt numeroase şi extrem de importante în domeniul recunoaşterii şi executării hotărârilor[1].

Regimul reglementar prevăzut de Regulamentul (CE) nr. 44/2001 se inspiră, pe de-o parte, din jurisprudenţa Cassis de Dijon a Curţii de Justiţie[2], care în materie de circulaţie a mărfurilor a adoptat principiul *recunoaşterii reciproce*, iar pe de altă parte, din reglementările numeroaselor convenţii bilaterale – în afară de Convenţia de la Bruxelles din 1968 - şi este exprimat în cadrul regulamentului în art. 33 alin. (1) care stabileşte că recunoaşterea hotărârilor pronunţate într-unul din statele membre trebuie să aibă loc în toate celelalte "*fără să fie necesară recurgerea la vreo procedură*", cel puţin, în măsura în care nu există o contestaţie. Recunoaşterea se produce în virtutea legii (*ope iuris* sau, *ipso iure*) şi nu a unui fapt juridic (*ope iudicis*). De regimul privilegiat (cvasiautomat) privind recunoaşterea şi executarea reglementat de Capitolul III din regulament beneficiază *toate* hotărârile pronunţate de autorităţile judiciare ale statelor membre. Se includ aici şi hotărârile pronunţate în acţiunile intentate împotriva unor persoane ce nu au domiciliul pe teritoriul Uniunii Europene - cu excepţia cazurilor de competenţă exclusivă prevăzute de art. 22 - în virtutea unei competenţe naţionale reziduale conform art. 4 alin. (1), adică pe baza normelor de competenţă în vigoare în statul în cauză (considerentul 10). Pentru a opera regimul privilegiat instituit prin regulament, este necesar desigur să fie vorba de hotărâri în materii cuprinse în domeniul de aplicare a regulamentului, revenind instanţei naţionale din statul membru destinatar o anumită marjă de control al recunoaşterii, care nu poate fi considerată în tot şi pentru tot legată de aprecierile operate de instanţa străină. Instanţei naţionale din statul de recunoaştere şi executare îi revine de asemenea sarcina de a verifica dacă dispoziţia judecătorească intră în cea mai largă noţiune de *hotărâre* dată de regulament (art. 32). Noţiunea de *hotărâre*, cuprinde pe lângă hotărârile de fond prin care se încheie o procedură contencioasă şi care se bucură de autoritate de lucru judecat, hotărârile supuse încă exercitării căii de atac prin mijloacele de atac ordinare, precum şi hotărârile (încheierile) interlocutorii – cum ar fi cele prin care instanţa străină a afirmat propria competenţă în caz de litispendenţă internaţională – şi cele pronunţate în procesele în materie de jurisdicţie voluntară. Potrivit jurisprudenţei CJUE în noţiunea de hotărâre intră inclusiv

[1] Gabriela Răducan, Carolina Maria Niţă, *Regulamentul CE n. 44/2001 privind competenţa judiciară, recunoaşterea şi executarea hotărârilor în materie civilă şi comercială. Comentat şi adnotat*, Ed. Hamangiu, 2011, p. 7.

[2] Hotărârea din 20 februarie 1979, Cauza 120/78, Rewe-Zentral AG/Bundesmonopolverwaltung fur Brannrwein, în culegerea Curţii de Justiţie a Uniunii Europene 1979.

măsurile de conservare, cât şi pronunţările emise în contextul procedurilor cu structură rapidă. În acest sens, cu titlu de exemplu, au fost considerate „hotărâri" recognoscibile ordonanţa privind somaţie de plată sau decizia de somaţie. Tot conform CJUE, natura jurisdicţională a hotărârii derivă din cerinţa contradictorialităţii, indiferent de caracterul administrativ sau exclusiv jurisdicţional al organului care o emite[1]. Totuși, Curtea a reţinut că ar putea beneficia de regimul recunoaşterii şi executării - deja prevăzut de Convenţia de la Bruxelles - şi măsurile asigurătorii, fără ca prin aceasta să se aducă atingere necesităţii respectării principiului contradictorialităţii[2]. În schimb, a exclus aplicabilitatea regulamentului de la tranzacţiile încheiate înaintea unei instanţe[3].

Regimul circulaţiei hotărârilor judecătoreşti configurat de regulament are un caracter absolut, în sensul că persoanei care intenţionează să solicite recunoaşterea/executarea unei hotărâri străine nu îi este dat să aleagă dacă să se prevaleze de procedura prevăzută de dreptul comun în loc de cea prevăzută de regulament (rămânând stabilit că procedura regulamentului nu poate fi parcursă de cel care ia iniţiativa de a se adresa instanţei pentru a se constata nerecunoaşterea). Curtea de Justiţie a afirmat în mod explicit că procedura corespondentă configurată de Convenţia de la Bruxelles "*constituie un sistem autonom şi complet, independent faţă de sistemele juridice ale statelor contractante şi că principiul certitudinii dreptului în sistemul comunitar şi scopurile urmărite de Convenţie cer să fie aplicate uniform în toate statele contractante dispoziţiile Convenţiei şi jurisprudenţa Curţii raportată la aceasta*"[4]. Însă caracterul absolut al regimului de circulaţie configurat de regulament se explică şi într-o altă direcţie. Referindu-se la Convenţia de la Bruxelles, Curtea de Justiţie a precizat într-adevăr că regimul prevăzut de aceasta *nu* era de la sine susceptibil de aplicare procedurilor sau chestiunilor apărute în cadrul procedurilor intentate în state contractante referitoare la recunoaşterea şi la executarea hotărârilor în materie civilă şi comercială pronunţate în statele terţe[5].

Regimul de circulaţie prevăzut actualmente de regulament pune accent pe deosebirea dintre recunoaştere şi executare şi exclude, în principiu, pentru recunoaştere necesitatea intervenţiei autorităţilor judiciare locale. Intervenţia acestora din urmă este prevăzută numai în scopurile executării. În plus, puterile de control cu care autorităţile judiciare ale statelor membre sunt investite sunt destul de reduse şi pot fi exercitate numai în a doua fază, adică după ce hotărârea a fost declarată executorie în statul respectiv, în eventualitatea opoziţiei din partea părţii împotriva căreia se solicită executarea.

---

[1] Gabriela Răducan, Carolina Maria Niţă, *idem*, Ed. Hamangiu, 2011, p. 130.

[2] Hotărârea Curții din data de 17 noiembrie 1998 în Cauza C-391/95, Van Uden Maritime BV (Van Uden Africa Line) împotriva Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line şi alții, Repertoriul jurisprudenței 1998 i-07091 și Hotărârea Curții din data de 27 aprilie 1999 în Cauza C-99/96, Hans-Hermann Mietz împotriva Intership Yachting Sneek BV, Repertoriul jurisprudenței 1999 i-02277.

[3] Hotărârea Curții (camera a șasea) din data de 2 iunie 1994 în Cauza C-414/92 Solo Kleinmotoren GmbH împotriva Emilio Boch, Repertoriul jurisprudenței 1994 i-02237.

[4] Hotărârea Curții din data de 28 martie 2000 pronunțată în Cauza C-7/98, Dieter Krombach împotriva André Bamberski, Repertoriul jurisprudenței 2000 i-01935

[5] Hotărârea Curții (camera a șasea) din data de 20 ianuarie 1994 pronunțată în Cauza C-129/92 Owens Bank Ltd împotriva Fulvio Bracco și Bracco Industria Chimica SpA, Repertoriul jurisprudenței 1994 i-00117

2. Efectele recunoaşterii hotărârii străine

Art. 33 şi următoarele din Regulamentul (CE) nr. 44/2001 permit recunoaşterea automată a efectelor neexecutorii ale hotărârilor străine şi prevăd expres formalităţile procedurale ce se extind la efectele sale executorii. Tot aceste dispoziţii limitează în mare parte controalele care pot fi efectuate de instanţa statului de recunoaştere (sau de executare) şi care pot fi solicitate acesteia.

”Autoritatea” şi ”eficacitatea” hotărârilor străine nu sunt limitate la efectele ce decurg din puterea lucrului judecat, ci privesc toate efectele pe care sistemul juridic de origine le atribuie respectivelor hotărâri. Nu întâmplător, în redactarea regulamentului a fost evitată în mod deliberat expresia ”autoritate de lucru judecat”, deoarece, ”*sunt susceptibile de a fi recunoscute şi hotărârile interlocutorii precum şi hotărârile pronunţate în materie de jurisdicţie voluntară, care nu au autoritate de lucru judecat*”[1]. Regulamentul specifică în schimb că numai o hotărâre pronunţată într-un stat membru şi care a fost declarată executorie în statul în cauză poate fi pusă în executare într-un alt stat membru (art. 38).

Aşadar, în scopul recunoaşterii nu este necesar ca în sistemul juridic *a quo*, hotărârea să fi dobândit autoritate de lucru judecat. Pe de altă parte, dacă hotărârea a intrat în autoritatea de lucru judecat, evident că recunoaşterea o include, atât în sens pozitiv cât şi negativ. În sens pozitiv, autoritatea de lucru judecat se traduce în forţa obligatorie a efectelor sale substanţiale, a eficacităţii a ceea ce s-a hotărât în străinătate, adică în ansamblul efectelor hotărârii străine. În sens negativ, autoritatea de lucru judecat reprezintă un obstacol în a formula o contestaţie împotriva a ceea ce instanţa străina s-a pronunţat deja. Cu alte cuvinte, hotărârea străină constituie fundament al excepţiei de lucru judecat chiar şi în cazul în care, este vorba de o hotărâre lipsită de forţă obligatorie. Această soluţie este susţinută şi de Curtea de Justiţie[2], potrivit căreia, dacă o parte procesuală a obţinut într-un stat membru o hotărâre favorabilă susceptibilă de a fi declarată executorie într-un alt stat membru, nu poate solicita instanţei din acest din urmă stat să pronunţe împotriva părţii adverse o hotărâre de obligare identică cu cea emisă în primul stat. Această interdicţie impusă de regulament rezultă din faptul că instanţa din al doilea stat ar putea ajunge la rezultate care să vină în contradicţie cu cele la care a ajuns instanţa străină, încălcându-se astfel obligaţia de recunoaştere a hotărârilor străine. Pe de altă parte, art. 27 din regulament, ce reglementează litis-pendenţa dovedeşte preocuparea de a se evita, în măsura în care este posibil, ca instanţele din state membre diferite să se soluţioneze de acelaşi litigiu. Dublarea cauzelor, în afară de riscul ireconciliabilităţii, ar comporta şi riscul de a permite creditorului să obţină două titluri executorii pentru aceeaşi creanţă. În ceea ce priveşte ideea conform căreia procedura de la art. 38 şi următoarele din regulament s-ar putea dovedi în concret mai costisitoare decât o nouă acţiune în judecată, Curtea de Justiţie a observat că, regulamentul ar trebui să determine statele membre să facă astfel încât cheltuielile cu procedura să fie fixate ţinând cont de obiectivul de simplificare a formalităţilor pentru recunoaştere şi executare.

Având în vedere posibilitatea recunoaşterii unor hotărâri care nu sunt definitive, nu putem pierde din vedere nici ipoteza în care, o hotărâre străină, deja recunoscută, îşi

[1] A se vedea Raportul Jenard asupra Convenției de la Bruxelles, JO 1979, C 59/1.

[2] Hotărârea Curții din data de 30 noiembrie 1976 în Cauza 42-76, Jozef de Wolf împotriva Harry Cox BV, Repertoriul jurisprudenței 1976 01759

încetează efectele în sistemul de drept de origine, ca urmare a pronunţării unei hotărâri ulterioare. În această eventualitate, eficacitatea hotărârii încetează automat şi în celălalt stat membru, având în vedere că în statul solicitat efectele sunt numai cele atribuite hotărârii în sistemul juridic de origine. Hotărârea străină de reformare trebuie în schimb să fie la rândul său recunoscută în statul membru solicitat atunci când se doreşte ca aceasta să-şi producă efectelor proprii în sistemul juridic de origine.

În sfârşit, recunoaşterea poate fi doar parţială, atunci când în hotărârea străină există şi pretenţii care nu intră în cadrul de aplicare a regulamentului, dar şi în cazul în care – chiar dacă intră în sfera de aplicare a acestuia din urmă – unele dintre dispoziţiile ale sale nu răspund condiţiilor necesare pentru recunoaştere.

3. Recunoaşterea pe cale principală şi pe cale incidentală

Potrivit sistemului reglementat de art. 33 alin (1) din regulament, recunoaşterea are loc automat fără a fi necesară intervenţia autorităţii judiciare locale. Alineatele 2 şi 3 ale art. 33 prevăd totuşi posibilitatea apariţiei unei contestaţii. În acest caz, dacă recunoaşterea este invocată pe cale principală, se recurge la procedura pe care regulamentul o prevede în scopul executării la art. 38 - 58. Regulamentul circumscrie părţii care are interes ca o hotărâre pronunţată într-un alt stat membru să fie declarată recunoscută (sau executorie), posibilitatea şi obligaţia de a se prevala de o procedură simplificată. În acelaşi timp, partea care contestă recunoaşterea, precum şi altor persoane interesate în lămurirea situaţiei litigioase, le este oferită numai posibilitatea de a utiliza procedura ordinară prevăzută de legea locală. Trebuie să precizăm de asemenea, că este exclusă posibilitatea ca procedura specială prevăzută de regulament să fie utilizată pe cale pur preventivă, adică de către creditorul interesat să obţină o clarificare imediată a situaţiei juridice în statul membru solicitat, mai înainte de executare.

Se observă faptul că procedura prevăzută de regulament are o natură pur declarativă, din moment ce eficacitatea hotărârii străine este pe cale de principiu automată. Instanţa chemată să intervină, după ce a constatat că sunt îndeplinite condiţiile, nu poate decât să constate şi să declare că hotărârea este eficace.

Acţiunea de recunoaştere pe cale principală este prevăzută pentru orice hotărâre, indiferent de efectele acesteia, prin urmare atât pentru hotărârile în constatare cât şi pentru cele susceptibile de executare. Totuşi, chiar şi în acest ultim caz, nu putem exclude interesul părţii de a invoca autoritatea de lucru judecat a hotărârii, nu neapărat pentru obţinerea imediată a unui titlul executoriu, cât, spre exemplu, exclusiv în scopul de a invoca compensaţia legală. În orice caz, se recurge de regulă la această procedură, în cazul hotărârilor nesusceptibile de executare, cum ar fi, spre exemplu, cele privind declararea proprietăţii. Pentru această ipoteză, în cazul în care s-ar fi dorit ca regulamentul să fie inaplicabil, ar fi trebuit să se creeze sau să se menţină, proceduri naţionale, inevitabil diferite de la stat la stat. Se poate spune deci că art. 33 alin. (2) creează o nouă acţiune ”comunitară”, care funcţionează în acelaşi fel în toate statele membre.

Partea care doreşte să se prevaleze de hotărârea străină poate totuşi să aibă interes, în loc să solicite recunoaşterea pe cale principală, să invoce simplu hotărârea pe cale incidentală, pe baza excepţiei autorităţii de lucru judecat, în cursul unei alte proceduri.

În cazul cererii de recunoaştere pe cale incidentală, art. 33 alin. (3) admite că aceeaşi instanţă înaintea căreia este în curs procesul în care a fost invocată hotărârea străină, este competentă să se pronunţe şi asupra recunoaşterii acesteia (o aplicaţie particulară a principiului *accesorium sequitur principale*). Drept urmare, instanţa competentă a

verifica legalitatea hotărârii străine poate fi şi o instanţă penală, având în vedere că art. 33 alin. (3) nu distinge între jurisdicţiile statelor membre. Efectele hotărârii străine recunoscute pe cale incidentală încetează în cadrul procedurii în care aceste efecte sunt invocate. Trebuie subliniat şi faptul că, întrucât o eventuală cerere ulterioară de executare nu poate fi respinsă decât pe motivele pentru care poate fi respinsă şi recunoaşterea, hotărârea instanţei normal competentă pentru executare nu ar trebui în principiu să se îndepărteze de hotărârea instanţei care s-a pronunţat pe cale incidentală asupra recunoaşterii.

4. Procedura de urmat în caz de contestaţie privind recunoaşterea hotărârii străine şi pentru obţinerea încuviinţarea executării

Prin instituirea principiului recunoaşterii automate a hotărârilor pronunţate în celelalte state ale Uniunii Europene, legiuitorul comunitar s-a străduit să creeze un cadru în care executarea să se realizeze cât mai rapid şi mai simplu posibil. Într-adevăr, regulamentul prevede uneori, chiar detaliat, procedura menită să consimtă executarea forţată în fiecare stat a hotărârilor pronunţate în celelalte state membre şi declarate executorii în statul de origine (art. 38 şi următoarele)[1]. Această procedură fiind dispusă numai pentru înlesnirea recunoaşterii şi executării, nu doar că nu s-a dat posibilitatea ca partea care contestă recunoaşterea să beneficieze de ea, dar nici măcar nu s-a permis ca persoana interesată să se prevaleze de această procedură, pe cale preventivă, pentru a obţine o clarificare imediată a situaţiei juridice. Într-adevăr, procedura instituită de regulamentul este aplicabilă numai ”în caz de contestaţie” [art. 33 alin. (2)].

În baza articolelor 53 - 56, partea care se adresează instanţei pentru a solicita recunoaşterea (sau încuviinţarea executării) hotărârii străine trebuie să prezinte o copie certificată a acesteia din urmă în limba originală. Prezentarea traducerii va putea fi eventual solicitată de instanţă, în schimb, este în mod explicit exclusă necesitatea unor legalizări sau a unei alte formalităţi. În cazul în care cererea are ca scop obţinerea încuviinţării executării, urmează a se prezenta un certificat eliberat de instanţa care a pronunţat hotărârea, conform unui model stabilit tot de regulament în Anexa V [art. 53 alin. (2) şi art. 54]. În acest certificat, instanţa de origine trebuie să indice printre altele, numele părţilor, data hotărârii iar în cazul hotărârii pronunţate în lipsă, data comunicării sau notificării cererii şi, de asemenea, trebuie să certifice că hotărârea este executorie în statul membru în care a fost pronunţată. Instanţa poate totuşi să-l exonereze pe petent de prezentarea certificatului menţionat, în cazul în care consideră ”că dispune de suficiente informaţii” [art. 55 alin. (1)]. Prevederile dictate de regulament sunt destinate să îşi găsească completarea în sistemul de drept naţional. În hotărârea Consiliului din 28 mai 2001 privind crearea unei Reţele judiciare europene în materie civilă şi comercială[2] este prevăzută redactarea, prin grija Reţelei, a unor scheme de informare cu privire la ”normele şi procedurile pentru executarea hotărârilor pronunţate într-un alt stat membru” [art. 15 alin. (2) lit. e)].

Cererea prin care partea solicită recunoaşterea sau încuviinţarea executării trebuie să fie prezentată instanţei indicate, pentru fiecare stat, în Anexa II citată de art. 39 alin (1). Pentru România, potrivit Legii nr. 191/2007 pentru aprobarea O.U.G. nr. 119/2006

[1] La această procedură se alătură şi cea prevăzută de Regulamentul (CE) nr. 805/2004 care instituie titlul executoriu european şi priveşte hotărârile referitoare la creanţele necontestate.

[2] Decizia Consiliului din 28 mai 2001 de creare a unei Reţele Judiciare Europene în materie civilă şi comercială, publicată în JO L 174, 27/06/2001, p. 25–31.

privind unele măsuri necesare pentru aplicarea unor regulamente comunitare de la data aderării României la Uniunea Europeană, în privinţa aplicării Regulamentului (CE) nr. 44/2001, cererile pentru recunoaşterea, precum şi cele pentru încuviinţarea executării silite pe teritoriul României a hotărârilor în materie civilă şi comercială, pronunţate într-un alt stat membru al Uniunii Europene, sunt de competenţa *tribunalului.*

Cât priveşte identificarea instanței competente teritorial la nivel național, art. 39 alin. (2) din regulament [aplicabil datorită precizării operate de art. 33 alin. (2) şi în scopul recunoaşterii] face referire la *domiciliul părţii împotriva căreia se solicită executarea* sau la *locul executării*. Cele două criterii de legătură se află într-un concurs alternativ și nu succesiv.

Referitor la modalitatea în care se desfăşoară procedura privind recunoaşterea sau declararea ca executorie a unei hotărâri pronunţate într-un alt stat membru, trebuie subliniat că aceasta se desfăşoară în două faze. Prima fază exclude participarea părților (contradictorialitatea), aceasta fiind amânată până la o eventuală fază ulterioară, a contestației. Procedura este una *necontencioasă*, iar instanţa declară imediat recunoaşterea sau executorialitatea pe baza unui simplu control formal al respectării prevederilor art. 53 şi „*fără nicio examinare, conform articolelor 34 şi 35*" (art. 41). În acest sens s-a observat[1], pe bună dreptate, că recunoaşterea şi executorialitatea sunt *cvasiautomate*, având în vedere că cererea poate fi respinsă doar pentru faptul că documentaţia prezentată e incompletă sau în neregulă, pentru că materia nu aparţine domeniului civil ori comercial sau pentru că cererea se referă la o hotărâre care, potrivit legii, nu poate fi recunoscută. Prin urmare, verificarea ţine doar de regularitatea formală a documentatelor referitoare la hotărârea străină (a se vedea considerentul 17 din regulament) şi nicidecum de hotărâre în sine. Măsura dispusă de instanţă poate fi însă atacată în conformitate cu dispozițiile art. 43. Cea de-a doua fază nu este obligatorie, ci doar eventuală, fiind lăsată la latitudinea fiecărei părţi, care poate introduce o acțiune împotriva hotărârii privind cererea de recunoaştere sau de executorialitate[2]. În conformitate cu alineatul 3 al art. 43, "*acţiunea este examinată în conformitate cu normele care reglementează procedura contradictorie*". Dispoziţia vizează doar să stabilească faptul că în toate statele Uniunii Europene această procedură trebuie să se desfăşoare cu respectarea principiului contradictorialității, instituind doar pentru unele aspecte, o reglementare uniformă a acesteia. Prin urmare statele trebuie să utilizeze una dintre procedurile prevăzute de propriul lor sistem de drept, aptă să asigure că orice persoană interesată poate în mod raţional să-şi susţină înaintea instanţei propria sa poziţie. Deşi nu se menționează expres, această fază procesuală trebuie să se desfăşoare cu maximă celeritate, pentru a nu se încălca spiritul şi scopul regulamentului, care este tocmai acela de a simplifica orice procedură şi de a urgenta punerea în executare a hotărârilor care au acest caracter.

În ceea ce priveşte termenul de introducere a acțiunii, regulamentul dispune că, în cazul în care a fost admisă cererea de recunoaştere sau încuviinţare a executării,

---

[1] M. De Cristofaro, T Kofler, Codice di procedura civile commentato, a cura di C. Consolo e F.P. Luiso, Ed. a 3-a, Milano, 2007, p.5575

[2] În interpretarea aplicării dispozițiilor art. 43, Curtea de Justiție a UE a precizat că un creditor nu poate ataca decizia referitoare la încuviinţarea executării solicitată de un alt creditor al aceluiaşi debitor, dacă nu s-a prezentat formal în procesul iniţiat de celălalt creditor (a se vedea Hotărârea Curții (camera întâi) din data de 23 aprilie 2009în Cauza C-167/08 Draka NK Cables Ltd, AB Sandvik international, VO Sembodja BV şi Parc Healthcare International Limited împotriva Omnipol Ltd. Repertoriul jurisprudenței, 2009 i-03477)

acţiunea împotriva hotărârii de încuviinţare a executării se introduce în termen de o lună de la data comunicării acesteia sau în termen de două luni, dacă partea care se opune este domiciliată într-un alt stat decât cel solicitat [art. 43 alin. (5)]. După cum a precizat Curtea de Justiţie[1] este aptă să determine curgerea termenului sus-menţionat numai comunicarea regulamentar efectuată potrivit dreptului procesual al statului membru în care urmează să aibă loc executarea, scop în care nu este suficientă simpla luare la cunoştinţă a hotărârii de către debitor.

În cadrul acțiunii prevăzute de art. 43, instanţa nu poate refuza sau revoca o hotărâre de încuviinţare a executării decât pentru unul dintre motivele prevăzute la articolele 34 şi 35 din regulament. Problemele referitoare la alte posibile obstacole în recunoaşterea sau executarea hotărârii, cum ar fi cele privind validitatea hotărârii sau a actului publicat redactat în străinătate, pot fi invocate numai într-o acţiune ordinară de opoziţie la executare. Pe de altă parte, Regulamentul (CE) nr.44/2001 nu cuprinde nici o dispoziție cu privire la posibilitatea ca instanţa din oficiu să invoce alte motive de respingere decât cele formulate de partea interesată, de unde deducem că nu îi este conferită instanței o astfel de prerogativă.

5. Suspendarea procedurii de recunoaştere/executare

Deoarece sunt susceptibile de recunoaştere şi hotărârile nedefinitive (chiar şi hotărârile interlocutorii), este posibil – cu scopul de a preîntâmpina inconvenientele derivând din ”nesiguranţa” unei hotărâri de acest gen – să se suspende procedura până când hotărârea va deveni definitivă în statul de origine.

În cadrul primei faze, ce se desfăşoară fără contradictorialitate, suspendarea poate fi hotărâtă din oficiu de instanţa solicitată cu recunoaşterea sau cu executarea, când reiese (evident, din actele depuse) că hotărârea în cauză face obiectul unei căi de atac în statul de origine [art. 37 alin. (1)], sau, dacă este vorba de o hotărâre pronunţată în Regatul Unit ori în Irlanda, dacă reiese că executarea acesteia a fost suspendată acolo din cauza exercitării unei căi de atac [art. 37alin. (2)].

Parţial diferită este în schimb reglementarea prevăzută pentru suspendare în faza ce se desfăşoară în contradictoriu. Art. 46 prevede în acest sens că suspendarea poate fi admisă la cererea părţii împotriva căreia s-a solicitat recunoaşterea sau executarea ”*dacă hotărârea străină face, în statul membru de origine, obiectul unei căi de atac ordinare sau dacă termenul pentru introducerea unei astfel de acţiuni nu a expirat încă*”. Dispoziţia în analiză se referă la o cale de atac ordinară, prin contrapunere implicită cu căile extraordinare de atac. În acest sens, este inevitabilă înregistrarea unei dificultăţi de interpretare, având în vedere că în unele state membre distincţia între recursuri ”ordinare” şi recursuri ”extraordinare” este trasată de lege, în altele reprezintă o clasificare pur doctrinară iar în altele este total necunoscută[2]. Această neomogenitate face astfel încât, de exemplu, recursul să fie considerat ”ordinar” în ţări cum este Italia şi Olanda şi, invers, ”extraordinar” în ţări ca România, Franţa şi Belgia. În această situaţie, în conformitate cu regulile generale privind interpretarea tratatelor şi a

[1] Hotărârea Curții (camera a doua) din data de 16 februarie 2006 în Cauza C-3/05, Gaetano Verdoliva împotriva J. M. Van der Hoeven BV, Banco di Sardegna și San Paolo IMI SpA, Repertoriul jurisprudenței 2006 i-01579

[2] Conform opiniei Curşii de Justiţie exprimată în Hotărârea Curții din data de 22 noiembrie 1977 pronunțată în Cauza 43/77, Industrial Diamond Supplies împotriva Luigi Riva, Repertoriul jurisprudenței 1977 02175.

dreptului UE, este de reţinut că expresiile ”contestaţie” şi ”mijloc de atac ordinar” trebuie interpretate în mod autonom în cadrul sistemului regulamentului, astfel cum rezultă din economia dispoziţiilor art. 37 şi 46[1]. În concluzie, instanţa *va putea* suspenda procedura de executare ori de câte ori se ivesc îndoieli rezonabile privind soarta finală în statul de origine a hotărârii. Cu alte cuvinte, prin ”cale ordinară” de atac declarată sau declarabilă împotriva unei hotărâri străine, trebuie să se înţeleagă orice cale de atac care poate comporta anularea sau reformarea hotărârii a cărei executare este solicitată şi care trebuie să fie înaintată, în statul de origine, în termenul fixat de lege, care începe să curgă de la pronunţarea hotărârii propriu-zise. În schimb nu sunt ”ordinare” nici căile de atac care depind de evenimente imprevizibile la data hotărârii, nici cele care depind de acţiunea unor persoane străine de cerere, în cazul în care nu li se pot opune acestora termenele de atac care curg de la pronunţarea hotărârii.

Cu privire la cererea de suspendare se impun aşadar câteva precizări: în primul rând, suspendarea trebuie să fie solicitată de partea împotriva căreia se solicită executarea, suspendarea neputând fi dispusă de instanţă din oficiu.

În al doilea rând, suspendarea nu este posibilă decât dacă hotărârea străină face obiectul unui recurs ordinar, în statul de origine sau dacă termenul pentru a-l formula nu a expirat. În acest ultim caz, instanţa sesizată poate dispune un termen pentru formularea acestui recurs. Raţiunea care a stat la baza acestor prevederi este că, dacă hotărârea este susceptibilă de contestare în statul de origine, este preferabil să se aştepte, iar pronunţarea să nu se facă decât atunci când soarta hotărârii străine va fi definitiv stabilită în statul de origine. Evident, această suspendare nu este obligatorie, instanţa putând face uz de această putere dacă există un dubiu rezonabil cu privire la soarta hotărârii în statul de origine.

Referinţe bibliografice

1. Gabriela Răducan, Carolina Maria Niţă, Regulamentul CE n. 44/2001 privind competenţa judiciară, recunoaşterea şi executarea hotărârilor în materie civilă şi comercială. Comentat şi adnotat, Ed. Hamangiu, 2011.

2. M. De Cristofaro, T Kofler, Codice di procedura civile commentato, a cura di C. Consolo e F.P. Luiso, Ed. a 3-a, Milano, 2007.

3. H. Gaudemet- Tallon, Competence et execution des jugements en Europe, Reglement 44/2001. Convention de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007), 4e edition, L.G.D.J., 2010.

4. C. Punzi, Il processo civile. Sistema e problematiche, vol. I, I soggeti e gli atti, Ed. Giappichelli, Torino, 2008.

[1] Şi, după cum a afirmat Curtea de Justiţie - referindu-se la Convenţia de la Bruxelles - împrejurarea că dispoziţiile acesteia prevăd o simplă putere de suspendare poate permite o interpretare destul de amplă a noţiunilor în analiză.

Evoluţia unor intituţii juridice de la practica judecătorească la reglementarea în noul Cod civil

Oana Cristina ***NIEMESCH****

Abstract: *Mai bine plasat în timp şi spaţiu faţă de realităţile sociale concrete, judecătorul a sesizat necesitatea stabilirii unor criterii generale ce trebuie respectate în cazuri în care se invocă îmbogăţirea fără justă cauză şi dreptul de retenţie, fluctuanţa soluţiilor fiind înlăturată doar de o practică îndelungată şi de verificarea în timp a corectitudinii raţionamentului juridic ales.*

Din acest punct de vedere se remarcă faptul, că fără a i se recunoaşte expres caracterul de izvor de drept, jurisprudenţa şi-a relevat potenţialul creator indirect de lege. Normarea juridică nu a rezultat direct din jurisprudenţă, ci mediat ca urmare a preluării soluţiilor constante ale practicii judecătoreşti şi transpunerii lor în lege, confirmând faptul că legea nu există şi nu se dezvoltă în mod abstract, ci se află într-o legătură indisolubilă cu societatea care o influenţează în funcţie de propriile cerinţe.

Cuvinte cheie: *jurisprudenţă, lege, îmbogăţire fără justă cauză, drept de retenţie*

Introducere

Intrarea în vigoare a Noului Cod Civil a venit să confirme ideea că legiuitorul are în vedere realităţile sociale concrete, că legea este modelată de cerinţele societăţii la un moment dat. Astfel, aceste cerinţele ale societăţii se reflectă iniţial în acţiunile promovate în faţa instanţelor de judecată, în aspectele invocate de părţi şi asupra cărora instanţele sunt chemate să se pronunţe, sens în care probabil că recunoaşterea unor anumite instituţii juridice de către practica judecătorească, recunoaştere dublată de opinii doctrinale favorabile, reprezintă semnalul concret ce justifică necesitatea reglementării lor juridice prin adoptarea unor dispoziţii legale.

Din cele mai vechi timpuri, definită sub celebra formă pretoriană - *do, dico, addico* – jurisprudenţa a jucat un rol major în prefigurarea, naşterea şi realizarea dreptului. Un mecanism care a marcat istoria fenomenului juridic, definindu-i treptat componentele indispensabile[1].

Sub acest aspect, s-a constatat[2] neîndoielnic caracterul evolutiv al izvoarelor dreptului, cât şi capacitatea lor de adaptare de la un sistem de drept la altul, de la un stat la altul, precum şi că esenţial de observat este faptul că în orice epocă şi în cadrul oricărui sistem de drept, izvoarele dreptului au fost absolut necesare pentru elaborarea şi realizarea dreptului.

---

* Curtea de Apel Bucureşti.

[1] M. Duţu, *Jurisprudenţa română, încotro?* în Pandectele române nr. 11/2013, Ed. Wolters Kluwer, Bucureşti, p. 11.

[2] M. Niemesch, *Izvoarele dreptului internaţional şi ale dreptului Uniunii Europene din perspectiva Teoriei Generale a Dreptului*, Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2010, p. 259.

Într-o altă opinie s-a considerat[1] că interpretarea juridică reprezintă puntea de legătură între lege şi jurisprudenţă, judecătorul creând norme jurisprudenţiale pe calea interpretării normelor legale. S-a arătat că, în absenţa corelaţiei dintre lege şi jurisprudenţă, în sistemele de drept romano-germanic, nu poate fi analizată puterea creatoare de drept a jurisprudenţei, întrucât jurisprudenţa derivă din lege, fiind periculoase interpretările care ar conduce la absolutizarea forţei creatoare de drept a jurisprudenţei.

Fără a nega existenţa corelaţia dintre lege şi jurisprudenţă, trebuie avute în vedere şi situaţiile în care, excluzându-se ipoteza legiferării pe cale jurisprudenţială, instanţele de judecată au fost cele care au consacrat ca atare existenţa unor anumite instituţii juridice.

Din această perspectivă, a puterii creatoare de drept a jurisprudenţei ne-am propus o scurtă privire asupra unor instituţii juridice precum îmbogăţirea fără justă cauză şi dreptul de retenţie, pornind de la un element comun ce a stat la baza consacrării lor pe cale jurisprudenţială, şi anume echitatea.

Îmbogăţirea fără justă cauză

Astfel, cu referire la îmbogăţirea fără justă cauză se poate reţine că în Codul civil 1864 nu există nici o dispoziţie care să reglementeze această instituţie, existând doar aplicaţii particulare ale acesteia (art. 484 C. civ., art. 493 C.civ., art. 494 C.civ., art. 997 C.civ., art. 1618 C.civ., art. 1691 C.civ.).

Instituţia îşi are originea în dreptul roman în care s-au creat mai multe acţiuni denumite *condictiones*, iar una dintre aceste acţiuni *condictio sine causa* se referă la îmbogăţirea fără justă cauză. Cu ocazia codificării dreptului roman de către Justinian au fost clasificate toate acţiunile (*condictiones*) născute din îmbogăţirea fără justă cauză, denumite cu un termen juridic- *condictiones sine causa* -, cuprinzând următoarele acţiuni: *condictio indebiti*, *condictio casa data non secuta*, *condictio ob turpem causam*, *condictio ob injustam causam* şi *condictio sine causa* în sens strict.[2]

Dacă acţiunea *condictio indebiti* stă la originea acţiunii în restituirea plăţii nedatorate, celelalte acţiuni fundamentează acţiunea în restituire în toate situaţiile de îmbogăţire fără justă cauză aflate în afara domeniului actelor juridice.

Jurisconsultul Pomponius a formulat printr-un text celebru îndatorirea de a nu se îmbogăţi în detrimentul altuia sub forma unui precept moral: „*Iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletionem*."[3]

Reţinând faptul că obligaţia de a nu se îmbogăţi în detrimentul altuia îşi are originea în dreptul roman, se arată[4] că aceasta a căpătat aspecte specifice în fiecare orânduire socială datorită formelor diferite ale dreptului de proprietate.

În sistemul nostru de drept, s-a consacrat, tot pe cale pretoriană, îmbogăţirea fără justă cauză privită ca izvor autonom de obligaţii civile, orientare care a fost acceptată de acum înainte cu unele inconsecvenţe de către întreaga jurisprudenţă, precum şi de doctrina de specialitate din ţara noastră[5].

---

[1] I. Grigore-Rădulescu, *Despre jurisprudenţă şi precedent judiciar din perspectiva izvoarelor dreptului* în Pandectele Române nr. 2/2014, Ed. Wolters Kluwer, Bucureşti, 2014, p. 71.

[2] P.F. Girard, *Manuel elementaire de droit romain*, ed. a V-a, Paris, 1911, p. 614-615.

[3] Digeste, 50, 17, citat în D. Gherasim, Îmbogăţirea fără cauză în dauna altuia, Ed. Academiei, Române, Bucureşti,1993, p. 13.

[4] D. Gherasim, *op. cit.,* p. 121.

[5] L. Pop, *Îmbogăţirea fără justă cauză în reglementarea Noului Cod Civil* în Dreptul nr. 7/2013, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, p. 19.

Astfel, în literatura de specialitate[1] au fost identificate în dreptul român trei etape principale în evoluţia analizelor instituţiei îmbogăţirii fără justă cauză: prima poate fi încadrată până la 1945, a doua între 1945 şi 1990 şi etapa de după 1990.

Ca o constantă a perioadei de până la 1945 s-a identificat propunerile de normare a îmbogăţirii fără justă cauză după modelul italian sau austriac, fără aplicaţii particulare structurate unitar, diferenţele dintre teoriile epocii axându-se pe acceptarea sau nu a îmbogăţirii indirecte, evaluarea patrimoniului îmbogăţit sau analiza justei cauze în cazul îmbunătăţirilor imobiliare.

În perioada 1945-1990, numărul speţelor ce au avut ca obiect îmbogăţirea fără justă cauză este mic şi se ghidează după deciziile de îndrumare ale Tribunalului Suprem, în timp ce în perioada de după 1990 se constată o nouă evoluţie a principiului îmbogăţirii fără justă cauză, el fiind invocat într-o serie de speţe ce aveau ca obiect cereri în procedurile de restituire sau în domeniul comercial în cazul unor raporturi contractuale neformalizate printr-un acord scris.

În contextul în care opiniile doctrinare, dar şi cele exprimate în practica judecătorească erau în sensul că pentru acurateţea analizei instituţiei se impunere reglementarea expresă a acesteia trebuie menţionată opinia[2] nuanţată exprimată în literatura juridică potrivit cu care reglementarea de principiu ca izvor de obligaţii (a îmbogăţirii fără justă cauză - n.a.) se impune pentru viitoarea noastră legislaţie civilă, chiar dacă vor fi reţinute şi obligaţii particulare, în cazul altor instituţii.

Având în vedere recenta intrare în vigoare a Noului Cod Civil[3] (01.10.2011), credem că este oportun să se vorbească şi de o a patra etapă a acestei evoluţii, etapă care va fi marcată de existenţa unei reglementări exprese a acestei instituţii în art. 1345-1348[4], de existenţa unor aplicaţii particulare ale sale, precum şi de jurisprudenţa generată de aceste noi dispoziţii legale[5].

---

[1] C. Păun, *Îmbogăţirea fără justă cauză. Studiu comparativ în dreptul german şi român*, Ed. Wolters Kluwer, Bucureşti, 2009, p. 24-26.

[2] C. Stătescu, C. Bîrsan, *Drept civil. Teoria generală a obligaţiilor*, Ed. All Educational, Bucureşti, 1998, p. 120. În acest sens, subliniem că aplicaţii particulare, dar exprese, ale îmbogăţirii fără justă cauză existau în legislaţia anterioară şi în dreptul comercial, ca de exemplu art. 65 din Legea nr. 58/1934 asupra cambiei şi biletului la ordin care reglementa acţiunea de îmbogăţire fără justă cauză (acţiune extracambială) din dreptul comercial după cum urmează „ Când posesorul a pierdut acţiunea cambială în contra tuturor obligaţilor şi nu are contra acestora acţiune cauzală, poate exercita contra trăgătorului, acceptantului sau girantului o acţiune pentru plata sumei cu care aceştia s-au îmbogăţit fără cauză în dauna sa."

[3] Trebuie menţionat faptul că o primă încercare de reglementare în dreptul român a îmbogăţirii fără justă cauză a fost în Codul civil Carol al II-lea unde această instituţie a fost expres prevăzută la art. 1200.

[4] Cu referire la instituţia îmbogăţirii fără justă cauză în dreptul francez s-a reţinut că, în afara oricărui text, a oricărui contract, a oricărui cvasi-contract prevăzut de lege, a oricărui delict, Curtea de casaţie a admis că îmbogăţirea fără justă cauză este o sursă de obligaţii şi chiar a declarat, pentru puţin timp că această sursă a obligaţiei „ nu este supusă nici unei condiţii", sens în care juriştii s-au temut atât de mult de această „maşină care face dreptul să sară în aer" (conform unei expresii a lui J. Flour), încât au depus eforturi s-o „juridicizeze" (după spusele lui P. Hebraud), fixându-i riguros condiţiile şi limitele. A se vedea Stoffe Philippe, Malaurie Philippe, Aynes Laurent, „ *Drept civil. Obligaţii*", Ed. Wolters Kluwer, Bucureşti, 2010, p. 606.

[5] În acest sens, amintim invocarea ca temei juridic a îmbogăţirii fără justă cauză într-o speţă în care se solicita restituirea diferenţei dintre taxa specială achitată pentru autoturisme şi autovehicule şi taxa de poluare pentru autovehicule, sumă restituită în numerar, pe care pârâtul ar fi încasat-o de două ori (Sent. Civ. nr. 2187/22.04.2013 pronunţată de Judecătoria Alexandria – nepublicată -, irevocabilă prin respingerea recursului). De asemenea, aceeaşi instituţie juridică a fost invocată în susţinerea unei

O precizare se impune cu privire la indicarea expresă ca şi izvor de obligaţii a îmbogăţirii fără justă cauză în art. 1165 din Noul Cod civil. Astfel, apare o oarecare necorelare între ordinea enumerării ca şi izvoare de obligaţii a faptelor juridice licite (gestiunea de afaceri, îmbogăţirea fără justă cauză, plata nedatorată) şi ordinea reglementării lor în Capitolul III, Titlul II, Cartea a V-a (gestiune de afaceri, plată nedatorată, îmbogăţire fără justă cauză).

S-a exprimat chiar opinia[1] că poate s-ar fi cuvenit ca îmbogăţirea fără justă cauză să ocupe prima secţiune a faptului juridic licit, având în vedere că este în discuţie un fapt juridic şi totodată, un principiu fundamental de drept (sprijinit de echitate), care întemeiază soluţiile oferite gestiunii de afaceri şi plăţii nedatorate. Oarecum în acelaşi sens, însă raportându-se la vechiul Cod civil s-a afirmat[2] că, cu excepţia unor reglementări specifice, gestiunii de afaceri şi plăţii nedatorate li se aplică regulile care alcătuiesc teoria principiului îmbogăţirii fără justă cauză.

Condiţiile îmbogăţirii fără justă cauză sunt reglementate în art. 1345 care prevede că cel care, în mod neimputabil, s-a îmbogăţit fără justă cauză în detrimentul altuia este obligat la restituire, în măsura pierderii patrimoniale suferite de cealaltă persoană, dar fără a fi ţinut dincolo de limita propriei sale îmbogăţiri. Legiuitorul a individualizat şi situaţiile în care îmbogăţirea apare ca fiind justificată, cazurile şi întinderea restituirii, precum şi caracterul subsidiar al acţiunii întemeiate pe îmbogăţirea fără justă cauză.

S-a învederat[3] că legiuitorul român, în formularea acestor reglementări, a utilizat ca principale izvoare interne, cu valoare de repere, soluţiile doctrinare şi statuările jurisprudenţiale în materie, a căror veridicitate şi utilitate au fost validate în cursul unui secol întreg. Astfel, definiţia şi regimul juridic al îmbogăţirii fără justă cauză formulate şi construite de doctrină şi jurisprudenţă au fost avute în vedere pentru a reglementa în art. 1345 C.Civ. condiţiile materiale sau economice şi condiţiile juridice care trebuie întrunite pentru a fi în prezenţa acestui fapt juridic şi a obligaţiei pe care o generează, precum şi pentru admisibilitatea acţiunii în restituirea îmbogăţirii, care poartă denumirea de *actio de in rem verso*.

Salutând iniţiativa legiuitorului care, în sfârşit a găsit pârghiile necesare, şi a reglementat această instituţie alături de cele două instituţii (gestiunea de afaceri şi plata nedatorată-n.a.), întregind astfel tabloul faptului juridic licit, în literatura de specialitate s-a considerat[4] că această intruziune nu reprezintă „ un imperativ de modernizare a sistemului juridic românesc", întrucât principiul acestei instituţii dăinuie din cele mai vechi timpuri, constituind unul din cele mai solide percepte morale. Se apreciază că această reglementare reprezintă mai degrabă un „imperativ de normare a principiilor dezvoltate jurisprudenţial".

---

acţiuni având ca obiect obligarea pârâtei la plata unei sumei reprezentând contravaloarea folosinţei pe o anumită perioadă a suprafeţei de 16,5 ha teren agricol, teren proprietate a statului, exploatat de către pârâtă, fără acordul reclamantei şi fără a deţine contract (Sent. Civ. nr. 2134/12.12.2013 pronunţată de Judecătoria videle – nepublicată -, nedefinitivă).

[1] C. Jugastru, *Faptele juridice licite-surse de obligaţii* în Studia Universitatis Babeş-Bolyai Iurisprudentia nr. 4/2013, sursa Internet, www.studia.law.ubbcluj.ro consultat ultima oară la data de 01.04.2014.

[2] L. Pop, I. F. Popa, S.I. Vidu, *Tratat elementar de drept civil. Obligaţiile conform noului Cod civil*, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2012, capitol elaborat de I.F. Popa, p. 344.

[3] L. Pop, *op. cit.,* p. 43.

[4] I. Adam, *Drept civil. Obligaţiile. Faptul juridic -în reglementarea NCC*, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2013, p. 94.

Pornind de la principiul echităţii care în cazul concret s-a concretizat în adagiul potrivit căruia nimeni nu se poate îmbogăţi în detrimentul altuia societatea a simţit nevoia să sancţioneze juridic un asemenea comportament, mai întâi prin intermediul practicii judecătoreşti, iar ulterior legiuitorul a preluat la nivel de normă juridică soluţiile jurisprudenţiale. S-a evidenţiat influenţa societăţii în sensul modelării dreptului, prin intermediul jurisprudenţei ce a căpătat astfel potenţial creator de lege.

Dreptul de retenţie

Un alt exemplu în care necesitatea reglementării legale a anumitor relaţii sociale a fost identificat de practica judecătorească este cel al dreptului de retenţie. S-a arătat[1] că vechiul Cod civil nu formulează un principiu privind dreptul de retenţie, ci marchează numai aplicaţii ale sale. Din aceste aplicaţii, literatura de specialitate şi practica judecătorească au dedus existenţa, cu aplicaţie generală, dincolo de cazurile particulare enumerate de cod a principiului respectiv, evident ori de câte ori, există un *debitum cum re iunctum*.

Ca şi în cazul îmbogăţirii fără justă cauză, dreptul de retenţie îşi are originea în dreptul roman, schiţarea acestei instituţii fiind meritul principal al jurisprudenţei. Având o autonomie proprie odată cu apariţia distinctă în Institutele lui Justinian („ *unde retinere possim*”, „*paterat retentionem facere*” şi „ *per retentionem impensas servare*”) s-a concluzionat[2] că în dreptul roman, retenţia apare ca o creaţie a judecătorului şi este consacrată sub formă de „*exceptio doli*”, fiind aplicată numai în anumite condiţii şi, doar, în unele cazuri particulare.

Aplicaţiile particulare reglementate în Codul civil 1864 decurgeau unele din ideea de drept de garanţie (art. 1730 pct. 7 C.civ., art. 1322 şi 1323 C.civ.), iar altele nu aveau nici o legătură cu dreptul de garanţie (art. 771 C.civ., art. 1618 şi 1619 C.civ., art. 1444 C.civ.).

Cazuri particulare ale dreptului de retenţie au fost reglementate şi în legile speciale după cum urmează: art. 8 alin. (4) din Legea nr. 16/1994 a avut în vedere recunoaşterea unei drept de retenţie arendaşului cu privire la contraprestaţiile sale faţă de cealaltă parte izvorâte din contract, dar stabilirea dreptului de retenţie se putea face numai prin hotărâre judecătorească. Fără a se mai specifica în mod expres necesitatea recurgerii la instanţa de judecată, textul art. 43 alin. (2) din OUG nr. 40/1999 stabilea că până la achitarea integrală a despăgubirilor de către proprietar, chiriaşul avea drept de retenţie asupra locuinţei, însă în practica judecătorească pentru stabilirea întinderii despăgubirilor chiriaşul apela la instanţa de judecată ocazie cu care se solicita şi dreptul de retenţie corespunzător care avea astfel la bază tot o hotărâre judecătorească.

Fiind o creaţie a practicii judecătoreşti şi în cazul dreptului de retenţie s-a evidenţiat o lipsă de consecvenţă în soluţiile adoptate pe parcursul timpului, soluţiile fiind dintre cele mai diverse şi pornind de la abordări restrictive până la cele permisive.

Relativ la consacrarea dreptului de retenţie în jurisprudenţă s-au identificat [3] mai multe tendinţe marcate după cum urmează de conexitatea materială, obiectivă (exemple: actul posesorului care a construit sau a făcut îmbunătăţiri pe un fond aparţinând altuia, cheltuielile în legătură cu un lucru şi daunele cauzate de un lucru), de conexitatea

[1] C. Stătescu, C. Bîrsan, *op. cit.,* p. 409.
[2] M. Voicu, *Dreptul de retenţie*, Ed. Lumina Lex, Bucureşti, 2001, p. 37.
[3] M. Voicu, *op. cit.,* p. 54-57.

juridică, contractuală (ori de câte ori există un contract sau un cvasi contract din care să rezulte două creanţe reciproce) şi conexitatea convenţională.

Atât doctrina, cât şi practica a acceptat extinderea aplicării dreptului de retenţie în afara situaţiilor reglementate expres de lege numai în acele cazuri în care există o legătură între creanţa garantată şi lucru (conexitate materială sau obiectivă) sau detenţia acestuia (conexitate juridică sau intelectuală)[1].

Conştientizând necesitatea reglementării exprese a instituţiei dreptului de retenţie cu caracter general, iar nu doar ca aplicaţii particulare în anumite domenii, legiuitorul Noului Cod Civil a reglementat dreptul de retenţie (art. 2495-2499) în Capitolul VI din Titlul XI Privilegii şi garanţii reale din Cartea a V-a Despre obligaţii.

Astfel, potrivit art. 2495 din Noul Cod Civil cel care este dator să remită sau să restituie un bun poate să îl reţină cât timp creditorul nu îşi execută obligaţia sa izvorâtă din aceleaşi raport de drept sau, după caz, atâta timp cât creditorul nu îl despăgubeşte pentru cheltuielile necesare şi utile pe care le-a făcut pentru acel bun ori pentru prejudiciile pe care bunul i le-a cauzat. În continuare, reţinând faptul că prin lege se pot stabili şi alte situaţii în care o persoană poate exercita un drept de retenţie, legiuitorul s-a preocupat să reglementeze şi interdicţiile (excepţiile) exprese de la dreptul de retenţie, îndatoririle celui care exercită dreptul de retenţie, opozabilitatea şi stingerea dreptului de retenţie.

În literatura de specialitate[2] s-au evidenţiat deja critici în legătură cu definiţia oferită dreptului de retenţie acestea vizând în principal utilizarea termenului de creditor pentru a desemna persoana îndreptăţită la predarea sau restituirea bunului atâta timp cât ea nu acoperă toate situaţiile în care poate fi recunoscut dreptul de retenţie se sugerează că dreptul de retenţie poate fi recunoscut şi atunci când obligaţia de restituire sau predare a bunului şi creanţa creditorului au o origine comună, creând premisele unui melanj inacceptabil între excepţia de neexecutare şi dreptul de retenţie. În final, relativ la alin. (2) al art. 2495 C.civ. s-a arătat că acesta poate fi sursa unor confuzii, în măsura în care el s-ar putea constitui în temei pentru aplicarea dreptului de retenţie şi dincolo de situaţiile în care există o conexitate materială între creanţă şi bun.

Se remarcă faptul că aplicaţii particulare ale dreptului de retenţie au continuat a fi reglementate distinct în Codul civil, după cum urmează: art. 566 alin. (6) C.civ., art. 937 alin. (3) C.civ., art. 1154 alin. (3) C.civ., art. 2029 C. civ.

Dacă potrivit vechii reglementări recunoaşterea şi valorificarea dreptului de retenţie era posibilă numai în cadrul procedurilor judiciare, reţinându-se[3] că reglementarea sa în anumite cazuri în Codul civil, Codul comercial ori în legi speciale rămâne formală şi ineficientă, adică fără aplicare, dacă nu se cere încuviinţarea şi, deci, instituirea retenţiei în justiţie, situaţia fiind aceeaşi în cazul recunoaşterii dreptului de retenţie

[1] S.I. Vidu, *Dreptul de retenţie în raporturile juridice civile*, Ed. Universul Juridic, Bucureşti 2010, p. 20.

[2] L. Pop, I. F. Popa, S.I. Vidu, *op. cit.,* capitol elaborat de S.I. Vidu, p. 852-853. Astfel, s-a reiterat definită dată retenţiei în S.I. Vidu, *op. cit.,* p. 45-46, conform căreia retenţia este acel drept subiectiv civil ce conferă titularului-creditor al datoriei născute în legătură cu bunul-puterea de a reţine şi de a refuza restituirea unui bun până când debitorul său va stinge obligaţia ce s-a născut în sarcina sa în legătură cu bunul respectiv.

[3] M. Voicu, *op. cit.*, p. 123.

nereglementat de lege, conform noii reglementări valorificarea dreptului de retenţie poate avea loc atât extrajudiciar, cât şi pe cale judiciară[1].

Şi în cazul dreptului de retenţie intervenţia legiuitorului în sensul reglementării generale a acestei instituţii autonome este binevenită[2], chiar dacă în literatura de specialitate au fost prezentate deja criticii sub aspectul reglementării, deoarece dispoziţiile art. 2495-2499 din Noul Cod Civil vin să confere un caracter unitar şi consecvent acestei instituţii, confirmând faptul că legea este rezultatul cerinţelor de normare impuse de realităţile sociale.

Acelaşi principiu al echităţii a stat şi la baza recunoaşterii juridice a dreptului de retenţie, după un proces îndelungat ce a presupus tatonări ale jurisprudenţei, soluţii mai mult sau mai puţin unitare, finalizate cu structurarea unor linii directoare ce au permis în final trasfigurarea lor în normă juridică.

Concluzii

Chiar dacă, raportat la sistemul nostru de drept (de tip continental), în literatura de specialitate în mod constant s-a refuzat a se recunoaşte jurisprudenţei româneşti rolul de izvor de drept, trebuie observat faptul că în cazuri particulare identificarea necesităţii de normare a anumitor realităţi sociale a fost sesizată de către instanţele de judecată, iar ulterior legea a preluat ca atare instituţiile juridice astfel cum au fost configurate în timp de practica judecătorească.

Având ca sursă de inspiraţie Codul civil francez, vechiul Cod Civil a fost tributar acestuia şi nu prevedea reglementarea expresă a anumitor instituţii juridice, cum ar fi îmbogăţirea fără justă cauză sau dreptul de retenţie..

Judecătorul în activitatea sa aplică normele de drept, el fiind supus legii, însă există situaţii în care legea nu spune nimic, iar asupra acţiunii deduse judecăţii judecătorul trebuie să se pronunţe, deoarece denegarea de dreptate este interzisă.

Mai bine plasat în timp şi spaţiu faţă de realităţile sociale concrete, judecătorul a sesizat necesitatea stabilirii unor criterii generale ce trebuie respectate în aceste cazuri, fluctuanţa soluţiilor fiind înlăturată doar de o practică îndelungată şi de verificarea în timp a corectitudinii raţionamentului juridic ales.

Regăsindu-şi fundamentul în principiul echităţii, societatea a simţit nevoia să confere o formă şi o sancţiune juridică generală acestor relaţii sociale. Astfel, chiar dacă în vechiul Cod civil se regăsea reglementarea expresă a unor aplicaţii particulare ale îmbogăţirii fără justă cauză şi ale dreptului de retenţie, soluţiile din practică au

[1] L. Pop, I. F. Popa, S.I. Vidu, *op. cit.,* Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2012, capitol elaborat de S.I. Vidu, p. 855. În plus, în cazul valorificării dreptului de retenţie pe cale judiciară, dată fiind natura legală a retenţiei, s-a conturat concluzia că instanţele de judecată nu acordă acest drept, ci îl constată. Aşadar puterile instanţelor de judecată se limitează la a stabili dacă, în speţa dedusă judecăţii, sunt sau nu îndeplinite elementele necesare naşterii retenţiei, el neavând posibilitatea să refuze recunoaşterea acestei garanţii.

[2] În acest sens, amintim invocarea dreptului de retenţie în speţe prin care se solicita instituirea unui drept de retenţie asupra unui autoturism până la restituirea unui împrumutul garantat de debitor, conform contractului, cu autoturismul, prin constituirea unui gaj fără deposedare (Sent. Civ. nr. 960/11.10.2013 pronunţată de Judecătoria Turnu Măgurele – nepublicată -, definitivă prin neapelare), respectiv prin care se solicita instituirea unui drept de retenţie în favoarea fostului chiriaş şi obligarea moştenitoarelor fostului proprietar şi a PMB şi Foişor SA la plata contravalorii îmbunătăţirilor aduse apartamentului (Sent. Civ. nr. 1416/30.01.2013 pronunţată de Judecătoria Sectorului 2 Bucureşti – nepublicată -, definitivă prin nerecurare).

evidenţiat necesitatea transpunerii normative cu caracter general şi autonom a acestor instituţii juridice. Noul Cod Civil a păstrat aplicaţii particulare ale acestor instituţii juridice, dar le-a reglementat şi cu caracter general tocmai pentru a acoperi din punct de vedere juridic toate realităţile sociale ce se pot ivi.

Din acest punct de vedere se remarcă faptul, că fără a i se recunoaşte expres caracterul de izvor de drept, jurisprudenţa şi-a relevat potenţialul creator indirect de lege. Normarea juridică nu a rezultat direct din jurisprudenţă, ci mediat ca urmare a preluării soluţiilor constante ale practicii judecătoreşti şi transpunerii lor în lege, confirmând faptul că legea nu există şi nu se dezvoltă în mod abstract, ci se află într-o legătură indisolubilă cu societatea care o influenţează în funcţie de propriile cerinţe.

Referinţe bibliografice

1. I. Adam, Drept civil. Obligaţiile. Faptul juridic-în reglementarea NCC, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2013.
2. Digeste, 50, 17
3. M. Duţu, Jurisprudenţa română, încotro? în Pandectele române nr. 11/2013, Ed. Wolters Kluwer, Bucureşti.
4. D. Gherasim, Îmbogăţirea fără cauză în dauna altuia, Ed. Academiei, Române, Bucureşti, 1993.
5. I. Grigore-Rădulescu, Despre jurisprudenţă şi precedent judiciar din perspectiva izvoarelor dreptului în Pandectele Române nr. 2/2014, Ed. Wolters Kluwer, Bucureşti, 2014.
6. P.F.Girard, Manuel élémentaire de droit romain, ed. a V-a, Paris, 1911.
7. C. Jugastru, Faptele juridice licite-surse de obligaţii în Studia Universitatis Babeş-Bolyai Iurisprudentia nr. 4/2013, sursa Internet, www.studia.law.ubbcluj.ro consultat ultima oară la data de 01.04.2014.
8. M. Niemesch, Izvoarele dreptului internaţional şi ale dreptului Uniunii Europene din perspectiva Teoriei Generale a Dreptului, Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2010.
9. C. Păun, Îmbogăţirea fără justă cauză. Studiu comparativ în dreptul german şi român, Ed. Wolters Kluwer, Bucureşti, 2009.
10. Stoffe Philippe, Malaurie Philippe, Aynes Laurent, „ Drept civil. Obligaţii”, Ed. Wolters Kluwer, Bucureşti, 2010.
11. L. Pop, Îmbogăţirea fără justă cauză în reglementarea Noului Cod Civil în Dreptul nr. 7/2013, Ed. Universul Juridic, Bucureşti.
12. L. Pop, I. F. Popa, S.I. Vidu, Tratat elementar de drept civil. Obligaţiile conform noului Cod civil, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2012.
13. C. Stătescu, C. Bîrsan, Drept civil. Teoria generală a obligaţiilor, Ed. All Educational, Bucureşti, 1998.
14. S.I.Vidu, Dreptul de retenţie în raporturile juridice civile, Ed. Universul Juridic, Bucureşti 2010.
15. M. Voicu, Dreptul de retenţie, Ed. Lumina Lex, Bucureşti, 2001.

Prescripţia extinctivă prin prisma noilor reglementări

Violeta ***SLAVU****[*]

Abstract: *Studiul îşi propune o analiză a instituţiei prescripţiei extinctive, cu accent pe modificările aduse acesteia de reglementările în materie din noul Cod civil. Pe parcursul lucrării sunt semnalate doar acele modificări în care elementele privind prescripţia extinctivă dobândesc alte semnificaţii raportat la reglementările anterioare. De asemenea având în vedere dispoziţiile tranzitorii în materia prescripţiei extinctive, se fac referiri şi la reglementările anterioare prin prezentare comparativă în raport cu acestea, ale noilor reglementări.*

Cuvinte cheie: *prescripţie extinctivă, întrerupere, renunţarea la prescripţia extinctivă, cauze de suspendare, norme de ordine privată.*

1. Consideraţii generale privind prescripţia extinctivă

Prescripţia extinctivă este reglementată în Cartea a VI-a, Titlul I *Prescripţia Extinctivă.* Dispoziţiile privind prescripţia extinctivă prevăzute la alte materii din Codul civil, precum şi cele prevăzute în alte acte normative se completează cu cele în materie din titlul mai sus menţionat. Potrivit noilor reglementări normele juridice care reglementează instituţia prescripţiei extinctive nu mai sunt de ordine publică ci sunt norme de ordine privată[1].

Prescripţia extinctivă reprezintă o sancţiune de drept civil care constă în stingerea dreptului material la acţiune, neexercitat în termenul de prescripţie prevăzut de lege. Dacă în vechea reglementare[2] prescripţia extinctivă putea fi invocată şi din oficiu, în prezent, **organul jurisdicţional nu mai poate aplica prescripţia din oficiu**[3], inclusiv în ipotezele în care ar fi în interesul statului sau unităţilor administrativ-teritoriale[4].

Mai mult decât atât, prin dispoziţiile art. 2513 şi 2514 C.civ., este stabilit şi momentul până la care poate fi opusă prescripţia, de către cel în favoarea căruia curge prescripţia, de creditorii acestuia, de codebitorii unei obligaţii solidare sau indivizibile, fideiusorii, precum şi de orice persoană interesată[5].

Astfel prescripţia poate fi invocată, fie prin întâmpinare, fie cel mai târziu până la prima zi de înfăţişare. Prin urmare recunoaşterea dreptului făcută în scris, precum şi constituirea de garanţii, făcute după împlinirea termenului de prescripţie de către cel în folosul căruia curge prescripţia sunt valabile, devenind incidente pentru ambele situaţii, regulile privind renunţarea la prescripţie.

---

[*] Lector univ.dr., Univ.Titu Maiorescu -Facultatea de Drept.

[1] Pentru dezvoltări vezi G. Boroi, Carla Alexandra Anghelescu, *Curs de drept civil. Partea generală*, Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2011, p. 13.

[2] Decretul nr. 167/1958 privind prescripţia extinctivă.

[3] Vezi în acest sens art. 2512 alin. (2) C.civ.

[4] Art. 2512 alin. (3) C.civ.

[5] Privitor la acest aspect a se vedea M. Tăbăraş -„*Daune-interese. Dobânzi. Penalităţi. Răspunderea contractuală"* – Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2009, ISBN 978-973-115-573-9.

Caracterul dispozitiv al normelor[1] din această materie, permite părţilor să modifice prin acordul lor expres, momentul de la care începe să curgă prescripţia extinctivă, cauzele de suspendare şi întrerupere privind cursul prescripţiei, precum şi termenele de prescripţie extinctivă, cu excepţia drepturilor la acţiune de care părţile nu pot dispune, precum şi a acţiunilor derivate din contractele de adeziune, de asigurare şi cele supuse legislaţiei privind protecţia consumatorului. Totuşi, potrivit art. 2514 alin. (2) C.civ. părţile nu pot declara imprescriptibilă o acţiune, care potrivit legii este prescriptibilă şi nici prescriptibilă o acţiune care potrivit legii este imprescriptibilă. Nerespectarea acestei dispoziţii se sancţionează cu nulitatea absolută.

În ceea ce priveşte începutul prescripţiei[2], regula generală[3] este: *prescripţia extinctivă începe să curgă de la data la care titularul dreptului la acţiune a cunoscut sau, după împrejurări, trebuia să cunoască naşterea lui*[4].

Regulile speciale privind începutul prescripţiei, reglementate în art. 2524-2531 C.civ. sunt următoarele:

- în cazul obligaţiei de a da şi a face, prescripţia începe să curgă de la data la care obligaţia a devenit exigibilă[5];
- dacă dreptul este afectat de un termen suspensiv sau o condiţie suspensivă, prescripţia începe să curgă de la împlinirea termenului ori, după caz, de la data renunţării la beneficiul termenului, instituit în favoarea creditorului, respectiv de la data la care condiţia a fost realizată[6];
- în cazul dreptului la acţiune în restituirea prestaţiilor, ca urmare a anulării ori desfiinţării actului juridic civil datorită unei cauze de ineficacitate, prescripţia începe să curgă de la data rămânerii definitive a hotărârii prin care s-a desfiinţat actul, ori, la data la care declaraţia de rezoluţiune sau reziliere a devenit irevocabilă[7];
- în cazul actelor juridice civile cu executare succesivă, prescripţia începe să curgă pentru fiecare prestaţie în parte de la data la care a devenit exigibilă. În cazul în care prestaţiile deşi sunt succesive, ele alcătuiesc un tot unitar[8], prescripţia începe să curgă de la data la care ultima prestaţie devine exigibilă[9];
- în cazul asigurării contractuale, prescripţia începe să curgă de la expirarea termenelor prevăzute de lege ori stabilite de părţi pentru plata primei de asigurare, a indemnizaţiei sau a despăgubirilor datorate de asigurător[10];
- în cazul dreptului la acţiune în repararea pagubei cauzată de o faptă ilicită, prescripţia începe să curgă de la data la care păgubitul a cunoscut sau trebuia să cunoască atât paguba cât şi pe cel care răspunde de ea[11]; regula se aplică şi faptelor juridice licite[12]. În cazul acestei reguli speciale privind începutul prescripţiei extinctive,

---

[1] Art. 2515 alin. (3) C.civ.

[2] Privitor la începutului prescripţiei a se vedea M. Tăbăraş - "*Răspunderea contractuală. Daune interese*" – Ed. All Beck, Bucureşti, 2005, ISBN 973-655-644-1.

[3] Pentru comparaţie cu vechea reglementare a se vedea Carmen Tamara Ungureanu, *Drept civil. Partea generală. Persoanele,* ed. a 2-a, Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2013, p. 274 şi urm.

[4] Art. 2523 C.civ.

[5] Art. 2524 alin. (1) C.civ.

[6] Art. 2524 alin. (2) şi (3) C.civ.

[7] Art. 2525 C.civ.

[8] Ex. preţul vânzării unui imobil este eşalonat în rate egale la intervale de timp egale.

[9] Art. 2526 C.civ.

[10] Art. 2527 C.civ.

[11] Art. 2528 alin. (1) C.civ.

[12] Art. 2528 alin. (2) C.civ.

observăm că sunt două momente, unul subiectiv[1] şi unul obiectiv[2], acesta din urmă va putea fi determinat de instanţă în funcţie de împrejurări.

- În cazul dreptului la acţiunea în anularea actului juridic civil[3], prescripţia începe să curgă diferit în funcţie de cauza de nulitate relativă astfel:
  - în caz de violenţă, de la data încetării acesteia;
  - în cazul dolului, de la data la care a fost descoperit;
  - în caz de eroare, precum şi în celelalte cazuri de anulare, de la data la care cel îndreptăţit, reprezentantul său legal ori cel instituit prin lege să îi încuviinţeze actele, a cunoscut cauza de anulare, fără a se depăşi 18 luni de la încheierea actului juridic. Dacă nulitatea relativă poate fi invocată de terţi, prescripţia, în acest caz începe să curgă de la data la care terţul a cunoscut existenţa cauzei de nulitate;
- în ceea ce priveşte dreptul la acţiune în răspundere pentru vicii aparente[4], în situaţiile în care legea sau contractul obligă la garanţie, prescripţia începe să curgă de la data predării sau recepţiei finale a bunului ori a lucrării sau, de la data împlinirii termenului prevăzut de lege ori stabilit prin procesul-verbal de constatare a viciilor, pentru înlăturarea de către debitor a viciilor constatate.[5]
- în cazul viciilor ascunse, prescripţia dreptului la acţiune[6] începe să curgă fie de la data descoperirii acestora, fie până la împlinirea termenului de garanţie. Termenul de garanţie pentru viciile ascunse este de 1 an, în cazul unui bun transmis sau al unei lucrări executate, 3 ani în cazul unei construcţii. Pentru executarea unor lucrări curente, termenele de garanţie sunt de o lună în cazul unui bun transmis sau al unei lucrări executate, respectiv 3 luni în cazul unei construcţii.

Suspendarea reprezintă acea modificare a cursului prescripţiei ce constă în oprirea de

drept a cursului prescripţiei extinctive, cât timp durează cauza de suspendare şi reluarea cursului după încetarea cauzei de suspendare, socotindu-se şi timpul scurs până la apariţia cauzei de suspendare. În afara cauzelor de suspendare reglementate prin Decretul nr. 167/1958 privind prescripţia extinctivă, Codul civil instituie noi cauze. Astfel prescripţia este suspendată:

- cât timp debitorul, în mod intenţionat, ascunde creditorului existenţa datoriei sau exigibilitatea acesteia[7];
- cât timp durează negocierile, desfăşurate în scopul rezolvării litigiului pe cale amiabilă[8]. Această cauză produce efecte numai dacă negocierile au fost ţinute în ultimele 6 luni înainte de expirarea termenului de prescripţie[9]. *Per a contrario,* negocierile începute în perioada de dinaintea ultimelor 6 luni, nu suspendă cursul prescripţiei;

---

[1] Data la care păgubitul a cunoscut paguba şi pe cel ce răspunde de ea.

[2] Data la care păgubitul trebuia să cunoască paguba şi pe cel ce răspunde de ea.

[3] Art. 2529 C.civ.

[4] Privitor la viciile aparente si răspundere pentru vicii a se vedea M. Tăbăraş, *Contracte speciale*, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2013, ISBN 978-606-18-0272-2.

[5] Art. 2530 C.civ.

[6] Art. 2531 C.civ.

[7] Art. 2532 alin. (1) pct. 5 C.civ.

[8] Mai multe despre procedura amiabilă în M. Tăbăraş, „*Teoria generală a dreptului II. Organizarea şi administrarea justiţiei"* – ed. a VI-a, Ed. Renaissance, 2012.

[9] Art. 2534 alin. (1) pct. 6 C.civ.

- în privinţa cauzei de suspendare referitoare la situaţia în care fie creditorul fie debitorul, fac parte din forţele armate ale României aflate pe picior de război, Codul civil extinde aplicarea acesteia şi personalului civil, mobilizat în aceleaşi condiţii;[1]

Întreruperea reprezintă acea modificare a cursului prescripţiei ce constă în

ştergerea prescripţiei scurse până la apariţia cauzei de întrerupere şi curgerea unei noi prescripţii după încetarea cauzei de întrerupere.

La cauzele de întrerupere prevăzute în Decretul nr.167/1958, noul cod civil modifică sau adaugă următoarele cauze de întrerupere:

- recunoaştere de către cei în folosul cărora curge prescripţia a dreptului la acţiune, poate fi făcută în orice mod. Aşadar este cauză de întrerupere şi recunoaşterea tacită care însă trebuie să fie neechivocă (prin executare voluntară)[2].
- în cazul cauzei de întrerupere privind introducerea unei cereri de chemare în judecată, noul cod civil extinde sfera de aplicabilitate la cererea de intervenţie în cadrul urmăririi silite pornite de alţi creditori precum şi la invocarea, pe cale de excepţie, a dreptului a cărui acţiune s-a prescris[3];
- constituirea ca parte civilă în cauzele penale, atât în faza de urmărire penală cât şi în faţa instanţei de judecată cu precizarea că în cazul în care despăgubirile se acordă, potrivit legii, din oficiu, începerea urmăririi penale întrerupe prescripţia chiar în absenţa constituirii ca parte civilă;[4]Întreruperea nu produce efecte dacă:
  - se renunţă la cererea de chemare în judecată sau arbitrală ori de intervenţie în procedura insolvenţei sau a urmăririi silite;
  - cererea a fost respinsă, anulată sau s-a perimat. În aceste cazuri dacă în termen de 6 luni de la data rămânerii definitive a hotărârii judecătoreşti, reclamantul formulează o nouă cerere, întreruperea prescripţiei este asigurată de cererea precedentă numai dacă cererea ulterioare va fi admisă. Prin pct. 3 al art. 2537 C.civ. se instituie posibilitatea, în cazul în care termenul de prescripţie privind executarea silită s-a împlinit, însă dreptul de a obţine obligarea pârâtului este imprescriptibil sau dacă este prescriptibil, încă nu s-a împlinit termenul de prescripţie, de a formula o nouă cerere de chemare în judecată, fără a se putea opune excepţia autorităţii de lucru judecat.
- punerea în întârziere a celui în folosul căruia curge prescripţia, însă numai dacă în termen de 6 luni de la punerea în întârziere se formulează cerere de chemare în judecată. Aşadar punerea în întârziere neurmată de o cerere de chemare în judecată, formulată în termen de 6 luni nu mai are ca efect întreruperea prescripţiei extinctive. Soluţia adoptată de legiuitor se pliază pe optica potrivit cu care prescripţia sancţionează starea de pasivitate a titularului dreptului a cărui acţiune se prescrie. Chiar dacă instituţia prescripţiei extinctive nu mai este de ordine publică, totuşi concesiile făcute de legiuitor prezintă limite care până la urmă reflectă esenţa acestei instituţii, însăşi raţiunile pentru care a fost creată.

În ceea ce priveşte efectele întreruperii prescripţiei, în esenţă acestea se menţin şi potrivit noilor reglementări, cu observaţia că legiuitorul stabileşte reguli privind beneficiul întreruperii prescripţiei. Astfel potrivit. Art. 2542 C.civ. pe de o parte întreruperea prescripţiei profită celui de la care emană actul de întrerupere şi nu poate fi

[1] Art. 2534 alin. (1) pct. 8 C.civ.
[2] Art. 2537 alin. (1) pct. 1 C.civ.
[3] Art. 2537 alin. (1) pct. 2 C.civ.
[4] Art. 2537 alin. (1) pct. 3 C.civ.

opusă decât celui împotriva căruia a fost îndreptat acel act iar pe de altă parte, dacă prescripţia este întreruptă prin recunoaşterea dreptului făcută de cel în folosul căruia curge prescripţia, efectele întreruperii prescripţiei profită numai celui împotriva căruia curge prescripţia şi nu pot fi opuse decât celui care a recunoscut dreptul, iar potrivit art. 2543 C.civ. ori de câte ori intervine întreruperea prescripţiei împotriva fie doar a debitorului principal, ori fie doar a fideiusorului, efectele întreruptive se produc atât faţă de debitorul principal cât şi faţă de fideiusor.

Noul cod civil instituie, spre deosebire de vechea reglementare şi posibilitatea renunţării la prescripţie. Astfel din dispoziţiile art. 2507- 2511 C.civ. se desprind următoarele reguli în această materie:

- se poate renunţa la prescripţie numai după ce a început să curgă, dar şi după împlinirea acesteia precum şi la beneficiul termenului scurs pentru prescripţia începută dar neîmplinită;
- renunţarea poate fi expresă sau tacită. În cazul renunţării tacite, aceasta trebuie să fie neîndoielnică, adică să poată fi dedusă din manifestări neechivoce;
- nu pot renunţa la prescripţie persoanele lipsite de capacitate deplină de exerciţiu;
- renunţarea are acelaşi efect ca şi întreruperea în sensul că după renunţare începe să curgă o nouă prescripţie de acelaşi fel. Pentru ipoteza în care partea îndreptăţită, renunţă la beneficiul termenului scurs, o astfel de renunţare reprezintă o recunoaştere devenind incidente dispoziţiile privind întreruperea prescripţiei prin recunoaştere.

Termenele de prescripţie, potrivit noilor reglementări pot fi generale şi speciale, legale dar şi convenţionale[1].

În ceea ce priveşte modificarea termenelor, legea instituie două limitări[2]:

- pentru termenele de prescripţie mai mici de 10 ani, noul termen nu poate fi mai mic de 1 an sau mai mare de 10 ani;
- iar pentru termenele de 10 ani sau mai mari, noul termen nu poate fi mai mare de 20 ani.

Observăm aşadar că micşorarea termenelor legale de prescripţie mai mici de un an, nu este posibilă, în cazul lor putând opera numai majorarea până la maxim 10 ani.

Faţă de vechile reglementări, care stabileau 2 termene generale de prescripţie, în prezent, legiuitorul a reţinut un singur termen general de prescripţie de 3 ani[3].

De asemenea noul Cod civil stabileşte şi termene speciale de 10 ani[4], 2 ani[5] şi 1 an[6], enumerând situaţiile la care se aplică.

Noul cod civil, prin reglementările privind calculul termenelor de prescripţie extinctivă stabilite pe zile consacră, spre deosebire de vechile reglementări, sistemul exclusiv, adică pe zile libere, în care nu se iau în calcul nici prima şi nici ultima zi ale termenului de prescripţie[7].

---

[1] G. Boroi, Carla Alexandra Anghelescu, *op. cit.*, p. 292.
[2] Art. 2515 alin. (4) C.civ.
[3] Art. 2517 C.civ.
[4] Art. 2518 C.civ.
[5] Art. 2519 C.civ.
[6] Art. 2520-2521 C.civ.
[7] Art. 2553 alin. (1) C.civ; pentru vechea reglementare vezi Gheorghe Beleiu, *Drept civil roman. Introducere în dreptul civil. Subiectele dreptului civil,* Casa de editură şi presă ŞANSA SRL, Bucureşti, 1998, p. 271; Iosif R. Urs, *Dreptul civil. Teoria generală. Persoanele,* Ed. Universităţii Titu Maiorescu, Bucureşti, 2006, p. 205.

Concluzii

După cum se poate observa modificările aduse în materia prescripţiei extinctive sunt semnificative raportat la vechile reglementări. Studiul a punctat doar câteva aspecte privind prescripţia extinctivă, semnalând elementele de noutate aduse de noul Cod civil. Nu am avut în vedere domeniul de aplicare al prescripţiei extinctive, unde de asemenea, prin noile reglementări sunt rezolvate controverse mai vechi. Studiul nu se opreşte aici, urmând a fi analizate şi celelalte aspecte, la fel de importante privind prescripţia extinctivă.

Bibliografie:

1. Carmen Tamara Ungureanu, *Drept civil. Partea generală. Persoanele,* ediţia a 2-a, editura Hamangiu, Bucureşti, 2013
2. M. Tăbăraş, *Contracte speciale*, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2013
3. Gabriel Boroi, Carla Alexandra Anghelescu, *Curs de drept civil. Partea generală*, Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2011;
4. M. Tăbăraş, *Teoria generală a dreptului II. Organizarea şi administrarea justiţiei,* ed. a VI-a, Ed Renaissance, 2012
5. M. Tăbăraş, *Daune-interese. Dobânzi. Penalităţi. Răspunderea contractuală,* Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2009
6. Iosif R. Urs, *Dreptul civil. Teoria generală. Persoanele,* editura Universităţii Titu Maiorescu, Bucureşti, 2006
7. M. Tăbăraş, *Răspunderea contractuală. Daune interese,* Ed. All Beck, Bucureşti, 2005,
8. Gheorghe Beleiu, *Drept civil roman. Introducere în dreptul civil. Subiectele dreptului civil,* Casa de editură şi presă ŞANSA SRL, Bucureşti, 1998
9. Noul Codul civil;
10. Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil
11. Decretul nr. 167/1958 privind prescripţia extinctivă.

Consideraţii referitoare la procedura adopţiei internaţionale în lumina actualelor reglementări în domeniu

Daniela Cristina ***CREŢ***[*]

Abstract: *Unul dintre drepturile fundamentale recunoscute copilului de reglementările interne şi de cele internaţionale este dreptul la adopţie. Acesta se întemeiază pe dreptul copilului la protecţie alternativă şi este consacrat de dispoziţiile Legii nr. 273/2004 privind regimul juridic al adopţiei.*

Adopţia poate îmbrăca două forme: adopţia naţională şi adopţia internaţională. Adopţia internaţională este o temă larg dezbătută atât datorită efectelor uneori negative asupra copiilor astfel adoptaţi, ca urmare a unei insuficiente monitorizări postadopţie, cât şi datorită numeroaselor modificări legislative intervenite în domeniu. Reglementarea actuală a adopţiei internaţionale este consecinţa adaptării legislaţiei naţionale la convenţiile internaţionale la care România este parte, urmărindu-se supravegherea atentă a evoluţiei copiilor români adoptaţi în străinătate.

În cele ce urmează voi analiza procedura adopţiei internaţionale din perspectiva aplicării Noului Cod civil şi a Normelor metodologice de aplicare a Legii nr. 273/2004 privind regimul juridic al adopţiei, în vigoare din aprilie 2012.

Cuvinte cheie: *copil, ocrotire, adopţie internaţională, Oficiul Român pentru Adopţii, stat primitor*

1. Aspecte introductive privind adopţia

Reforma legislativă[1] determinată de intrarea în vigoare a Noului Cod civil[2] (la data de 1 octombrie 2011) şi a Noului Cod de procedură civilă (la data de 15 februarie 2013) a determinat modificări de substanţă şi cu privire la legislaţia aplicabilă în domeniul protecţiei copilului.

În acest sens, răspunzând imperativului de adaptare şi implementare a noii legislaţii naţionale, dar şi internaţionale în materie[3], actele normative incidente în materia

---

[*] Lector univ. dr. la Facultatea de Ştiinţe Juridice din cadrul Universităţii de Vest „Vasile Goldiş" Arad.

[1] Cu privire la reforma legislativă şi instituţională privind protecţia copilului în România postdecembristă, anterior intrării în vigoare a Noului Cod civil şi a Noului Cod de procedură civilă, a se vedea I. Imbrescu, *Tratat de dreptul familiei. Familia, protecţia copilului, elemente de stare civilă*, Ed. Lumina Lex, Bucureşti, 2006, p. 344 şi urm.

[2] Acesta este considerat a fi singura legislaţie europeană în vigoare care a adoptat anumite dispoziţii ale proiectelor europene de unificare a dreptului obligaţiilor şi contractelor: Principiile UNIDROIT sau Principiile Dreptului European al Contractelor (Fl.-A Baias, *Cuvânt-înainte*, în Fl.-A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei, *Noul Cod civil. Comentariu pe articole.* ediţia 1, revizuită, Ed. C. H. Beck, Bucureşti, 2012).

[3] Convenţia europeană în materia adopţiei de copii, adoptată la Strasboug, la 24 aprilie 1967 şi ratificată de România prin Legea nr. 15/1993 (publicată în „Monitorul Oficial al României", Partea I, nr. 67 din 31 martie 1993), şi Convenţia asupra protecţiei copiilor şi cooperării în materia adopţiei internaţionale, încheiată la Haga, la 29 mai 1993, ratificată de ţara noastră prin Legea nr. 84/1994 (publicată în „Monitorul Oficial al României", Partea I, nr. 298 din 21 octombrie 1994).

adopţiei au urmărit totodată şi monitorizarea copiilor români adoptaţi în străinătate în vederea împiedicării traficului de copii.

Debutul implementării reglementărilor internaţionale referitoare la ocrotirea copilului se remarcă încă din anul 1990 când România a ratificat prin Legea nr. 18/1990[1] Convenţia Naţiunilor Unite din 1989 referitoare la drepturile copilului, iar mai târziu, când prin Legea nr. 84/1994[2] a ratificat Convenţia încheiată la Haga la 29 mai 1993 asupra protecţiei copiilor şi cooperării în materia adopţiei internaţionale.

În prezent, adopţia este reglementată de dispoziţiile Legii nr. 273/2004 privind regimul juridic al adopţiei[3], care se completează cu cele ale Legii nr. 272/2004 privind protecţia şi promovarea drepturilor copilului[4], care constituie, alături de prevederile Noului Cod civil [Capitolul III (art. 451-482) al Titlului III din Cartea a II-a denumită "Despre familie"] dreptul comun în materie[5]; şi cu cele ale H. G. nr. 350/2012 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a Legii nr. 273/2004. Se impune însă precizarea că adopţiei internaţionale Codul civil îi dedică şi art. 2607-2610 de la dispoziţiile de drept internaţional privat (Cartea a VII-a), dispoziţii prin care sunt stabilite: legea aplicabilă condiţiilor de fond şi formei adopţiei, efectelor adopţiei, precum şi nulităţii acesteia.

Din prisma dispoziţiilor Legii nr. 272/2004, adopţia constituie una dintre formele pe care le poate îmbrăca protecţia alternativă, în scopul ocrotirii oricărui copil care este, temporar sau definitiv, lipsit de ocrotirea părinţilor săi, sau care, în scopul protecţiei intereselor sale, nu poate fi lăsat în grija acestora (art. 44).

În concepţia legii speciale care o guvernează, „adopţia[6] este operaţiunea juridică prin care se creează legătura de filiaţie între adoptator şi adoptat, precum şi legături de rudenie între adoptat şi rudele adoptatorului." (art. 451 din Legea nr. 273/2004).

Definiţia completă a adopţiei, care evidenţiază atât legăturile juridice generate de aceasta, cât şi cele cărora le pune capăt s-a formulat în literatura de specialitate. Astfel, adopţia a fost definită ca fiind operaţiunea juridică prin care, la iniţiativa şi cu consimţământul persoanelor implicate, având încuviinţarea instanţei, ia naştere rudenia civilă dintre adoptat, descendenţii săi, pe de o parte, şi adoptator (adoptatori) şi rudele acestora, pe de altă parte, concomitent cu stingerea rudeniei fireşti care lega adoptatul şi descendenţii săi de părinţii fireşti ai adoptatului şi de rudele acestora[7].

Potrivit reglementărilor care conturează mijlocul de ocrotire în discuţie, adopţia poate îmbrăca două forme: adopţia internă şi adopţia internaţională.

---

[1] Legea nr. 18/1990 a fost publicată în „Monitorul Oficial al României", Partea I, nr. 314 din 13 iunie 2001.

[2] Legea nr. 84/1994 a fost publicată în „Monitorul Oficial al României", Partea I, nr. 298 din 21 octombrie 1994.

[3] Republicată în „Monitorul Oficial al României", Partea I, nr. 259 din 19 aprilie 2012.

[4] Republicată în „Monitorul Oficial al României", Partea I, nr. 159 din 5 martie 2014.

[5] Cu privire la raportul dintre cele două legi, dar şi pentru anumite aspecte critice privind termenii şi expresiile care se regăsesc în aceste legi a se vedea T. Bodoaşcă, *Unele aspecte critice referitoare la necorelarea unor dispoziţii din Legea nr. 272/2004 privind protecţia şi promovarea drepturilor copilului cu unele norme din Legea nr. 273/2004 privind regimul juridic al adopţiei*, în *Dreptul*, nr. 5/2005, p. 85 şi urm.

[6] A se vedea V. Stoica, *Natura juridică şi procedura specifică adopţiei*, în *Dreptul*, nr. 2/1993, p. 31.

[7] E. Florian, *Dreptul familiei*, ediţia a 2-a, Ed. C. H. Beck, 2008, p. 481; adopţia a mai fost definită şi ca „firul invizibil al relaţiei juridice ce leagă pe oameni ca un fir pur raţional, ca o realitate logică" [M. Djuvara, *Teoria generală a dreptului (Enciclopedia juridică)*, vol. II, partea III, Ed. Socec, Bucureşti, 1930].

Dispoziţiile Legii nr. 273/2004 circumscriu semnificaţia expresiilor de adopţie internă şi adopţie internaţională. Astfel, conform art. 2 lit. c) din Legea nr. 273/2004, adopţia este internă dacă atât adoptatorul sau familia adoptatoare, cât şi adoptatul au reşedinţa obişnuită în România. Spre deosebire de această formă a adopţiei, adopţia internaţională presupune ca reşedinţa obişnuită a adoptatorului sau a familiei adoptatoare şi a copilului supus procedurii adopţiei să fie în state diferite, ulterior încuviinţării adopţiei, copilul urmând să aibă aceeaşi reşedinţă obişnuită cu aceea a adoptatorului[1] (art. 2 lit. d) din Legea nr. 273/2004). Dispoziţiile legale ale art. 3 din Legea nr. 273/2004 precizează semnificaţia expresiei de reşedinţă obişnuită în România a adoptatorului/familiei adoptatoare prevăzând că se are în vedere ipoteza:

a) cetăţenilor români sau cetăţenilor români cu multiplă cetăţenie, după caz, care au domiciliul în România, care au locuit efectiv şi continuu pe teritoriul României în ultimele 12 luni anterioare depunerii cererii de atestare;

b) cetăţenilor statelor membre ale Uniunii Europene/Spaţiului Economic European sau străinilor care au drept de rezidenţă permanentă ori, după caz, drept de şedere permanentă pe teritoriul României.

În temeiul reglementărilor interne[2], cât şi a celor internaţionale care vizează adopţia, principiul *sine qua non* la încheierea adopţiei interne, dar şi a celei internaţionale este, interesul superior al copilului. De asemenea, acest principiu trebuie să primeze indiferent de demersurile şi deciziile referitoare la copii, sau de autorul acestora: autorităţile publice, organismele private autorizate, sau instanţele judecătoreşti.

2. Condiţiile de fond şi condiţiile de formă necesare încuviinţării adopţiei internaţionale

Prin interpretarea dispoziţiilor legale incidente în domeniu, reiese că adopţia este internaţională în două ipoteze: când se urmăreşte adopţia unui copil cu reşedinţa obişnuită în România de către o persoană/familie cu reşedinţa obişnuită în străinătate, respectiv când se doreşte adopţia unui copil cu reşedinţa obişnuită în străinătate de către o persoană/familie cu reşedinţa obişnuită România. Primei ipoteze îi sunt dedicate anumite prevederi în Legea nr. 273/2004, şi în Normele metodologice de aplicare a Legii nr. 273/2004, în timp ce celei de-a doua ipoteze îi sunt conferite dispoziţiile Legii nr. 273/2004 şi art. 2607-2610 C. civ.

Adopţia unui copil care are reşedinţa obişnuită România, de către o persoană sau familie cu reşedinţa obişnuită în străinătate necesită îndeplinirea condiţiilor generale de

[1] Împărtăşim opinia exprimată în literatura de specialitate că adopţia este internaţională doar în situaţia în care încuviinţarea ei determină schimbarea reşedinţei adoptatului cu aceea unde se află reşedinţa adoptatorului (T. Bodoaşcă, A. Drăghici, I. Puie, I. Maftei, *Dreptul familiei*, ediţia a II-a, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2013, p. 452), dar apreciem că ea îmbracă această formă atât atunci când, urmare a adopţiei, se schimbă reşedinţa adoptatului din România în străinătate, cât şi atunci când se schimbă reşedinţa adoptatului din străinătate în România.

[2] A se vedea în acest sens art. 1 lit. a) din Legea nr. 273/2004. În sensul art. 2 alin. (2) din Legea nr. 272/2004, interesul superior al copilului are în vedere dreptului copilului la o dezvoltare fizică şi morală normală, la echilibru socioafectiv şi la viaţa de familie. De altfel, Legea nr. 272/2004 impune subordonarea cu prioritate a oricărei reglementări adoptate în domeniul respectării şi promovării drepturilor copilului, precum şi a oricărui act juridic emis sau, după caz, încheiat în acest domeniu, principiului interesului superior al copilului [art. 2 alin. (1)].

fond[1] şi de formă[2] ale adopţiei interne şi unele exigenţe speciale. În acest sens, potrivit art. 52 alin. (1) din Legea nr. 273/2004, adopţia internaţională a copiilor aflaţi în această situaţie poate fi încuviinţată numai pentru copiii care se află în evidenţa Oficiului Român pentru Adopţii şi numai în următoarele situaţii:

a) adoptatorul sau unul dintre soţii familiei adoptatoare este rudă până la gradul al patrulea inclusiv cu copilul pentru care a fost încuviinţată deschiderea procedurii adopţiei interne;

b) adoptatorul sau unul dintre soţii familiei adoptatoare este şi cetăţean român[3];

c) adoptatorul este soţ al părintelui firesc al copilului a cărui adopţie se solicită.

Achiesăm la opinia exprimată în doctrină că la aceste situaţii trebuie adăugată şi aceea în care adoptatorul sau familia adoptatoare îndeplineşte condiţiile de eligibilitate pentru adopţie, este apt/aptă să adopte în conformitate cu legislaţia aplicabilă în statul primitor şi a beneficiat de consilierea necesară în vederea adopţiei în statul primitor; este asigurată urmărirea evoluţiei copilului după adopţie pe o perioadă de cel puţin 2 ani şi sunt asigurate servicii postadopţie pentru copil şi familie în statul primitor.

Se observă că în procedura adopţiei internaţionale intervin anumite organe sau autorităţi cu atribuţii specifice. Acestea sunt: Oficiul Român pentru Adopţii, Consiliul de coordonare de pe lângă Oficiul Român pentru Adopţii[4] şi direcţia generală de asistenţă socială şi protecţia copilului, autoritatea centrală din statul primitor şi organizaţia străină acreditată.

Oficiul Român pentru Adopţii este un organ de specialitate al administraţiei publice centrale, cu personalitate juridică, înfiinţat prin reorganizarea Comitetului Român pentru Adopţii, cu atribuţii de supraveghere şi coordonare a activităţilor referitoare la adopţie [art. 2 lit. m)]. Printre atribuţiile specifice ale Oficiului Român pentru Adopţii se remarcă:

- obligaţia de a întocmi şi de a ţine la zi Registrul naţional pentru adopţii[5]; preluarea cererii de adopţie;

---

[1] Condiţiile de fond sunt reglementate de Secţiunea a 2-a a Capitolului III dedicat adopţiei de Codul civil şi se referă la capacitatea părţilor, consimţământul la adopţie, diferenţa de vârstă, garanţiile morale şi condiţiile materiale sau lipsa rudeniei etc. (a se vedea în acest sens T. Bodoaşcă, A. Drăghici, I. Puie, I. Maftei, *op. cit.*, p. 401 şi urm.)

[2] Cu privire la condiţiile de formă a se vedea Al. Bacaci, C. V. Dumitrache, C. C. Hageanu, *Dreptul familiei,* ediţia a 7-a, Ed. C. H. Beck, Bucureşti, 2012, p. 239 şi urm.

[3] Adopţia desfăşurată în această situaţie este permisă numai pentru copiii pentru care s-a admis cererea de deschidere a procedurii adopţiei interne şi nu a putut fi identificat un adoptator sau o familie adoptatoare cu reşedinţa obişnuită în România sau una dintre persoanele prevăzute la alin. (1) lit. a), într-un termen de 2 ani de la data rămânerii *definitive* (s. n.) a hotărârii judecătoreşti prin care s-a admis cererea de deschidere a procedurii adopţiei interne. Textul legal, fiind apărut anterior intrării în vigoare a Noului Cod de procedură civilă, face referire la "data rămânerii irevocabile", a hotărârii judecătoreşti, dar, în condiţiile actualei legi procedurale, această formulare trebuie reconsiderată, având în vedere că această reglementare nu mai prevede categoria hotărârilor irevocabile, ci pe acelea a hotărârilor definitive şi hotărârilor nedefinitive (I. Deleanu, *Tratat de procedură civilă*, vol. II, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2013, p. 19-20).

[4] D. Lupaşcu, C. M. Crăciunescu, *Dreptul familiei,* ediţia a 2-a emendată şi actualizată, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2012, p. 350-351.

[5] Întocmirea şi organizarea la nivel naţional a evidentei în materia adopţiei se efectuează prin Registrul naţional pentru adopţii. Acest registru cuprinde datele referitoare la adoptatorul sau familia adoptatoare, cu cetăţenie fie română, fie străină, precum şi cele referitoare la copiii pentru care a fost deschisă procedura adopţiei interne, pentru cei pentru care a fost pronunţată o hotărâre judecătorească de încredinţare în vederea adopţiei, de încuviinţare a adopţiei, de desfacere a adopţiei sau de declarare

- notificarea luării în evidenţa Registrului Naţional de Adopţii către autoritatea centrală din statul primitor sau organizaţia străină acreditată, respectiv, în cazul în care cererea nu este însoţită de toate documentele necesare notificarea autorităţii centrale din statul primitor sau organizaţiei străine acreditate cu privire la necesitatea completării documentaţiei;

- transmiterea către instanţa judecătoreească a cererii de încuviinţare a adopţiei după finalizarea demersurilor administrative prealabile etc.

Consiliul de coordonare de pe lângă Oficiul Român pentru Adopţii este un organism fără personalitate juridică care funcţionează pe lângă Oficiul Român pentru Adopţii, şi are rol consultativ asupra politicii şi strategiei în materia adopţiei. În scopul îndeplinirii rolului său, Consiliul are următoarele prerogative[1]:

- analizează strategia, politicile şi programele elaborate de Oficiu şi formulează recomandări cu privire la îmbunătăţirea acestora;

- avizează strategia, politicile şi programele elaborate de Oficiu;

- formulează propuneri privind îmbunătăţirea cadrului normativ în domeniu;

- propune primului-ministru persoană ce va fi numită în funcţia de preşedinte al Oficiului.

Direcţia generală de asistenţă socială şi protecţia copilului este o instituţie publică, cu personalitate juridică, înfiinţată în subordinea consiliilor judeţene, respectiv consiliilor locale ale sectoarelor municipiului Bucureşti, în condiţiile legii. În procedura adopţiei internaţionale intervine de regulă direcţia în a cărei rază teritorială se află domiciliul copilului. Printre atribuţiile acestei instituţii statuate de dispoziţiile Legii privind regimul juridic al adopţiei se remarcă:

- evaluarea adoptatorului sau a familiei adoptatoare. Prin acest proces de evaluare se realizează identificarea abilităţilor parentale, se analizează îndeplinirea garanţiilor morale şi a condiţiilor materiale ale adoptatorului sau familiei adoptatoare, precum şi pregătirea acestora pentru asumarea, în cunoştinţă de cauză, a rolului de părinte;

- eliberarea atestatului de persoană sau familie aptă să adopte, în cazul unui rezultat favorabil al evaluării;

- solicitarea încuviinţării deschiderii procedurii adopţiei interne;.

- oferirea de informaţii şi explicaţii clare şi complete copilului adecvat vârstei şi gradului său de maturitate, dar şi adoptatorului sau familiei adoptatoare şi rudelor acestora, cu privire la etapele şi durata procesului de adopţie, la efectele acesteia etc.

Autoritatea centrală din statul primitor şi organizaţia străină acreditată deţin şi ele anumite atribuţii semnificative în materie, precum:

- transmit Oficiului cererile persoanelor sau familiilor care au reşedinţa obişnuită pe teritoriul altui stat, parte a Convenţiei de la Haga, şi care doresc să adopte un copil din România,

- atestă îndeplinirea condiţiilor de eligibilitate pentru adopţie conform legislaţiei aplicabile în statul primitor de către adoptatorul sau familia adoptatoare, faptul că aceştia au beneficiat de consilierea necesară în vederea adopţiei în statul primitor, că

---

a nulităţii acesteia, dar şi menţiunile privind transmiterea rapoartelor postadopţie întocmite pentru copiii care au fost adoptaţi potrivit procedurii adopţiei internaţionale, precum şi cele vizând eliberarea certificatului care atestă conformitatea adopţiei internaţionale cu dispoziţiile Convenţiei de la Haga.

[1] Potrivit art. 2 din Regulamentul de organizare şi funcţionare a Consiliului de coordonare de pe lângă Oficiul Român pentru Adopţii (Anexa 2 la Normele metodologice de aplicare a Legii nr. 273/2004).

este asigurată urmărirea evoluţiei copilului după adopţie pe o perioadă de cel puţin 2 ani şi că sunt asigurate servicii postadopţie pentru copil şi familie în statul primitor etc.

Condiţiile de formă ale adopţiei internaţionale a copilului cu reşedinţa obişnuită în România sunt reglementate de dispoziţiile art. 91 din Normele metodologice de aplicare a Legii nr. 273/2004. Potrivit acestui text legal, pentru a putea adopta internaţional un copil a cărui reşedinţa obişnuită este în România, persoanele/familiile cu reşedinţa obişnuită în străinătate aflate într-una dintre situaţiile prevăzute la art. 52 din Legea nr. 273/2004, pot formula cerere de adopţie. Această cerere va fi transmisă Oficiului Român pentru Adopţii prin intermediul autorităţii centrale sau al organizaţiei străine acreditate. Luarea ei în evidenţa Registrului Naţional de Adopţii (R. N. A.) de către Oficiu, impune anexarea la aceasta a următoarelor documente:

a) documentul naţional valabil care atestă identitatea şi/sau cetăţenia solicitantului;

b) declaraţia autentificată pe propria răspundere a solicitanţilor că nu sunt decăzuţi din drepturile părinteşti, precum şi că nu au copil/copii în sistemul de protecţie;

c) actul de căsătorie şi acte d enastere, în copie legalizată;

d) acte doveditoare privind gradul de rudenie cu copilul, dacă este cazul;

e) caziere judiciare ale persoanelor care doresc să adopte şi, după caz, al soţului care nu se asociază la cererea de adopţie;

f) raport medical, întocmit separat pentru fiecare adoptator, conţinând rezultatul evaluării psihiatrice şi, după caz, raportul medical privind bolile psihice ale soţului care nu se asociază la cererea de adopţie;

g) raport conţinând informaţii cu privire la identitatea persoanelor care doresc să adopte, capacitatea şi aptitudinea lor de a adopta, situaţia lor personală, familială, materială şi medicală, mediul social, motivele care îi determină să adopte un copil din România;

h) documentul eliberat de autoritatea străină competenta care atestă ca persoana/familia este aptă să adopte;

i) documentul eliberat de autoritatea străină competenta din statul primitor care garantează că adoptatul poate intra şi locui permanent în statul primitor;

j) documentul eliberat de autoritatea străină competentă sau organizaţia străină acreditată care atestă existenţa serviciilor postadopţie;

k) documentul eliberat de autoritatea străină competentă sau organizaţia străină acreditată din care să rezulte că se va asigura monitorizarea evoluţiei copilului şi a relaţiilor dintre acesta şi părinţii săi adoptivi, pentru o perioadă de minimum 2 ani de la încuviinţarea adopţiei, prin transmiterea de rapoarte trimestriale;

l) documentul eliberat de autoritatea străină competentă sau organizaţia străină acreditată care atestă ca adoptatul are faţă de adoptator şi rudele acestuia aceeaşi situaţie legală ca aceea a unui copil biologic al adoptatorului, respectiv recunoaşterea adopţiei cu efecte depline în statul primitor;

m) documentul eliberat de autoritatea străină competentă sau organizaţia străină acreditată care să evidenţieze ca adoptatorii au beneficiat, în statul primitor, de consiliere necesară în vederea adopţiei.

Aceste documente trebuie să ofere informaţii despre numărul de copii, vârsta, după caz, sexul şi eventualele nevoi speciale ale copilului raportate la posibilităţile adoptatorului/familiei adoptatoare şi trebuie transmise în original sau în copie legalizată şi însoţite de traducerea legalizată în limba romană.

Dacă cererea este însoţită de documentaţia menţionată, cuprinde informaţiile amintite şi este transmisă în fotocopie, este luată în evidenţă R. N. A., iar Oficiul

notifică acest aspect autorităţii centrale sau organizaţiei străine acreditate. În ipoteza în care cererea nu este însoţită de toate documentele prevăzute la art. 91 alin. (2), Oficiul notifică, în termen de 5 zile de la înregistrarea acesteia, autorităţii străine competente sau organizaţiei străine acreditate necesitatea completării documentaţiei şi nu procedează la luarea în evidenţă R.N.A.

O situaţie particulară se întâlneşte în cazul adoptatorului/familia adoptatoare care are reşedinţa obişnuită într-un stat care nu este parte la Convenţia de la Haga. În aceeastă ipoteză, cererea de adopţie este luată în evidenţă R.N.A. numai dacă Oficiul a încheiat convenţie de colaborare cu autoritatea desemnată cu atribuţii în domeniul adopţiei internaţionale din statul de primire şi această cerere a fost transmisă potrivit procedurii stabilite în convenţie.

În situaţia copilului care are reşedinţa în străinătate adopţia internaţională este guvernată de dispoziţiile art. 2607-2610 C. civ. care fac referire sumar la legea aplicabilă condiţiilor de fond şi de formă ale acesteia, nulităţii şi efectelor pe care aceasta le generează.

Potrivit art. 2607 C. civ. condiţiile de fond[1] necesare pentru încheierea adopţiei sunt stabilite de legea naţională a adoptatorului şi a celui ce urmează să fie adoptat. Aceştia trebuie să îndeplinească şi condiţiile care sunt obligatorii, pentru ambii, stabilite de fiecare dintre cele două legi naţionale arătate. În situaţia în care soţii adoptă împreună un copil, condiţiile de fond cerute adoptatorilor sunt determinate de legea care guvernează efectele generale ale căsătoriei. Dacă unul dintre soţi adoptă copilul celuilalt soţ se aplică aceeaşi lege.

Condiţiile de formă ale adopţiei sunt supuse legii statului pe teritoriul căruia se încheie potrivit regulii *locus regit actum*. Legea aplicabilă condiţiilor de formă se referă la formalităţile prealabile, procedura şi proba adopţiei[2] (art. 2609 C. civ.).

Potrivit dispoziţiilor art. 2610 C. civ. nulitatea adopţiei este supusă, în ceea ce priveşte condiţiile de fond, legilor aplicabile condiţiilor de fond, iar referitor la condiţiilor de formă, legii aplicabile formei adopţiei. Efectele adopţiei sunt guvernate de legea naţională a adoptatorului. Dacă ambii soţi sunt adoptatori, aplicabilă va fi legea care cârmuieşte efectele generale ale căsătoriei. Legea efectelor adopţiei reglementează relaţiile personale şi patrimoniale dintre adoptator şi adoptat (art. 2608 C. civ.). Desfacerea adopţiei este reglementată de legea naţională a adoptatorului.

În aceeaşi ordine de idei trebuie avute în vedere şi dispoziţiile art. 55 din Legea nr. 273/2004 care precizează că în ipoteza în care se urmăreşte adopţia internaţională a persoanei care are reşedinţa obişnuită în străinătate, iar adoptatorul sau familia adoptatoare are reşedinţa obişnuită în România, cererile de adopţie ale solicitanţilor se transmit autorităţilor străine competente, numai prin intermediul Oficiului.

3. Procedura adopţiei internaţionale şi efectele acesteia

Analizarea procedurii adopţiei internaţionale implică decelarea din nou între cele două situaţii posibile. Dispoziţii sumare sunt dedicate adopţiei internaţionale a persoanei care are reşedinţa obişnuită în străinătate, adoptatorul sau familia adoptatoare având reşedinţa obişnuită în România; prevederi ample se regăsesc însă în legislaţie cu

[1] Pentru condiţiile de fond ale adopţiei internaţionale în această situaţie, a se vedea D. Berlingher, *Drept internaţional privat,* Ed. Cordial Lex, 2012, p. 189.

[2] I. Macovei, N. R. Dominte, în Fl.-A Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei, *Noul Cod civil.., op. cit.,* comentariul de sub art. 2609.

privire la situaţia în care adoptatorul sau familia adoptatoare au reşedinţa obişnuită în străinătate, iar adoptatul în România.

În ipoteza în care adoptatul are reşedinţa obişnuită în străinătate, evaluarea adoptatorului sau a familiei adoptatoare, ca etapă preliminară în desfăşurarea procedurii, se realizează potrivit prevederilor secţiunii 1 a cap. III din Legea adopţiei, adică după procedura aplicabilă adopţiei interne.

Evaluarea se realizează pe baza solicitării adoptatorului sau familiei adoptatoare de către direcţia de la domiciliul acestora[1] şi trebuie să cuprindă anumite date precum: personalitatea şi starea sănătăţii adoptatorului sau familiei adoptatoare, viaţa familială, condiţiile de locuit, aptitudinea de creştere şi educare a unui copil; situaţia economică a persoanei/familiei, analizată din perspectiva surselor de venit, a continuităţii acestora, precum şi a cheltuielilor persoanei/familiei; motivele pentru care adoptatorul sau familia adoptatoare doreşte să adopte; impedimente de orice natură relevante pentru capacitatea de a adopta [art. 16 alin. (3) din Legea nr. 273].

Dacă în urma evaluării se obţine un rezultat favorabil, direcţia va elibera atestatul de persoană sau familie aptă să adopte, care va fi anexă la dispoziţia directorului general/executiv al direcţiei. Atestatul eliberat în aceste condiţii este valabil[2] pentru o perioadă de un an.

Deodată cu evaluarea urmează a fi analizate şi caracteristicile psihologice, sociale şi medicale ale celorlalţi membri ai familiei sau altor persoane care locuiesc împreună cu solicitantul, precum şi opinia acestora cu privire la adopţie.

În sensul dispoziţiilor art. 24 din Legea adopţiei, obţinerea atestatului nu este necesară pentru adopţia persoanei care a dobândit capacitate deplină de exerciţiu şi nici pentru adopţia copilului de către soţul părintelui firesc său adoptiv.

Reglementarea situaţiei în care adoptatorul sau familia adoptatoare au reşedinţa obişnuită în străinătate, iar adoptatul în România este efectuată de dispoziţiile Legii nr. 273 şi de Normele metodologice de aplicare a acesteia. În temeiul acestor acte normative procedura adopţiei internaţionale potrivit ipotezei în discuţie necesită parcurgerea anumitor etape: atestarea adoptatorului sau familiei adoptatoare din statul de primire; selecţia şi potrivirea teoretică a copilului cu adoptatorul sau familia adoptatoare cu reşedinţa obişnuită în străinătate, notificarea autorităţii centrale/organizaţiei acreditate cu privire la adoptatorul/familia adoptatoare selectat/selectată şi solicitarea acordului adoptatorului/familiei adoptatoare referitor la selecţia realizată, precum şi a autorităţii centrale pentru continuarea procedurii de adopţie, potrivirea practică, transmiterea cererii de încuviinţare a adopţiei internaţionale şi încuviinţarea adopţiei internaţionale de către instanţă.

Prima etapă a procedurii analizate constă în verificarea atestării adoptatorului sau familiei adoptatoare din statul de primire cu privire la îndeplinirea condiţiilor de eligibilitate pentru adopţie stabilite de art. 52 alin. (1) din Legea nr. 273/2004, a condiţiei de a fi apt/aptă să adopte în conformitate cu legislaţia aplicabilă în statul

---

[1] Dacă solicitantul locuieşte în fapt la adresa de reşedinţă, soluţionarea cererii de evaluare se realizează de către direcţia în a cărei raza teritorială domiciliază acesta [art. 17 alin. (1) din Legea nr. 273].

[2] Conform art. 16 alin. (9) din Legea nr. 273 valabilitatea atestatului încetează de drept:

a) ca urmare a expirării;

b) ca urmare a modificării configuraţiei familiei atestate, prin decesul unuia dintre membrii familiei sau prin divorţ;

c) în cazul căsătoriei sau decesului persoanei atestate;

d) după încuviinţarea adopţiei, odată cu rămânerea definitivă şi irevocabilă a hotărârii judecătoreşti de încuviinţare a adopţiei, când atestatul şi-a produs în integralitate efectele pentru care a fost eliberat.

primitor şi aceea a necesităţii de a fi beneficiat de consilierea necesară în vederea adopţiei în statul primitor. De asemenea, se verifică dacă este asigurată urmărirea evoluţiei copilului după adopţie pe o perioadă de cel puţin 2 ani prin transmiterea de rapoarte trimestriale şi sunt asigurate servicii postadopţie pentru copil şi familie în statul primitor[1] şi recunoaşterea adopţiei cu efecte depline în statul primitor. Toate aceste exigenţe trebuie prevăzute de documente care, aşa cum menţionam la condiţiile de formă ale adopţiei în discuţie, se anexează la cererea de adopţie a adoptatorului sau familiei adoptatoare din statul de primire.

O altă etapă importantă este selecţia şi potrivirea teoretică a copilului cu adoptatorul sau familia adoptatoare cu reşedinţa obişnuită în străinătate[2]. Aceasta se realizează de către Oficiu, pentru copiii care au deschisă procedura adopţiei interne, în termen de 10 zile de la data împlinirii termenului de 2 ani, ulterior căruia aceştia pot fi adoptaţi internaţional. Iniţierea procedurii teoretice nu necesită împlinirea termenului de 2 ani în situaţia copiilor pentru care în evidenţă R. N. A. există o cerere de adopţie internaţională din partea unei rude până la gradul al patrulea inclusiv.

Dacă Oficiul constată existenţa unei solicitări de adopţie formulate de o rudă a copilului până la gradul al patrulea inclusiv atestată cu reşedinţa obişnuită în România, comunică autorităţii centrale/organizaţiei străine acreditate imposibilitatea soluţionării cererii de adopţie internaţională formulate de adoptatorul sau unul dintre soţii familiei adoptatoare care este rudă până la gradul al patrulea inclusiv cu copilul. În caz contrar, absenţa datelor cu privire la rude atestate ale copilului până la gradul al patrulea inclusiv cu reşedinţa obişnuită în România, determină selectarea pentru parcurgerea procedurii de adopţie internaţională a adoptatorului sau a unuia dintre soţii familiei adoptatoare care este rudă până la gradul al patrulea inclusiv cu copilul, aceştia având prioritate în raport cu alţi/alte adoptatori/familii adoptatoare cu reşedinţa obişnuită în străinătate şi aflaţi/aflate în evidenţă R. N. A.

Tot în această etapă Oficiul solicita direcţiei un raport care urmează să conţină informaţii cu privire la copil: istoricul personal şi medical al acestuia, nivelul său de dezvoltare, particularităţile şi, după caz, nevoile speciale, precum şi potenţialul de recuperare al copilului şi opinia copilului cu privire la adopţia internaţională. Pe baza acestui raport şi a altor informaţii, Oficiul, potrivit art. 98 alin. (1) din normele metodologice de aplicare a Legii nr. 273, selectează cel mai potrivit/cea mai potrivită adoptator/familie adoptatoare aflat/aflată în evidenţă R.N.A. care nu este rudă până la gradul al patrulea inclusiv cu copilul şi care din punct de vedere teoretic răspunde nevoilor copilului[3].

---

[1] Dispoziţiile art. 57 din Legea privind regimul juridic al adopţiei, condiţionează luarea în evidenţă a cererii adoptatorului sau familiei adoptatoare de către Oficiul Român pentru Adopţii de atestarea de către autoritatea centrală competentă din statul primitor sau organizaţiile sale acreditate şi autorizate în condiţiile legii a îndeplinirii acestor exigenţe.

[2] În ipoteza în care cererea de adopţie este formulată de către soţul părintelui firesc/adoptiv al copilului, prevederile legale vizând deschiderea procedurii adopţiei interne, dar şi cele referitoare la procedura de selecţie şi potrivire teoretică nu se aplică (art. 99 din Normele metodologice).

[3] În opinia noastră, art. 98 alin. (1) din Normele metodologice nu trebuie interpretate în sensul acordării priorităţii la adopţia internaţională adoptatorului sau familiei adoptatoare care nu este rudă până la gradul al patrulea inclusiv cu copilul pentru care a fost încuviinţată deschiderea procedurii adopţiei interne, ci în sensul că dacă astfel de rude ale copilului nu există, Oficiul selectează cel mai potrivit/cea mai potrivită adoptator/familie adoptatoare aflat/aflată în evidenţa R.N.A. care nu este rudă până la gradul al patrulea inclusiv cu copilul. Propunem totuşi o intervenţie legislativă clarificatoare în acest sens pentru înlăturarea oricărui echivoc.

Următoarea etapă implică notificarea autorităţii centrale/organizaţiei acreditate cu privire la adoptatorul/familia adoptatoare selectat/selectată şi solicitarea acordului adoptatorului/familiei adoptatoare referitor la selecţia realizată, precum şi a autorităţii centrale pentru continuarea procedurii de adopţie. Aceste date sunt transmise de către Oficiu autorităţii centrale/organizaţiei străine acreditate odată cu raportul despre copil. Notificarea prevede şi informaţii despre obligaţia adoptatorilor de a se deplasa în România, în sectorul/judeţul de domiciliu al copilului, într-un termen de 60 de zile, în vederea relaţionării cu copilul. După obţinerea acordurilor solicitate, Oficiul notifică direcţiei în a cărei rază administrativ-teritorială este situat domiciliul copilului selectarea adoptatorului/familiei adoptatoare şi deplasarea acestuia/acesteia în raza sa administrativ-teritorială pentru relaţionarea cu copilul [art. 104 alin. (1) din Normele metodologice].

Una dintre cele mai importante etape ale procedurii adopţiei internaţionale este potrivirea practică referitoare la relaţionarea dintre copil şi adoptator/familia adoptatoare deoarece de aceasta depinde evoluţia pozitivă a relaţiilor dintre adoptabil şi adoptator/familia adoptatoare. Dispoziţiile art. 106 alin. (3) din Normele metodologice solicită ca numărul întâlnirilor dintre copil şi adoptatori să fie de minimum 8, dintre care cel puţin 4 trebuie desfăşurate în prezenţa responsabilului de caz şi/sau a psihologului. Depre evoluţia relaţiilor dintre copil şi adoptator/familia adoptatoare responsabilul de caz şi psihologul au obligaţia de a întocmi şi de a transmite Oficiului un raport. Se observă că în ipoteza în care după trecerea unui an de la iniţierea potrivirii teoretice nu s-a putut iniţia şi potrivirea practică, dar şi în situaţia în care încercările de relaţionare a copilului cu adoptatorul/familia adoptatoare selectat/selectată eşuează, Oficiul trebuie să reia demersurile de potrivire teoretică prevăzute pentru adopţia internă.

După parcurgerea acestor etape urmează transmiterea cererii de încuviinţare a adopţiei internaţionale de către adoptator/familia adoptatoare Oficiului, aceasta fiind înaintată de îndată instanţei judecătoreşti competente în a cărei raza teritorială este situat domiciliul copilului împreună cu raportul despre potrivirea practică.

Etapa finală a procedurii analizate este încuviinţarea adopţiei internaţionale de către instanţă.

În acest context se impune evidenţierea anumitor reguli procedurale aplicabile în materie.

Hotărârea prin care se soluţionează cererea de încuviinţare a adopţiei poate să fie de admitere sau de respingere a cererii.

Instanţa competentă, care în temeiul art. 265 N.C.C. este instanţa de tutelă, iar conform Codului de procedură civilă este tribunalul în a cărui rază teritorială se afla domiciliul adoptatului. Cauzele pentru judecarea cărora nu se poate determina instanţă competenta se judecă la Tribunalul Bucureşti. Acesta va pronunţa o hotărâre de admitere numai dacă „pe baza probelor administrate, şi-a format convingerea că adopţia este în interesul superior al copilului”, dispun prevederile art. 51 alin. (1) din Legea nr. 273/2004.

Dispoziţiile Legii nr. 273 stabilesc competenţa instanţelor judecătoreşti române de a judeca cererile prevăzute de prezenţa lege dacă cel puţin una dintre părţi are reşedinţa obişnuită în România. Competenţa acestor instanţe este exclusivă cu privire la judecarea cererilor prevăzute de prezenţa lege dacă copilul care urmează a fi adoptat are reşedinţa obişnuită în România şi este cetăţean român sau apatrid.

O altă regulă procedurală semnificativă dispune că cererile de deschidere a procedurii adopţiei interne, cererile de încredinţare a copilului în vederea adopţiei şi

cererile de încuviinţare a adopţiei se judecă în prima instanţă, potrivit regulilor prevăzute de Cartea III – Dispoziţii generale privitoare la procedurile necontencioase din Codul de procedura civilă, cu anumite excepţii prevăzute de Legea adopţiei [art. 74 alin. (4)].

Hotărârile prin care se soluţionează cererile în materia adopţiei internaţionale nu sunt supuse apelului, iar exercitarea recursului suspendă executarea.

La judecarea cererilor de încuviinţare a adopţiei internaţionale trebuie citate direcţia în a cărei rază teritorială se afla domiciliul copilului, persoana sau familia adoptatoare, precum şi Oficiul.

Totodată, la soluţionarea cererii de deschiderii procedurii adopţiei interne, Legea nr. 273/2004 dispune ascultarea obligatorie a copilului care a împlinit varsta de 10 ani.

Cererea de deschidere a procedurii adopţiei interne este scutită de taxa judiciară de timbru şi se soluţionează cu celeritate[1].

Totodată, conform Legii nr. 273/2004 soluţionarea cererii de deschidere a procedurii adopţiei interne se efectuează de către complete specializate în camera de consiliu, cu participarea obligatorie a procurorului.

După rămânerea definitivă (s. n. - termenul "irevocabilă" trebuie înlocuit în condiţiile actualei legi procedurale) a hotărârii judecătoreşti prin care s-a încuviinţat adopţia, în termen de 5 zile, direcţia în a cărei rază administrativ-teritorială se află domiciliul copilului trebuie să informeze despre aceasta, în scris, părinţii fireşti, precum şi autorităţile române competente în vederea eliberării documentelor de identitate sau de călătorie pentru adoptat (art. 112 din Normele metodologice).

Monitorizarea activităţilor postadopţie este o prevedere semnificativă în materie. În acest sens, conform art. 84 alin. (1) din Normele metodologice Oficiul are obligaţia să urmărească evoluţia copilului cu reşedinţa obişnuită în România şi a relaţiilor lui cu părintele său cu părinţii săi adoptivi cel puţin 2 ani după încuviinţarea adopţiei, prin intermediul autorităţii centrale competente sau al organizaţiei acreditate ori autorizate din statul primitor, scop în care trebuie să solicite realizarea monitorizării postadopţie şi transmiterea de rapoarte trimestriale autorităţii centrale competente sau organizaţiei acreditate şi autorizate din statul primitor.

Se observă că în ipoteza adopţiei internaţionale a unui copil cu reşedinţa obişnuită în străinătate de către o persoană/familie cu reşedinţa obişnuită în România, direcţia în a cărei rază teritorială locuiesc adoptatorii deţine obligaţia monitorizării postadopţie.

O prevedere importantă este şi aceea referitoare la eliberarea de către Oficiu a certificatului care atestă conformitatea adopţiei internaţionale cu dispoziţiile Convenţiei de la Haga. Eliberarea certificatului se efectuează la cererea adoptatorului/familiei adoptatoare, în termen de 5 zile de la înregistrarea cererii însoţite de hotărârea judecătorească de încuviinţare a adopţiei, în exemplar legalizat, cu menţiunea "definitivă" [s. n. - textul art. 115 alin. (1) din Normele metodologice prevede şi termenul de "irevocabilă", dar acesta este desuet în condiţiile actualului Cod de procedură civilă].

Efectele adopţiei internaţionale[2] sunt prevăzute de art. 66-70 din Legea nr. 273, fiind identice cu cele ale adopţiei naţionale şi vizează numele, domiciliul şi locuinţa adoptatului, obligaţia de întreţinere, vocaţia succesorală şi cetăţenia adoptatului. Dispoziţiile Legii adopţiei consacră şi dreptul persoanelor adoptate de a-şi cunoaşte

[1] D. Lupaşcu, C. M. Crăciunescu, *op. cit.*, p. 342.

[2] Referitor la aceste aspecte, a se vedea D. Berlingher, *op. cit.*, p. 190.

originile şi propriul trecut şi de a beneficia de sprijin cu privire contactarea părinţilor fireşti sau a rudelor biologice. Părinţii fireşti sau rudele biologice ale persoanelor adoptate au posibilitatea de a obţine informaţii cu caracter general vizând persoană adoptată numai dacă există acordul expres al acesteia sau, după caz, al persoanei sau familiei adoptatoare. Furnizarea informaţiilor menţionate se realizează de către Oficiu.

La aceste efecte trebuie adăugat un efect specific: deplasarea adoptatului din România pe teritoriul statului primitor se poate face numai când hotărârea de încuviinţare a adopţiei este definitivă (s. n. - art. 65 teza I din Legea nr. 273 prevede din nou sintagma de „hotărâre irevocabilă", şi art. 19 paragr. 1 coroborat cu art. 17 pct. c) din Convenţia de la Haga). Dar aceste efecte, precum şi efectele în cazul anulării adopţiei internaţionale asupra cetăţeniei adoptatului sunt prevăzute şi de Legea cetăţeniei române nr. 21/1991, republicată.

Concluzii

Dreptul la adopţie constituie unul dintre drepturile fundamentale recunoscute copilului de reglementările interne, şi de cele internaţionale.

Adopţia internaţională ca formă a adopţiei urmăreşte integrarea copilului care a fost separat de familia sa într-un mediu familial stabil permanent şi ea se desfăşoară în situaţiile în care reşedinţa obişnuită a adoptatorului sau a familiei adoptatoare şi a copilului supus procedurii adopţiei sunt în state diferite, având ca şi consecinţă schimbarea reşedinţei obişnuite a copilului la aceea a adoptatorului.

Transpunerea şi implementarea în actele normative care reglementează adopţia a principiilor şi normelor din convenţiile europene şi internaţionale în domeniu este de apreciat, finalitatea urmărită fiind o procedură suplă şi adecvată care să permită alegerea unei persoane/familii adoptatoare potrivite în vederea creării unui mediu familial armonios pentru adoptat, dar, se impune în primul rând o actualizare adecvată a acestora ca urmare a reformei legislative determinate de intrarea în vigoare a Noului Cod civil şi a Noului Cod de procedură civilă, dar şi corelarea dintre ele.

În ceea ce priveşte actualizarea propunem schimbarea formulării de hotărâre irevocabilă [art. 52 alin. (2) din Legea nr. 273/2004] de la adopţia internaţională a copilului cu reşedinţa în România, în hotărâre definitivă; în condiţiile legii procedurale în vigoare, formularea actuală trebuie reconsiderată, având în vedere că această reglementare nu mai prevede, aşa cum menţionam mai sus, categoria hotărârilor irevocabile, ci pe acelea a hotărârilor definitive şi hotărârilor nedefinitive. De altfel, înlocuirea expresiei de hotărâre irevocabilă se impune, pentru aceleaşi argumente, şi în cazul adopţiei interne, care o prevăd expres în texte precum: art. 16 alin. (9) lit. d) - "odată cu rămânerea definitivă şi irevocabilă a hotărârii judecătoreşti de încuviinţare a adopţiei"-, art. 29 alin. (5) – "hotărârea judecătorească irevocabilă prin care instanţa admite cererea direcţiei" de deschidere a procedurii adopţiei interne (s. n.), art. 51 alin. (2) – "În termen de 5 zile de la rămânerea irevocabilă a hotărârii judecătoreşti prin care s-a încuviinţat adopţia" etc.

Corelarea dispoziţiilor din actele normative în domeniu vizează înlăturarea neconcordanţelor existente între acestea. În speţă este vorba despre Legea nr. 273/2004, Legea nr. 272/2004 şi Codul civil. În acest sens, în termeni relativ similari, Codul civil, prin art. 264 şi Legea nr. 272/2004 prin art. 29 alin. (2) consacră dreptul copilului de a fi ascultat în procedurile administrative sau judiciare care îl privesc şi dispun obligativitatea ascultării copilului care a împlinit vârsta de 10 ani în cadrul desfăşurării

acestor proceduri. Legea nr. 273/2004 restrânge aplicarea acestui drept, statuând că ascultarea copilului care a împlinit vârsta de 10 ani este obligatorie doar în cazul desfăşurării următoarelor activităţi procesuale în materie de adopţie: la judecarea cererii referitoare la deschiderea procedurii adopţiei interne a copilului, a cererii de încredinţare în vederea adopţiei, a cererii de desfacere a adopţiei, precum şi a cererii privind nulitatea adopţiei, iar la încuviinţarea adopţiei copilului care a împlinit vârsta de 10 ani acestuia urmează să i se solicite consimţământul. Referitor la aceste aspecte, achiesăm la propunerea exprimată în doctrină[1] conform căreia se impune *de lege ferenda* corelarea acestor dispoziţii conferindu-se copilului dreptul de a fi ascultat şi de a participa la adoptarea oricărei măsuri care îl priveşte.

Bibliografie:

1. Al. Bacaci, C. V. Dumitrache, C. C. Hageanu, *Dreptul familiei*, ediţia a 7-a, Editura C. H. Beck, Bucureşti, 2012

2. D. Berlingher, *Drept internaţional privat*, Editura Cordial Lex, 2012

3. D. Lupaşcu, C. M. Crăciunescu, *Dreptul familiei*, ediţia a 2-a emendată şi actualizată, Editura Universul Juridic, Bucureşti, 2012

4. E. Florian, *Dreptul familiei*, ediţia a 2-a, Editura C. H. Beck, 2008

5. M. Djuvara, *Teoria generală a dreptului* (Enciclopedia juridică), vol. II, partea III, Editura Socec, Bucureşti, 1930

6. Fl.-A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei, *Noul Cod civil. Comentariu pe articole,* ediţia 1, revizuită, Editura C. H. Beck, Bucureşti, 2012

7. I. Deleanu, *Tratat de procedură civilă*, vol. II, Editura Universul Juridic, Bucureşti, 2013

8. I. Imbrescu, *Tratat de dreptul familiei. Familia, protecţia copilului, elemente de stare civilă*, Editura Lumina Lex, Bucureşti, 2006

9. T. Bodoaşcă, A. Drăghici, I. Puie, I. Maftei, *Dreptul familiei*, ediţia a II-a, Editura Universul Juridic, Bucureşti, 2013

10. T. Bodoaşcă, *Unele aspecte critice referitoare la necorelarea unor dispoziţii din Legea nr. 272/2004 privind protecţia şi promovarea drepturilor copilului cu unele norme din Legea nr. 273/2004 privind regimul juridic al adopţiei*, în *Dreptul,* nr. 5/2005

11. V. Stoica, *Natura juridică şi procedura specifică adopţiei,* în *Dreptul*, nr. 2/1993

12. Convenţia asupra protecţiei copiilor şi cooperării în materia adopţiei internaţionale, încheiată la Haga, la 29 mai 1993, ratificată de ţara noastră prin Legea nr. 84/1994

13. Convenţia europeană în materia adopţiei de copii, adoptată la Strasboug, la 24 aprilie 1967 şi ratificată de România prin Legea nr. 15/1993

[1] T. Bodoaşcă, A. Drăghici, I. Puie, I. Maftei, *op. cit.*, p. 461.

Unele aspecte privind contractele individuale şi colective de muncă în cazul transferului întreprinderii

Radu Ştefan ***PĂTRU****

Abstract: *Pe durata executării contractelor individuale şi colective de muncă pot surveni o serie de incidente care să afecteze derularea contractelor conform voinţei iniţiale a părţilor. Unul dintre aceste incidente este şi transferul întreprinderii. Legiuitorul, în consens cu prevederile în materie din Dreptul U.E. a prevăzut ca regulă salvgardarea contractelor de muncă în scopul apărării drepturilor salariaţilor. Având în vedere complexitatea operaţiunilor juridice legate de transferul de întreprindere, situaţia contractelor de muncă merită o atenţie deosebită. În acest studiu, ne propunem să analizăm regimul juridic al contractelor de muncă în cazul transferului întreprinderii, în principal sub aspectul protecţiei legale ale salariaţilor încadraţi în întreprinderea supusă transferului.*

Cuvinte cheie: *transfer întreprindere, contracte de muncă, drepturile salariaţilor, concediere, salvgardarea contractului*

Consideraţiuni introductive

Pe parcursul valabilităţii contractelor individuale şi colective de muncă, pot apărea anumite evenimente juridice care să implice schimbări în organizarea şi funcţionarea angajatorului. Bunăoară, în urma unui transfer al întreprinderii sau a unor părţi din aceasta către o altă persoană juridică, printre aspectele importante care ţin de relaţiile juridice de muncă dintre părţi, se regăsesc şi cele referitoare la evoluţia contractelor de muncă.

Sediul materiei

Art. 1.315 din Codul civil prevede că "(1) 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. (2) Sunt exceptate cazurile anume prevăzute de lege".

În cadrul dreptului muncii, legiuitorul, venind în sprijinul salariaţilor care în urma operaţiunilor de transfer de întreprindere îşi pot vedea afectate drepturile, a stabilit în cuprinsul Legii nr.67/2006 privind protecţia drepturilor salariaţilor în cazul transferului întreprinderii, al unităţii sau al unor părţi ale acestora, regimul juridic aplicabil contractelor individuale şi colective de muncă în contextul transferului de întreprindere[1].

Prevederile acestei legi reprezintă rezultatul transpunerii Directivei 2001/23/CE privind apropierea legislaţiei statelor membre referitoare la menţinerea drepturilor

* Asist.univ.drd., Facultatea de Drept, Universitatea Titu Maiorescu Bucureşti.

[1] Legea a fost publicată în Monitorul Oficial nr. 276 din 28 martie 2006.

lucrătorilor în cazul transferului de întreprinderi, unităţi sau părţi din întreprinderi sau unităţi[1].

Conform Legii nr. 67/2006 cedentul este "persoana care îşi pierde calitatea de angajator faţă de salariaţii întreprinderii, ai unităţii sau ai unor părţi ale acestora, transferate în condiţiile prevăzute la art. 1"[2].

În viziunea aceleiaşi legi, cesionarul este "persoana care dobândeşte calitatea de angajator faţă de salariaţii întreprinderii, ai unităţii sau ai unor părţi ale acestora, transferate în condiţiile prevăzute la art. 1"[3].

Legea nr. 67/2006 defineşte şi transferul ca fiind "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"[4].

Dispoziţiile legii în materia transferului de întreprindere nu se aplică atunci când cedentul este supus operaţiunilor de faliment sau de reorganizare judiciară[5] şi nici în cazul personalului navigant din marina comercială[6].

Prevederile Legii nr. 67/2006 nu se pot aplica şi în cazul transferului de întreprindere din cadrul autorităţilor şi instituţiilor publice[7]. În acest sens, art. 1, lit. c) teza a doua din Directiva 2001/23/CE stabileşte că "O reorganizare administrativă a autorităţilor administraţiei publice sau transferul unor funcţii administrative între autorităţile administraţiei publice nu reprezintă un transfer în sensul prezentei directive".

Înainte cu 30 de zile de data transferului, atât cedentul cât şi cesionarul au obligaţia de a informa salariaţii în cazul în care se preconizează adoptarea de măsuri care să îi vizeze pe aceştia. Această obligaţie de informare este parte a obligaţiei generale a angajatorului de a informa salariaţii cu privire la elementele esenţiale care sunt în legătură cu relaţiile de muncă, dar şi în legătură cu obligaţia de consultare cu sindicatele care îi revine angajatorului de fiecare dată când adoptă măsuri care au repercusiuni asupra regimului juridic al salariaţilor[8].

Informarea se face în scris în scopul de a se ajunge la un acord în privinţa măsurilor care se vor lua în urma transferului[9]. Sindicatul însă nu are decât un rol consultativ, o

---

[1] Publicată în JOUE L82/16 din 22.03.2001.

[2] A se vedea art. 4 lit. a) din Legea nr. 67/2006.

[3] A se vedea art. 4 lit. b) din Legea nr. 67/2006.

[4] A se vedea art. 4 lit. d) din Legea nr. 67/2006.

[5] A se vedea art. 5 alin. (2) din Legea nr. 67/2006.

[6] A se vedea art. 3 din Legea nr. 67/2006.

[7] Ion Traian Ştefănescu, *Protecţia drepturilor salariaţilor în cazul transferului întreprinderii, al unităţii sau al unor părţi ale acestora în lumina Legii nr. 67/2006*, Revista Dreptul nr. 9/2006; Aurelian Gabriel Uluitu, *Drepturile salariaţilor în cazul transferului întreprinderii, al unităţii sau al unor părţi ale acestora*, Revista Română de Drept al Muncii, nr. 1/2006, p.30. În sens contrar a se vedea Ana Cioriciu, C*onsideraţii generale privind complexitatea şi utilitatea actuală a transferului*, Revista Română de Drept al Muncii, nr. 1/2007, p. 84.

[8] Magda Volonciu, *Transferul colectiv (integral)*, în Revista Română de Dreptul Muncii, nr. 2/2004, p. 45.

[9] Art. 12 alin. (1) din Legea nr. 67/2006 prevede următoarele: "Cedentul şi cesionarul vor informa în scris reprezentanţii salariaţilor proprii sau, în cazul în care aceştia nu sunt constituiţi ori desemnaţi, pe salariaţii proprii, cu cel puţin 30 de zile înainte de data transferului, cu privire la:

a) data transferului sau data propusă pentru transfer;

b) motivele transferului;

c) consecinţele juridice, economice şi sociale ale transferului pentru salariaţi;

eventuală opoziţie a reprezentanţilor salariaţilor neîmpiedicând efectuarea transferului întreprinderii.

Cedentul are obligaţia de a notifica cesionarul cu privire la drepturile şi obligaţiile care vor face obiectul cesiunii[1]. Printre obligaţiile care vor fi cesionate se numără şi obligaţiile cedentului faţă de salariaţi, obligaţii care vor fi cesionate în întregime. Astfel, noul angajator va prelua în întregime contractele individuale de muncă ale salariaţilor alături de contractul colectiv de muncă încheiat la nivelul unităţii. Această preluare operează *ope legis,* singura condiţie fiind cea a respectării prevederilor legale[2].

Contractele individuale de muncă în cazul transferului întreprinderii

Cesionarului îi incumbă obligaţiile legale cu privire la preluarea contractelor individuale de muncă numai pentru cele existente la momentul transferului nu şi la cele ulterioare[3].

Legea instituie atât în sarcina cedentului cât şi a cesionarului interdicţia concedierilor colective şi individuale care au ca motiv transferul întreprinderii. Este interzisă chiar şi modificarea contractelor individuale de muncă ale salariaţilor în urma operaţiunilor de transfer.

Dacă în urma transferului întreprinderii se vor efectua totuşi concedieri individuale sau colective, angajatorul va răspunde legal pentru aceasta.

Art. 8 din Legea nr. 67/2006 stabileşte că "în cazul în care transferul implică o modificare substanţială a condiţiilor de muncă în detrimentul salariatului, angajatorul este responsabil pentru încetarea contractului individual de muncă". Textul legal amintit nu transpune în mod fidel prevederea similară din cuprinsul Directivei, care se referă la "fapta angajatorului" care generează rezilierea contractului individual de muncă. Împrejurările privind încetarea contractelor individuale de muncă în urma transferului întreprinderii trebuiesc extinse dincolo de concedierea salariatului de către angajatorul său. Astfel, s-a considerat că, angajatorul este culpabil şi dacă salariatul îşi dă demisia datorită faptului că nu i se respectă drepturile legale în urma transferului. Salariatul ar avea dreptul *ex lege* la despăgubiri dacă noul angajator nu îi mai respectă drepturile avute anterior[4]. Apare ca fiind justă opinia în sensul modificării textului de lege în conformitate cu prevederile Directivei[5].

---

d) măsurile preconizate cu privire la salariaţi;

e) condiţiile de muncă şi de încadrare în muncă".

[1] Legea nu stabileşte sancţiuni în cazul nerespectării obligaţiei de notificare, regimul juridic al transferului urmându-şi în continuare cursul. Este o prevedere logică, venită în sprijinul salariaţilor cărora nu li se poate opune în cazul unei concedieri individuale sau colective, faptul că actualul angajator, respectiv cesionarul nu a fost notificat de cedent cu privire la situaţia reală a numărului salariaţilor.

[2] Aurelian Gabriel Uluitu, *op. cit.*,p.31.

[3] Ion Traian Ştefănescu, *op. cit.*, p. 11.

[4] Aurelian Gabriel Uluitu, *op. cit.,* p. 32.

[5] Art. 4 pct. 2) din Directiva nr. 2001/23/CE prevede că „În cazul în care contractul de muncă sau relaţia de muncă este reziliată datorită faptului că transferul operează o modificare substanţială a condiţiilor de muncă în detrimentul salariatului, rezilierea contractului de muncă sau a relaţiei de muncă se consideră ca fiind intervenită din fapta angajatorului".

În ceea ce priveşte posibilitatea cesionarului de a opera concedieri s-a afirmat că "**numai după operarea cesiunii, noul angajator, respectiv cesionarul, este în drept să dispună concedieri** în condiţiile legii"[1].

În altă opinie, s-a afirmat că "deşi operaţiunea transferului nu poate constitui motiv de concediere a lucrătorilor, totuşi statele membre, la transpunerea directivei, pot permite cedentului şi cesionarului să procedeze la concedieri pentru motive economice, tehnice sau organizatorice, atât înainte cât şi după transfer"[2]. Această opinie este susţinută şi de hotărâri ale Curţii de Justiţie a Uniunii Europene.

În opinia noastră, în decelarea punctului de vedere amintit mai sus, se impun a fi făcute anumite precizări. Astfel, trebuie făcută o diferenţiere între regimul juridic al transferului întreprinderii şi cel al concedierilor pentru motive economice, tehnice sau organizatorice. Tranferul întreprinderii, reprezintă o operaţiune juridică precis determinată de legiuitor, care se desfăşoară în condiţiile stabilite de lege. Tot legea reglementează şi aspecte în legătură cu gestionarea problemelor economice, tehnice sau organizatorice. În lumina noii reglementări, angajatorii au la dispoziţie şi alte posibilităţi în afară de concedierea salariaţilor, respectiv suspendarea contractelor individuale de muncă sau reducerea zilelor de lucru cu menţinerea salariaţilor la dispoziţia angajatorului. Totuşi, dacă angajatorul va decide efectuarea concedierilor pentru motivele amintite mai sus, acestea nu se pot face sub pretextul transferului de întreprindere, deoarece, după cum am arătat, în acest context, concedierea este interzisă.

S-a afirmat în mod judicios că, operaţiunea juridică a cesiunii ar trebui înscrisă în actele salariatului, cu atât mai mult cu cât, contractul individual de muncă este un contract *intuitu personae*[3]. Tot în legătură cu formalităţile care trebuiesc îndeplinite, ne raliem opiniei conform căreia, faptul modificării angajatorului în urma cesiunii nu trebuie consemnat prin act adiţional la contractul individual de muncă[4].

Contractele colective de muncă în cazul transferului întreprinderii

Contractul colectiv de muncă încheiat la nivelul cedentului va fi preluat de cesionar şi se va aplica până la data ajungerii la termen sau până la data rezilierii sale.

Cu privire la preluarea contractelor colective de muncă, din formularea legii se desprinde un aspect controversat în legătură cu eventuala reziliere a contractelor colective de muncă: art. 9 alin. (1) din Legea nr. 67/2006 dispunând că: "cesionarul are obligaţia respectării prevederilor contractului colectiv de muncă aplicabil la data transferului, până la data rezilierii sau expirării acestuia".

Rezilierea ca o cauză de încetare a contractelor bilaterale cu executare succesivă poate avea loc în mod convenţional, respectiv prin acordul părţilor, prin denunţarea unilaterală a contractului sau pe cale judiciară. Contractul colectiv de muncă nu poate fi denunţat în mod unilateral, deoarece pe de o parte este un contract încheiat pentru o durată determinată, iar pe de altă parte este un veritabil izvor de drept, o eventuală denunţare unilaterală fiind incompatibilă cu însăşi natura juridică a acestui contract. Similar stau lucrurile şi în cazul rezilierii judiciare, astfel încât singura formă de

[1] Magda Volonciu,*op. cit.*, p. 44-45.

[2] Ovidiu Ţinca, *Comentarii referitoare la încetarea contractului individual de muncă în cazul transferului întreprinderii, Aspecte controversate în interpretarea şi aplicarea Codului muncii şi ale Legii Dialogului Social,* Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2013, p. 199.

[3] Magda Volonciu, *op. cit.*, p. 45; Ana Cioriciu, *op. cit.*, p. 83.

[4] *Ibidem*, p. 46-47.

reziliere incidentă în acest context este cea convenţională. De altfel şi Legea nr. 62/2011 (a Dialogului Social) în art. 151 stabileşte ca posibile cauze de încetare a contractului colectiv de muncă ajungerea la termen a contractului, acordul părţilor sau dizolvarea ori lichidarea judiciară a unităţii.

Cesionarul este obligat să respecte clauzele contractului colectiv de muncă preluat, cu excepţia în care contractul colectiv de muncă a ajuns la termen, sau a fost reziliat în mod convenţional de către părţi (prin acordul părţilor)[1].

Cesionarul şi reprezentanţii salariaţilor pot conveni renegocierea clauzelor contractului colectiv de muncă, dar nu mai devreme de trecerea unui an de la momentul transferului întreprinderii.

În cazul în care întreprinderea sau unitatea nu îşi păstrează autonomia, iar la nivelul cesionarului este aplicabil un contract colectiv de muncă mai favorabil salariaţilor decât cel aplicabil la nivelul cedentului, salariaţilor transferaţi li se va aplica acest din urmă contract datorită nivelului superior de drepturi[2]. Această ipoteză presupune existenţa în timp a două contracte colective de muncă.

Prevederile contractului colectiv de muncă rămân valabile cu atât mai mult cu cât în practică de multe ori nu se schimbă şi locul muncii, salariaţii rămânând în acelaşi loc, fiind doar sub conducerea unui nou angajator.

În situaţia pierderii autonomiei întreprinderii sau a unităţii, salariaţii transferaţi pot fi reprezentaţi de reprezentanţii salariaţilor din întreprinderea cedentului. Acest fapt nu se realizează fără acordul prealabil al salariaţilor transferaţi.

Chiar dacă legiuitorul face referire la faptul că salariaţii transferaţi pot fi reprezentaţi de "reprezentanţii salariaţilor din întreprinderea cesionarului", conform accepţiunii terminologice a acestei legi, în categoria reprezentanţilor salariaţilor intră şi organizaţiile sindicale[3].

Dacă întreprinderea sau unitatea îşi păstrează autonomia, reprezentanţii salariaţilor supuşi transferului îşi menţin statutul cu obligaţia respectării condiţiilor de reprezentativitate. În cazul în care nu îndeplinesc condiţiile de reprezentativitate salariaţii îşi vor alege alţi reprezentanţi conform legii.

Reprezentanţii salariaţilor beneficiază în continuare de măsuri de protecţie chiar dacă mandatul lor încetează ca urmare a transferului.

Consideraţiuni finale

Transferul de întreprindere implică operaţiuni juridice care afectează în mod nemijlocit atât angajatorii cât şi salariaţii.

Atât la nivelul Uniunii Europene, cât şi la nivel intern, transferul de întreprindere este reglementat în mod exhaustiv, tocmai datorită implicaţiilor sale.

După cum am prezentat, legiuitorul român a reglementat transferul de întreprindere prin Legea nr. 67/2006 privind protecţia drepturilor salariaţilor în cazul transferului întreprinderii, al unităţii sau al unor părţi ale acestora, transpunând astfel prevederile Directivei nr.2001/23/CE.

Chiar dacă prevederile directivei nu au fost preluate în totalitate de lege, se poate afirma că, în mare parte, dispoziţiile actului normative consonează cu prevederile directivei.

---

[1] Aurelian Gabriel Uluitu, *op. cit.,* p. 33.

[2] A se vedea şi Ion Traian Ştefănescu, *Protecţia drepturilor.., op. cit.*, p. 16.

[3] A se vedea art. 1 lit. e). din Legea nr. 67/2006.

Dispoziţiile legale cu privire la transferul de întreprindere asigură salvgardarea contractelor colective şi individuale de muncă, asigurând un regim juridic de protecţie pentru salariaţi.

În contextul transferului de întreprindere, concedierile colective şi individuale sunt interzise. După cum am arătat, în doctrină, într-un mod concordant cu practica CJUE, s-a arătat că se pot opera concedieri pentru motive economice, tehnice sau organizatorice, atât înainte cât şi după transferul de întreprindere, însă, aceste concedieri nu trebuie să aibă legătură cu operaţiunea transferului.

În concluzie, transferul de întreprindere trebuie efectuat doar cu respectarea strictă a dispoziţiilor legale, care asigură un regim de protecţie pentru salariaţi, în special prin păstrarea contractelor individuale de muncă ale acestora, cât şi a contractelor colective.

Bibliografie

1.Ion Traian Ştefănescu, Protecţia drepturilor salariaţilor în cazul transferului întreprinderii, al unităţii sau al unor părţi ale acestora în lumina Legii nr. 67/2006, Revista Dreptul nr. 9/2006

2.Ion Traian Ştefănescu, Tratat teoretic şi practic de drept al muncii, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2013.

3.Magda Volonciu, Transferul colectiv (integral), în Revista Română de Dreptul Muncii, nr. 2/2004

4.Aurelian Gabriel Uluitu, Drepturile salariaţilor în cazul transferului întreprinderii, al unităţii sau al unor părţi ale acestora, Revista Română de Drept al Muncii, nr. 1/2006

5.Ovidiu Ţinca, Comentarii referitoare la încetarea contractului individual de muncă în cazul transferului întreprinderii, Aspecte controversate în interpretarea şi aplicarea Codului muncii şi ale Legii Dialogului Social, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2013

6.Ana Cioriciu Consideraţii generale privind complexitatea şi utilitatea actuală a transferului, Revista Română de Drept al Muncii, nr. 1/2007

Garanţiile autonome între tradiție și noutate legislativă

Ioan ***MORARIU****

Abstract: *Chiar în lipsa unei reglementări exprese în Codul Civil până în noiembrie 2011, garanţiile autonome și în special scrisorile de garanție au fost o instituție cu caracter de permanență și au fost utilizate de către profesioniști în relațiile comerciale ca instrument de garanție la cerere.*

Valorificând rezultatele și sedimentările practicii juridice, Noul Cod Civil a adus o serie de modificări în materia garanțiilor, materializate în reașezări instituționale și terminologice sau în veritabile inovări legislative.

Unul dintre aspectele de noutate legislativă induse de Noul Cod Civil în materia garanțiilor a fost legiferarea garanțiilor autonome, introduse pentru prima dată, ca și categorie noua de garanții personale, reprezentând forme moderne de garantare a obligațiilor comerciale.

Cuvinte cheie: *Garanție, garanție personală, garanții autonome, scrisoare de garanție, scrisoare de confort.*

1. Aspecte generale privind garanţiile

Obligaţia, ca element și parte constitutivă a raportului juridic civil, este garantată în toate sistemele de drept prin diverse instrumente juridice accesorii, numite "*garanții*".

Garantarea obligațiilor, ca mecanism juridico-economic, înglobează totalitatea mijloacelor juridice, adică a drepturilor și acțiunilor recunoscute direct de lege sau născute din acordul de voință al părților raportului obligațional, prin a căror exercitare se asigură realizarea drepturilor de creanță.

În sens larg, noțiunea de garanție include orice angajament, instrument sau orice alt mijloc, având caracter accesoriu contractului, pus la dispoziția sau emis în favoarea unui titular de drepturi, în virtutea contractului încheiat și care are aptitudinea de a asigura respectivului beneficiar realizarea certă a drepturilor garantate sau despăgubirea bănească corespunzătoare pentru daunele provocate de nerealizarea acestor drepturi.

În sens restrâns, garanțiile sunt mijloacele juridice care conferă creditorilor titulari, fie prioritatea față de ceilalți creditori cu privire la urmărirea silită a unui bun determinat din averea debitorului fie posibilitatea de a urmări silit și o altă persoană care s-a angajat împreuna cu debitorul.

Corelativ celor două sensuri, se poate vorbi așadar de existența unor mijloace juridice generale de garantare a realizării a drepturilor creditorilor și a unor mijloace juridice speciale de atingere a acestui obiectiv.

Mijloacele juridice generale sunt recunoscute tuturor creditorilor în temeiul dreptului de gaj general pe care aceștia îl au asupra patrimoniului debitorului, conform art. 2324 alin. (1) din Noul Cod Civil: "*oricine este obligat personal este ţinut de a îndeplini îndatoririle sale cu toate bunurile sale, mobile şi imobile, prezente şi viitoare*",

* Asist.univ. dr., Universitatea Titu Maiorescu, București.

creditorii care beneficiază doar de mijloacele generale de garantare a realizării drepturilor lor de creanţă fiind identificaţi şi recunoscuţi în literatura de specialitate drept creditori chirografari.

Suplimentar gajului general al creditorilor, sunt reglementate, recunoscute şi puse la dispoziţia acestora mijloace specifice de protecţie a drepturilor, posibilităţi adiţionale de satisfacere a creanţelor, care reprezintă şi sunt identificate în doctrină şi jurisprudenţă drept garanţiile propriu zise, clasificarea tradiţională fundamentală a acestor garanţii fiind aceea care distinge **garanţiile personale** de **garanţiile reale**.

Reglementarea generală a garanţiilor se află în Noul cod civil[1], în Cartea a V, Titlul X, „*Garanţiile personale*" şi Titlul XI, „*Privilegiile şi garanţiile reale*"[2].

Din perspectiva garanţiilor personale, care interesează prezenta analiză, dacă sub imperiul vechii legislaţii civile unica **garanţie personală** era **cauţiunea,** Noul Cod Civil reglementează pe de o parte **Fidejusiunea,** în Capitolul II al Titlului X şi, ca element de noutate legislativă, **Garanţiile autonome,** în Capitolul III al Titlului X, garanţii care urmează a face obiectul prezentei analize.

2. Garanţiile autonome-mijloc specific de garantare a creanţelor

2.1. Specificul, funcţiile şi părţile implicate în garanţiile autonome

Garanţiile autonome sunt instrumente de garantare constând în angajamente autonome subsidiare unor raporturi juridice obligaţionale principale, prin care garantul se obligă să facă, să nu facă sau să plătească o sumă de bani creditorului din raportul juridic principal.

Aşadar, instituţia Garanţiilor autonome cu ele două forme ale sale, scrisoarea de garanţie şi scrisoarea de confort reprezintă o specie a garanţiilor personale, iar prin intermediul acestora se garantează plata unei sume de bani (în cazul scrisorii de garanţie), respectiv executarea unei obligaţii de a face sau de a nu face (în cazul scrisorii de confort).

La o cât de sumară analiză logico-juridică a structurii şi mecanismului de funcţionare a garanţiilor autonome pot fi uşor decelate părţile implicate în derularea şi materializarea acestor instituţii juridice, respectiv **Ordonatorul garanţiei, Beneficiarul garanţiei şi Garantul**.

Ordonatorul garanţiei care este debitorul din raportul juridic obligaţional principal, parte contractantă căreia partenerul de contract (beneficiarul garanţiei) îi solicită o garanţie. Drept consecinţă a acestei prime solicitări, ordonatorul solicită la rândul său unei terţe persoane – garantul – o garanţie.

Beneficiarul garanţiei este creditorul din raportul juridic obligaţional principal, parte contractantă în favoarea căruia garantul emite garanţia.

Garantul este debitorul secundar, cel care îşi asumă angajamentul autonom subsidiar constând în obligaţia de a face, a nu face sau a plăti o sumă de bani creditorului din raportul juridic principal.

---

[1] Adoptat şi pus în vigoare prin Legea nr. 71/2011.

[2] Înainte de intrarea în vigoare a noului Cod civil reglementarea garanţiilor se regăsea în vechiul Cod civil - Cartea III, Titlul XIV„Despre fidejusiune (cauţiune)", Titlul XV„Despre amanet" şi Titlul XVIII„Despre privilegii şi ipoteca", în Codul comercial Cartea a II-a, Titlul I (art. 495 -500 despre gajul asupra vasului) şi în Titlul VI al Legii nr. 99/1999 care abroga dispoziţiile art. 478 -489 din Codul comercial, precum şi în Legea nr. 190/1999 privind creditul ipotecar.

Funcția esențială a garanțiilor autonome este de a atenua sau de a elimina riscul pierderii care decurge pentru creditor din insolvabilitatea debitorului.

Garanţiile autonome îndeplinesc funcţia specifică oricărei garanţii, aceea de a oferi creditorului o asigurare cu privire la îndeplinirea obligaţiei de către debitor, fără a avea însă un efect accesoriu faţă de obligaţia din raportul juridic iniţial (primar), pe care a garantat-o, spre deosebire de garanţiile personale.

Alături de menirea tradițională, aceea de asigurare a executării obligației debitorului, garanțiile autonome sunt investite cu funcții specifice: ele contribuie la securitatea creditului și înlocuiesc uneori creditul propriu zis, substituindu-se transferului efectiv de fonduri, așa cum se întâmplă, de exemplu, în cazul scrisorilor de garanție bancară.

2.2. Garanţiile autonome anterior reglementării în Codul Civil

Cu toate că până în octombrie 2011 garanţiile autonome nu s-au regăsit în dreptul pozitiv intern, neavând o reglementare expresă în Codul Civil, aceste garanţii şi în special scrisorile de garanție și-au găsit câmp de aplicare în practică, fiind utilizate de către profesioniști în relațiile comerciale ca instrument de garanție la cerere, ce putea fi emis pentru fluidiza circuitul juridico-economic și a face funcționale anumite raporturi juridice comerciale concrete.

Scrisoarea de garanție îndeplinea o serie de roluri specifice, acoperind necesități ale circuitului economico-juridic, dintre care unele încă sunt încă de actualitate: garanție de execuție la termen, garanție de bună execuție, garanție de plată, garanție de restituire avans, garanție de participare la licitație, garanție post-garantare și garanție de mentenanță.

Aşa cum se susţine în doctrina de specialitate[1], aceste instituţii au apărut şi s-au dezvoltat în lipsa unui cadru legislativ în dreptul intern, lipsa cadrului legislativ fiind totuşi relativ, o serie de reguli găsindu-se în normele interne ale băncilor.

Garanţiile autonome s-au dezvoltat în practica bancară, începând cu perioada imediat următoare celui de-al doilea război mondial şi s-au dezvoltat în mod deosebit începând cu deceniul 7 al secolului trecut, din nevoia practică de securizare a creditului, dar în acelaşi timp şi de eliminare a neajunsurilor rezultate din regulile uneori prea rigide ale instituţiilor juridice deja cunoscute[2].

Apariția necesității practice de utilizare a acestor instrumente juridice a condus în mod firesc la apariția unor uzanțe comerciale internaţionale dezvoltate în domeniul bancar pentru garantarea obligaţiilor, iar într-o etapă ulterioară la necesitatea unei codificării a acestor uzanțe.

Codificarea a fost realizată de către Camera de Comerţ Internaţională de la Paris în mai multe ediții și variante, fiecare îmbunătățind și completând variantele anterioare.

Astfel, prima codificare a Regulilor Uniforme privind Garanţiile la Cerere a avut loc în anul 1978 (materializată în Publicaţia 325), codificare revizuită de organismul menționat în anul 1995 (Publicaţia 458), iar ulterior în anul 2009.

---

[1] R. Rizoiu, *Asupra unei abordări funcționale a scrisorii de garanție bancară, cu privire specială asupra garanției independente. Noțiune*, în Curierul Judiciar nr. 5/2004, p. 67.

[2] Flavius-Antoniu Baias, Eugen Chelaru, Rodica Constantinovici, Ioan Macovei -coordonatori, *Noul Cod Civil. Comentariu pe articole*, Ed. All Beck, București 2012, p. 2231.

Ca atare, la acest moment, setul de reguli privind garanţiile bancare în vigoare este dat de Regulile Uniforme privind Garanţiile la Cerere elaborate de Camera de Comerţ Internaţională de la Paris în anul 2009, reguli ce au intrat în vigoare la 1 iulie 2010 (materializate în Publicaţia 758), aceste reguli aplicându-se oricăror scrisori de garanţie sau de contragaranţie în care se prevede în mod expres că sunt supuse acestor reguli[1].

2.3. Garanţiile autonome în legislaţia actualăNoul Cod Civil introduce pentru prima dată, o categorie nouă de garanţii personale, aceea de *garanţii autonome* ***- forme moderne de garantare a obligaţiilor comerciale, inclusiv a obligaţiilor bancare şi care reglementează două forme de garanţii autonome -*** *scrisoarea de garanţie şi scrisoarea de confort.*

Reglementarea concretă a garanţiilor autonome se regăseşte, aşa cum am arătat mai sus, în Capitolul III al Titlului X al Noului Cod Civil, art. 2321-2322.

2.3.1. Scrisoarea de garanţie

2.3.1.1. Aspecte generale

Scrisoarea de garanţie reprezintă, potrivit art. 2321 Cod civil, un angajament irevocabil şi necondiţionat prin care o persoană, denumită emitent, se obligă, la solicitarea unei persoane denumite ordonator, în considerarea unui raport obligaţional preexistent, dar independent de acesta, să plătească o sumă de bani unei terţe persoane, denumită beneficiar, în conformitate cu termenii angajamentului asumat[2].

Angajamentul asumat în condiţiile mai-sus menţionate, se execută la prima şi simpla cerere a beneficiarului, fără a fi necesare formalităţi ori manifestări de voinţă colaterale sau subsecvente.

Emitentul care a efectuat plata în temeiul scrisorii de garanţie are drept de regres împotriva ordonatorului scrisorii de garanţie

Una dintre principalele forme de manifestare ale scrisorii de garanţie şi în acelaşi timp subspecie a acesteia este scrisoarea de garanţie bancară, scrisorile de garanţie bancare fiind deseori solicitate de societăţile comerciale în vederea desfăşurării activităţilor lor specifice.

Scrisoarea de garanţie bancară este un înscris prin care o bancă se angajează în mod irevocabil ca, în cazul în care o persoană fizică sau juridică denumită debitor principal nu va plăti la un anumit termen o sumă determinată şi indicată în mod expres, să plătească ea însăşi suma neachitată, în favoarea unei alte persoane fizice sau juridice denumită beneficiar, la prima cerere a acestuia.

Urmând regula oricărui act juridic, scrisoarea de garanţie comportă, pe lângă sensul de operaţiune juridică (*negotium iuris),* şi pe acela de înscris constatator (*instrumentum*) şi întrucât prin scrisoarea de garanţie se pot constitui diverse tipuri de garanţie, este absolut necesar ca din cuprinsul scrisorii să rezulte intenţia părţilor cu privire la tipul de garanţie (*negotium*), pe care părţile raportului juridic au intenţionat să-l încheie.

---

[1] *Idem*.

[2] Pentru evitarea oricărei confuzii sau suprapuneri terminologice, apreciem ca util a se face distincţia clară între noţiunea de Scrisoare de Garanţie ("Letters of Guarantee"), care semnifică orice angajament semnat, oricum ar fi numit sau descris acesta, care asigura plata la prezentarea unei cereri de plata conforme şi noţiunea de Acreditive Documentare ("Letters of Credit"), acestea din urma având un regim juridic distinct, fiind guvernate de reguli promulgate de către Camera Internaţională de Comerţ şi cunoscute sub numele de Regulile şi Uzanţele Uniforme privind Acreditivele Documentare (nn.).

În acest sens, funcţie de obligaţia garantată există mai multe tipuri de scrisori de garanţie bancară, în practică cel mai des întâlnite tipuri de scrisori de garanţie fiind:

• scrisorile de garanţie pentru participare la licitaţii, prin care se asigură acoperirea garanţiei de participare solicitată participanţilor, fie potrivit legii, fie potrivit caietului de sarcini;

• scrisorile de garanţie pentru bună execuţie, prin care se garantează executarea corespunzătoare şi la termen a obligaţiilor;

• scrisorile de garanţie a restituirii avansului plătit prin care se asigură cumpărătorul care a plătit un avans că avansul îi va fi restituit în situaţia în care vânzarea nu are loc;

• scrisorile de garanţie pentru deschiderea de acreditiv;

• scrisorile de garanţie de garanţie a efectuării plăţii.

2.3.1.2. Caracterele juridice ale scrisorii de garanţie.

Din structura internă, mecanismul practic de aplicare şi efectele acesteia se pot contrage cu uşurinţă caracterele juridice ale scrisorii de garanţie, acestea fiind, într-o prezentare sintetică, următoarele:

a) caracterul convenţional.

Scrisoarea de garanţie are în mod evident o natură convenţională, având configuraţia juridică a unui contract unilateral, ale cărui părţi sunt emitentul, în calitate de debitor şi beneficiarul, în calitate de creditor. După cum se observă, ordonatorul nu este parte a contractului, însă el participă la operaţiunea tripartită în care sunt implicaţi emitentul, ordonatorul şi beneficiarul[1].

b) caracterul autonom.

Caracterul autonom al scrisorii de garanţie decurge din lipsa accesorietăţii acesteia faţă de obligaţia din raportul juridic iniţial (primar), pe care a garantat-o. Astfel, emitentul nu îşi asumă cu caracter subsecvent datoria ordonatorului, pentru ipoteza în care acesta nu ar plăti, ci lui îi revine o obligaţie nouă, independentă de cea care rezultă din raportul principal.

c) caracterul intuituu personae[2].

Acest caracter juridic este evidenţiat de faptul că, pe de o parte, transmiterea drepturilor şi obligaţiilor garantate nu atrage şi transmiterea garanţiei[3], iar pe de altă parte scrisoarea de garanţie nu poate fi transmisă separat de creanţa garantată[4].

d) caracterul necondiţionat.

Acest caracter juridic decurge din faptul că scrisoarea de garanţie nu este supusă unei condiţii, ca modalitate specifică şi trebuie executată la prima şi simpla cerere a beneficiarului, fără a fi necesară o altă manifestare de voinţă ori îndeplinirea vreunei alte formalităţi[5].

---

[1] L. Pop, i-P. Popa, S.I. Vidu, Tratat elementar de drept civil. Oblgaţiile, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2012, p. 795.

[2] R. Rizoiu, *Garanţiile reale mobiliare. O abordare funcţională,* Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2011, p. 397-398.

[3] Art. 2321 alin. (5) C. civ. – *„În lipsa unei convenţii contrare, scrisoarea de garanţie nu este transmisibilă odată cu transmiterea drepturilor si/sau obligaţiilor din raportul obligaţional pre-existent*".

[4] Art. 2321 alin. (6) C. civ. – *„Beneficiarul poate transmite dreptul de a solicita plata în cadrul scrisorii de garanţie, dacă în textul acesteia s-a prevăzut în mod expres*".

[5] Art. 2321 alin. (2) C. civ. – *„Angajamentul astfel asumat se execută la prima şi simpla cerere a beneficiarului, dacă prin textul scrisorii de garanţie nu se prevede altfel*".

e) caracterul irevocabil

Caracterul irevocabil al scrisorii de garanţie este prevăzut în mod expres de art. 2321 alin. (1) C. civ. şi consistă în aceea că emitentul nu are posibilitatea de a retrage unilateral garanţia înainte de expirarea termenului de valabilitate al scrisorii de garanţie[1].

2.3.1.3. Efectele scrisorii de garanţie

A. Efecte între emitent şi beneficiar

a) Dreptul beneficiarului de a cere emitentului plata garanţiei şi obligaţia corelativă emitentului de a executa garanţia.

Garanţia trebuie executată, în principiu, la prima şi simpla cerere a beneficiarului. De asemenea, în consecinţa caracterului autonom, emitentul nu poate opune beneficiarului excepţiile întemeiate pe raportul juridic fundamental.

b) *Dreptul emitentului de a refuza plata garanţiei*

Emitentul are posibilitatea de a refuza plata garanţiei în caz de abuz sau fraudă vădită din partea beneficiarului[2], soluţie decurgând din principiul echitabilităţii şi din necesitatea de a nu crea o îmbogăţire fără justă cauză a beneficiarului.

Cererea de executare este abuzivă atunci când este formulată într-un moment în care cuantumul obligaţiei garantate rămase de executat nu este cert[3]. Frauda este vădită atunci când ea poate fi cunoscută emitentului fără a fi necesare pentru aceasta verificări asupra raportului juridic principal[4].

B. Efecte între emitent şi ordonator

a) Dreptul de regres al emitentului împotriva ordonatorului.

Dacă emitentul a executat garanţia, el este, potrivit art. 2321 alin. (4) Cod civil, titularul unui drept de regres împotriva ordonatorului, drept de regres decurgând din contractul dintre emitent şi ordonator.

Ordonatorul va putea refuza plata atunci când cererea de executare a garanţiei formulate de către beneficiar a fost onorată, deşi ea a fost abuzivă, vădit frauduloasă sau tardivă, adică formulată peste termenul de valabilitate al scrisorii de garanţie.

b) Dreptul de regres al ordonatorului împotriva emitentului.

Dacă plata garanţiei a fost realizată de către emitent în ciuda caracterului abuziv, vădit fraudulos sau tardiv al cererii de executare formulate de către beneficiar, ordonatorul are o acţiune în regres şi împotriva emitentului, soluţia decurgând tot din considerente etice şi de evitare a unei îmbogăţiri fără justă cauză.

C. Efecte între emitent şi beneficiar

Dreptul de regres al ordonatorului împotriva beneficiarului.

În situaţia în care Beneficiarul, prin mecanismul executării scrisorii de garanţie, a primit o plată nedatorată, Ordonatorul devine titularul unei acţiunii în regres împotriva beneficiarului care a primit această plată, care pentru acesta din urmă ar conduce la o îmbogăţire fără justă cauză. Acest drept de regres ar deveni aplicabil, cu titlu de exemplu, atunci când, deşi ordonatorul şi-a executat obligaţia sau, deşi contractul de

---

[1] R. Rizoiu, *„Asupra unei abordări funcţionale a scrisorii de garanţie bancară, cu privire specială asupra garanţiei independente. Efecte”,* în Curierul Judiciar nr. 10/2004, p. 112.

[2] Art. 2321 alin. (3) teza finală C. civ.-”*Emitentul... nu poate fi ţinut să plătească în caz de abuz sau de fraudă vădită”*.

[3] R. Rizoiu, „*Asupra unei abordări funcţionale a scrisorii de garanţie bancară, cu privire specială asupra garanţiei independente. Efecte*” în Curierul Judiciar nr. 10/2004, p. *120.*

[4] R. Rizoiu, *Garanţiile reale mobiliare. O abordare funcţională, op. cit., p. 405.*

bază este nul, beneficiarul a valorificat scrisoarea de garanţie în raporturile sale cu emitentul[1].

2.3.2. Scrisoarea de confort

2.3.2.1. Generalităţi.

Scrisoarea de confort reprezintă, potrivit art. 2322 alin.1 Cod civil, un angajament irevocabil şi autonom prin care emitentul îşi asumă o obligaţie de a face sau de a nu face, în scopul susţinerii unei alte persoane, denumită debitor, în vederea executării obligaţiilor acesteia faţă de un creditor al său.

Deosebirea fundamentală faţă de scrisoarea de garanţie este dată de chiar obiectul scrisorii de confort, în condiţiile în care obligaţia asumată irevocabil de emitent nu este una de a da, ci o obligaţie de a face sau de a nu face.

2.3.2.2. Caracterele juridice ale scrisorii de confort.

Similar scrisorii de garanţie, scrisoarea de confort prezintă o serie de caractere juridice decurgând din chiar esența și natura sa juridică, caractere care la rândul lor se constituie în principii directoare ale aplicării și efectelor acestei instituții juridice:

a)caracterul convenţional.

Ca și scrisoarea de garanţie, scrisoarea de confort are o natură convențională, mai exact natura juridică a unui contract unilateral, având ca părţi emitentul, cel care îşi asumă obligaţia de a face sau de a nu face şi creditorul, beneficiarul acestui angajament. Debitorul obligaţiei garantate nu are calitatea de parte.

b)caracterul autonom.

Caracterul autonom al scrisorii de confort decurge din faptul că emitentul nu se obligă să plătească datoria debitorului, ci se îndatorează să facă sau să nu facă ceva pentru a-l susţine în vederea executării obligaţiei asumate[2]. În egală măsură, caracterul autonom reiese și din aceea că emitentul nu poate opune creditorului nicio apărare sau excepţie întemeiată pe raportul juridic dintre creditor şi debitor [3];

c)caracterul intuituu personae.

Deși nu este prevăzut expres, scrisoarea de confort este un angajament cu titlu personal, *intuituu personae* atât în privința creditorului, cât și a debitorului, aceasta reieșind din ansamblul reglementării.

d)caracterul irevocabil.

Caracterul irevocabil este consacrat prin art. 2322 alin. (1) C. civ. El decurge din faptul că emitentul nu are posibilitatea de a retrage unilateral angajamentul său asumat faţă de creditor.

2.3.2.3. Efectele scrisorii de confort

a)Obligaţia emitentului la plata de daune-interese către creditor.

În situația în care debitorul nu își execută datoria ce-i revine și sub condiția de a face dovada că acesta nu și-a îndeplinit obligaţia asumată prin scrisoarea de confort,

---

[1] L. Pop, i-P. Popa, S.I. Vidu, *Tratat elementar de drept civil. Obligațiile*, *op. cit.,* p. 798.

[2] Art. 2322 alin. (1) teza I C. civ. – *„Scrisoarea de confort este acel angajament irevocabil și autonom prin care emitentul își asumă o obligație de a face sau de a nu face, în scopul susținerii unei alte persoane, denumită debitor, în vederea executării obligațiilor acesteia față de un creditor al său*".

[3] Art. 2322 alin. (1) teza a II a C. civ. – *„Emitentul nu va putea opune creditorului nicio apărare sau excepție derivând din raportul obligațional dintre creditor și debitor*".

creditorul poate solicita emitentului daune-interese[1], cuantumul daunelor-interese stabilindu-se în funcţie de întinderea prejudiciului cauzat creditorului şi nu în raport de valoarea obligaţiei debitorului rămase de executat.

Această obligaţie de despăgubire a beneficiarului de către emitent decurge şi în acelaşi timp explică funcţia de garanţie a scrisorii de confort, care, chiar dacă are un caracter autonom, garantează un raport juridic principal între creditor şi debitorul principal, raport pe care se şi grefează.

*b)**Dreptul de regres al emitentului.***

Pornind tot de la ideea unei îmbogăţiri fără justă cauză pe care debitorul ar obţine-o pe seama emitentului care a plătit daune-interese, este reglementat[2] dreptul emitentul care a căzut în pretenţii de a se întoarce cu acţiune în regres împotriva debitorului

El are la îndemână fie o acţiune personală întemeiată pe raporturile contractuale dintre debitor şi emitent, fie una personală întemeiată pe faptul juridic licit al gestiunii de afaceri, funcţie de cum subscrierea scrisorii de confort de către emitent s-a bazat sau nu pe un acord cu debitorul[3].

2.4. Avantajele și riscurile garanțiilor autonome

În locul şi cu titlu de **concluzii generale ale analizei de faţă,** apreciem ca util să se precizeze riscurile şi beneficiile pe care le comportă garanţiile autonome.

Astfel, din perspectiva subiectului care ne interesează, garanţiile autonome prezintă o serie de avantaje, care le recomandă drept modalitate ideala de diminuare a riscurilor insolvabilităţii debitorului principal:

- Flexibilitatea în modalitatea de constituire a garanţiilor (înscrisuri sub semnătura privată);
- Evitarea unor proceduri birocratice de înscriere în sisteme de publicitate;
- Adaptabilitate la nou şi cerinţele mediului de afaceri (scrisoarea de confort);
- Caracterul irevocabil şi necondiţionat (scrisoarea de garanţie);
- La scadență dacă debitorul nu onorează creanța, creditorul poate cere executarea silită.

În mod evident, garanţiile autonome nefiind o paradigmă perfectă, utilizarea acestora nu este lipsită de unele riscuri juridice, pe care cel care dorește să le utilizeze trebuie să și le asume în cunoștință de cauză, comparându-le cu avantajele concrete, în acest sens trebuind avute în vedere următoarele aspecte:

- deţinerea unei garanţii autonome conferă calitatea de creditor chirografar (drept de gaj general), nu conferă prerogativele de preferinţă şi urmărire ca în cazul garanţiilor reale;
- garanţiile autonome nu fac obiectul înregistrării în sistemele de publicitate, iar debitorul poate contracta şi alte garanţii cu uşurinţă, creând astfel un concurs între creditorii săi;

---

[1] Art. 2322 alin. (2) C. civ. – *„În cazul în care debitorul nu își execută obligația, emitentul scrisorii de confort poate fi obligat numai la plata de daune-interese față de creditor și numai dacă acesta din urmă face dovada că emitentul scrisorii de confort nu și-a îndeplinit obligația asumată prin scrisoarea de confort*".

[2] Art. 2322 alin. (3) C. civ. – *„Emitentul scrisorii de confort care a căzut în pretenții față de creditor are drept de regres împotriva debitorului*".

[3] L. Pop, I-P. Popa, S.I. Vidu, *Tratat elementar de drept civil. Obligațiile*, *op. cit.,* p. 798.

- procedura de executare silită a garanţiilor autonome este cea de drept comun prevăzută de codul de procedură civilă, neavând alternativa unor proceduri speciale, în condiţii privilegiate.

Bibliografie

- Baias Fl.,.Chelaru E, Constantinovici R., Macovei I (Coordonatori), *Noul Cod Civil. Comentarii pe articole*, Ed, CH Beck, Bucureşti, 2012.
- Baias F-A., Chelaru E., Constantinovici R., Macovei I. - coordonatori, *Noul Cod Civil. Comentariu pe articole"*, Ed. Allbek, Bucureşti 2012.
- Beleiu,G. Nicolae M., Truscă P., *Drept civil român, Subiectele dreptului civil*, Ediția a X a, Editura Universul Juridic, Bucuresti, 2005.
- Boroi G., Stănciulescu L., *Instituţii de drept civil în reglementarea noului Cod Civil*, Ed, Hamangiu, Bucureşti, 2012.
- Pop L., Popa I.F., Vidu S.I., *Tratat elementar de drept. Obligațiile*, Ed, Universul Juridic, Bucureşti, 2012.
- Rizoiu R., *Garanţiile reale mobiliare. O abordare funcţională,* Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2011.
- Stătescu C., Bîrsan C., *Drept civil. Teoria generală a obligaţiilor*, Ed. All, Bucuresti, 1994.
- Stătescu C., Bîrsan C., „*Drept civil. Teoria generală a obligaţiilor*", Ediţia a - IX - a revizuită şi adăugită, Editura Hamangiu Bucureşti, 2008.
- Zlătescu V.D. - *Lecţii de drept civil*, Ed. Fundatiei României de Mâine, Bucuresti, 1995.
- Terré F., Simler Ph, Lequette X-„*Droit civil. Les obligation*", 9^{e} édition, Dalloz, Paris, 2005.
- Curierul Judiciar nr. 4/2004 şi 10/2004.

Aspecte practice privind controlul de legalitate exercitat de judecătorul sindic în procedura insolvenței

*Cătălina **DINU***[*]

Rezumat: *Procedura insolvenței este o procedură judiciară care în prezent este reglementată de Legea nr. 85/2006. Pentru desfășurarea acestei proceduri speciale legiuitorul a stabilit că aceasta se aplică de către organele procedurii, acestea fiind judecătorul sindic, administratorul judiciar, lichidatorul judiciar și instanțele de judecată. Judecătorul sindic este un magistrat – judecător, desemnat să îndeplinească această funcție de către conducerea tribunalului. Competența materială generală pentru judecata în primă instanță, în materia insolvenței, aparține tribunalelor, iar pentru exercitarea căilor de atac, aceasta aparține curților de apel. Judecata în materia insolvenței cunoaște două grade de jurisdicție, respectiv judecata în primă instanță, care cade în competența tribunalului, respectiv a judecătorului sindic și judecata în calea de atac, respectiv recurs, sau după caz apel, care cade în competența curții de apel. În situația în care la nivelul tribunalului s-a înființat o instanță specializată, respectiv un tribunal comercial, competența de judecată în primă instanță, în materia insolvenței aparține acestei instanțe specializate, respectiv judecătorului sindic care exercită această funcție la nivelul acestei instanțe. Competența teritorială generală în materia insolvenței este atrasă de sediul debitorului, așa cum acesta este înregistrat în registrul comerțului, la data cererii de deschidere a procedurii insolvenței. Administratorul judiciar și/sau lichidatorul judiciar sunt practicieni în insolvență, această profesie liberală fiind reglementată de Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 86/2006. Atribuțiile judecătorului sindic sunt strict reglementate de legea insolvenței, acesta exercitând numai un control de legalitate asupra actelor și operațiunilor îndeplinite de către administratorul judiciar și/sau lichidatorul judiciar, ori de către ceilalți participanți la procedura insolvenței, cum ar fi administratorul special al debitorului, creditorii îndreptățiți să participe la procedura insolvenței, adunarea creditorilor debitorului, comitetul creditorilor debitorului, etc.*

Cuvinte cheie*: Procedura insolvenței, judecător sindic, practician în insolvență*

1. Aspecte generale privind atribuțiile judecătorului sindic

Potrivit prevederilor art. 11 alin. (2) din Legea nr. 85/2006[1] privind procedura insolvenței atribuţiile judecătorului sindic sunt limitate la controlul judecătoresc al activităţii administratorului judiciar/lichidatorului şi la procesele şi cererile de natură judiciară aferente procedurii insolvenței. Atribuţiile manageriale aparţin administratorului judiciar ori lichidatorului sau, în mod excepţional, debitorului, dacă acestuia nu i s-a ridicat dreptul de a-şi administra averea. Deciziile manageriale pot fi controlate sub aspectul oportunităţii de către creditori, prin organele acestora, respectiv adunarea creditorilor şi comitetul creditorilor.

[*] Asistent universitar, Universitatea Transilvania Brașov, Facultatea de Drept.

[1] Publicată în Monitorul Oficial nr. 359/21.04.2006.

2. Dispoziții legale relevante din legea insolvenței

Potrivit art. 14 alin. (7) din Legea nr. 85/2006 hotărârea adunării creditorilor poate fi desființată de judecătorul sindic pentru nelegalitate la cererea creditorilor (…).

Prevederile art. 21 alin. (2)-(4) din Legea nr. 85/2006 reglementează posibilitatea formulării contestaţiilor împotriva măsurilor administratorului judiciar/lichidatorului de către creditorii debitorului sau alte persoane interesate.

Art. 22 alin. (2) din Legea nr. 85/2006 prevede posibilitatea înlocuirii administratorului judiciar / lichidatorului de către judecătorul sindic pentru motive temeinice, din oficiu sau la cererea comitetului creditorilor.

3. Studii de caz privind controlul de legalitate exercitat de judecătorul sindic

În contextul acestor prevederi legale judecătorii sindici au fost investiţi să soluționeze diferite cereri/contestaţii în cadrul procedurilor de insolvenţă.

Astfel, într-o speţă[1] concretă judecătorul sindic s-a confruntat că următoarea situaţie de fapt:

Creditorul contestator a formulat obiecţiuni împotriva raportului de evaluare a bunurilor ce constituie garanţiile creditorului garantat, care se realizează în baza prevederilor art. 41 alin. (2) din Legea nr. 85/2006.

În motivarea obiecţiunilor contestatorul a arătat că potrivit art. 41 alin. (2) din Legea nr. 85/2006 administratorul judiciar a dispus întocmirea unor rapoarte de evaluare asupra bunurilor ce constituie garanţiile reale ale creanţei sale, ca urmare a formulării declaraţiei de creanţă prin care a solicitat înscrierea sa în tabelul creditorilor debitorului, în categoria creanțelor privilegiate.

Potrivit raportului de evaluare valoarea de liberă circulație a bunului imobil aflat sub ipotecă a fost una inferioară valorii de evaluare a acestui bun de la data nașterii obligației principale a debitorului. În consecință, creditorul contestator a fost înscris în tabelul creditorilor cu o sumă de bani în categoria creditorilor garantaţi, respectiv cu valoarea bunului imobil – obiect al garanției, evaluat potrivit art. 41 alin. (2) din Legea nr. 85/2006, iar pentru diferența de sumă pretinsă de către creditor prin cererea de creanță acesta a fost înscris în tabelul creditorilor în categoria creditorilor chirografari.

Contestatorul a arătat că rapoartele de evaluare la care se referă art. 41 alin. (2) din Legea nr. 85/2006 sunt rapoarte de expertiză judiciară, cu aplicarea prevederilor art. 212 din codul de procedură civilă[2].

În susţinerea obiecţiunilor contestatorul a arătat că ipoteca creditorului a fost constituite pentru garantarea obligației debitorului de plată a unei sume de bani. Raportul de evaluare nu cuprinde determinarea valorii de piață a imobilului – obiect al garanției reale. S-a aplicat o depreciere cuprinsă între 30% şi 45%, față de valoarea de evaluare a acestui bun de la data nașterii obligației principale (data încheierii contractului de credit bancar), iar aceasta nu a fost fundamentată.

Administratorul judiciar a invocat excepţia inadmisibilităţii acestor obiecţiuni. În motivarea acestei poziții administratorul judiciar a arătat că evaluările efectuate în baza

[1] Sentința civilă pronunțată la data de 24.11.2010 în dosarul nr. 5678/62/2010 al Tribunalului Brașov.

[2] Decretat la 9 septembrie 1865 și promulgat la 11 septembrie 1865, modificat și actualizat la 20.11.2010.

art. 41 alin. (2) din Legea nr. 85/2006 nu reprezintă o expertiză judiciară, astfel încât obiecţiunile sunt inadmisibile.

Judecătorul sindic a reţinut că obiecţiunile formulate sunt inadmisibile. Pentru motivarea acestei soluţii s-au avut în vedere următoarele argumente:

Faţă de debitor s-a deschis procedura generală a insolvenţei la cererea acestuia, conform art. 27 din Legea nr. 85/2006. Creditorul contestator a formulat cerere de creanţă solicitând înscrierea în tabelul creditorilor debitorului ca şi creditor garantat. Administratorul judiciar a dispus evaluarea activelor debitorului ce constituie garanţiile contestatorului creditor. Astfel, s-au întocmit raportul de evaluare împotriva căruia s-au formulat aceste obiecţiuni.

Art. 41 alin. (2) din Legea nr. 85/2006, aşa cum a fost modificat prin Legea nr. 169/2010, stabileşte, că prin excepţie de la prevederile alin. (1), creanţele garantate se înscriu în tabelul definitiv până la valoarea creanţei stabilită prin evaluare, dispusă de administratorul judiciar sau lichidator.

Art. 11 alin. (1) şi (2) din Legea nr. 85/2006 stabileşte atribuţiile judecătorului sindic în cadrul procedurii insolvenţei debitorului.

Coroborând cele două texte de lege rezultă că judecătorul sindic nu dispune efectuarea de expertize de evaluare, referitor la activele debitorului, nici în faza verificării creanţelor, cum ar fi în speţă, dar nici în faza lichidării averii debitorului, respectiv în faza falimentului debitorului. În ambele situaţii evaluările se dispun de către administratorul judiciar/lichidator, care în cadrul procedurii insolvenţei unui debitor este un organ care aplică procedura insolvenţei, potrivit art. 5 din Legea nr. 85/2006 şi întreprinde toate actele de desfăşurare a procedurii care sunt supuse unui control de legalitate din partea judecătorului sindic.

În consecinţă, atâta timp cât art. 41 alin. (2) din Legea nr. 85/2006 stabileşte în sensul că evaluarea activelor ce constituie garanţii se dispune de administratorul judiciar/lichidator, rapoartele de evaluare nu constituie rapoarte de expertiză judiciară, în sensul defipt de codul de procedură civilă.

Activitatea de evaluare a activelor debitorului – în insolvenţă se realizează în condiţiile art. 116 alin. (3) din Legea nr. 85/2006 de către evaluatori autorizaţi - membrii ai Asociaţiei Naţionale a Evaluatorilor din România, iar aceasta se realizează pe baza standardelor internaţionale de evaluare.

Evaluatorul desemnat în procedura insolvenţei nu trebuie să fie un expert judiciar, care să funcţioneze pe lângă Ministerul Justiţiei.

În consecinţă, judecătorul sindic nu este îndreptăţit să cenzureze în vreo modalitate rapoartele de evaluare întocmite de către un evaluator şi efectuate în cadrul desfăşurării procedurii insolvenţei unui debitor.

Aceste rapoarte de evaluare se întocmesc de către evaluatori, potrivit competenţei profesionale a acestora, iar pentru faptele care ar putea constitui o abatere de la profesie, ori de la codul deontologic, persoanele nemulţumite ar putea sesiza organele de conducere din cadrul organizării acestei profesii liberale.

De altfel, aşa cum instanţa de judecată nu poate cenzura rapoartele de evaluare întocmite anterior deschiderii procedurii insolvenţei debitorului, adică la momentul acordării creditului cu constituirea de garanţie reală, tot astfel instanţa de judecată nu poate cenzura nici rapoartele de evaluare întocmite în baza art. 41 alin. (2) din Legea nr. 85/2006.

Contestatorul nu a contestat măsura administratorului judiciar de a desemna un anumit evaluator conform art. 21 din Legea nr. 8572006 pentru motive de nelegalitate,

spre exemplu evaluatorul ales nu ar fi înscris în ANEVAR, etc., ci a formulat obiecţiuni la raportul de evaluare, care de fapt constituie o nemulţumire a creditorului pentru valorile determinate de către evaluator prin raport.

În situaţia în care evaluatorul a comis un abuz în exercitarea profesiei sale liberale, contestatorul poate recurge la mijloacele legale prevăzute de lege, cum ar fi plângerea penală pentru abuz în serviciu ori mărturie mincinoasă, ori are calea unei acţiuni în despăgubiri întemeiată pe răspunderea civilă delictuală, însă nu are calea obiecţiunilor la raportul de evaluare, acesta nefiind un raport de expertiză judiciar.

Procedura insolvenţei este o procedură specială şi astfel derogatorie de la dreptul comun, care îl constituie, în această materie, codul de procedură civilă. Din analiza dispoziţiilor legale cuprinse în Legea nr. 85/2006 rezultă că numai anumite cereri ori acţiuni au o natură juridică contencioasă, adică se soluţionează de judecătorul sindic în condiţii de contradictorialitate şi oralitate şi cu citarea părţilor. Toate celelalte atribuţii date în competenţa judecătorului sindic se desfăşoară în baza legii speciale a insolvenţei.

Procedura evaluării activelor ce constituie garanţii, conform art. 41 alin. (2) din Legea nr. 85/2006 cade în competenţa administratorului judiciar/lichidatorului, nu are o natură juridică contencioasă, iar dispoziţiile din dreptul comun, respectiv art. 200 şi urm. din codul de procedură civilă nu sunt incidente în cauză, având în vedere principiul că legea specială derogă de la cea generală.

Potrivit art. 149 din Legea nr. 85/2006 această lege specială se completează cu dispoziţiile codului de procedură civilă în măsura compatibilităţii.

Într-o altă speţă[1] judecătorul sindic a fost investit să soluţioneze o contestaţie formulată de către creditorul împotriva măsurii administratorului judiciar de a crea clasa furnizorilor indispensabili, conform art. 96 din Legea nr. 85/2006, prin planul de reorganizare a activităţii debitorului.

Prin contestaţia formulată contestatorul a arătat a fost înscris în tabelul preliminar al creditorilor debitorului cu o sumă de bani, în categoria creanţelor garantate, având 88,77% din totalul creanţelor creditorilor.

În cuprinsul tabelului preliminar au fost structurate 4 categorii de creditori, respectiv: categoria creanţelor garantate, categoria creanţelor salariale, categoria creanţelor bugetare şi categoria creanţelor chirografare.

Un alt creditor a fost înscris în categoria creanţelor chirografare cu o sumă de bani.

Prin planul de reorganizare a activităţii debitorului creditorii au fost împărţiţi în 5 categorii de creanţe, fiind înscrisă o clasă nouă de creditori în care a fost menţionat şi acest din urmă creditor, conform art. 96 din Legea nr. 85/2006.

Clasa furnizorilor indispensabili nu a fost creată nici prin tabelul definitiv al creditorilor debitorului, fiind inserată pentru prima dată în planul de reorganizare a activităţii debitorului propus de către debitor.

Contestatorul a arătat că potrivit art. 96 alin. (1) din Legea nr. 85/2006 măsura administratorului judiciar este nelegală, pentru următoarele motive:creditorul nu a solicitat niciodată să fie înscris în tabelul creditorilor debitorului în clasa furnizorilor indispensabili; această clasă de creditori a fost creată prin planul de reorganizare a activităţii debitorului, astfel încât nu s-a putut exercita dreptul de a contesta această creanţă; creditorul înscris în această clasă nu este furnizor de bunuri ori servicii

[1] Sentința civilă pronunțată la data de 23.12.2011 în dosarul nr. 5678/62/2010 al Tribunalului Brașov.

necesare desfăşurării activităţii cuprinsă în planul de reorganizare, conform art. 38 din Legea nr. 85/2006; debitorul nu este un consumator captiv al acestui creditor conform art. 3.32 din Legea nr. 85/2006; această clasă de creditori a fost creată pentru a fi votat planul de reorganizare, dat fiind căci contestatorul a votat împotriva planului de reorganizare; administratorul judiciar nu a luat o măsură de oportunitate pentru desfăşurarea procedurii insolvenţei debitorului, care să corespundă nevoilor de supraveghere a activităţii debitorului.

Administratorul judiciar a invocat a invocat excepţia inadmisibilităţii contestaţiei.

Judecătorul sindic a apreciat întemeiate apărările administratorului judiciar şi a reţinut următoarele argumente:

Potrivit art. 21 din Legea nr. 85/2006 orice creditor poate contesta măsurile luate de administratorul judiciar în desfăşurarea procedurii insolvenţei debitorului.

Dreptul de a exprima un vot asupra planului de reorganizare a activităţii debitorului este recunoscut de lege tuturor creditorilor.

Clasa furnizorilor indispensabili a fost creată pentru prima dată în tabelul definitiv al creditorilor debitorului pentru activităţile propuse în planul de reorganizare a activităţii debitorului. În consecinţă, creditorul nu a înţeles să conteste această creanţă înscrisă în tabelul definitiv, ci a înţeles să conteste măsura administratorului judiciar de a crea această clasă de creditori.

Contestatorul nu a contestat tabelul preliminar al creditorilor debitorului, ori tabelul definitiv al creditorilor debitorului, conform art. 73, 75 din Legea nr. 85/2006, având în vedere că această clasă a furnizorilor indispensabili a fost creată pentru desfăşurarea activităţilor cuprinse în planul de reorganizare a activităţii debitorului. Astfel, contestatorul nu a înţeles prin contestaţie să conteste tabelul definitiv al creditorilor debitorului, în care a fost creată categoria creditorilor indispensabili, ci măsura administratorului judiciar, conform art. 21 din Legea nr. 85/2006.

Administratorul judiciar al debitorului a întocmit tabelul preliminar al creditorilor debitorului, conform calendarului stabilit de judecătorul sindic. Administratorul judiciar a întocmit şi afişat la uşa instanţei tabelul definitiv al creditorilor debitorului. Debitorul a propus un plan de reorganizare a activităţii sale. În planul de reorganizare a fost stabilită în categoriile creditorilor care urmează să voteze planul de reorganizare o clasă a furnizorilor indispensabili, conform art. 96 din Legea nr. 85/2006, conform tabelului definitiv al creditorilor debitorului.

Debitorul a înaintat la dosarul cauzei o notă de şedinţă la care a anexat o listă a furnizorilor indispensabili, conform art. 96 din Legea nr. 85/2006 cu aplicarea art. 28 din Legea nr. 85/2006.

Din cuprinsul tabelului definitiv al creditorilor debitorului întocmit de administratorul judiciar rezultă că la categoria Grupa IV – creanţe chirografare, conform art. 96 alin. (1) din Legea nr. 85/2006, a fost înscris acest creditor cu o sumă de bani. Împotriva acestui tabel nu s-au formulat contestaţii.

Contestatorul a înţeles să conteste măsura administratorului judiciar de a crea clasa furnizorilor indispensabili prin planul de reorganizare.

Se impune precizarea că planul de reorganizare a fost propus de către debitor şi nu de administratorul judiciar.

Toate măsurile cuprinse în planul de reorganizare nu pot fi contestate, conform art. 21 din Legea nr. 85/2006, dat fiind că administratorul judiciar nu a luat măsuri prin planul de reorganizare, având în vedere că acesta nu îi aparţine.

Potrivit prevederilor legale cuprinse în Legea nr. 85/2006 planul de reorganizare se supune aprobării creditorilor într-o adunare a acestora convocată de către administratorul judiciar, iar ulterior acesta urmează a fi confirmat, pe baza votului creditorilor şi a analizării condiţiilor de legalitate, de către judecătorul sindic.

Legiuitorul nu a prevăzut calea contestaţiilor împotriva măsurilor cuprinse în planul de reorganizării activităţii unui debitor.

În consecinţă, oportunitatea planului de reorganizare se votează de creditorii debitorului, iar legalitatea planului de reorganizare se analizează de judecătorul sindic cu prilejul confirmării acestuia, având în vedere prevederile art. 101 din Legea nr. 85/2006, aşa cum a fost modificat prin Legea nr. 169/2010.

Contestatorul, însă a înţeles să conteste măsura administratorului judiciar de a crea clasa furnizorilor indispensabili.

Potrivit art. 96 alin. (1) din Legea nr. 85/2006, în vederea administrării eficiente a procedurii planul de reorganizare poate desemna o categorie separată de creanţe, compusă numai din acele creanţe chirografare care, în sensul art. 49 alin. (1) aparţin furnizorilor fără de care activitatea debitorului nu se poate desfăşura şi care nu pot fi înlocuiţi. Această listă va fi confirmată de administratorul judiciar.

Potrivit art. 96 alin. (1) ind.1 din Legea nr. 85/2006 aşa cum a fost modificată prin Legea nr. 169/2010 stabileşte că lista furnizorilor indispensabili se va fi depusă de către debitor împreună cu documentele la crea se referă art. 28 din Legea nr. 85/2006.

Potrivit art. 11 alin. (2) din Legea nr. 85/2006 atribuţiile judecătorului sindic sunt limitate la controlul judecătoresc al activităţii administratorului judiciar. Atribuţiile manageriale aparţin administratorului judiciar.

În consecinţă, judecătorul sindic nu poate face aprecieri de oportunitate faţă de măsurile administratorului judiciar, cum ar fi şi confirmarea clasei furnizorilor indispensabili.

Pentru acurateţe juridică, măsura contestată nu se referă la crearea acestei clase de creditori, deoarece aceasta a fost creată de debitor, ci de confirmare a acesteia de către administratorul judiciar.

Creditorii indispensabili prevăzuţi la art. 96 alin. (1) din Legea nr. 85/2006 nu sunt neapărat cei la care se referă art. 38 şi art. 3.32 din Legea nr. 85/2006, dispoziţiile legale referindu-se la situaţii diferite.

Într-o altă speţă[1] s-a constatat că s-au formulat contestaţii formulate de către mai mulţi creditorii împotriva raportului privind cauzele şi împrejurările care au generat insolvenţa debitorului întocmit de către administratorul judiciar.

Prin contestaţie s-a arătat că administratorul judiciar nu a determinat corect cauzele care au generat insolvenţa debitorului, acestea fiind imputabile fostei conduceri a debitorului.

Contestatorul a detaliat pe larg aspecte legate de activitatea desfăşurată de către debitor anterior deschiderii procedurii insolvenţei acestuia şi care ar conduce la alte concluzii decât cele reţinute de administratorul judiciar în raportul contestat.

Administratorul judiciar a invocat excepţia inadmisibilităţii. Judecătorul sindic şi-a însuşit apărările administratorului judiciar pentru următoarele considerente:

Faţă de debitor s-a deschis procedura generală a insolvenţei la cererea acestuia. Administratorul judiciar desemnat a întocmit un raport asupra cauzelor şi împrejurărilor

[1] Sentința civilă pronunțată la data de 24.11.2010 în dosarul nr. 5678/62/2010 al Tribunalului Braşov

care au generat insolvenţa debitorului. Pentru desfăşurarea procedurii insolvenţei judecătorul sindic a stabilit un calendar, având în vedere prevederile cuprinse în Legea nr. 85/2006, referitoare la termene limită pentru îndeplinirea unor obligaţii. Administratorul judiciar a întocmit şi afişat la uşa instanţei tabelul preliminar al creanţelor debitorului. Debitorul a predat administratorului judiciar documentele şi informaţiile necesare întocmirii raportului prevăzut de art. 59 din Legea nr. 85/2006.

Art. 21 alin. (2) din Legea nr. 85/2006 stabileşte că împotriva măsurilor luate de administratorul judiciar/lichidator se poate formula contestaţie de către persoanele îndreptăţite.

Art. 59 alin. (1) din Legea nr. 85/2006 stabileşte că administratorul judiciar/lichidatorul va întocmi, în termen de 60 zile de la data deschiderii procedurii insolvenţei debitorului, un raport asupra cauzelor şi împrejurărilor care au determinat apariţia insolvenţei debitorului.

Judecătorul sindic a constatat că din cuprinsul raportului asupra cauzelor şi împrejurărilor care au cauzat apariţia stării de insolvenţă a debitorului nu rezultă că administratorul judiciar a luat măsuri faţă de debitor cenzurabile din punct de vedere al legalităţii măsurii conform art. 21 alin. (2) coroborat cu art. 11 alin. (2) din Legea nr. 85/2006.

Verificarea şi aprecierea cauzelor care au generat insolvenţa debitorului este atribuţia exclusivă administratorului judiciar, potrivit art. 66 şi art. 67 din Legea nr. 85/2006.

Judecătorul sindic nu este îndreptăţit să dea dispoziţii ori recomandări practicianului în insolvenţă desemnat într-un dosar de insolvenţă pe baza căror documente ori în ce modalitate acesta să verifice creanţele pentru care s-au formulat cereri. De asemenea judecătorul sindic nu poate să schimbe concluziile administratorului judiciar desemnat.

Din economia textelor de lege cuprinse la art. 59 şi art. 60 din Legea nr. 85/2006 se desprinde concluzia că raportul întocmit conform art. 59 alin. (1) din Legea nr. 85/2006 se supune aprobării adunării creditorilor la prima adunare a acestora dacă se propune intrarea în faliment a debitorului, conform art. 59 alin. (4) şi alin. (5) cu aplicarea art. 59 alin. (2) din Legea nr. 85/2006.

În cazul în care administratorul judiciar nu propune intrarea în faliment a debitorului şi constată că există şanse de reorganizare a activităţii acestuia, propune continuarea perioadei de observaţie a acestuia, în scopul acordării persoanelor îndreptăţite, potrivit art. 94 din Legea nr. 85/2006, a termenului prevăzut de lege pentru propunerea planului de reorganizare a activităţii debitorului.

4. Concluzii

În consecinţă, judecătorul sindic apreciază că o contestaţie în condiţiile art. 21 alin. (2) din Legea nr. 85/2006 împotriva raportului întocmit în condiţiile art. 59 alin. (1) din Legea nr. 85/2006, apare ca fiind inadmisibilă, dat fiind că administratorul judiciar prin acest raport şi-a exprimat concluziile, potrivit funcţiei încredinţate, de practician în insolvenţă în insolvenţă, iar prin acesta nu s-au luat măsuri faţă de debitor.

În acest sens art. 20 lit. b) din Legea nr. 85/2006 stabileşte că una dintre atribuţiile administratorului judiciar este aceea de a examina activitatea debitorului şi întocmirea unui raport amănunţit asupra cauzelor şi împrejurărilor care au dus la apariţia stării de insolvenţă, cu arătarea persoanelor responsabile şi asupra existenţei premiselor angajării răspunderii acestora, în condiţiile art. 138 din lege, precum şi asupra posibilităţii reale

de reorganizare efectivă a activităţii debitorului ori a motivelor care nu permit reorganizarea şi supunerea acelui raport judecătorului sindic, într-un termen care nu va depăşi 60 zile de la desemnare.

Şi din economia acestui text de lege rezultă că raportul întocmit de către administratorul judiciar conform art. 59 alin. (1) din Legea nr. 85/2006 reprezintă o obligaţie potrivit art. 20 lit. b) din Legea nr. 85/2006, iar acesta se prezintă, în cazul în care nu se propune intrarea în faliment a debitorului, conform art. 59 alin. (2) cu aplicarea art. 59 alin. (4) şi (5) din Legea nr. 85/2006, adunării creditorilor la prima convocare a acestora şi se supune aprobării judecătorului sindic.

În ceea ce priveşte răspunderea care ar putea fi antrenată conducerii debitorului într-o viitoare şi eventuală acţiune în atragerea răspunderii personale patrimoniale, pentru fapte prevăzute de art. 138 alin. (1) din Legea nr. 85/2006, calitatea procesuală activă este determinată potrivit art. 138 alin. (3) din Legea nr. 85/2006. Incidenţa şi dovada comiterii unor astfel de fapte se impune a fi analizată cu prilejul investirii judecătorului sindic să soluţioneze o astfel de acţiune şi nu pe calea contestaţiei împotriva raportului asupra cauzelor şi împrejurărilor care au determinat insolvenţa debitorului.

În consecinţă, în situaţia în care prin acesta nu s-au luat măsuri faţă de debitor o eventuală contestaţie formulată conform art. 21 alin. (2) din Legea nr. 85/2006 apare ca fiind inadmisibilă.

Bibliografie

1.I. Adam, C.N. Savu, *Legea procedurii insolvenței. Comentarii și explicații*, Editura C.H. Beck, București, 2006

2.St.D. Cărpenaru, *Procedura reorganizării și lichidării judiciare*, Editura Național Imprim, București, 1996

3.St.D. Cărpenaru, *Tratat de drept comercial român,* Editura Universul Juridic, 2012

4. St. D. Cărpenaru, *Drept comercial. Procedura falimentului,* Editura Global Print, București, 2000

5. M. Grosaru, *Judecătorul sindic*, Editura Univesrul Juridic, București, 2012

6. Gh. Piperea, *Insolvența. Regulile. Realitatea*, Editura Wolters Kluwer, România, 2008

7. I. Schiau, *Regimul juridic al insolvenței comerciale*, Ed. All Beck, Bucureşti, 2001

8. I. Turcu, *Insolvența comercială, reorganizarea judiciară și falimentul*, Editura Lumina Lex, București, 2000

9. I. Turcu, *Tratat de insolvență*, Editura C.H.Beck, Bucureşti, 2006

Transformarea familiei romane şi efectele asupra vocaţiei succesorale

Alina Monica ***AXENTE****

Abstract: *Activitatea pretorului a reprezentat partea dinamică a sistemului juridic roman, întrucât prin crearea acţiunilor în justiţie pretoriene, s-au sancţionat constant noi drepturi subiective pe cale procedurală, în conformitate cu cerinţele evoluţiei societăţii. Prin acest tip de acţiuni în justiţie, pretorul intervenea ori de câte ori situaţiile ivite în practică depăşeau sfera normei de drept civil. În dreptul roman, norma era efectul direct şi imediat al situaţiilor apărute între membrii societăţii. Aşadar, nu rigoarea şi formalismul legii sunt cele care dictează relaţiile sociale, ci realitatea cotidiană este cea care impune apariţia normei. Astfel, dacă problema dintre pârât şi reclamant nu mai fusese întâlnită în practică, şi prin urmare nu-şi regăsea exprimarea în legisacţiuni, pretorul cerceta conformitatea pretenţiilor reclamantului cu principiile echităţii şi a bunei credinţe, iar în cazul în care constata că acestea sunt legitime, punea la dispoziţia reclamantului o acţiune în justiţie prin care să îşi poată valorifica dreptul subiectiv.*

Ne vom opri, în prezentul articol, asupra uriaşei influenţe pe care reformele pretorului au avut-o în materie succesorală, el fiind catalizatorul ocrotirii rudeniei de sânge, în condiţiile în care potrivit Legii celor XII Table agnaţiunea reprezenta unicul temei al succesiunii. Prin reformele sale, pretorul a revoluţionat vechiul sistem succesoral în care cognaţiunea nu prezenta relevanţă, creând contextul ideal realizării reformelor imperiale, prin care fundamentul succesiunii devine rudenia de sânge. Prin activitatea sa, pretorul nu doar că a dat naştere unui nou sistem succesoral, dar a contribuit indirect şi la conturarea anumitor aspecte în materie succesorală din dreptul modern.

Vom privi, dintr-o perspectivă istorică,efectele pe care conturarea unor noi valori sociale le produce asupra ordinii succesorale, urmărind evoluţia celor trei sisteme succesorale cunoscute de romani: succesiunea legală, succesiunea testamentară şi moştenirea deferită contra testamentului.

Cuvinte cheie: *vocaţie succesorală, familie, pretor, cognaţiune, reforme*

1. Consideraţii generale

Despre dreptul roman se poate spune că a reprezentat un drept al moralei, întrucât acolo unde existau pretenţii legitime, bună credinţă şi echitate, chiar în absenţa normei, dreptul subiectiv era valorificat pe cale judiciară. Acest fenomen a fost rezultatul efortului continuu al pretorului de a face din dreptul roman o oglindă vie a societăţii în permanentă schimbare. Activitatea acestuia a exprimat partea dinamică a sistemului juridic roman, întrucât prin crearea acţiunilor în justiţie pretoriene, s-au sancţionat constant noi drepturi subiective pe cale procedurală, în conformitate cu cerinţele evoluţiei societăţii. Prin acest tip de acţiuni în justiţie, pretorul intervenea ori de câte ori

* Asist. univ. drd., Universitatea Titu Maiorescu.

situaţiile ivite în practică depăşeau sfera normei de drept civil. În dreptul roman, norma era efectul direct şi imediat al situaţiilor apărute între membrii societăţii. Aşadar, nu rigoarea şi formalismul legii sunt cele care dictează relaţiile sociale, ci realitatea cotidiană este cea care impune apariţia normei. Astfel, dacă problema dintre pârât şi reclamant nu mai fusese întâlnită în practică, şi prin urmare nu-şi regăsea exprimarea în legisacţiuni, pretorul cerceta conformitatea pretenţiilor reclamantului cu principiile echităţii şi a bunei credinţe, iar în cazul în care constata că acestea sunt legitime, punea la dispoziţia reclamantului o acţiune în justiţie prin care să îşi poată valorifica dreptul subiectiv[1].

Reformele pretorului au avut o uriaşă influenţă asupra sistemului succesoral, el fiind catalizatorul ocrotirii rudeniei de sânge, în condiţiile în care potrivit Legii celor XII Table agnaţiunea reprezenta unicul temei al succesiunii. Prin reformele sale, pretorul a revoluţionat vechiul sistem succesoral în care cognaţiunea nu prezenta relevanţă, creând contextul ideal realizării reformelor imperiale, prin care fundamentul succesiunii devine rudenia de sânge. Prin activitatea sa, pretorul nu doar că a dat naştere unui nou sistem succesoral, dar a contribuit indirect şi la conturarea anumitor aspecte în materie succesorală din dreptul modern.

Însă, izvorul acestor reforme a fost nevoia societăţii de a ocroti, în alerta ei evoluţie, noi şi noi valori, de la proprietate, la familie şi chiar iubire.

2. Familia romană - de la bun de drept la valoare ocrotită juridiceşte

La origine, organizarea comunităţii era dominată de patriarhat. Noţiunea de familie cuprindea, pe aceeaşi poziţie, atât bunurile cât şi persoanele(fie că erau sclavi, fie soţia,copiii şi nepoţii din fii) care intrau sub puterea lui *pater familias.* Aşadar, iniţial, temeiul noţiunii de familie era proprietatea privată, mărturie stând terminologia epocii, cuvântul *mancipium* fiind utilizat pentru a defini puterea exercitată asupra bunurilor şi persoanelor[2]. Odată cu trecerea timpului, însă, romanii au început să facă distincţie între noţiunea familiei şi cea a proprietăţii, puterea exercitată de către pater familias fiind exprimată în termeni diferiţi, în funcţie de cum ne referim la bunuri, sclavi, ori descendenţi(*dominium, dominica potestas*, respectiv *patria potestas*). În acest context, cuvântul *mancipium* ajunge să exprime exclusiv puterea pe care un cumpărător o căpăta asupra fiului vândut de tatăl său, iar *manus* exclusiv puterea bărbatului asupra soţiei [3].

În ceea ce îl priveşte pe fiul de familie, în vechea organizare el era asemuit unui bun de drept, neavând o condiţie cu mult diferită de cea a sclavului; pater familias avea drept de viaţă şi de moarte asupra acestuia, putând dispune de existenţa acestuia după voinţă: îl putea înstrăina (prin exact aceleaşi mijloace prin care se realiza şi vânzarea de proprietate – *mancipatio* şi *in iure cessio)* sau îl putea părăsi. Faptul că viziunea romanilor asupra familiei a suferit modificări odată cu evoluţia societăţii, produce efecte şi asupra puterii pe care tatăl o putea exercita asupra fiului de familie. De exemplu, împăraţii Diocleţian şi Constantin au limitat operaţiunile de înstrăinare a fiului de familie, primul interzicând orice tranzacţie al cărui obiect ar fi fost copiii[4], Constantin admiţând vânzarea nou-născuţilor într-o singură situaţie, şi anume în caz de

[1] E. Molcuţ, *Drept privat roman*, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2010, p. 42.
[2] GAIUS, 1.49.
[3] E. Molcuţ, *op. cit.*, p. 94
[4] I.C. Cătuneanu, *Curs elementar de drept roman, Ediţia a III-a*, Ed. Cartea Românească S.A., Cluj-Bucureşti, 1927, p. 142.

extremă mizerie[1]. În plus, acesta nu mai are drept de viaţă şi de moarte asupra fiului, nerămânând nepedepsit în cazul în care îl ucidea. Astfel, dacă în dreptul vechi, puterea lui pater asupra fiului de familie era nelimitată, în dreptul clasic, odată cu promovarea familiei, aceasta cunoaşte unele restricţii, ca în epoca postclasică, *patria potestas* să îşi piardă semnificativ relevanţa.

Şi instituţia căsătoriei capătă noi conotaţii în timp, căsătoria cu manus, prin care femeia trecea sub puterea soţului pierzând teren în faţa căsătoriei fără manus, prin care legăturile civile dintre fiică şi familia de origine rămân intacte.

Aceste modificări treptate din sfera familiei au produs desigur efecte majore asupra ordinii succesorale, cele trei sisteme succesorale (moştenirea legală, moştenirea testamentară şi moştenirea deferită contra testamentului) adaptându-se în permanenţă la noile valori promovate de societate.

3. Familia şi succesiunea legală

Temeiul succesiunii în fazele ei incipiente era ocrotirea proprietăţii private, scopul cu care aceste transmisiuni se făceau fiind acela al menţinerii sistemului sclavagist. Acest proces nu a fost însă unul accelerat, deoarece romanii au acceptat cu multă reticenţă ideea transmiterii unui patrimoniu de la o persoană la alta. Asta pentru că, în primul rând îi împiedica principiul conform căruia nu poate exista patrimoniu fără de titular, şi prin urmare acesta dispărea odată cu moartea titularului[2]. În al doilea rând, între noţiunea de patrimoniu şi noţiunea de putere, vechii romani puneau semnul egalităţii, considerând că puterea unui om constă în bunurile pe care acesta le deţine, iar puterea nu se transmite de la o persoană la alta, ci se creează; prin urmare era firesc ca dreptul defunctului să se stingă odată cu personalitatea acestuia. Astfel, prin moartea sa, moştenitorilor li se crea un nou drept, unul de stăpânire[3] asupra bunurilor defunctului, drepturile lor succesorale neavând la bază transmiterea unui patrimoniu.

Deşi opiniile privind ordinea cronologică a apariţiei succesiunii legale şi a succesiunii testamentare diferă, în virtutea faptului ca dreptul roman a reprezentat o veritabilă oglindă a relaţiilor sociale şi a valorilor promovate de societatea romană, considerăm că prima a fost succesiunea legală[4], întrucât a reflectat în mod fidel organizarea familiei romane de dinaintea patriarhatului[5], într-o epocă în care stăpânirea asupra bunurilor încă avea caracter individual.

Succesiunea legală cunoaşte la rândul său trei faze, dictate de schimbarea percepţiei romanilor asupra familiei: reglementarea iniţială a Legii celor XII Table, moştenirea pretoriană şi reformele imperiale. În prima fază, erau prevăzute trei categorii de moştenitori: *heredes sui*[6]*, adgnatus proximus*[7] şi *gentiles*[8]. Sui heredes erau persoanele alieni iuris care prin moartea lui pater familias deveneau sui iuris, ieşind de sub patria potestas. Vorbim aici despre fii, fiice, soţia căsătorita cu manus, adoptat, adrogat dar şi

---

[1] Cf. Cod. 4. 42. Lex. 2. *(si quis propter nimiam paupertatem egestatemque victus causa... sanguinolentos vendiderit).*

[2] P. Collinet, *Les successions*, Paris, 1930, p. 187.

[3] U. Brassiello, *Corso di diritto romano*, Milano, 1952, p. 87.

[4] Vl.Hanga, *Tratat de drept privat roman*, Bucureşti, 1978, p. 312; C.St. Tomulescu, *Drept privat roman*, Bucureşti, 1973, p. 199.

[5] P.C. Timbal, *Droit romain et ancien droit francais*, Paris, 1975, p. 118.

[6] Gaius. 3.1.

[7] Inst. 3.2.1., 3.2.5.

[8] Gaius, 3.17.

despre nepoţii din fii, care vor veni la succesiunea bunicului prin reprezentare. Precizăm însă că în dreptul roman, reprezentarea(în linie directă) nu viza exclusiv situaţia decesului anterior al tatălui raportat la cel al bunicului, neavând relevanţă cauza imposibilităţii venirii fiului la succesiune. Aşadar, *successio in locum* proteja egalitatea între tulpini, evitându-se situaţia în care nepoţii să fie în vreun fel sancţionaţi (ori prejudiciaţi) pentru renunţarea părintelui lor, ei nefiind inferiori copiilor celorlalţi fraţi ai tatălui lor. Astfel, aceştia, puteau veni la succesiunea bunicului, prin reprezentare, indiferent dacă tatăl lor era predecedat, nedemn ori renunţător, întrucât ei vin să îşi exercite drepturile succesorale proprii, izvorâte din apartenenţa la o linie, nu pe cele ale părintelui predecedat[1]. Făcând o comparaţie între reglementările privind reprezentarea succesorală din vechiul Cod civil şi Noul Cod civil observăm cum tendinţa(graduală) actuală este de a se reveni la aceste principii.. Aşadar, în timp ce art.668 alin.1.C.civ prevedea că „nu se reprezintă decât persoanele moarte", în art. 965 N.C.C. vedem cum "prin reprezentare succesorală, un moştenitor legal de un grad mai îndepărtat, numit reprezentant, urcă, în virtutea legii, în drepturile ascendentului său, numit reprezentat, pentru a culege partea din moştenire ce i s-ar fi cuvenit acestuia dacă nu ar fi fost nedemn faţă de defunct sau decedat la data deschiderii moştenirii."

Cu privire la a doua categorie de moştenitori legali, *adgnatus proximus*, reţinem faptul că repudierea moştenirii de către un agnat, nu cauza venirea următorului agnat la succesiune, aceasta devenind vacantă, întrucât Legea celor XII Table nu admitea reprezentarea în linie colaterală[2].

Problema majoră a acestei forme a succesiunii era dată de faptul că agnaţiunea reprezenta unicul temei succesoral, cognaţii care nu erau în acelaşi timp şi agnaţi cu pater familias neavând acces la succesiune. În acest context, situaţia fiului de familie emancipat precum şi cea a soţiei din căsătoria fără manus a cauzat numeroase nemulţumiri. Fiul emancipat, deşi era cognat cu tatăl său, nu mai era rudă civilă cu acesta, fapt care ducea la eliminarea lui de la succesiune, iar femeia căsătorită fără manus era de asemenea prejudiciată, ea fiind considerată, din punct de vedere juridic, străină faţă de soţul ei.

Răspunsul la aceste nemulţumiri a fost dat de pretor, care pe cale procedurală, prin acordarea unor noi formule întemeiate pe posesiunea bunurilor succesorale(*bonorum possessio*), a modificat vechiul sistem succesoral. Apar, pe această cale, patru noi categorii de moştenitori pretorieni: *bonorum possessio unde liberi, bonorum possessio unde legitimi, bonorum possessio unde cognati* şi *bonorum possessio unde vir et uxor.* Prin această nouă ordine succesorală se produc următoarele modificări: în primul rând, fiul de familie emancipat şi descendenţii săi nu mai sunt excluşi de la moştenire, venind alături de sui heredeşi. În al doilea rând, în cazul repudierii moştenirii de către un agnat, aceasta nu mai devine vacantă, ci trece la următoarea categorie de moştenitori pretorieni-cognaţii. Prin introducerea pe harta succesorală a acestei categorii de moştenitori, pretorul a revoluţionat vechea reglementare, în care aceştia nu existau, creând astfel o vocaţie succesorală mamei şi copiilor rezultaţi din căsătoria fără manus. Desigur, acest lucru se putea produce numai în absenţa rudelor din primele două categorii, existenţa unui singur agnat făcând imposibilă venirea la succesiune a cognaţilor. Prin crearea celei de-a patra categorii, *bonorum possessio unde vir et uxor,*

[1] M.D. Bob, *Probleme de moşteniri în vechiul şi în noul Cod civil*, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2012, p. 56.

[2] Gaius, 3.12.

soţii[1] căsătoriţi fără manus dobândesc dreptul de a se moşteni reciproc în lipsa unor moştenitori din primele trei categorii[2]. Chiar dacă agnaţii continuă să aibă întâietate, pretorul, nefiind legiuitor, a înfăptuit primul pas în demersul ocrotirii rudeniei de sânge, pas care a declanşat reformele imperiale prin care fundamentul succesoral a fost răsturnat, temeiul devenind cognaţiunea. Prin senatusconsultele Tertullian şi Orfitian, rudele de sânge câştigă teren în faţa celor civile, soţia căsătorită fără manus nemaiputând fi eliminată de la succesiune de către agnaţi, fiind pe aceeaşi poziţie cu ei, iar copiii rezultaţi din căsătoria fără manus dobândesc aceeaşi vocaţie succesorală de care se bucurau sui heredeşii. Ultimul pas în desăvârşirea acestor reforme a fost făcut de împăratul Justinian, care a creat o nouă ordine succesorală, prin care s-a desfiinţat vechiul sistem bazat pe rudenia civilă, făcând din cognaţiune unicul temei succesoral[3] şi în care îşi găseau exprimarea următoarele patru categorii de moştenitori: *descendenţii, ascendenţii/fraţii şi surorile buni şi copiii lor, fraţii şi surorile consangvini sau uterini şi copiii lor, ceilalţi colaterali*.

Vedem astfel, cum, odată cu schimbarea în timp a perspectivei asupra noţiunii de familie, în materia succesiunii legale s-a trecut de la recunoaşterea agnaţiunii ca unic temei succesoral, la introducerea de către pretor a rudelor de sânge în rândul moştenitorilor (în plan secundar), la situarea acestora pe aceeaşi poziţie cu agnaţii (prin senatusconsultul Tertullian), apoi la depăşirea agnaţilor de către cognaţi (prin senatusconsultul Orfitian), pentru ca la final să se răstoarne raportul, agnaţiunea pierzându-şi relevanţa.

4. Testamentul – instrument de ocrotire a familiei

Odată cu organizarea familiei sub forma patriarhatului apare testamentul, care poate fi considerat o dovadă a puterii exercitate de pater familias chiar şi după moarte, întrucât prin acesta el putea dispune de patrimoniul său, cu caracter de solemnitate, conform ultimei sale voinţe, prin instituirea de moştenitori. Prin această formă de moştenire, importând caracterul de ultimă voinţă, prin instituire acesta putea favoriza pe unul sau mai mulţi moştenitori, în detrimentul altora, care ar fi avut calitatea de succesori conform succesiunii *ab intestat*.

Considerăm că această formă de succesiune vine în strânsă legătură cu noţiunea de familie, întrucât cu privire la testament s-au creat norme care au venit atât în promovarea ei ca valoare a societăţii, precum şi în direcţia ocrotirii acesteia din punct de vedere juridic. De exemplu, cu scopul de a-si proteja membrii familiei de un foarte periculos statut de infami şi de a-i scuti de efectele pe care calitatea de debitor insolvabil le producea, testatorul conştient de situaţia propriilor datorii, avea la îndemână posibilitatea de a-l institui ca unic moştenitor pe sclav[4](care, constituind cea de a doua categorie de moştenitori testamentari, *heredes necesarii*, nu putea repudia moştenirea). De asemenea, poziţia din ce în ce mai bună a fiului de familie în cadrul acesteia este accentuată de faptul că dacă îndeplinea calitatea de soldat, dobândea şi dreptul de a dispune prin testament de *peculim castrense*[5].

[1] S.G. Longinescu, *Elemente de drept roman*, II, Bucureşti, 1929, p. 976.
[2] E. Molcuţ, *op. cit.*, p. 150.
[3] Novelele 118 din anul 543 şi 127 din anul 547.
[4] Gaius, 2.153.
[5] Ulpian, Reg.201.

Analizând condiţiile pe care succesorul trebuia să le ducă la îndeplinire pentru a putea moşteni, observăm cum acestea au fost create tot cu scopul de a veni în sprijinul conturării ideii de familie. Ne referim la cele două legi caducare[1] prin care s-a impus, în vederea exercitării integrale a drepturilor de succesor, obligativitatea de a fi căsătorit precum şi de a avea copii, deci de a trăi în regimul unei familii. Inexistenţa copiilor în cadrul unei căsnicii ducea la primirea a jumătate din partea de moştenire care i s-ar fi cuvenit succesorului, iar viaţa în afara căsătoriei atrăgea după sine pierderea drepturilor succesorale.

În acelaşi scop, de a-i ocroti pe moştenitorii instituiţi, pretorul a creat *ius abstinendi*[2], prin care activul acestora era pus la adăpost de datoriile testatorului, iar împăratul Justinian a întărit demersurile începute de pretor, creând *beneficium inventarii*, prin care, de asemenea, moştenitorii erau obligaţi să răspundă în faţa creditorilor testatorului numai în limita activului succesoral.

5. Moştenirea deferită contra testamentului şi obligaţia de iubire faţă de familie

Prin faptul că *patria potestas* nu mai are aceeaşi greutate pe care o avea la început, şi ultimei voinţe a testatorului începe să i se estompeze valoarea odată cu noul context social. Mai exact, moştenitorii capătă protecţie împotriva dezmoştenirilor neîntemeiate. Dacă iniţial, măsurile de ocrotire a acestora se puteau lua numai în caz de dezmoştenire realizată fără respectarea formulelor solemne (testamentul prin care era dezmoştenit în acest mod fiul era nul- *ruptum*[3], iar cel prin care erau dezmoştenite fiice ori nepoţi era rectificat, astfel încât să dobândească măcar o parte din moştenire), către sfârşitul republicii moştenitorii aveau la îndemână o acţiune prin care puteau ataca testamentul prin care au fost dezmoşteniti, chiar dacă a fost întocmit cu respectarea formulelor solemne. Această acţiune întemeiată pe noţiunea de iubire a membrilor propriei familii purta denumirea de *querela inofficiosi testamenti.* Tribunalul centumvirilor a pus această cale de atac la dispoziţia moştenitorilor, exprimând importanţa datoriei de iubire faţă de familie, denumită *officium*. Astfel, aceştia puteau ataca testamentul, declarându-l testament inoficios (întocmit cu încălcarea vădită a officiumului), contestând astfel capacitatea testatorului de a testa, întrucât numai o persoană care nu se află în deplinătatea facultăţilor mentale nu-şi iubeşte familia[4].

6. Concluzii

Faptul că la romani, dreptul civil s-a împletit cu dreptul pretorian care şi-a lăsat amprenta asupra celui dintâi prin *adiuvandi iuris civilis gratia, supplendi iuris civilis gratia, corrigendi iuris civilis gratia*, nu a făcut altceva decât să transforme dreptul roman într-un sistem de referinţă pentru sistemele de drept ulterioare. Prin activitatea sa creatoare, pretorul a reuşit să menţină viu, dinamic, un sistem de drept, prin adaptarea continuă a normei la necesităţile romanilor, şi nu a societăţii la limitările de ordin teoretic.

---

[1] Legile Iulia şi Papia Poppaea.
[2] Gaius, 2.158.
[3] Inst., 2.13.pr.
[4] Arangio-Ruiz, *Istitutioni di diritto romano*, Napoli, 1948, p. 548.

În materie succesorală, am văzut cum, pe cale procedurală şi prin reforme imperiale, odată cu evoluţia societăţii au înflorit şi reglementările, astfel încât noile valori ale romanilor să-şi găsească exprimarea în legiuirile vremii. Astfel, prin cele trei sisteme succesorale (succesiunea ab intestat, succesiunea testamentară şi moştenirea deferită contra testamentului), dreptul roman a ocrotit valori ca proprietatea privată, familia şi...iubirea. Tocmai aceste trei valori au au fost cele în temeiul cărora s-au succedat reformele prezentate în articol, cu privire la vocaţia succesorală.

În fapt, acest mecanism prin care realitatea cotidiană, supusă principiilor de echitate şi bună credinţă determină apariţia normei, prin care echitabilul dictează juridicul, garantează eficienţa şi supravieţuirea unui sistem juridic. Orice demers în sens invers, prin care abstractizările şi teoretizările în exces sunt cele care conduc la realitatea socială, riscă să arunce societatea într-un vârtej al căutărilor de valori şi de identitate, îndepărtând-se treptat de noţiunea de echitate.

Bibliografie:

1.Arangio-Ruiz, *Istitutioni di diritto romano*, Napoli, 1948

2.M.D.Bob, *Probleme de moşteniri în vechiul şi în noul Cod civil*, Editura Universul Juridic, Bucureşti, 2012

3.U. Brassiello, *Corso di diritto romano*, Milano, 1952

4.I.C. Cătuneanu, *Curs elementar de drept roman, Ediţia a III a*, Editura Cartea Românească S.A., Cluj-Bucureşti, 1927

5.P.Collinet, *Les successions*, Paris, 1930

6.Gaius, *Instituţiunile*, Editura Academiei Republicii socialiste România, Bucureşti, 1982

7.Vl.Hanga, *Tratat de drept privat roman*, Bucureşti, 1978

8..G. Longinescu, *Elemente de drept roman*, II, Bucureşti, 1929

9.E.Molcuţ, *Drept privat roman*, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2010

10.P.C. Timbal, *Droit romain et ancien droit francais*, Paris, 1975

11. C.St.Tomulescu, *Drept privat roman*, Bucureşti, 1973

Elemente de noutate în domeniul reglementării concurenței din România

Mihaela ***ION****[*]

Abstract: *În ultimii ani Legea Concurenței nr. 21/1996 și Legea privind combaterea concurenței neloiale nr.11/991 au fost supuse unui întreg proces de reformare. Prezentul articol își propune să realizeze o trecere în revistă a principalelor modificări aduse Legii Concurenței nr. 21/1996 prin Ordonanța de Urgență nr. 75/2010 și Legea de aprobare a acesteia nr. 149/2011, Noul Cod Penal și Noul Cod de Procedura Penală. Totodată articolul își propune să analizeze și impactul acestor modificări asupra activității Consiliului Concurenței și întreprinderilor supuse examinărilor/investigațiilor derulate de acesta din urmă. Nu în ultimul rând, în ultima parte a articolului ne propunem să analizăm și modul în care s-a materializat una din atribuțiile de data recentă recunoscută Consiliului Concurentei, respectiv recomandările de bună practică și îndrumări emise în ultima perioadă de acesta cu privire la diverse aspecte generale ale aplicării legislației în domeniul concurenței.*

Cuvinte cheie: *concurență, inspecții, autorizare judiciară, recomandări*

I. Elemente de noutate aduse de Ordonanța de urgență nr. 75/2010 și Legea nr. 149/2011

Așa cum rezultă din preambulul Ordonanței de Urgență nr. **75 din 30 iunie 2010 privind modificarea și completarea Legii concurenței nr.** 21/1996[1], prevederile Legii nr. 149/2011[2] de aprobare a acesteia și comunicatele de presa emise de către Consiliul Concurenței în data de 5 august 2010 respectiv data de 13 iulie 2011[3], noile modificări aduse Legii Concurenței nr. 21/1996 și-au propus: (a) consolidarea instituțională a Consiliului Concurenței și eficientizarea intervenției sale atunci când are semnale din piață privind posibile practici anticoncurențiale; (b) îmbunătățirea cadrului procedural existent prin adaptarea normelor și procedurilor naționale la prevederile europene în domeniul concurenței.

Una din cele mai importante modificări de ordin instituțional vizează modul de constituire a Plenului Consiliului Concurenței. Potrivit art. 17 din Legea Concurenței nr. 21/1996 republicată[4] („***Legea Concurenței***"), numirea membrilor Plenului Consiliului Concurenței se va face la propunerea Colegiului Consultativ de către Președintele

---

[*] Doctorand, Academia de Studii Economice din București – Departamentul de Drept.

[1] Publicată în Monitorul Oficial cu numărul 459 din data de 6 iulie 2010.

[2] Publicată în Monitorul Oficial cu numărul 490 din data de 11 iulie 2011.

[3] http://www.consiliulconcurentei.ro/ro/docs/177/2020/noua-lege-a-concurentei-a-intrat-in-vigoare.html; http://www.consiliulconcurentei.ro/ro/docs/177/6548/noua-lege-a-concurentei-a-intrat-in-vigoare-consiliul-concurentei-va-fi-mai-puternic.html.

[4] Republicată în temeiul art. 107 alin. (3) din Legea nr. 255/2013 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 135/2010 privind Codul de procedură penală și pentru modificarea și completarea unor acte normative care cuprind dispoziții procesual penale, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 515 din 14 august 2013, cu modificările ulterioare, dându-se textelor o nouă numerotare.

României, cu avizul Guvernului şi după audierea candidaţilor în comisiile de specialitate ale Parlamentului. În lumina vechilor reglementări numirea membrilor Plenului se făcea tot de către Preşedintele României, dar la propunerea Guvernului. În ceea ce priveşte Colegiul Consultativ, potrivit art. 23 (2) – (5) din Legea Concurenţei, acesta reprezintă un organism nepermanent, format din format din 11 până la 17 reprezentanţi ai mediului universitar de concurenţă, ai mediului de afaceri şi ai asociaţiilor de protecţie a consumatorilor sau din alte persoane cu prestigiu din domeniul economic, juridic sau al concurenţei.

Potrivit comunicatelor de presa emise de către Consiliul Concurenței menționate mai sus, noua formulă de numire a Plenului are la baza raţiuni de tehnocratizării, urmărindu-se creşterea gradului de profesionalizare şi independenţă a conducerii instituţiei.

O altă modificare ce vizează modul de organizare și eficientizare a activității Consiliului Concurentei este introdusă în cuprinsul art. 19 (5) din Legea Concurenței. Conform acestui articol, Plenul Consiliului Concurenţei va putea delega exercitarea atribuţiilor prevăzute la alin. (4) lit. a) şi b) din lege (i.e. examinarea rapoartelor de investigaţie și luarea deciziilor cu privire la măsurile ce se impun; autorizarea concentrărilor economice) unei comisii formate din 3 membri ai Plenului. Prin delegarea acestor competențe către comisii, se asigură, cel puțin la nivel teoretic, reducerea duratei de finalizare a investigațiilor inițiate de Consiliul Concurenței.[1]

Noi modificări au fost aduse și în ceea ce privește procedura de organizare a audierilor. În lumina noilor modificări, Consiliul Concurenței își rezervă dreptul de a decide situațiile în care se organizează audieri în cadrul investigațiilor privind posibile încălcări ale Legii Concurenței. În cazul în care Președintele Consiliului Concurenței apreciază că nu este necesară organizarea unor audieri, părțile interesate pot solicita (în termen de două săptămâni de la primirea raportului) dezbaterea raportului de investigație în cadrul unei audieri.

În acelaşi timp, au fost aduse modificări care asigură cadrul legal necesar în vederea efectuării de către Consiliul Concurenţei, pe teritoriul naţional, a inspecţiilor solicitate de Comisia Europeană sau de alte autorităţi naţionale de concurenţă partenere. La solicitarea Comisiei Europene sau a altor autorităţi naţionale de concurenţă, inspectorii Consiliului Concurenţei vor putea realiza astfel, pe teritoriul naţional, inspecţii inopinate pentru aceste autorităţi.

Noile reglementari aduc modificări importante și în privința regimului sancționator. Una din aceste modificări vizează posibilitatea reducerii amenzilor în cazul recunoaşterii săvârşirii unei fapte anticoncurenţiale. Astfel potrivit art. 55 alin. (2) din Legea Concurenței, în cazul contravenţiilor prevăzute la art. 53 alin. (1), dacă, după primirea raportului de investigaţie şi exercitarea dreptului de acces la dosar, în condiţiile art. 43 din lege sau în cadrul audierilor, daca întreprinderea recunoaşte, în mod expres, săvârşirea faptei anticoncurenţiale şi, acolo unde este cazul, propune remedii care duc la înlăturarea cauzelor încălcării, acest fapt va fi reţinut drept circumstanţă atenuantă specială sub forma colaborării în cadrul procedurii administrative şi va determina diminuarea cuantumului amenzii cu un procent cuprins între 10% şi 30% din nivelul de bază determinat potrivit instrucţiunilor **privind individualizarea sancţiunilor pentru**

[1] Conform Raportului de activitate a Consiliului Concurenței pentru anul 2013 - Durata medie a investigațiilor privind posibila încălcare a legislației de concurență finalizate în anul 2013 a fost de 3 ani.

contravenţiile prevăzute de Legea concurenţei[1], inclusiv atunci când acesta este stabilit la minimul prevăzut de lege. Ca mențiune suplimentară, reducerea amenzii întemeiată pe prevederile art. 55 alin. (2) din Legea Concurenței este diferită de prezentarea voluntară de probe care face obiectul "politicii de clemenţă" detaliată în cuprinsul Instrucțiunilor Consiliului Concurenței **privind condiţiile şi criteriile de aplicare a unei politici de clemenţă potrivit prevederilor art. 51 alin. (2) din Legea concurenţei nr. 21/1996**[2] **("*Instrucțiunile privind Politica de Clemență*").** Este important de asemenea de subliniat faptul că recunoașterea conferă doar o reducere a amenzilor aplicate de către Consiliul Concurenței și nu înlătură răspunderea civilă la care sunt expuse societățile sau răspunderea penală a reprezentanților legali ai acestora. Prin urmare, se pune întrebarea, la care practica încă nu a răspuns, care vor fi efectele recunoașterii asupra răspunderii civile la care sunt expuse societățile ce au recunoscut săvârșirea unor fapte anticoncurențiale si respectiv asupra răspunderii penale a reprezentanților legali ai acestor societăți.

În plus, noile reglementari recunosc Consiliul Concurenţei posibilitatea de a sancționa cu amendă între 1.000 lei şi 20.000 lei autoritățile publice centrale şi locale pentru nefurnizarea informaţiilor şi documentelor solicitate sau furnizarea de informaţii inexacte ori incomplete. De asemenea, conform art. 52 din Legea Concurenței, dacă, cu intenţie sau din neglijenţă, nefurnizarea informaţiilor solicitate persistă după termenul stabilit de către Consiliul Concurenţei, acesta va putea aplica conducătorului instituţiei ori autorităţii administraţiei publice centrale sau locale o amendă cominatorie de până la 5.000 lei pentru fiecare zi de întârziere.

Tot în ceea ce privește relația cu alte autorități publice, se prevede expres la art. 8 din Legea Concurenței, posibilitatea Consiliului Concurentei de a introduce acțiune în contencios administrativ, la Curtea de Apel Bucureşti, pentru anularea, în tot sau în parte, a actului care a condus la restrângerea, împiedicarea ori denaturarea concurenţei sau obligarea autorităţii în cauză să emită un act administrativ ori să efectueze o anumită operaţiune administrative, in cazul în care autorităţile/instituţiile administraţiei publice centrale ori locale nu se conformează, în termenul stabilit, măsurilor dispuse prin decizie de către Consiliul Concurenţei în scopul restabilirii mediului concurenţial. Consiliul Concurenţei se poate adresa instanţei în termen de 6 luni de la data expirării perioadei prevăzute în decizie, perioadă în care autoritatea sau instituţia administraţiei publice centrale sau locale avea obligaţia să se conformeze măsurilor necesare restabilirii mediului concurenţial normal.

O altă modificare importantă vizează regimul informațiilor colectate de către Consiliul Concurenței ca urmare a solicitărilor de informații înaintate, inspecțiilor derulate și declarațiilor luate de Consiliul Concurenței în baza art. 35 din Legea Concurenței.

Spre deosebire de reglementările anterioare potrivit cărora informaţiile colectate puteau fi folosite de Consiliul Concurenței doar pentru scopul în care au fost obţinute, art. 34 alin. (5) din Legea Concurentei, extinde aria de utilizare a acestor informații[3].

---

[1] Instrucțiunile (aprobate prin Ordinul nr. 420/2010 astfel cum au fost modificat si completate prin **Instrucţiunile Consiliului Concurentei din 6 decembrie 2011,** Publicate în Monitorul Oficial cu numărul 932 din data de 29 decembrie 2011.

[2] Aprobate prin Ordinul nr. 300/2009 publicat in M. Oficial nr. 610 din data de 7 septembrie 2009.

[3] Cornelia Lefter, Oana Oprea (Teodorescu), *Noutăţi în domeniul reglementării concurenţei în România. Consolidarea instituţională a Consiliului Concurenţei, Economie teoretică şi aplicată* Volumul XVIII (2011), No. 9(562), p. 27.

Astfel, în acord cu noile prevederi, informaţiile colectate pot fi folosite nu doar pentru scopul în care au fost obţinute ci pentru scopul larg al aplicării legislaţiei în domeniul concurenţei. Acelaşi articol prevede expres şi dreptul Consiliul Concurenţei de a sesiza şi alte instituţii sau autorităţi publice în condiţiile în care sunt descoperite aspecte care ţin de competenţa acestora. Aceasta prevedere va prezenta interes special pentru întreprinderile investigate şi reprezentanţii acestora, ridicând o serie de întrebări: Consiliul Concurentei se va limita doar la sesizarea altor autorităţi sau va transmite acestora împreuna cu sesizarea şi documentele/informaţiile confidenţiale obţinute prin instrumentele sus-menţionate? Prevederile acestui articol modifică reglementările incluse la punctul 44 din Instrucţiunile **privind Politica de Clemenţă**? Mai precis, în cazul în care va transmite aceste informaţii/documente şi altor autorităţi, Consiliul va trimite şi declaraţiile de recunoaştere sau cererile/documentele furnizate în cadrul politicii de clementă sau recunoaşterile formulate in baza art. 53 alin. (1) din Legea Concurenţei?

În cazul în care Consiliul Concurenţei nu se va limita doar la a informa alte autorităţi dar va pune la dispoziţia acestora şi documentele confidenţiale colectate în cadrul propriilor proceduri, în lipsa unei derogări exprese în cuprinsul Legii Concurenţei, interesul reprezentanţilor întreprinderilor cu privire la recunoaşterea săvârşirii faptelor şi/sau depunerea cererilor de clemenţă (în special în cazul încălcărilor art. 5 alin. (1) lit. f) din Legea Concurenţei) ar putea să scadă, aceştia urmând să balanseze interesul general al întreprinderii aflate în investigaţie de a recunoaşte fapta şi de a beneficia de o reducere/scutire de la plata amenzii cu interesul personal de nu fi expuşi unei sancţiuni personale în cazul în care informaţiile/declaraţiile furnizate Consiliului Concurenţei vor ajunge în posesia altor autorităţi, în special în posesia autorităţilor penale. Ca notă separată, este important de subliniat că recunoaşterea faptei de către întreprindere sau aplicarea acesteia la politica de clemenţă poate duce la imunitatea sau reducerea amenzii pentru întreprinderea în cauza, persoanele fizice/reprezentanţii acestora nefiind protejate automat de potenţiale sancţiuni penale. Parte din aceste dezavantaje au fost însa eliminate de noile modificări aduse de Noul Cod Penal. Condiţiile în care persoanele fizice pot beneficia de cauze de nepedepsire sau de reducerea a pedepselor sunt detaliate în Secţiunea II de mai jos.

În plus, în lumina noilor reglementari, autoritatea de concurenţă poate accepta din partea întreprinderilor investigate angajamente privind adoptarea unor măsuri care elimină practica anticoncurenţială investigată. Ordonanţa de Urgenţă a Guvernului nr. 75/2010 include expres în rândul atribuţiilor Consiliului Concurenţei posibilitatea acestuia de a accepta angajamente şi impune măsuri interimare[1]. În lumina prevederilor incluse la punctul 19 si punctul 37 din Ordonanţa de Urgenţă a Guvernului nr. 75/2010, părţile pot propune angajamente şi Consiliul Concurenţei poate include în decizia sa condiţii şi obligaţii care să asigure respectarea acestora de către părţi pentru a asigura astfel compatibilitatea concentrării economice în cauza cu piaţa naţionala.

Prin noile reglementări au fost modificate şi articolele referitoare la înţelegerile anticoncurenţiale şi abuzul de poziţie dominantă (art. 5 şi 6 din Legea Concurenţei). Prin aceste modificări s-a urmărit asigurarea unui plus de certitudine juridică agenţilor economici care se vor afla în situaţia de a-şi evalua un anumit comportament atât prin prisma legislaţiei naţionale cât şi a celei europene. În plus în cuprinsul articolului 6 alin. (3) din Legea Concurenţei, s-a introdus o prezumţie legală relativă potrivit căreia,

[1] A se vedea punctul 19 si punctul 37 din Ordonanţa de Urgenţă a Guvernului nr. 75/2010.

până la proba contrară, se prezumă că una sau mai multe întreprinderi se află în poziţie dominantă, în situaţia în care cota ori cotele cumulate pe piaţa relevantă, înregistrate în perioada supusă analizei, depăşesc 40%. În lumina acestor prevederi modului de definire a pieței relevante și de determinare a cotelor de piață dobândește o importanță și mai mare decât în trecut. Prin urmare, ori de câte ori Consiliul Concurenței va demonstra că în fapt cota unei întreprinderi depășește nivelul de 40% pe piața relevantă definită în cazul investigat, va reveni întreprinderii în cauză obligația de a demonstra că nu deține o poziție dominantă care să îi permită să acționeze pe piață în mod independent de clienții și concurenții săi.

În privinţa concentrărilor economice, s-a prevăzut posibilitatea notificării intenţiei de a realiza o concentrare economică. Anterior, autoritatea de concurenţă trebuia notificată după semnarea actului de realizare a operaţiunii. În acelaşi timp, au fost clarificate, detaliate atât condiţiile cât şi cadrul procedural în care se pot adopta măsuri interimare sau accepta angajamente şi în cazul concentrărilor economice.

Tot în privința concentrărilor economice, au fost introduse modificări importante referitoare la testul de compatibilitate a concentrărilor economice cu un mediu concurențial normal. Prin noile reglementari s-a făcut trecerea de la „testul de dominanţă" utilizat anterior, la testul SIEC (substantial impediment of effective competition test). Potrivit comunicatelor emise de Consiliul Concurenței referite mai sus, noile norme pun accent pe efectele concentrării economice asupra mediului concurențial, crearea sau consolidarea unei poziții dominante nereprezentând, automat şi obligatoriu, forme de restrângere a concurenței.

Noile reglementari, prevăd expres posibilitatea Consiliului Concurentei de a transmite instanţelor de judecată punctul său de vedere referitor la un caz şi, menţionând în acelaşi timp şi obligaţia instanţelor naţionale de a comunica Comisiei Europene, prin intermediul Consiliului Concurenţei, hotărârile pronunţate în cazurile de încălcare a art. 101 sau 102 din Tratatul privind funcţionarea Uniunii Europene ("***TFUE***")[1].

În plus au fost introduse atât concepte noi cât şi drepturi şi obligaţii noi în sarcina Consiliului Concurenței. Avem aici în vedere (a) obligațiile Consiliului Concurenței cu privire la operațiunile de preluare a controlului asupra unor întreprinderi sau a unor active ce prezintă riscuri pentru siguranţa naţională şi (b) dreptul Consiliului Concurentei de a face recomandări de bună practică în diverse sectoare economice şi îndrumări privind diverse aspecte generale ale aplicării legislaţiei în domeniul concurenţei, cu luarea în considerare a practicii instanţelor naţionale şi a celor de la nivelul Uniunii Europene, precum şi a practicii Comisiei Europene.

Potrivit art. 46 (9) din Legea Concurenței, în cazul operațiunilor de preluare a controlului asupra unor întreprinderi sau a unor active ce prezintă riscuri pentru siguranţa naţională, Guvernul, la propunerea Consiliului Suprem de Apărare a Ţării, va emite o hotărâre prin care aceasta să fie interzisă, cu respectarea competenţei Comisiei Europene în acest domeniu. Consiliul Concurenţei va informa de asemenea Consiliul Suprem de Apărare a Ţării ("***CSAT***") în legătură cu operaţiunile de concentrare economică care sunt notificate acestuia, susceptibile să fie analizate din punctul de vedere al siguranţei naţionale. Prevederile art. 46 alin. 9 din Legea Concurenței referitoare la acest tip de operațiuni, au fost clarificate de art. 29^1 alin. (7) din Secțiunea

[1] *JO C 326, 26/10/2012 P. 0001 – 0390.*

V a Regulamentului Consiliului Concurenţei privind concentrările economice[1], astfel cum acesta a fost modificat prin Ordinul Preşedintelui Consiliului Concurenţei nr. 941 din 22 decembrie 2011, care prevede că, pentru concentrările ce nu depăşesc pragurile prevăzute de art. 14 din Legea Concurentei, partea sau părţile care dobândesc controlul în una dintre modalităţile prevăzute de art. 10 alin. (1) şi (2) din Legea concurenţei, vor trimite direct CSAT o informare, în vederea analizării tranzacţiei din punctul de vedere al siguranţei naţionale.

Prin urmare, în categoria operațiunilor menționate de art. 46 alin. (9) din Legea Concurenței sunt incluse atât (a) operaţiunile de concentrare economică notificabile/notificate Consiliului Concurenței (ce îndeplinesc condițiile art. 9 -15 din Legea Concurenței) cât şi (b) orice operațiune de schimbare a controlului chiar dacă nu reprezintă o concentrare economică notificabilă în sensul legislației concurențiale dar vizează industriile apreciate ca prezentând un risc la adresa siguranţei naţionale.

Delimitarea conceptului de tranzacții ce prezintă risc la adresa siguranței naționale, este realizată prin Hotărârea CSAT nr. 73/27.09.2012 ("***Hotărârea CSAT***") emisă în baza prevederilor art. 4 lit. (i) din Legea 415/2002[2] privind organizarea și funcționarea CSAT cu modificările și completările ulterioare.[3] Hotărârea CSAT, prin raportare la Strategia națională de Securitate/Strategiile sectoriale de securitate, listează o serie de domenii considerate a înregistra un astfel de risc. În cadrul acestei categorii se înscriu următoarele domenii:

(a)securitatea cetățeanului și a colectivităților;

(b)securitatea frontierelor;

(c)securitatea energetică;

(d)securitatea transporturilor;

(e)securitatea sistemelor de aprovizionare cu resurse vitale;

(f)securitatea infrastructurii critice;

(g)securitatea sistemelor informatice și a celor de comunicații;

(h)securitatea activității financiare, fiscale, bancare, și de asigurări;

(i)securitatea producerii și circulației armamentului, munițiilor, explozibililor, substanțelor toxice;

(j)securitatea industrială;

(k)protecția împotriva dezastrelor;

(l)protecția agriculturii și a mediului înconjurător;

(m)protecția operațiunilor de privatizare a întreprinderilor cu capital de stat sau a managementului acestora.

Totodată, un alt element de noutate vizează extinderea competenței Consiliului Concurenței asupra actelor și faptelor de concurență neloială reglementate de Legea privind combaterea concurenţei neloiale nr. 11/1991[4] astfel cum a fost modificată și

[1] Publicat în Monitorul oficial al României, partea I, nr. 23/11.01.2012 şi intrat în vigoare începând cu data de 11.01.2012.

[2] Publicată in Monitorul Oficial al României, nr. 494 din 10.07.2002.

[3] Potrivit art. 4 (i) din Legea nr. 415/2002 "*Consiliul Suprem de Apărare a Ţării are următoarele atribuţii…exercită orice alte atribuţii prevăzute de lege în domeniul apărării ţării şi al siguranţei naţionale*".

[4] Publicată în Monitorul Oficial cu numărul 24 din 30 ianuarie 1991.

completată, Consiliul Concurenței preluând astfel prerogativele de resort deținute anterior de Ministerul Finanţelor.

Detalii cu privire la competența, procedura de analiză, constatare şi sancționare este detaliată de prevederile **Regulamentului privind procedura de identificare şi sancţionare a faptelor de concurenţă neloială aprobat prin Ordinul nr. 1098/2012**[1]**.**

Este important de precizat faptul că, în anul 2013, Consiliul Concurenţei a instrumentat un număr de 83 sesizări cu privire la potențiale fapte de concurență neloială. Pentru 17 dintre acestea s-au efectuat cercetări aprofundate. Din cele 83 de cazuri analizate, 59 au fost soluţionate. La sfârşitul anului 2013, rămăseseră în analiză 24 sesizări, pentru 17 dintre acestea efectuându-se cercetare aprofundată. Potrivit Raportului de activitate emis de Consiliul Concurentei pentru anul 2013, majoritatea cauzelor a vizat posibile fapte privind deturnarea clientelei unui comerciant prin folosirea legăturilor stabilite cu această clientelă în cadrul funcţiei deţinute anterior la acel comerciant.

II. Elemente de noutate aduse de noul Cod penal şi noul Cod de procedură penală

Prin art. 56 din Legea nr. 187 din 24 octombrie 2012[2] pentru punerea în aplicare a Legii nr. 286/2009[3] privind Codul penal (Noul Cod Penal) a fost modificat art. 60 din Legea concurenței (devenit art. 63 în numerotarea actuală a Legii nr. 21/1996 republicată)**.**

Potrivit acestui articol, fapta oricărei persoane care exercită funcţia de administrator, reprezentant legal ori care exercită în orice alt mod funcţii de conducere într-o întreprindere de a concepe sau organiza, *cu intenţie*, vreuna dintre practicile interzise potrivit prevederilor art. 5 alin. (1) şi care nu sunt exceptate potrivit prevederilor art. 5 alin. (2) constituie infracţiune şi se pedepseşte cu închisoare de la 6 luni la 5 ani ori cu amendă şi interzicerea unor drepturi.

În reglementările anterioare, subiectul activ al acestei infracțiuni putea fi orice persoana fizică, aria actuală fiind restrânsă prin noile reglementări la persoanele care exercită *funcția de administrator, reprezentant legal ori care exercită în orice alt mod funcţii de conducere într-o întreprindere*

În plus, au fost introduse următoarele cauze de nepedepsire sau de reducere a pedepsei: (a) nu se pedepseşte persoana care, *mai înainte de a fi începută urmărirea penală,* denunţă organelor de urmărire penală participarea sa la comiterea infracţiunii sus menționate permiţând astfel identificarea şi tragerea la răspundere penală a celorlalţi participant; (b) persoana care a comis infracţiunea prevăzută mai sus iar *în timpul urmăririi penale* denunţă şi facilitează identificarea şi tragerea la răspundere penală a altor persoane care au săvârşit această infracţiune beneficiază de *reducerea la jumătate* a limitelor pedepsei prevăzute de lege.

Prevederile de mai sus nu se aplică însă practicii interzise de art. 5 alin. (1) lit. f) din Legea Concurenței, când aceasta se realizează prin înţelegere între participanţii la o licitaţie publică pentru a denatura preţul de adjudecare, caz în care se aplică reglementările specifice acestui domeniu. Aceasta ar însemna că o reducere a amenzii contravenționale nu ar fi cumulată cu o protecție a persoanelor fizice implicate în cadrul

[1] Publicat în Monitorul Oficial cu numărul 818 din data de 5 decembrie 2012.
[2] Publicată în Monitorul Oficial cu numărul 757 din data de 12 noiembrie 2012.
[3] Publicat în Monitorul Oficial cu numărul 510 din data de 24 iulie 2009.

înțelegerilor de denaturare a prețurilor, aspect care ar face astfel politica de recunoaștere, politica de clementa mai puțin atractivă în acest domeniu.

Fapta de denaturare a prețului de adjudecare săvârșită de participanții la o licitație, este la rândul sau reglementată în cuprinsul art. 246 din Noul Cod Penal[1].

Potrivit art. 246 din Noul Cod Penal, fapta de a îndepărta, prin constrângere sau corupere, un participant de la o licitaţie publică ori *înţelegerea între participanţi pentru a denatura preţul de adjudecare* se pedepseşte cu închisoarea de la unu la 5 ani. Potrivit art. 248 din Noul Cod Penal, tentativa la această infracțiune se pedepsește.

Ca nota suplimentară, înainte de aceasta reglementare, fapta de a participa, în baza unei înţelegeri prealabile, la licitaţia unor bunuri oferind preţuri reduse, cu scopul ca un alt ofertant să le poată obţine la un preţ apropiat celui de pornire, era sancționată în practica instanțelor ca infracţiune de înşelăciune în paguba proprietarului bunurilor licitat[2].

Noua infracțiune de deturnare a licitațiilor este reglementată în Noul Cod Penal în categoria faptelor contra patrimoniului care se săvârșesc prin nesocotirea încrederii, categorie în care au fost incluse, pe lângă faptele incriminate şi în vechiul Codul penal alte fapte împotriva patrimoniului ale căror acţiuni ilicite se întemeiază pe nesocotirea încrederii şi anume: abuzul de încredere prin fraudarea creditorilor, înşelăciunea privind asigurările, deturnarea licitaţiilor publice şi exploatarea patrimonială a unei persoane vulnerabile. Conform notei de fundamentare a Noului Cod Penal, în ceea ce priveşte deturnarea licitaţiilor publice, practica ultimilor ani a demonstrat că, nu în puţine cazuri, participanţii la o licitaţie publică au recurs la diferite manopere frauduloase, în scopul îndepărtării de la licitaţie a unor potenţiali participanţi, alterând astfel preţul de adjudecare. Faptele de această natură sunt incriminate şi de alte legislaţii, cum este cazul art. 313-6 din Codul Penal francez, art. 230 Codul Penal Portughez, art. 262 Codul Penal Spaniol, art. 353 Cod Penal Italian.

Separat de modificările aduse prin Noul Cod Penal, Legea Concurenței a suferit modificări şi ca urmare a intrării în vigoare a Legii nr. 255/2013[3] pentru punerea în aplicare a Legii nr. 135/2010[4] privind Codul de procedură penală (Noul Cod de Procedura Penală) şi pentru modificarea şi completarea unor acte normative care cuprind dispoziţii procesual penale ("***Legea nr. 255/2013***").

În esență prin art. 35 din Legea nr. 255/2013 au fost modificate prevederile legate de condițiile de inițiere și derulare a inspecțiilor inopinate efectuate de către Consiliul

[1] Constantin Duvac, "Deturnarea Licitațiilor Publice în Noul Cod Penal", Revista Dreptul nr. 8/2012, p. 101; În reglementările anterioare au existat reglementari cu privire la fapte similare. Astfel în cuprinsul art. 329 din Codul penal aprobat prin Legea 301/2004 a fost reglementată fapta de împiedicare a concurenței în licitațiile publice. Potrivit acestui articol: (1) Împiedicarea ori tulburarea liberei concurenţe în licitaţiile publice, în vederea înlăturării concurenţilor de la acestea, se pedepseşte cu închisoare de la 2 luni la un an sau zile-amendă. (2) Cu aceeaşi pedeapsă se sancţionează şi fapta ofertantului sau concurentului care cere sau primeşte direct sau indirect bani, promisiuni sau orice alt profit pentru a se abţine de la participarea la licitaţie. (3) Dacă fapta prevăzută în alin. (1) sau (2) este săvârşită de mai multe persoane înţelese în acest scop, pedeapsa este închisoarea strictă de la un an la 3 ani sau zile-amendă. Reglementări similare au existat şi in Codul Penal din 1865 şi respectiv 1937, fapta nu a mai fost însă incriminata în Codul Penal din 1969 deoarece la acea dată s-a considerat ca nu prezintă gradul de pericol social pentru existenta unei infracțiuni.

[2] http://www.scj.ro/SP%20rezumate%202002/SP%20r%202708%202002.htm.

[3] Publicată în Monitorul Oficial cu numărul 515 din data de 14 august 2013.

[4] Publicată în Monitorul Oficial cu numărul 486 din data de 15 iulie 2010.

Concurenței prin intermediul inspectorilor desemnați (i.e art. 36 – art. 138 în numerotarea actuală din Legea Concurenței).

În lumina acestor modificări, începând cu data de 01.02.2014 (data intrării în vigoare a Legii nr. 255/2013), Consiliul Concurenței nu mai poate demara inspecții inopinate doar in baza ordinului emis de către Președintele Consiliului Concurenței, fiind necesară și obținerea unei autorizări judiciare de la președintele Curții de Apel București sau judecătorul delegat de acesta.

Inspectorii de concurență vor putea proceda la inspecții în spațiile prevăzute la art. 36 din Legea Concurenței (i.e. spațiile, terenurile sau mijloacele de transport pe care întreprinderile ori asociațiile de întreprinderi le dețin legal) precum și în orice alte spații, inclusiv domiciliul, terenurile sau mijloacele de transport aparținând conducătorilor, administratorilor, directorilor și altor angajați ai operatorilor economici sau asociațiilor de operatori economici supuși investigației *în baza unui ordin emis de către președintele Consiliului Concurenței* ***și*** *cu autorizarea judiciară dată prin încheiere de către președintele Curții de Apel București sau de către un judecător delegat de acesta.*

Astfel spre deosebire de vechile reglementări care prevedeau posibilitatea organizării inspecțiilor la sediul întreprinderilor, terenurilor sau mijloacelor de transport pe care întreprinderile le dețin legal, doar în baza ordinului de inspecție emis de către Președintele Consiliului Concurenței, în prezent acesta nu mai este suficient, fiind necesară și autorizarea emisă de președintele Curții de Apel București sau de către un judecător delegat de acesta.

În acord cu aceste modificări, înainte de începerea inspecției, inspectorii de concurență au obligația de a comunica societăților/persoanelor supuse inspecției atât o copie certificată a ordinului de inspecție cât și o copie a autorizației judiciare.

În ce privește procedura de obținere a autorizării judiciare, pentru obținerea acesteia Consiliul Concurenței trebuie să înainteze Președintelui Curții de Apel București o cerere de autorizare ce trebuie să cuprindă toate informațiile de natură să justifice inspecția, judecătorul sesizat fiind astfel ținut să verifice dacă cererea este întemeiată. Cererea de autorizare a inspecțiilor se judecă în camera de consiliu, fără citarea părților.

Încheierea emisă cu privire la cererea de autorizare a inspecțiilor poate fi atacată (atât de Consiliul Concurentei cat si de persoana supusa inspecției) cu contestație la Înalta Curte de Casație și Justiție, în termen de 48 de ore. Termenul de 48 de ore curge de la momentul comunicării acesteia, contestația nefiind însă suspensivă de executare.

Întrucât inspecțiile inopinate la sediul întreprinderilor reprezintă instrumentul principal utilizat de Consiliul Concurenței in cadrul investigațiilor[1], apreciem că aceste modificări legislative nu vor reduce numărul inspecțiilor inopinate.

III. Recomandări și îndrumări emise de Consiliul Concurenței

III. 1. Recomandări de Bună Practică privind activitatea de petiționare întreprinse în comun de întreprinderi concurente sau de asociații de întreprinderi

În data de 14.03.2013[1], în baza art.26. alin.(2) din Legea Concurenței, având în vedere Orientările Comisiei Europene privind aplicabilitatea articolului 101 din Tratatul

[1] Conform Raportului anual de activitate a Consiliului Concurentei în cursul anului 2013, au fost efectuate inspecții inopinate la 80 de sedii/puncte de lucru deținute de 80 de întreprinderi, în cadrul a 12 investigații.

privind funcţionarea Uniunii Europene acordurilor de cooperare orizontală (2011/C 11/01)[2], practica Consiliului Concurenţei, a instanţelor judecătoreşti din România, precum şi practica Comisiei Europene şi deciziile Curţii Europene de Justiţie, a emis un set de recomandări de buna practică privind activitatea de petiţionare întreprinse în comun de întreprinderi concurente sau de asociaţii de întreprinderi.

Conform acestor recomandări activitatea de petiţionare exercitată individual de către o întreprindere nu ridică, de principiu, nicio problemă din punct de vedere concurenţial, chiar dacă există demersuri similare din partea altor întreprinderi, cu privire la aceleaşi aspecte, în aceeaşi perioadă sau în altă perioadă de timp. Atunci însă când activitatea de petiţionare este exercitată în mod coordonat de către două sau mai multe întreprinderi, prin intermediul unei asociaţii constituite legal sau în afara acesteia, activitatea întreprinderilor în cauză poate prezenta riscuri de natură anticoncurenţială motiv pentru care va fi analizată cu mai multă rigoare de către Consiliul Concurenței.

Afectarea concurenţei în cadrul unor astfel de activităţi urmează a fi evaluată atât prin prisma obiectivului urmărit de întreprinderile implicate în activitatea de petiţionare – cum ar fi susţinerea introducerii unor bariere administrative nejustificate la intrarea pe o anumită piaţă sau a introducerii de preţuri reglementate (mai ales dacă ar fi vorba de preţuri minime) cât şi prin existenţa unor alte consecinţe ale acţiunii în comun, mai ales în ceea ce priveşte schimbul de informaţii strategice.

Prin urmare, criteriile desprinse din cuprinsul acestor recomandări pentru a determina care este de fapt raţiunea unui demers comun întreprins de întreprinderi concurente și măsura în care aceste acţiuni comune prezintă risc anticoncurenţial sunt următoarele: (a) obiectivul urmărit/interesul reprezentat – în ce măsura acesta este sau nu justificat, legitim, dacă contravine sau nu unor obiective de interes general; (b) caracterul demersului – daca acesta este proporţionat sau disproporţionat; (c) modul de conlucrare şi consecinţele acţiunii în comun (e.g. comportamentul coordonat al părților în baza informațiilor schimbate în contextul pregătirii acțiunilor comune, creşterea costurilor întreprinderilor active pe piaţă sau a puterii de piaţă a acestora, cu consecința creşterii ilicite/coordonate a preturilor sau a reducerii diversității produselor, reducerea concurentei între întreprinderi, afectarea altor întreprinderi active pe aceeaşi piaţă sau pe piețe conexe).

Pe lângă aceste criterii, recomandările listează şi o serie de fapte cu potențial anticoncurențial, anume:

(a)orice demers colectiv al întreprinderilor concurente care este în măsură să conducă la creşterea costurilor întreprinderilor active pe piaţă sau a puterii de piaţă a acestora, cu consecinţa creşterii preţurilor sau a reducerii diversităţii produselor, poate constitui o încălcare ale art. 5, alineat (1) din Legea concurenţei / art.101 TFUE;

(b)este foarte important ca întreprinderile implicate în activitatea de petiţionare să evite comunicarea unor informaţii comerciale sensibile (e.g., preţuri, strategii comerciale, programe de investiţii etc.);

Potrivit recomandărilor, atunci când activitatea de petiţionare impune, fără a exista o altă alternativă, comunicarea unor informaţii din categoria celor considerate strategice, acestea trebuie să ajungă la cunoştinţa întreprinderilor implicate în formă cumulată, astfel încât să nu fie posibilă identificarea, în vreun fel, a informaţiilor individuale

[1] http://www.consiliulconcurentei.ro/ro/docs/177/8254/consiliului-concurentei-a-adoptat-setul-de-recomandari-de-buna-practica-privind-activitatea-de-petitionare-intreprinse-in-comun-de-intreprinderi-concurente-sau-de-asociatii-de-intreprinderi.html.

[2] J.O. 14.01.2011.

aparţinând anumitor întreprinderi şi să nu fie în măsură să conducă la reducerea incertitudinii privind comportamentul pe piaţă al întreprinderilor concurente;

(c)este necesar ca activităţile de petiţionare să nu conducă la reducerea sau dispariţia concurenţei între întreprinderi şi, de asemenea, să nu afecteze alte întreprinderi active pe aceeaşi piaţă sau pe pieţe conexe, ori consumatorii;

(d)acţiunile de protest faţă de acţiuni şi decizii ale autorităţilor publice trebuie să fie proporţionale cu afectarea întreprinderilor respective, dar şi a pieţei în ansamblu, prin acţiunile sau deciziile respective. Dacă piaţa sau consumatorii sunt afectaţi, protestul colectiv va fi considerat disproporţionat şi va putea analizat ca o posibilă încălcare a art. 5, alineat (1) din Legea concurenţei / art.101 TFUE.

În lumina celor de mai sus, este recomandat ca înainte de demararea oricărui demers de petiționare colectivă, întreprinderile să își evalueze conformitatea acțiunii /demersului colectiv cu normele concurențiale. Realizarea internă a acestui test de compatibilitate este extrem de importantă întrucât au existat cazuri în practica Consiliul Concurenței în care acțiunile comune introduse în instanță de mai multe societăți concurente împotriva altui concurent sau punctele de vedere transmise de diverse asociații au constituit fie punctul de demarare a unor investigații, fie chiar probe incriminatorii reținute de Consiliul Concurentei în deciziile de sancționare emise[1].

III.2. Recomandări emise de Consiliul Concurenței cu privire la licitațiile publice organizate în vederea achiziției de consumabile aferente echipamentelor de birou și medicamentelor

Un subiect important analizat de către Consiliul Concurentei în rânduri repetate este cel legat de solicitările impuse de autoritățile contractante în cadrul procedurilor de achiziție publică de a prezenta fie un certificat de echivalență a consumabilelor de la producătorul echipamentului (în special în cazul consumabilelor), fie autorizația de dealer din partea producătorului (în special în cazul medicamentelor).

Conform unui punct de vedere emis de către Consiliul Concurenței în anul 2006[2] consumabilele aferente echipamentelor de birou (consumabile OEM) includeau şi produsele compatibile (consumabile non OEM). Astfel, autoritățile contractante trebuie să asigure participarea atât a ofertanților de consumabile OEM, cât şi a celor de consumabile non OEM. Consiliul

Potrivit Consiliului Concurenței (a) solicitările adresate unui ofertant de consumabile pentru un anumit echipament de a prezenta un certificat de echivalentă emis de producătorul echipamentului, în sensul garantării compatibilității cu echipamentul, sunt de natură a încalcă principiul egalității de șanse între concurenții de pe piață, deoarece la o procedură de achiziții publice participă sau poate participa cu consumabile şi producătorul echipamentului, (b) pentru certificarea compatibilității consumabilelor non-OEM cu echipamentul aflat în dotarea organizatorului procedurii de achiziție publică, acesta poate solicita participanților să garanteze compatibilitatea consumabilelor ofertate cu acest echipament şi nu să impună obținerea de către aceștia a unui certificat de echivalență a consumabilelor de la producătorul echipamentului.

Față de cele de mai sus, Consiliul Concurenței considera că, în vederea dezvoltării pieței şi a concurenței în desfășurarea procedurilor de achiziții publice pentru

[1] A se vedea punctul 5.3 din Ordinul Președintelui Consiliului Concurentei nr. 502 din 11.06.2012 și punctul 25 din Decizia Consiliului Concurenţei nr. 12 din data de 03.03.2008;

[2] http://www.consiliulconcurentei.ro/uploads/docs/items/id5154/punct_de_vedere_etira-presedinte.pdf.

consumabile aferente echipamentelor de birou, care să includă şi produsele compatibile, se impune renunţarea la practica autorităţilor contractante de a solicita ofertanţilor non-OEM să prezinte certificate de compatibilitate emise de către producătorii echipamentelor, deoarece şi aceştia din urma participă sau pot participa la aceste proceduri, intrând astfel în concurenţă cu ofertanţii de produse non-OEM, realizate sub marca proprie.

În anul 2012, tot cu privire la acest subiect, Consiliul Concurenţei retine însă că în anumite situaţii[1], pot exista unele situaţii justificate temeinic, în care autorităţile contractante pot sa stabilească anumite criterii de selecţie care să le asigure achiziţionarea exact a produselor care le satisfac cel mai bine necesităţile si restrânge astfel participarea ofertanţilor de consumabile non OEM, cum ar fi cazul echipamentelor de birou achiziţionate prin finanţare din fonduri europene, sub condiţia utilizării de consumabile OEM.

O problemă similară care vizează de aceasta dată segmentul distribuţiei de medicamente este analizat de Consiliul Concurenţei în cuprinsul Raportului privind investigaţia utilă pentru cunoaşterea pieţei distribuţiei angro de medicamente[2]. Potrivit acestuia, legislaţia în materia achiziţiilor publice prevede în mod clar faptul că pentru demonstrarea îndeplinirii cerinţelor minime de calificare şi selecţie, dar şi a criteriilor privind situaţia economică şi financiară şi capacitatea tehnică şi/sau profesională, ofertanţii trebuie să depună *doar* documente emise de organisme independente, care prin decizia lor nu pot influenţa jocul liberei concurenţe. Potrivit Consiliul Concurentei[3] acest formular (*autorizaţia de dealer)* lasă la discreţia producătorului posibilitatea de a controla ceea ce ar trebui să fie jocul liberei concurenţe pe veriga distribuţiei angro, piaţă ai cărei jucători sunt stabiliţi în împrejurări speciale, şi anume în urma unei competiţii în cadrul licitaţiilor.

Consiliul Concurenţei consideră astfel că solicitarea autorizaţiei de dealer trebuie de asemenea eliminată şi, eventual, înlocuită cu solicitarea prezentării unui contract în vigoare cu un furnizor al produsului solicitat, în baza căruia distribuitorul poate asigura cantităţile solicitate prin licitaţie.

IV. Concluzii

Faţă de noile modificări aduse legislaţiei concurenţei, aria de activitate a Consiliului Concurenţei se va extinde, fiind de aşteptat o creştere a numărului investigaţiilor derulate în acord cu prevederile Legii Concurentei, respectiv a numărului cercetărilor aprofundate derulate în baza Legii 11/1991. În plus, prin posibilitatea delegării unora din atribuţiile esenţiale ale Plenului Consiliului Concurenţei către comisii, s-au conturat şi premisele reducerii duratei investigaţiilor derulate de către Consiliul Concurenţei.

Deşi procedura de derulare a inspecţiilor inopinate presupune acum pe lângă ordinul de inspecţie emis de Preşedintele Consiliului Concurenţei şi obţinerea prealabilă a autorizaţiilor judiciare din partea preşedintelui Curţii de Apel Bucureşti sau judecătorului delegat de acesta, numărul inspecţiilor nu va scădea, acesta fiind principalul instrument utilizat de Consiliul Concurentei pentru identificarea şi colectarea principalelor probe incriminatorii.

[1] http://www.consiliulconcurentei.ro/uploads/docs/items/id8211/adresa_pentru_postat_site.pdf.
[2] http://www.consiliulconcurentei.ro/ro/publicatii/rapoarte-diverse.html.
[3] http://www.consiliulconcurentei.ro/uploads/docs/items/id6495/raport_total.pdf, p. 81.

Față de noile reglementări aduse regimului sancționator penal (în special introducerea cauzelor de nepedepsire respectiv de reducere a sancțiunilor pentru cazurile în care persoanele implicate, denunță organelor de urmărire penală participarea la comiterea infracţiunii prevăzute de art. 60 din Legea Concurentei), cresc, cel puțin la nivel teoretic, șansele de succes ale politicii de clemența implementate de Consiliul Concurenței. Această concluzie nu se reține însă în cazul practicii interzise de art. 5 alin. (1) lit. f) din Legea Concurenței, când aceasta se realizează prin înțelegere între participanţii la o licitaţie publică pentru a denatura preţul de adjudecare, caz în care se vor aplica reglementările art. 246 din Noul Cod Penal.

Bibliografie

1.Cornelia Lefter, Oana Oprea (Teodorescu), Noutăţi în domeniul reglementării concurenţei în România. Consolidarea instituţională a Consiliului Concurenţei, Economie teoretică şi aplicată Volumul XVIII (2011), No. 9(562);

2.Constantin Duvac, "Deturnarea Licitațiilor Publice în Noul Cod Penal, Revista Dreptul nr. 8/2012;

3.Raportul anual de activitate a Consiliului Concurenței (2013);

4.Raportul Consiliul Concurentei privind investigaţia utilă pentru cunoaşterea pieţei distribuţiei angro de medicamente (31.03.2011);

5.Recomandările de Bună Practică emise de Consiliul Concurentei privind activitatea de petiționare întreprinse în comun de întreprinderi concurente sau de asociaţii de întreprinderi (2013);

6.http://www.consiliulconcurentei.ro/ro/docs/177/2020/noua-lege-a-concurentei-a-intrat-in-vigoare.html;

7.http://www.consiliulconcurentei.ro/ro/docs/177/6548/noua-lege-a-concurentei-a-intrat-in-vigoare-consiliul-concurentei-va-fi-mai-puternic.html.

Considerații privind procedura asigurării probelor în reglementarea noului Cod de procedură civilă

Nicolae-Horia ***ȚIȚ****[*]

Abstract: *Noul Cod de procedură civilă aduce o serie de modificări procedurii asigurării probelor, sub aspectul reglementării competenței instanței care apreciază asupra admisibilității cererii, procedurii de soluționare a acesteia și regimului juridic al încheierii prin care se soluționează cererea de asigurare. De asemenea, noua reglementare permite în anumite situații ca executorul judecătoresc să constate situația de fapt fără a fi necesară încuviințarea prealabilă a instanței, făcând această procedură mai rapidă și mai eficientă. Dispozițiile noului cod lasă loc de interpretare în legătură cu calificarea ca necontencioasă a procedurii, precum și în legătură cu anumite soluții pe care instanța le poate pronunța în procedura de asigurare a probelor. Articolul analizează noua reglementare, făcându-se interpretări și calificări pornind de la obiectul cererii de asigurare a dovezilor și raportat la procedura de soluționare a acesteia, prin raportare la dispozițiile generale reglementate cu privire la procedura necontencioasă. De asemenea, sunt analizate situații care pot apărea în practică în legătură cu această procedură, în special situațiile care nu sunt în mod direct vizate de legiuitor și propune soluții argumentate de îmbunătățire a reglementării. În legătură cu procedura constatării urgente a situației de fapt prin intermediul executorilor judecătorești, sunt analizate situațiile în care nu este necesară încuviințarea prealabilă a instanței, precum și acelea în care această încuviințare trebuie cerută, fiind avute în vedere situații concrete care pot apărea în practică. De asemenea, sunt făcute o serie de propuneri de lege ferenda legate de reglementarea căii de atac împotriva actelor îndeplinite de executorul judecătoresc și analizată, prin raportare la legislația anterioară, forța probantă a procesului verbal întocmit de către acesta.*

Cuvinte cheie: *asigurarea probelor, urgență, procedura necontencioasă, constatarea situației de fapt, executor judecătoresc*

1. Inoțiuni introductive

Noul Cod de procedură civilă reglementează în a noua subdiviziune a secțiunii dedicate probelor instituția asigurării probelor (art. 359 – 365 C. proc. civ.). Ca și reglementarea anterioară, sunt avute în vedere două proceduri distincte, respectiv asigurarea propriu – zisă a probelor și constatarea de urgență a unei situații (stări) de fapt. Prima presupune, așa cum s-a arătat în doctrină, administrarea anticipată a anumitor mijloace de probă (anchetă *in futurum*), atunci când urgența o impune. Astfel, prin raportare la dispozițiile art. 258 alin. (1) C. proc. civ., se au în vedere situațiile în care există pericol ca probele să se piardă prin întârziere, la acestea adăugându-se acelea în care există acordul de voință al părților cu privire la administrarea anticipată a probei, așa cum vom dezvolta în continuare [art. 359 alin. (2) C. proc. civ.]. Cea de-a doua constituie un

[*] Asistent univ. dr. la Facultatea de Drept a Universității „Alexandru Ioan Cuza” Iași.

mijloc diferit de mijloacele obișnuite de probă, rolul determinant avându-l executorul judecătoresc, care are, potrivit legii, competența de a constata o anumită situație (stare) de fapt, atunci când există urgență.

Noua reglementarea cuprinde o serie de diferențe față de cea anterioară, pe care le apreciem ca fiind îmbunătățiri ale materiei, prin raportare și la interpretările și propunerile *de lege ferenda* făcute în doctrină sub imperiul acesteia. Ca elemente de noutate, este modificată regula de determinare a competenței în ceea ce privește formularea cererii de asigurare a probelor pe cale incidentală, este separată procedura încuviințării cererii de administrare propriu-zisă a probelor asigurate, fiind prevăzut regimul juridic nu numai al încheierii prin care au fost încuviințate probele, ci și cel al încheierii prin care s-a constatat administrarea probelor asigurate, este reglementată, în mod expres, regula conform căreia admisibilitatea probelor asigurate urmează a fi apreciată de instanța care soluționează fondul, aceasta putând, în măsura în care acest lucru este posibil, să dispună readministrarea probei asigurate. Cu referire la constatarea situației de fapt prin intermediul unui executor judecătoresc, cu caracter de noutate, este reglementată regula conform căreia aceasta poate fi realizată fără a fi necesară, în prealabil, încuviințarea instanței, aceasta intervenind numai în situația în care constatarea necesită concursul părții adverse sau al altei persoane, iar acesta lipsește. De asemenea, legiuitorul a modificat forța probantă a procesului verbal de constatare întocmit de executorul judecătoresc, respectiv, spre deosebire de reglementarea anterioară, în care acesta făcea dovada până la proba contrară [art. 239 alin. (4) C. proc. civ. 1865], potrivit noului Cod, procesul verbal face dovadă până la înscrierea în fals [art. 364 alin. (4) C. proc. civ.].

În continuare vom analiza principalele aspecte ale noii reglementări, punând accentul pe elementele de noutate și comentând soluțiile legislative propuse, cu indicarea principalelor probleme sau neclarități care pot apărea în legătură cu interpretarea și aplicarea textelor de lege. De asemenea, acolo unde este cazul, vom face propuneri de îmbunătățire a reglementării, având în vedere și tendințele înregistrate în practica instanțelor judecătorești.

2. Obiectul și natura procedurii administrării probelor

Așa cum prevede art. 359 alin. (1) C. proc. civ., prin cererea de asigurare a probelor se poate solicita să se „constate de urgență mărturia unei persoane, părerea unui expert, starea unor bunuri, mobile sau imobile", „recunoașterea unui înscris, a unui fapt sau a unui drept". Prin raportare la dispozițiile art. 250 C. proc. civ., poate face obiect al asigurării orice mijloc de dovadă – mărturie, expertiză, mijloc material de probă, cercetare la fața locului, înscris, mărturisire (interogatoriu) – în vederea dovedirii oricărui act sau fapt juridic, admisibilitatea cererii urmând a fi evaluată, așa cum vom arăta și mai jos, nu în funcție de categoria în care mijlocul de probă sau faptul probator s-ar încadra, ci raportat la o anumită situație de urgență care caracterizează fie mijlocul, fie obiectul probei. Cert este că, indiferent dacă este formulată pe cale principală sau incidentală, cererea de asigurare a probei nu are ca obiect o pretenție întemeiată pe un drept subiectiv, a cărei temeinicie să fie eventual sprijinită prin faptul probator dovedit cu mijlocul de probă administrat, ci chiar administrarea acelui mijloc de probă în sine, urmând ca admisibilitatea probei, respectiv legalitatea și concludența acesteia să fie evaluate de instanță ulterior, nu anterior administrării. Obiectul cererii de asigurare a probei are, așadar, o caracteristică aparte, deoarece, spre deosebire de o cerere obișnuită

adresată instanței, prin care se solicită obligarea părții potrivnice la o anumită prestație, pozitivă sau negativă, cererea de asigurare a probei nu are în vedere decât realizarea opozabilității administrării dovezii față de aceasta, fără a i se opune încă un drept potrivnic, care să întemeieze o pretenție.

Având în vedere această caracteristică, apreciem, alături de alți autori[1], că procedura de asigurare a probelor este o procedură necontencioasă. Avem în vedere și domeniul de aplicare al procedurii necontencioase, delimitat de art. 527 C. proc. civ., potrivit cu care au caracter necontencios „cererile pentru soluționarea cărora este nevoie de intervenția instanței, fără însă a se urmări stabilirea unui drept potrivnic față de o altă persoană, precum sunt cele privitoare la darea autorizațiilor judecătorești sau la luarea unor măsuri legale de supraveghere, ocrotire ori asigurare." O analiză punctuală îndreptățește concluzia că, cel puțin în etapa încuviințării, procedura de asigurare a probei este una necontencioasă, deoarece: pentru soluționarea cererii este necesară intervenția instanței și nu se urmărește stabilirea unui drept potrivnic față de o altă persoană, adică cererea nu are ca obiect o pretenție, în sensul de prestație pozitivă sau negativă pe care reclamantul o cere în temeiul unui drept subiectiv încălcat. Este de remarcat că art. 527 C. proc. civ. utilizează doar aceste două condiții pentru a stabilit domeniul de aplicare al procedurii necontencioase, celelalte situații prevăzute de textul de lege având doar un caracter exemplificativ, aspect evident ca urmare a folosirii adverbului „precum". Chiar raportat la aceste situații exemplificative din partea a doua a textului de lege sus citat, cererea de asigurare a probelor se încadrează în categoria măsurilor legale de asigurare, textul nereferindu-se la acele măsuri ce produc efecte de drept sau asupra cărora instanța ar trebui să se pronunțe din oficiu, ci la măsuri de asigurare în general, cu privire la care legea prevede o anumită procedură și pentru a căror încuviințare este necesară, așa cum arătam și mai sus, intervenția instanței.

Nu suntem de acord cu teza conform căreia procedura asigurării probelor ar fi una contencioasă[2], întemeiată în special pe argumente care vizează procedura de soluționare a acesteia. În primul rând, folosirea noțiunii de „parte potrivnică" nu are, în opinia noastră, scopul de a consacra o procedură contencioasă, adică o procedură în care să fie supusă contradictorialității o pretenție. Așa cum s-a remarcat în doctrina recentă, pentru a califica o procedură ca fiind contencioasă ori necontencioasă nu trebuie să ne raportăm la regulile care guvernează judecata cererii, ci la obiectul acesteia[3].

În al doilea rând, și strâns legat de cele arătate anterior, faptul că cererea se judecă, ca regulă, cu citarea părților (instanța putând decide, după caz, raportat la urgența cererii, și contrariul), nu constituie un argument în sine cu privire la caracterul contencios al procedurii, aceasta deoarece o anumită contradictorialitate caracterizează inclusiv procedura necontencioasă, prin raportare la garanțiile procedurale pe care instanța trebuie să le asigure. Potrivit art. 532 alin. (1) C. proc. civ., cererea în materie necontencioasă se judecă cu citarea petentului și a persoanelor arătate în cerere, dacă legea o impune. Este exact cazul procedurii asigurării probelor, care chiar dacă este o procedură necontencioasă, presupune, așa cum am arătat și mai sus, o anumită doză de contradictorialitate, prin raportare și la scopul asigurării dovezii. Astfel, asigurarea dovezii nu constituie un scop în sine pentru cel care formulează cererea; acesta

[1] Boroi, Gabriel (coord.), *Noul Cod de procedură civilă, comentariu pe articole*, Ed. Hamangiu, București, 2013, p. 705-706.

[2] Leș, Ion, *Noul Cod de procedură civilă, comentariu pe articole*, Ed. C.H. Beck, București, 2013, p. 490.

[3] Boroi, Gabriel, *op. cit.*, p. 706.

prefigurează utilizarea faptului probator dovedit prin asigurarea probei într-o construcție contencioasă: în viitor își va sprijini pretenția sau apărarea pe respectivul fapt probator, estimând nu doar obiectul acelei pretenții sau apărări, ci și persoana ori, după caz, persoanele, cărora le va opune acele pretenții sau apărări. Chiar dacă nu sunt formulate, pretențiile și apărările ce urmează a fi dovedite cu proba asigurată se prefigurează în intenția celui care formulează cererea, ceea ce explică și folosirea de legiuitor a termenului de „parte potrivnică". Este de remarcat aici modificarea terminologiei față de reglementarea anterioară, care folosea noțiunea de „pârât" [art. 235 alin. (2) C. proc. civ. 1865], fiind criticată în doctrină. Noua terminologie, respectiv sintagma de „parte potrivnică" are în vedere, pe de o parte, caracterul necontencios al procedurii, pentru care noțiunea de „pârât" este atipică, pe de altă parte, existența, așa cum am arătat mai sus, a unei contradictorialități latente, determinată de nevoia de a utiliza, în viitor, proba în contradictoriu cu persoana respectivă, în procedura contencioasă, în dovedirea unei pretenții sau apărări. Prin raportare la această situație, cererea de asigurare a probei ar putea fi formulată, așa cum, în mod just, s-a remarcat în doctrină[1], atât de potențialul reclamant, cât și de potențialul pârât, după cum aceștia prefigurează nevoia dovedirii în viitor a unei pretenții, respectiv a unei apărări.

Așadar, procedura asigurării probelor este una necontencioasă, atâta timp cât este necesară, potrivit legii, încuviințarea instanței și cererea nu are ca obiect o pretenție întemeiată pe un drept potrivnic. Această concluzie este îndreptățită și de dispozițiile art. 363 alin. (1) C. proc. civ., asupra căruia vom reveni mai jos, potrivit cu care instanța care judecă procesul va fi cea care va analiza admisibilitatea probei, ținând cont de legătura dintre mijlocul de probă administrat și faptul probator pretins. Chiar dacă cel care formulează cererea anticipează o anumită concludență a probei la momentul la care solicită asigurarea, instanța nu va avea de analizat acest aspect, neavând nici instrumentele să o facă, deoarece nu este învestită cu o cerere de chemare în judecată în care reclamantul să indice pretenția și să descrie situația de fapt. Instanța analizează exclusiv cerințele de admisibilitate, respectiv, așa cum vom arăta în secțiunea următoare a articolului, urgența sau existența acordului celeilalte părți. Adversitatea există la momentul asigurării dovezii numai în plan subiectiv, nu și procesual, lipsind pretenția și situația de fapt, adică elementele care să configureze identitatea unei acțiuni civile. Lipsa acestor elemente face ca cererea să fie una necontencioasă, inclusiv atunci când este formulată pe cale incidentală.

3. Condițiile de admisibilitate ale cererii de asigurare a probei

Așa cum rezultă și din denumirea marginală a art. 359 C. proc. civ., legiuitorul impune condiții de admisibilitate speciale pentru cererea de asigurare a probelor: urgența sau acordul părții potrivnice (condiții alternative). La acestea se adaugă, ca și condiție generală, cea a interesului, la care art. 359 alin. (1) C. proc. civ. face referire în mod expres, fără însă ca prin aceasta interesul să capete caracterul unei condiții speciale de admisibilitate a cererii de asigurare a probelor[2].

[1] Tăbârcă, Mihaela, *Drept procesual civil, Vol. 2: Procedura contencioasă în fața primei instanțe. Proceduri speciale conform noului Cod de procedură civilă*, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 438-439.

[2] În sens contrar, a se vedea Deleanu, Ion, *Tratat de procedură civilă, Vol. I*, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 1003.

Caracterizarea acestor condiții ca fiind „de admisibiliate" poate crea anumite confuzii prin raportare la dispozițiile art. 255 C. proc. civ., cu denumirea marginală „Admisibilitatea probelor", care vizează legalitate și concludența probelor, precum și la art. 363 alin. (1) C. proc. civ., potrivit cu care instanța care soluționează procesul va analiza admisibilitatea acestora. În mod evident, este vorba despre cerințe diferite: art. 359 se referă la admisibilitatea asigurării probei, adică posibilitatea ca aceasta să fie administrată anticipat, fără a-i fi analizată admisibilitatea, iar art. 255 alin. (1) și 363 alin. (1) C. proc. civ., vizează admisibilitatea în sensul general al noțiunii, respectiv permisiunea, dată de lege, ca proba să fie administrată pentru dovedirea unei situații de fapt și aptitudinea mijlocului de a dovedi faptul probator pretins.

Cu referire la condiția urgenței, art. 359 alin. (1) C. proc. civ. stabilește două situații alternative pe care instanța trebuie să le evalueze: atunci când există pericol ca proba să dispară ori să fie greu de administrat în viitor. Așa cum am arătat și mai sus, cele două situații se pot se referi atât la mijlocul de probă, cât și la faptul probator. Astfel, urgența vizează obiectul probei dacă starea de fapt ce se tinde a fi dovedită are prin natura sa un caracter vremelnic, temporar, sau nu ar mai putea fi conservată până la momentul administrării probei decât cu eforturi importante sau cheltuieli mari pe seama persoanei interesate[1].

Fiind oferită alternativa între situația în care administrarea probei în viitor ar fi imposibilă și cea în care ar fi doar dificil de realizat, marja de apreciere a instanței cu privire la existența cerinței urgenței este una largă, judecătorul urmând să analizeze de la caz la caz incidența acesteia. Nu este exclusă administrarea unui probatoriu minimal cu privire la dovedirea cerinței urgenței, probatoriu care de cele mai multe ori în practică se rezumă la proba cu înscrisuri, nefiind însă de plano inadmisibilă administrarea și a altor mijloace de dovadă. Din contră, apreciem că pentru dovedirea cerinței urgenței este admisibil orice mijloc de dovadă. De cele mai multe ori, aprecierea cerinței urgenței se face de instanță pe baza unor prezumții simple, iar faptul vecin și conex este fie unul notoriu, fie rezultă din înscrisurile depuse la dosar de partea interesată.

O aplicație a procedurii asigurării probelor ar putea fi considerată situația prevăzută la art. 1691 alin. (1) C. civ., potrivit cu care „în cazul în care cumpărătorul contestă calitatea sau starea bunului pe care vânzătorul i l-a pus la dispoziție, președintele judecătoriei de la locul prevăzut pentru executarea obligației de predare, la cererea oricăreia dintre părți, va desemna de îndată un expert în vederea constatării". Apreciem că textul de lege are caracter special față de reglementarea generală cuprinsă în Codul de procedură civilă, deoarece nu impune cerința urgenței ca cerință de admisibilitate a cererii de asigurare a probei. Folosirea sintagmei „de îndată" nu trebuie confundată cu cerința urgenței de la art. 359 alin. (1) C. proc. civ., deoarece se referă la celeritatea cu care trebuie soluționată cererea de asigurare a probei întemeiată pe dispozițiile art. 1691 alin. (1) C. civ., și nu la cerința urgenței ca și cerință de admisibilitate a acesteia. Din contră, legiuitorul a înțeles să creeze o situație specială de asigurare a probei în cazul în

[1] În practică s-a reținut că procedura asigurării dovezilor poate fi utilizată pentru constatarea stadiului unor lucrări de hidroizolații, a conformității executării acestora cu proiectul de execuție, în condițiile în care continuarea lucrărilor la imobil face ca pe viitor să fie dificil de administrat această probă, cât timp lucrările de hidroizolații trebuie executate la nivelul soclului clădirii, nivel aflat sub cota clădirii, care va fi acoperit prin continuarea lucrărilor, după efectuarea expertizei tehnice. (Decizi nr. 391/16 noiembrie 2010 a Tribunalului Bistrița-Năsăud, Secția Comercială, de Contencios Administrativ și Fiscal, *apud*. Frențiu, Cristina, Băldean, Denisa-Livia, *Noul Cod de procedură civilă comentat și adnotat,* Ed. Hamangiu, București, 2013, p. 569.

care există dezacord asupra calității bunului predat de vânzător, punând la dispoziția cumpărătorul un instrument eficace de a solicita asigurarea probei și dispensându-l de obligația de a dovedi urgența.

Cealaltă situație care rezultă din dispozițiile art. 359 alin. (2) C. proc. civ. este cea care se întemeiază pe „acordul părții potrivnice". Ca manifestare a principiului disponibilității, asigurarea probelor poate fi încuviințată așadar chiar dacă nu ar fi reținută de instanță existența unei situații de urgență, în măsura în care acest acord provine de la ceea ce legiuitorul a denumit „parte potrivnică" în procedura de asigurare. Folosirea acestei sintagme nu trebuie să conducă în mod automat, așa cum am arătat și mai sus, la calificarea acestei proceduri ca fiind una contencioasă. De remarcat în acest context este că, spre deosebire de reglementarea anterioară, care vorbea de acordul pârâtului [art. 235 alin. (2) C. proc. civ. 1865], actuala reglementare se referă la partea potrivnică, adică la partea căreia, în eventualitatea unui litigiu, sau, după caz, în litigiul existent urmează a-i fi opusă proba.

Exprimarea legiuitorului ar putea induce ideea că acordul părții potrivnice trebuie să fie prealabil formulării cererii, deoarece la art. 359 alin. (2) C. proc. civ. se arată că cererea poate fi făcută dacă există acest acord, și nu că cererea poate fi admisă. Aceeași concluzie s-ar putea trage și din exprimarea art. 360 alin. (2) C. proc. civ., care precizează că în cererea de asigurare a probelor vor fi arătate motivele care o fac necesară sau, după caz, acordul părții adverse, ceea ce ar presupune că acesta trebuie manifestat anterior. Apreciem că o astfel de interpretare este greșită, acordul părții potrivnice producând efecte asupra admisibilității cererii de asigurare a probelor inclusiv în situația în care este manifestat direct în fața instanței de judecată.

Alături de alți autori[1], apreciem că acordul trebuie să fie expres, neputând rezulta din tăcerea părții potrivnice. Aceasta deoarece, pe de o parte, observând regulile generale privind voința, tăcerea nu valorează consimțământ decât în măsura în care legea, părțile sau uzanțele au prevăzut sau convenit acest lucru. Dincolo de această observație, trebuie reținut că acolo unde legiuitorul a dorit să confere valoare juridică tăcerii, cu referire la instituțiile de procedură, a precizat în mod expres acest lucru [spre exemplu, la art. 309 alin. (4) pct. 4 C. proc. civ., cu referire la admisibilitatea probei cu martori, ori la art. 315 alin. (2), cu privire la interdicția audierii ca martori a anumitor persoane]. Atâta timp cât petentul trebuie să facă referire la acordul părții potrivnice în cuprinsul cererii de asigurare a probelor, acesta nu ar putea fi decât unul expres, dat fie în fața instanței, personal sau prin mandatar cu procură specială, fie printr-un act autentic (spre exemplu o declarație autentificată de notarul public). Nu excludem nici posibilitatea ca cererea să fie formulată în comun de părți, caz în care acordul de voință există încă de la momentul sesizării instanței. În toate situațiile, acordul părții potrivnice trebuie calificat ca fiind un act de dispoziție, asemănător achiesării, ceea ce impune, pe de o parte, necesitatea verificării de către instanță a existenței și valabilității acestuia, pe de altă parte, ca, în cazul în care este dat prin mandatar, acesta să fie împuternicit cu procură specială[2].

Nu în ultimul rând, trebuie remarcat că acordul părții potrivnice se poate referi exclusiv la admisibilitatea cererii de asigurare a probei, nu și la admisibilitatea probei în sine. Spre exemplu, dacă se tinde a se dovedi cu martor un act juridic pentru care legea

[1] Ciobanu, Viorel Mihai, Nicolae, Marian (coord.), *Noul Cod de procedură civilă: comentat și adnotat*, Ed. Universul Juridic, București, p. 833.

[2] Tăbârcă, Mihaela, *op. cit.*, p. 439.

impune forma scrisă ad validitatem, chiar dacă partea potrivnică ar fi de acord cu asigurarea probei cu martor, acesta nu devine admisibilă, pentru că s-ar înfrânge dispozițiile imperative ale art. 309 alin. (3) C. proc. civ. Într-o astfel de situație, chiar dacă proba ar fi asigurată, ea nu va putea fi valorificată în litigiul de fond, urmând a fi declarată inadmisibilă de instanță în temeiul art. 363 alin. (1) C. proc. civ.

4. Procedura de soluționare a cererii de asigurare a probelor

Potrivit art. 360 alin. (1) C. proc. civ., instanța competentă să soluționeze cererea de asigurare a probelor este judecătoria în circumscripția căreia se află martorul sau obiectul constatării, dacă cererea este formulată pe cale principală, respectiv instanța care judecă procesul în primă instanță, dacă cererea este formulată pe cale incidentală.

Pentru prima situație, legiuitorul a înțeles să reglementeze reguli speciale, atât în ceea ce privește competența materială, cât și cea teritorială. Cu referire la competența materială, aceasta revine judecătoriei, indiferent de natura probei ori a faptul probator ce se tinde a fi dovedit. Nu sunt aplicabile regulile speciale referitoare la competența materială după valoare, având în vedere că obiectul cererii nu este reprezentat de o pretenție, cel puțin în sensul clasic al termenului, ci, așa cum am arătat și mai sus, cererea este una în materie necontencioasă, cu privire la care legea stabilește o compentență specială. Prin raportare la dispozițiile art. 94 C. proc. civ., cererea de asigurare a probelor se încadrează în situația prevăzută la pct. 4, respectiv alte cereri date prin lege în competența judecătoriei.

În ceea ce privește competența teritorială, aceasta revine instanței în circumscripția căreia se află martorul sau obiectul constatării[1]. De la bun început observăm că formularea acestei reguli de competență este deficitară, deoarece nu se referă la toate mijloacele de dovadă ce ar putea fi asigurate. Astfel, în cazul în care se asigură proba cu interogatoriul, nu ne aflăm nici într-o situație, nici în cealaltă, deoarece partea ascultată nu este nici martor, nici „obiect" al constatării. La fel, în cazul în care se urmărește recunoașterea unui înscris. În aceste cazuri, în lipsa unei reguli aplicabile, va fi aplicată, în mod corespunzător, regula generală, respectiv va fi competentă instanța domiciliului persoanei care ar urma să răspundă la interogatoriu. O altă situație ar fi aceea în care obiectul constatării își schimbă locul ulterior sesizării instanței, dar înainte de încuviințarea asigurării și, implicit, de administrarea probei. Opinăm că în această situație, instanța nu își va declina competența, deoarece aceasta trebuie să fie determinată în funcție de locul situării obiectului constatării la momentul învestirii, neavând relevanță că acest loc s-a modificat ulterior.

O problemă controversată este aceea a stabilirii caracterului de ordine publică sau de ordine privată a regulii de competență teritorială prevăzută de art. 360 alin. (1) C. proc. civ. Prin raportare la dispozițiile art. 126 alin. (1) C. proc. civ., apreciem că poate opera o alegere de competență, fiind vorba de un proces asupra unui drept asupra căruia

[1] Așa cum am arătat și mai sus, în situația specială reglementată la art. 1691 alin. (1) C. civ., instanța competentă este judecătoria de la locul prevăzut pentru executarea obligației de predare, care nu este neapărat aceeași cu judecătoria în circumscripția căreia se află obiectul constatării la momentul formulării cererii de asigurare a probei. Raportat la caracterul special al art. 1619 alin. (1) C. civ. față de dispozițiile generale ale Codului de procedură civilă cu privire la procedura de asigurare a probelor, se va avea în vedere așadar, în acest caz, locul prevăzut, în contract sau, în lipsa unei prevederi exprese, locul executării obligației de predare stabilit conform legii, și nu locul unde se află lucrul predat la momentul la care se solicită asigurarea probei.

părțile pot să dispună, prin drept înțelegând în acest context nu doar dreptul subiectiv, ci orice drept asupra cărora ar putea să dispună. Or, având în vedere că părțile pot să dispună, prin acordul lor de voință, cu privire la admisibilitatea cererii de asigurare a probei, rezultă, prin prisma art. 126 alin.1 C. proc. civ., că pot dispune și cu privire la instanța competentă din punct de vedere teritorial, prin urmare competența este de ordine privată, cu consecință aplicabilității regimului juridic prevăzut de art. 130 alin. (3) C. proc. civ. Astfel, necompetența nu va putea fi invocată decât de partea care nu a formulat cererea, cel târziu la primul termen la care părțile sunt legal citate, deoarece, potrivit art. 360 alin. (3) C. proc. civ., întâmpinarea nu este obligatorie în procedura de asigurare a probelor. În acest context, apreciem că, în cazul în care instanța ar sesiza o eventuală necompetență, nu ar putea încuviința cererea fără citarea părților, deoarece, așa cum vom arăta și mai jos, o astfel de măsură trebuie luată apreciind împrejurările, potrivit art. 360 alin. 5 C. proc. civ. Prin urmare, instanța va dispune citarea părților, urmând ca partea adversă celei care a formulat cererea să invoce necompetența, însă nu mai târziu de primul termen la care părțile sunt legal citate. Partea care a introdus cererea la o instanță necompetentă nu va putea invoca necompetența, potrivit art. 130 alin. (4) C. proc. civ.

Controversată este regula de determinare a competenței în cazul în care cererea este formulată pe cale incidentală. Este de remarcat cu privire la acest subiect faptul că legiuitorul a înțeles să modifice această regulă, prin raportare la legislația anterioară, care prevedea că cererea de asigurare a probelor este de competența instanței care judecă pricina[art. 236 alin. (1) C. proc. civ. 1864]. În noul Cod, se menționează că cererea este de competența instanței care judecă procesul în primă instanță, ceea ce a generat două posibile interpretări: fie că cererea de asigurare a probei nu poate fi formulată pe cale incidentală decât dacă judecata se desfășoară în fața primei instanțe, fie că, chiar dacă procesul s-ar afla în fața instanței de apel sau de recurs, cererea rămâne de competența instanței competente să soluționeze pricina în primă instanță[1]. Această a doua interpretare, la care achiesăm, ar constitui și o derogare parțială de la dispozițiile art. 123 alin. (1) C. proc. civ., deoarece cererea incidentală de asigurare a probelor ar fi de competența instanței care soluționează cererea principală numai în cazul în care ar fi formulată în fața primei instanțe, nu și atunci când ar fi formulată după dezînvestirea acesteia. Precizăm că, în opinia noastră, cererea este admisibilă inclusiv în situația în care judecata cererii de chemare în judecată este suspendată ori în cazul în care deși s-a formulat calea legală de atac, aceasta este în faza de regularizare.

În legătură cu admisibilitatea cererii de asigurare a probelor în cazul în care procesul se află în faza judecății în recurs, nu excludem de plano posibilitatea asigurării și a altor mijloace de dovadă în afara înscrisurilor[2]. Aceasta deoarece instanța care încuviințează cererea de asigurare verifică, așa cum am arătat și mai sus, doar urgența, respectiv consimțământul părții potrivnice, nu și admisibilitatea probei sub aspectul legalității sau concludenței, acestea urmând a fi analizate de instanța care judecă procesul, potrivit art. 363 alin. (1) C. proc. civ. Dacă la momentul la care proba asigurată este invocată în proces, aceasta este inadmisibilă, instanța urmează să o respingă ca atare (spre exemplu,

[1] Colectiv, *Noul Cod de procedură civilă, Note, corelații, explicații*, Ed. C.H. Beck, București, 2012, p. 379.

[2] Pentru opinia potrivit căreia în judecata recursului asigurarea probei poate viza numai înscrisurile, a se vedea Deleanu, Ion, *Noul Cod de procedură civilă, comentarii pe articole, Vol. I, Articolele 1-621*, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 464, Cristina Frențiu, Denisa-Livia Băldean, *op. cit.*, p. 572.

dacă proba asigurată, alta decât înscrisurile, este invocată în fața instanței de recurs). Dacă însă proba asigurată este invocată în proces după casare, ea este admisibilă potrivit art. 501 alin. (4) C. proc. civ. Prin urmare, este mai puțin relevant stadiul procesual al cererii principale la momentul formulării cererii de asigurare a probei, doarece analiza admisibilității probei se va face la momentul la care ea va fi invocată în proces. Dacă, spre exemplu, una dintre părți urmărește să obțină o casare, ea poate avea interes să solicite asigurarea probei și în situația în care procesul se află în recurs, deoarece în cazul rejudecării după casare, cu reținere sau cu trimitere, se va putea folosi de orice mijloc de dovadă prevăzut de lege.

Nefiind o cerere de chemare în judecată, cererea de asigurare a probelor trebuie să cuprindă mențiunile generale prevăzute la art. 148 C. proc. civ[1]. Ca elemente de specificitate, art. 360 alin. (2) C. proc. civ. prevede că partea interesată trebuie să indice în cerere mijlocul de probă, obiectul probei (faptul probator pe care urmărește să îl dovedească), precum și motivele care fac necesară asigurarea, cu referire la cerința urgenței prevăzută la art. 359 alin. (1) C. proc. civ., respectiv, după caz, acordul părții potrivnice. Raportat și la dispozițiile art. 196 C. proc. civ., apreciem ca nefiind necesară motivarea în drept a cererii de asigurare a probelor sau calificarea ca atare a acesteia, instanța urmând a o lua în considerare chiar dacă poartă o denumire greșită, potrivit art. 152 C. proc. civ.

Raportat la caracterul necontencios și urgent al cererii de asigurare a probelor, apreciem că aceasta nu face obiectul procedurii de verificare și regularizare, potrivit art. 200 C. proc. civ. Această interpretare rezultă și din formularea art. 360 alin. (3) C. proc. civ., potrivit cu care, odată învestită, instanța dispune citarea părților și comunicarea unei copii de pe cerere părții adverse. Este clară intenția legiuitorului de a elimina procedura de verificare și regularizare, instanța trecând la citarea părților și comunicarea cererii fără efectuarea altor pași intermediari, în afară de cei administrativi pe care înregistrarea cererii și stabilirea termenului de judecată îi presupune.

Potrivit art. 360 alin. (3) teza a doua C. proc. civ., întâmpinarea la cererea de asigurare a probelor nu este obligatorie. Această excepție de la regula prevăzută la art. 208 alin. (1) C. proc. civ. face ca momentul până la care partea adversă poate invoca excepții relative cu privire l aceasta să fie primul termen la care părțile sunt legal citate. Instanța poate decide însă ca, în caz de pericol de întârziere și raportat la împrejurări, potrivit art. 360 alin. 5 C. proc. civ., să se pronunțe cu privire la admisibilitatea cererii și fără citarea părților. Menționăm că aprecierea pe care instanța trebuie să o facă în temeiul art. 360 alin. 5 C. proc. civ. este diferită de cea pe care trebuie să o facă sub aspectul admisibilității asigurării probei, potrivit art. 359 alin. (1) C. proc. civ. Art. 360 alin. 5 C. proc. civ. are în vedere tot o situație cu caracter de urgență, însă această urgență trebuie apreciată cu o marjă mult mai restrânsă, pentru că presupune îngrădirea unui drept procedural fundamental[2]. Aceasta și în contextul în care, chiar dacă procedura este una necontencioasă, ne aflăm într-o situație în care legea impune citarea părților, posibilitate reglementată expres de art. 532 alin. (1) teza întâi C. proc. civ. Prin urmare, necitarea părților este o situație excepțională, instanța urmând să decidă în acest sens numai dacă urgența are caracter maxim și rezultă în mod neechivoc din înscrisurile depuse de către petent în dovedirea cererii de asigurare a probei.

[1] În sensul că cererea trebuie să cuprindă elementele cererii de chemare în judecată, prevăzute de art. 194 C. proc. civ., a se vedea Ciobanu, Viorel Mihai, Nicolae, Marian, *op. cit.*, p. 834.

[2] Leș, Ion, *op. cit.*, p. 490.

Indiferent de situație, cererea de asigurare a probei se soluționează în camera de consiliu, potrivit art. 360 alin. (4) C. proc. civ. Aceste dispoziții ale Codului de procedură civilă nu intră sub incidența art. XII din Legea nr. 2/2013, acestea fiind aplicabile dispozițiilor generală care reglementează faza de cercetare a procesului, respectiv faza de dezbateri și nu situațiilor în care legea prevede că o anumită procedură se desfășoară în camera de consiliu, așa cum este cazul procedurii de verificare a admisibilității cererii de asigurare a probelor.

Instanța se va pronunța asupra admisibilității cererii de asigurare a probelor printr-o încheiere al cărei regim juridic este diferit în funcție de soluția adoptată. Astfel, în cazul admiterii cererii, încheierea nu este supusă niciunei căi de atac, potrivit art. 361 alin. (1) C. proc. civ. Această formulare a legiuitorului are semnificația că, la fel ca și în alte cazuri (spre exemplu, hotărârea de admitere a excepției de necompetență, potrivit art. 132 alin. (3) C. proc. civ.), aceasta nu este supusă nici căilor de atac de reformare, dar nici celor de retractare. Problema s-ar putea pune în legătură cu formularea unei contestații în anulare, în temeiul art. 503 alin. (1) C. proc. civ., având în vedere și că, așa cum am arătat și mai sus, cererea de asigurare a probelor se soluționează, ca regulă generală, cu citarea părților. Apreciem că față de formularea art. 361 alin. (1) C. proc. civ., contestația în anulare formulată împotriva încheierii de admitere a cererii de asigurare a probelor urmează a fi respinsă ca inadmisibilă.

În cazul în care cererea de asigurare a probei este respinsă, încheierea este supusă separat numai apelului, indiferent dacă cererea a fost formulată pe cale principală sau incidentală. Sub acest aspect, formularea legiuitorului este criticabilă, deoarece problema atacării separate se pune numai în cazul în care cererea de asigurare a probelor este formulată pe cale incidentală în fața primei instanțe, în celelalte situații având oricum un caracter de sine stătător față. Termenul de apel este de 5 zile și curge de la pronunțarea, respectiv de la comunicarea încheierii, după cum procedura s-a desfășurat cu sau fără citarea părților. Textul de lege derogă de la dispozițiile art. 534 alin. (3) C. proc. civ., aplicabil în materie necontencioasă, potrivit cu care termenul de apel curge de la pronunțare pentru partea prezentă și de la comunicare pentru cea care a lipsit. În materia asigurării dovezilor, termenul de apel curge de la pronunțare, respectiv de la comunicare indiferent dacă partea a fost sau nu prezentă, interesând doar dacă procedura s-a desfășurat cu sau fără citarea părților. Mai mult decât atât, nu are relevanță nici dacă părțile au fost sau nu legal citate, în ultima situație putând eventual solicita repunerea în termen în temeiul art. 186 C. proc. civ.[1]

5. Administrarea și puterea doveditoare a probelor asigurate

Potrivit art. 362 alin. (1) C. proc. civ., administrarea probelor asigurate se va face de îndată sau la termenul stabilit de instanță în acest sens. Trebuie remarcat că legea nu prevede nicio derogare de la regulile generale privind administrarea probelor, prin urmare aceasta se va face cu respectarea tuturor garanțiilor procedurale specifice procedurii de administrare a respectivului mijloc. Spre exemplu, administrarea probei cu expertiză se va face cu respectarea cerinței prevăzute de art. 335 alin. (1) C. proc. civ., în cazul în care este nevoie de o lucrare la fața locului sau sunt necesare explicațiile părților, expertul fiind ținut să respecte termenul de 5 zile de la comunicare a citației chiar dacă administrarea probei asigurate se face cu celeritate. De asemenea,

[1] Tăbârcă, Mihaela, *op. cit.*, p. 441.

este irelevant dacă încuviințarea cererii de asigurare s-a făcut cu sau fără citarea părților, la administrarea probei părțile vor fi întotdeauna citate deoarece altfel proba nu ar mai fi una legal administrată. Sub acest aspect, apreciem că nici instanța, nici expertul nu poate deroga de la regulile generale ori speciale de administrare a probei pe motiv că există urgență, aceasta fiind doar condiția de admisibilitate a cererii de asigurare a probei, fără a influența însă în vreun fel procedura de administrare a probei asigurate. Singura excepție este cea care rezultă din dispozițiile art. 365 C. proc. civ., instanța putând încuviința, raportat la urgență, ca administrarea probei asigurate să poată fi făcută și în zilele nelucrătoare și chiar în afara orelor legale, această încuviințare putând fi dată atât prin încheierea prin care instanța a admis cererea de asigurare a probelor, cât și ulterior, pe parcursul administrării probei, în funcție de momentul la care survine sau se accentuează pericolul de întârziere.

Aplicabile în materia administrării probei asigurate sunt și dispozițiile art. 262 C. proc. civ., referitoare la cheltuielile necesare administrării probei. Astfel, partea care a solicitat asigurarea va trebuie să facă dovada achitării sumelor necesare acoperirii acestor cheltuieli, sub sancțiunea decăderii. Cheltuielile necesare administrării sunt stabilite de instanță prin încheierea de încuviințare a cererii de asigurare a probei, urmând ca partea să facă dovada achitării lor în termenul prevăzut de lege sau stabilit de instanță, după caz (sunt aplicabile în acest sens, ca regulă generală, dispozițiile art. 262 alin. (1) C. proc. civ., iar ca dispoziții speciale, art. 331 alin. (3) C. proc. civ., în cazul asigurării probei cu expertiză). Discutabilă este soluția instanței în cazul în care partea nu se conformează acestei obligații. Sancțiunea generală, prevăzută de art. 262 alin. (3) C. proc. civ., este aceea a decăderii din dreptul de a mai administra proba în fața acelei instanțe. Se pune problema dacă instanța în fața căreia se administrează proba a cărei asigurare a fost încuviințată va putea să aplice sancțiunea decăderii, din moment ce art. 362 alin. (2) C. proc. civ. prevede doar posibilitatea acesteia de a constata, prin încheiere nesupusă niciunei căi de atac, administrarea probei asigurate. Aceeași problemă se pune și în cazul în care, deși încuviințată asigurarea probei, aceasta nu ar mai putea fi administrată, de exemplu pentru că mijlocul de probă sau faptul probator au încetat să existe (spre exemplu, după încuviințarea asigurării dar înainte de audierea sa martorul a decedat, ori situația de fapt a cărei constatare se urmărește a încetat să existe sau s-a modificat în mod esențial). Apreciem că, chiar dacă formularea art. 362 alin. (2) C. proc. civ. face referire doar la soluția constatării administrării probei asigurate, instanța poate pronunța o încheiere de închidere a dosarului și în sensul în care proba nu poate fi administrată ori partea este decăzută din dreptul de a o mai administra în fața acelei instanțe. Având în vedere că aceste ipoteze nu sunt prevăzute la art. 362 alin. (2) C. proc. civ., apreciem că în cazul în care instanța dă o încheiere de închidere a dosarului prin care constantă că proba nu a putut fi administrată, fie pentru că a dispărut, fie pentru că a intervenit decăderea, acea încheiere va fi supusă regimului juridic general prevăzut în materie necontencioasă la art. 534 alin. (2) și 3 C. proc. civ., respectiv va fi supusă numai apelului, termenul de apel fiind cel de drept comun și curgând de la pronunțare pentru cei prezenți și de la comunicare pentru cei care au lipsit. Din contră, încheierea de închidere a dosarului prin care se constată administrată proba asigurată nu este supusă niciunei căi de atac, potrivit art. 362 alin. (2) C. proc. civ.

Așa cum s-a reținut în doctrină, faptul că o probă este asigurată nu înseamnă că poate să fie impusă instanței care judecă procesul[1]. Altfel spus, faptul că proba asigurată

[1] *Ibidem*, p. 442.

a fost administrată nu înseamnă că partea interesată o va putea şi folosi pentru a dovedi fapte probatorii pe care se sprijină pretenţiile sau apărările sale în litigiul de fond. Potrivit art. 363 alin. (1) C. proc. civ., instanţa care judecă procesul (în sensul de instanţă care analizează pretenţiile sau apărările care s-ar sprijini pe proba asigurată), va analiza admisibilitatea şi concludenţa acesteia. Formularea legiuitorului este criticabilă deoarece, potrivit art. 255 alin. (1) C. proc. civ., concludenţa este, la rândul său, alături de legalitate, o condiţie de admisibilitate a probei. Art. 363 alin. (1) C. proc. civ. are în vedere admisibilitatea strict din punct de vedere al legalităţii şi se referă la concludenţă ca o cerinţă distinctă. Trecând peste această inconsecvenţă terminologică, a cărei înlăturare o propunem de lege ferenda, trebuie observat mecanismul juridic avut în vedere: dacă, ca regulă generală, probele sunt încuviinţate şi administrate numai dacă sunt îndeplinite cumulativ cerinţele de admisibilitate prevăzute de art. 255 alin. (1) C. proc. civ., prin excepţie, atunci când există urgenţă sau acordul părţii potrivnice, probele sunt mai întâi administrate (asigurate) şi ulterior apreciate, în funcţie de elementele concrete ale cadrului procesual şi de momentul la care acestea ar fi invocate în cursul procesului. Această inversare a ordinii firești în derularea actelor de procedură poate fi, al rândul său, răsturnată deoarece, potrivit tezei a doua a art. 363 alin. (1) C. proc. civ., instanţa poate să procedeze la o nouă administrare a probei asigurate, dacă acest lucru este cu putinţă, adică dacă mijlocul de probă sau faptul probator nu au dispărut ori nu s-au modificat semnificativ între timp. Apreciem că readministrarea probei asigurate poate fi impusă atât din raţiuni de legalitate, spre exemplu atunci când proba asigurată a fost administrată cu încălcarea dispoziţiilor procedurale, cât şi din raţiuni de concludenţă, atunci când instanţa nu s-ar considera pe deplin lămurită ca urmare a administrării probei asigurate. În toate situaţiile, probele asigurate vor putea fi folosite şi de partea care nu a cerut administrarea lor, potrivit art. 363 alin. (2) C. proc. civ., adică aceasta va putea să se prevaleze în dovedirea propriilor pretenţii sau apărări de faptele probatorii dovedite cu proba asigurată. Per a contrario, proba asigurată nu va putea fi folosită împotriva unei persoane care nu a fost menţionată în cererea de asigurare a probei, la fel cum o persoană aflată în această situaţie nu se va putea folosi de proba asigurată.

Cheltuielile făcute cu administrarea probelor asigurate nu vor putea fi solicitate ca şi cheltuieli de judecată în procedura de asigurare, ci doar în litigiul de fond. Includem aici, prin raportare la formularea art. 363 alin. (3) C. proc. civ., atât cheltuielile făcute strict cu administrarea probei asigurate (de exemplu, onorariul expertului), dar şi alte cheltuieli făcute cu asigurarea probei (de exemplu, onorariul avocatului în procedura de asigurare). Aceste cheltuieli nu vor fi cerute de la partea potrivnică în procedura de asigurare şi nu vor verificate şi stabilite de instanţa care încuviinţează asigurarea, respectiv constată administrată proba asigurată, ci vor fi avute în vedere ca şi cheltuieli de judecată de instanţa de fond.

6. Constatarea de urgenţă a unei stări de fapt

Art. 364 C. proc. civ. reglementează instituţia constatării de urgenţă a unei stări de fapt. Competenţa pentru această procedură revine executorului judecătoresc, potrivit art. 7 lit. f) din Legea nr. 188/2000 privind executorii judecătoreşti. Spre deosebire de reglementarea anterioară, care prevedea că în toate situaţiile trebuie să existe o încuviinţare prealabilă din partea instanţei, care delega executorul pentru efectuarea constatării [art. 239 alin. (1) C. proc. civ. 1865], noul Cod de procedură civilă stabileşte

ca regulă că executorul efectuează constatarea la cererea persoanei interesate, fiind necesară încuviințarea prealabilă a instanței numai în cazul în care constatarea necesită concursul părții adverse sau a unei alte persoane, iar această nu și-a dat acordul pentru realizarea constatării.

Ca și în cazul asigurării propriu-zise a dovezilor, este necesară existența cerinței urgenței[1], pe care o va analiza executorul sesizat de către persoana interesată. Deși textul de lege nu prevede în mod expres, apreciem că executorul va putea realiza constatarea, chiar dacă nu există urgență, și în situația în care există acordul expres al părții potrivnice. Urgența trebuie apreciată cu o marjă largă, ca și în cazul art. 359 alin. (1) C. proc. civ., art. 364 alin. (1) făcând referire la două situații concrete: starea de fapt ar putea să înceteze ori să se schimbe până la administrarea probelor. Prin urmare, se va avea în vedere urgența exclusiv cu privire la starea de fapt ce urmează a fi constatată, alte împrejurări de urgență care nu vizează starea de fapt neputând fi luate în considerare (spre exemplu, faptul că persoana care solicită constatarea trebuie să plece urgent din țară). Pot face așadar obiectul constatării doar acele situații de fapt care prin natura lor au un caracter vremelnic, temporar, ori sunt apte de a se modifica de la sine în timp, precum și cele care ar putea fi modificate de partea potrivnică ori de o altă persoană.

Competența de constatare revine executorului judecătoresc din circumscripția curții de apel unde urmează a fi făcută constatarea, potrivit art. 9 alin. (2) din Legea nr. 188/2000. Executorul nu va aplica procedura specifică executării silite, respectiv nu va solicita încuviințarea instanței de executare, potrivit art. 665 alin. 5 C. proc. civ., deoarece efectuarea constatării nu este un act de executare. Din contră, executorul sesizat va fi cel care va aprecia asupra admisibilității cererii de constatare, iar în caz de refuz partea interesată poate formula plângere, în temeiul art. 56 alin. (2) din Legea nr. 188/2000. Plângerea este de competența judecătoriei în a cărei rază teritorială își are sediul biroul executorului judecătoresc, se soluționează cu citarea părților, prin hotărâre supusă numai apelului [art. 56 alin. (2) – (4) din Legea nr. 188/2000], executorul fiind obligat să se conformeze hotărârii judecătorești rămase definitive [art. 56 alin. (5) din Legea nr. 188/2000].

Așa cum am arătat și mai sus, în cazul în care constatarea situației de fapt de către executorul judecătoresc presupune concursul părții potrivnice sau a unei alte persoane (spre exemplu, pentru efectuarea constatării este necesar ca executorul să pătrundă într-o încăpere sau într-un imobil în care nu îi este permis accesul) iar aceasta nu își dă acordul, partea interesată trebuie să ceară instanței încuviințarea constatării, care se va realiza după procedura prevăzută de art. 360-363 C. proc. civ. Spre deosebire de procedura încuviințării silite, care se solicită de către executor, încuviințarea constatării va fi solicitată de partea interesată, iar după obținerea încuviințării, având în vedere caracterul executoriu al încheierii, executorul va trece la efectuarea constatării, fără a fi necesară și o încuviințarea a executării, obținută în condițiile art. 665 C. proc. civ.

Ca regulă generală, constatarea se realizează cu convocarea (citarea) părților de către executor, derogarea fiind permisă de lege numai în cazul în care constatarea a fost încuviințată de instanță. În acest caz, la cererea părții interesate, instanța va putea încuviința ca constarea să se facă fără citarea părții potrivnice [art. 364 alin. (3), teza a doua]. Această derogare nu trebuie confundată cu cea prevăzută de art. 360 alin. (5) C. proc. civ., care se referă la citarea părții potrivnice în procedura de încuviințare a cererii.

[1] Frențiu, Cristina, Băldean, Denisa-Livia, *op. cit.*, p. 575.

Fiind vorba de o derogare, ea trebuie solicitată și încuviințată în mod expres; în cazul în care prin încheierea de încuviințare a probei nu s-a menționat în mod expres că executorul va face constatarea fără citarea celui împotriva căruia se cere, acestuia va trebui citat la constatare, chiar dacă instanța a încuviințat cererea fără citarea respectivei persoane. Indiferent dacă constatarea s-a făcut cu sau fără citarea părții adverse, dar aceasta nu a fost de față, executorul trebuie să îi comunice o copie a procesului verbal, potrivit art. 364 alin. (4) C. proc. civ. Chiar dacă textul de lege nu prevede în mod expres, pentru identitate de rațiune apreciem că executorul trebuie să comunice o copie a procesului verbal de constatare și în cazul în care cel împotriva căruia s-a făcut constatarea nu a asistat pe tot parcursul acesteia, or, după caz, deși prezent, a refuzat să primească sub semnătură procesul verbal la momentul finalizării constatării. Prin urmare, textul de lege nu trebuie interpretat în sensul că procesul verbal nu se comunică părților prezente, ci, din contră, că acestora li se înmânează un proces verbal chiar la momentul finalizării constatării, fiind comunicate copii doar părților care nu au fost prezente, ori nu au fost prezente pe toată durata constatării sau, după caz, deși prezente, refuză primirea sub semnătură.

Potrivit dispozițiilor art. 365 C. proc. civ., executorul va putea să realizeze constatarea și în zilele nelucrătoare și chiar în afara orelor legale numai dacă instanța a încuviințat în mod expres acest lucru, prin încheierea de admitere a cererii. În cazul în care nu este necesară încuviințarea instanței pentru realizarea constatării, însă se dorește ca aceasta să se realizeze și în zilele nelucrătoare și chiar în afara orelor legale, partea interesată va trebui să solicite încuviințarea expresă a instanței numai cu privire la acest aspect.

Un important element de noutate cu privire la procedura constatării de urgență a unei situații de fapt constă în reglementarea unei forțe probante superioare a procesului verbal de constatare, respectiv, potrivit art. 364 alin. (4), teza finală, acesta are puterea doveditoare a unui înscris autentic. Prin raportare la dispozițiile art. 270 C. proc. civ., constatările făcute personal de către executor, în măsura în care acestea au fost făcute prin simpla lor percepție senzorială, fac deplină dovadă, până la declararea ca fals a procesului verbal. Declarațiile părților cu privire la situația de fapt ce face obiectul constatării, cuprinse în procesul verbal, fac dovadă până la proba contrară, iar eventuale alte declarații sau mențiuni pot eventual avea valoarea unui început de dovadă scrisă. Indiferent de situație, procesul verbal întocmit de executor în procedura de constatare de urgență a situației de fapt nu este un act de executare și, prin urmare, nu poate fi atacat pe calea contestației la executare. Valoarea sa este doar probatorie, prin urmare, împotriva mențiunilor făcute de executor ca urmare a constatărilor sale personale se poate recurge la înscrierea în fals, în condițiile art. 304-308 C. proc. civ.

7. Concluzii. Propuneri de lege ferenda

Reglementarea instituției asigurării probelor în noul Cod de procedură civilă prezintă numeroase elemente de similitudine cu reglementarea anterioară, fiind însă de remarcat și o serie de deosebiri și noutăți pe care legiuitorul le-a adoptat. Cele mai importante se referă la determinarea instanței competente să soluționeze cererea de asigurare a probelor în cazul formulării acesteia pe cale incidentală, regimul juridic al încheierii de soluționare a cererii de asigurare a probelor, reglementarea expresă a regulii potrivit căreia admisibilitatea probei asigurate va fi apreciată de instanța care judecă procesul, posibilitatea constatării de urgență a situației de fapt de către

executorul judecătoresc fără a fi necesară încuviințarea prealabilă a instanței, forța probantă de înscris autentic a procesului verbal de constatare întocmit de executorul judecătoresc. Importantă este calificarea procedurii de asigurare a probei ca fiind una necontencioasă și delimitarea procedurii de constatare a situației de fapt de către executorul judecătoresc de procedura executării silite. Apreciem că, de lege ferenda, se impune reglementarea expresă, la art. 362 C. proc. civ., a ipotezei în care încheierea de închidere a dosarului constată că proba nu a putut fi administrată, cu reglementarea în acest caz a unui regim asemănător celui prevăzut la art. 361 alin. (2) C. proc. civ., respectiv în situația în care cererea de asigurare a probei este respinsă. De asemenea, de lege ferenda, propunem ca la art. 364 alin. (1) C. proc. civ. să se prevadă că se aplică în mod corespunzător art. 359 alin. (2) C. proc. civ., respectiv că executorul va efectua constatarea situației de fapt chiar dacă nu există urgență, dacă există acordul părții potrivnice, având în vedere că reglementarea actuală prevede condiția acordului părții potrivnice sau al altei persoane al cărei concurs ar fi necesar pentru efectuarea constatării ca și condiție suplimentară față de cea a urgenței, potrivit art. 364 alin. (2) C. proc. civ.

Bibliografie:

Boroi, Gabriel (coord.)/ *Noul Cod de procedură civilă, comentariu pe articole*, Editura Hamangiu, București, 2013

Ciobanu, Viorel Mihai, Nicolae Marian (coord.)/ *Noul Cod de procedură civilă: comentat și adnotat*, Editura Universul Juridic, București, 2013

Deleanu, Ion/ *Noul Cod de procedură civilă, comentarii pe articole, Vol. I, Articolele 1-621*, Editura Universul Juridic, București, 2013

Deleanu, Ion/ *Tratat de procedură civilă, Vol. I*, Editura Universul Juridic, București, 2013

Frențiu, Cristina, Băldean, Denisa-Livia/ *Noul Cod de procedură civilă comentat și adnotat,* Editura Hamangiu, București, 2013

Les Ion, *Noul Cod de procedură civilă, comentariu pe articole*, Editura C.H. Beck, București, 2013

Tăbârcă, Mihaela/ *Drept procesual civil, Vol. 2: Procedura contencioasă în fața primei instanțe. Proceduri speciale conform noului Cod de procedură civilă*, Editura Universul Juridic, București, 2013

Transformarea asociației de tip PAS în asociație de drept comun

Magdalena ***CATARGIU****

Abstract: *Transformarea persoanelor juridice fără scop lucrativ, ca modalitate de reorganizare, prezintă numeroase particularități născute, în mod special, din specificitatea naturii scopului acestora.*

O situație aparte o constituie posibilitatea transformării asociațiilor de tip PAS (Programul Acțiunilor Salariaților), înființate în temeiul Legii 77/1994 privind asociațiile salariaților și membrilor conducerii societăților comerciale care se privatizează în asociații obișnuite, guvernate de O.G. 26/2000 privind asociațiile și fundațiile.

Prin prezentul studiu ne propunem să răspundem la întrebarea dacă o asociație de tip PAS poate deveni, prin voința Adunării generale, o asociație de drept comun.

În acest sens, ne dorim, în primul rând, să identificăm rațiunea legiuitorului de a consacra asociația de tip PAS, dar și particularitățile acesteia, prin surprinderea câtorva momente din evoluția sa diacronică, în considerarea, în mod particular, a modificărilor legislative incidente.

În încercarea de a stabili natura scopului asociației de tip PAS, cât și eventualele obstacole privind transformarea acesteia, vom analiza, în mod succint, opiniile care s-au conturat în practica instanțelor judecătorești cu privire la subiectul prezentului studiu.

Cuvinte cheie: *persoane juridice fără scop lucrativ, asociație de tip PAS, transformare, înființare, competență*

I. Considerații preliminare

Dispozițiile O.G. 26/2000 privind asociațiile și fundațiile nu reglementează posibilitatea reorganizării acestora. Prevederile Codului civil, pe de altă parte, permit reorganizării persoanei juridice, cu toate că practica judiciară a instanțelor din țara noastră este lacunară în această privință.

Ca atare, ne întrebăm dacă persoanele juridice fără scop patrimonial sunt supuse dispozițiilor privind reorganizarea. În considerarea faptului că O.G. 26/2000, care reprezintă dreptul special aplicabil, nu conține dispoziții legale în acest sens, apreciem că se aplică prevederile dreptului comun, adică ale Codului civil. Așadar, am putea conchide că inclusiv asociațiile și fundațiile pot fi reorganizate. Această ipoteză a fost susținută și în literatura de specialitate[1].

Cu toate acestea, în doctrină s-a formulat și teza contrară, potrivit căreia reorganizarea persoanei juridice nu poate opera între entități diferite în mod

* Doctorandă a Facultății de Drept a Universității „Alexandru Ioan Cuza" Iași.

[1] Carmen Tamara Ungureanu, Mădălina Afrăsinei, Dana Margareta Cigan și alții, *Noul Cod civil: comentarii, doctrină și jurisprudență: despre legea civilă: despre persoane: despre familie: despre bunuri*, Vol. I art. 1-952, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 286.

fundamental, de pildă între o asociație și o societate cu scop patrimonial[1]. Achiesăm la această opinie, întrucât apreciem că există o incompatibilitate organică între natura scopurilor celor două tipuri de persoane juridice care refuză reorganizarea. Așadar, apreciem că se impune modificarea dispozițiilor O.G. 26/2000 în sensul menționării faptului că o persoană juridică de drept privat fără scop lucrativ poate fi supusă transformării, fuziunii și contopirii doar dacă există compatibilitate între scopul acesteia și a celorlalte entități colective care fac obiectul reorganizării.

Transformarea unei persoane juridice, ca formă de reorganizare, presupune, în mod esențial, ca între acestea să existe o compatibilitatea atât sub aspect juridic, cât și sub aspect organic. Cu titlu de exemplu, apreciem că transformarea unei asociații

într-o fundație, ambele persoane juridice fără scop lucrativ este legală, deci posibilă din punct de vedere juridic. Cu toate acestea, particularităților acestora – asociația este o asociere de persoane, în timp ce fundație una de capitaluri, face ca transformarea să nu poată opera.

Legea 77/1994 privind asociațiile salariaților și membrilor conducerii societăților comerciale care se privatizează a constituit premisa înființării unei noi forme de asociație, destinată exclusiv salariaților, cât și a membrilor conducerii acelor societăți comerciale supuse privatizării potrivit Legii 58/1991. Acestea au fost denumite generic PAS-uri (Programul Acțiunilor Salariaților). În privința multora dintre acestea, Adunarea generală a hotărât transformarea asociației de tip PAS într-o asociație de drept comun.

Ne întrebăm dacă acest lucru este posibil, având în vedere trăsăturile specifice ale celor două tipuri de asociații. În acest sens, prezintă relevanță analizarea condițiilor și procedurii înființării și ale dizolvării fiecăreia dintre acestea, în considerarea faptului că modul de funcționare este similar.

II. Înființarea asociației de tip PAS

Cu privire la înființarea asociației de tip PAS, precizăm, *ab initio*, că la momentul intrării în vigoare a Legii 77/1994, asociațiile de drept comun erau guvernate de Legea 21/1924. Pe de altă parte, PAS-urile constituie asociații guvernate de norme juridice cu caracter special. Acest fapt atrage numeroase consecințe juridice. Prima dintre acestea constă în modul particular de înființare a asociației.

Astfel, dacă Legea 21/1924 conferea oricărei persoane fizice sau juridice dreptul să înființeze sau să adere la o asociație, membrii asociațiilor constituite potrivit Legii 77/1994 puteau dobândi acest statut sub condiția de a avea o calitate specială. În acest sens, potrivit art. 3 din Lege, erau consacrate patru categorii de persoane fizice care aveau vocația să devină membri ai asociației de tip PAS, și anume:

„a) salariații societății comerciale cu contract de muncă încheiat pe durata nedeterminată, cu program de lucru normal sau de cel puțin o jumătate de normă;

b) membrii conducerii societății comerciale […] sau managerul societății comerciale […];

c) foști salariați ai societății comerciale[2];

---

[1] Fl.-A. Baias, E. Chelaru, Rodica Constantinovici, I. Macovei, *Noul Cod civil. Comentariu pe articole. Art. 1-2664*, Ed. C.H. Beck, București, 2012, p. 233.

[2] Legea impune două condiții suplimentare pentru foștii salariați, și anume ca aceștia să fi lucrat minimum un an în respectiva societate și să nu li se fi desfăcut contractul de muncă din motive imputabile lor.

d) pensionarii care au avut ultimul loc de muncă la societatea comercială;

e) producătorii agricoli, persoane fizice, care se află în relații contractuale, de furnizori sau beneficiari, cu societatea comercială agroindustrială care se privatizează."

Trei ani după intrarea sa în vigoare, Legea 77/1994 a fost abrogată de O.U.G. 88/1997 privind privatizarea societăților comerciale. Sub aspectul persoanelor cu vocație de a deveni membri ai unei asociații de tip PAS, observăm că O.U.G. 88/1997 restrânge, potrivit art. 16 alin. (3) coroborat cu art. 17 alin. (1), sfera acestora la trei categorii. Este vorba despre:

a)salariații angajați cu contract individual de muncă încheiat pe durata nedeterminată sau determinată, cu program de lucru normal sau de cel puțin o jumătate de normă la societatea comercială supusă privatizării;

b) pensionarii care au avut ultimul loc de muncă la aceasta;

c)membrii Consiliului de administrație.

Observăm că producătorii agricoli, indiferent de calitate – furnizori sau beneficiari - care se aflau în relații contractuale cu societatea comercială sunt excluși din sfera membrilor de către noua reglementare. Apreciem că rațiunea acestei limitări a fost de a proteja persoanele care au lucrat sau lucrează la societatea comercială supusă privatizării și de a elimina posibilitatea ca terțe persoane (care ar fi putut fi avantajate din punct de vedere financiar) să devină acționari. Ca atare, în contextul economic existent, considerăm justă opțiunea legiuitorului de a elimina categoria de membri prevăzută de art. 3 lit. d) din Legea 77/1994.

Din interpretarea normelor juridice cuprinse atât în Legea 77/1994, cât și a celor din O.U.G. 88/1997, se remarcă faptul că entitățile colective, cu sau fără personalitate juridică, nu beneficiau, prin voința legiuitorului, de dreptul de a deveni asociați ai asociației de tip PAS, întrucât categoriile de membri limitativ prevăzute de lege priveau, exclusiv, persoanele fizice (salariați, membri ai conducerii societății, pensionari).

În ceea ce privește procedura de înființare a unei asemenea asociații potrivit Legii 77/1994, entitatea colectivă cu personalitate juridică putea fi creată prin manifestarea de voință a minim 21 de membri fondatori[1]. Dintre aceștia, lege impunea alegerea unui *„comitet de inițiativă format din 3-7 membri, care se înregistrează, cel târziu a doua zi, la consiliul de administrație al societății comerciale"* care este supusă privatizării.

Rolul principal al acestei structuri era elaborarea „proiectului de statut al asociației și îndeplinirea formalităților necesare pentru constituirea asociației." În plus, comitetul urma să primească cererile de admitere în asociație, să convoace Adunarea generală constitutivă în situația în care cel puțin 30% din numărul total al salariaților au depus cereri de adeziune la asociație și să elaboreze „studiul de fezabilitate" privitor la privatizarea societății comerciale. Acest comitet se dizolva, de drept, la data alegerii primului Consiliu de administrație de către Adunarea generală constitutivă.

O particularitate în procedura de constituire a asociației, dacă avem în vedere dispozițiile Legii 21/1924, o constituie obligativitatea elaborării unui „studiul de fezabilitate", la care dreptul comun nu face nicio referire. Acesta era realizat de comitetul de inițiativă, fiind fundamentat pe datele de ordin financiar, comercial și tehnic solicitate de comitet societății comerciale supusă privatizării. În baza acestui

[1] Observăm că asociația reglementată de Legea 21/1924 trebuie, potrivit art. 32 „să fie compusă din cel puțin 20 membri". Prin intrarea în vigoare a Ordonanței 26/2000 care abroga Legea 21/1924, numărul minim de asociația a fost diminuat la 3 persoane fizice și/sau juridice.

document, Adunarea generală constitutivă poate decide constituirea asociației și, în acest caz, poate adopta statutul asociației.

Cu privire la actele constitutive, potrivit art. 9 din Legea 77/1994, statutul trebuia să cuprindă mențiuni referitoare la:

a) denumirea și sediul asociației, precum și denumirea societății comerciale ale cărei acțiuni urmează a fi dobândite de către asociație. Observăm că denumirea asociației trebuie precizată și în statutul asociației guvernate de Legea 21/1924. Cu privire la datele de identificare ale societății comerciale, acestea sunt particulare doar asociației de tip PAS;

b) obiectul de activitate al asociației (acesta este un element obligatoriu și pentru asociația obișnuită);

c) reprezentanții legali ai asociației (în situația asociației obișnuite, legea impunea menționarea organelor de direcție, administrare și control);

d) regulile pentru convocarea Adunării generale, validitatea deliberărilor, adoptarea hotărârilor acesteia și modalitățile de vot (aceste mențiuni nu sunt prevăzute de Legea 21/1924 sub sancțiunea nulității statutului, însă normele juridice detaliază modul de funcționare și organizare a Adunării generale și a Consiliului director);

e) numărul membrilor Consiliului de administrație, modalitatea de alegere a acestora, atribuțiile și durata mandatului lor;

f) criteriile pentru stabilirea cuantumului inițial al contribuției fiecărui membru al asociației, limita maximă și minimă a acesteia […], precum și modalitățile de plată a contribuției. Art. 34 din Legea 21/1924 prevedea, în mod imperativ, menționarea patrimoniului inițial, a cuantumului și compunerii lui, precum și a cotizațiilor datorate de membri. Cu privire la patrimoniul asociației de tip PAS, art. 10 din Lege statuează că „patrimoniul inițial al asociației se constituie din sume depuse de membrii asociației, donații sau alte contribuții de la persoane juridice sau persoane fizice", dovada acestuia fiind necesară în vederea dobândirii personalității juridice);

g) condițiile de admitere în asociație, de aderare ulterioară, de retragere și de excludere din asociație (aceste mențiuni nu constituie elemente obligatorii potrivit Legii 21/1924);

h) criteriile de distribuire către membrii asociației a acțiunilor cumpărate de asociație și condițiile de transmitere a acțiunilor […];

i) răspunderea asociației și a membrilor acesteia;

j) dizolvarea și lichidarea asociației;

k) orice alte prevederi în legătură cu scopul asociației.

Remarcăm faptul că O.U.G. 88/1997 nu impunea menționarea, sub sancțiunea nulității, a scopului în statutul asociației de tip PAS. Apreciem ca firească această opțiune a legiuitorului, în considerarea faptului că finalitatea asociației este expres și limitativ prevăzută de lege.

Cu privire la finalitatea persoanei juridice, o noutatea introdusă de O.U.G. 88/1997 constă în faptul că asociația de tip PAS era definită ca fiind „ o persoană juridică de drept privat, fără scop lucrativ, constituită […] în scopul dobândirii de acțiuni emise de societățile comerciale." Menționăm că Legea 77/1994 nu preciza, în mod expres, caracterul non-profit al asociației de tip PAS. Ne întrebăm, așadar, dacă asociația de tip PAS are caracter lucrativ sau scopul său este unul nepatrimonial.

Ambele acte normative (OUG 88/1997 și Legea 77/1994) prevedeau că finalitatea asociației este aceea de a facilita dobândirea de către membrii săi de acțiuni în urma privatizării societății comerciale la care erau sau au fost angajați sau membri ai

Consiliului de administrație. Fără îndoială că acțiunile pot fi purtătoare de dividende sau sunt susceptibile ca, prin înstrăinare, să aducă, în mod direct, beneficii materiale titularului.

Pe cale de consecință, apreciem că dobândirea de acțiuni este indisolubil legată de folosirea acestora, ceea ce justifică includerea asociației de tip PAS în categoria persoanelor juridice cu scop lucrativ. Art. 2 al Legii 77/1994 prevedea că scopul pentru care a fost constituită asociația de tip PAS era „de a dobândi și de a folosi în condițiile legii, în numele și pentru aceste persoane, acțiuni ale societăților comerciale cu capital majoritar de stat, în vederea privatizării acestora în condițiile legii." În pofida faptului că art. 16 alin. (3) din O.U.G. 88/1997 renunța la verbul „a folosi", apreciem că acest lucru nu poate să schimbe natura juridică a asociației de tip PAS din entitate colectivă cu scop lucrativ într-una non-profit.

În această privință, practica instanțelor judecătorești române este neunitară. Astfel, unele instanțe au considerat că litigiile privind asociațiile de tip PAS au natură comercială, „deoarece Asociația PAS a fost constituită în baza O.U.G. nr. 88/1997, iar scopul asociaților, astfel cum a fost reglementat prin statut, nu este de natură nepatrimonială, ci patrimonială, respectiv cumpărarea acțiunilor de la ADS, acest act normativ stabilind cadrul juridic pentru vânzarea acțiunilor emise de societăți comerciale și deținute de stat sau de o autoritate a administrației publice locale.[1]" Potrivit opiniei contrare, asociația de tip PAS este o entitate colectivă non-profit[2]. Apreciem ca fiind justă calificarea scopului asociației de tip PAS ca fiind de natură patrimonială, întrucât, după cum am afirmat și anterior, între dobândirea de acțiuni de către asociați și obținerea de dividende, deci de beneficii directe, există o relație organică de tip cauză – efect.

Înființarea asociației este supusă normelor juridice aplicabile procedurilor judiciare necontencioase. Soluționarea cererii de acordare a personalității juridice este, potrivit art. 10 din Legea 77/1994, „instanța judecătorească în a cărei rază teritorială își are sediul societatea comercială care se privatizează". Cu privire la competența materială a instanței, legiuitorul a precizat că tribunalul în raza teritorială a căruia se află sediul asociației era competent să judece cauzele având ca obiect dizolvarea persoanelor juridice, precum și litigiile dintre asociați și persoana juridică fără scop lucrativ. Celelalte cauze urmau, potrivit legii, să fie judecate potrivit dreptului comun.

Ne întrebăm care este instanța competentă material să judece cererea de înregistrare a asociației de tip PAS, situație neinclusă în enumerarea din art. 10 din Legea 77/1994. Credem că pentru stabilirea instanței trebuie avute în vedere dispozițiile generale, adică Legea 21/1924.

Observăm că stabilirea competenței materiale a instanței a constituit o chestiune controversată în practica și doctrina anilor 1990. În forma inițială a Legii 21/1924, se menționa expres că cererea de înregistrare a asociației trebuia adresată tribunalului. Astfel, potrivit art. 3 din Lege, „Asociațiile și așezămintele fără scop lucrativ sau patrimonial nu pot dobândi personalitatea juridică decât pe temeiul unei decizii motivate a tribunalului civil în circumscripția căruia s-au constituit."

---

[1] Curtea de Apel Constanța, Decizia 369/COM din 17.04.2008.

[2] Curtea de Apel Suceava, Sentința 77 din 10 aprilie 2009, potrivit căreia „Faptul că acționarul Asociația Salariaților "E. E." a distribuit membrilor săi suma încasată cu titlu de dividende acordate de SC E. SA la care are calitatea de acționar, nu echivalează cu acțiunea de acordare de dividende, motivat de faptul că Asociația Salariaților „E. E." este o persoană juridică fără scop lucrativ, nu realizează profit și nu acordă dividende."

În favoarea tezei potrivit căreia instanța competentă *ratio materiae* să acorde personalitate juridică unei asociații este tribunalul, s-a pronunțat și majoritatea doctrinei[1]. S-a opinat, de asemenea, că modificărilor legislative privind competența de drept comun și desființarea instanțelor judecătorești nu sunt relevante, atât timp cât dispozițiile legii speciale – Legea 21/1924 - rămân în vigoare[2]. Se are în vederea, de această dată, faptul că desființarea căii de atac a apelului în cauzele civile și a curților de apel începând cu august 1952 (acestea fiind restabilite prin Legea 92/1992), a creat premisele practicii majorității instanțelor românești de a considera că asociațiile și fundațiile intră în competența judecătoriilor[3], iar federațiile, a tribunalului.

Unii autori au adoptat opinia contrară, potrivit căreia competența revine judecătoriei[4]. Argumentele în susținerea acestei teze se circumscriau dorinței de a degreva tribunalele de cauze de o complexitate redusă. Un alt argument este faptul că prin Legea 54/1991 s-a consacrat competența judecătoriilor privind înființarea sindicatelor. Inclusiv instanțele judecătorești au adoptat această opinie.[5]

Curtea Supremă de Justiție, prin Decizia nr. 5 din 7 octombrie 1996[6] punea capăt controversei existente privind instanța competentă material, statuând că *„Instanța căreia îi revine competența materială de a acorda personalitate juridică asociațiilor și fundațiilor fără scop lucrativ sau patrimonial este tribunalul”*. Apreciem ca fiind corectă soluția pronunțată de Curtea Supremă, în considerarea faptului că, în mod expres, Legea 21/1924 stabilea competența tribunalului în această materie.

Așadar, considerăm că inclusiv cererile de acordare a personalității juridice a asociațiilor de tip PAS erau de competența tribunalului.

Menționăm că prin intrarea în vigoare a Ordonanței 26/2000 a fost abrogată Legea 21/1924, iar competența materială a fost stabilită în favoarea judecătoriilor. În acest sens, s-au pronunțat și instanțele de judecată[7] care au fost de părere că *„Ulterior intrării*

---

[1] Șt. Beligrădeanu, *Instanța competentă să dispună cu privire la personalitatea juridică a asociațiilor, fundațiilor, federațiilor și confederațiilor* în Dreptul nr. 2/1995, p. 70-71; Mihaela Tăbârcă, *Corelația dintre norma generală și norma specială în domeniul competenței materiale a instanțelor judecătorești privind acordarea personalității juridice asociațiilor și fundațiilor fără scop lucrativ,* Dreptul nr. 3/1997, p. 35.

[2] Șt. Beligrădeanu, *op. cit.,* p. 70.

[3] Judecătoria Sibiu, Sentința nr. 2201 din 20 mai 1991 în C-tin Butiuc, Asociația fără scop patrimonial. Statut. Modificare. Competența judecătoriei. Distincții, Dreptul nr. 5-6/1993, p. 118-120.

[4] Lupașcu, Dan, *Discuții cu privire la instanța competentă să acorde personalitatea juridică asociațiilor fără scop lucrativ și fundațiilor*, Dreptul nr. 7/1997, pp. 33-34, D. Lupașcu, Constituirea asociațiilor și fundațiilor, Dreptul nr. 5-6/1994, p. 100.

[5] Curtea de Apel București, sentința nr. 4 din 3 iunie 1996 (nepublicată) în Mihaela Tăbârcă, *op. cit.,* p. 35, potrivit căreia „fiind vorba de o cerere privind acordarea personalității juridice pentru o asociație creată în baza Legii 21/1924 și nicidecum un litigiu comercial privind o societate comercială creată în condițiile Legii 31/1990, competența de soluționare a acestei cereri aparține judecătoriei”. A se vedea, în acest sens, și Decizia din 12.11.2008 a Tribunalului Buzău, în considerentele căreia s-a reținut faptul că „Asociația „A” PAS Buzău s-a constituit ca persoană juridică odată cu privatizarea SC „A” SA Buzău, prin metoda MEBO, în scopul de a dobândi și folosi acțiuni ale societății comerciale cu capital majoritar de stat, sub incidența dispozițiilor Legii nr. 58/1991 privind privatizarea societăților comerciale, completată ulterior prin Legea nr. 77/1994 privind asociațiile salariaților și membrilor conducerii societăților comerciale care se privatizează, fiind înscrisă în registrul asociațiilor și fundațiilor ținut la grefa Judecătoriei Buzău (filele 7-8, 9-13 dosar nr. 1447/2006).” Observăm că Judecătoria Buzău, prin Sentința civilă nr. 20 din 28.03.1993, a considerat că este competentă material să judece cererea de acordare a personalității juridice a unei asociații de tip PAS.

[6] Publicată în Dreptul nr. 1/1997, p. 112-114.

[7] Curtea de Apel Iași, Secția comercială, Decizia nr. 9 din 13 octombrie 2008.

în vigoare a acestui act normativ (n.a. O.U.G. 88/1997) şi abrogării Legii nr. 21/1924 soluţionarea cererilor privind modificarea actelor, dizolvarea şi lichidarea asociaţiilor de genul celei petente în cauză se realizează în condiţiile O.G. nr. 26/2000, cadrul normativ general în domeniul asociaţiilor şi fundaţiilor." Or, potrivit O.G. nr. 26/2000, competenţa soluţionării cererilor privind acordarea sau dizolvarea asociaţiilor aparţine judecătoriei unde asociaţia îşi are sediul.

Trebuie să menţionăm faptul că O.U.G. 88/1997, spre deosebire de vechea reglementare, nu a mai prevăzut o modalitate specială de înfiinţare a asociaţiilor de tip PAS. Astfel, art. 18 dispunea că *„Procedura de constituire şi de lichidare a unei asociaţii, structura acesteia, drepturile şi obligaţiile membrilor săi sunt cele prevăzute în Legea nr. 21/1924, iar raporturile dintre o asociaţie şi societatea comercială în cadrul căreia se înfiinţează aceasta se reglementează prin hotărâre a Guvernului."*

III. Încetarea asociaţiei de tip PAS

Cu privire la încetarea existenţei asociaţiei de tip PAS, potrivit art. 39 din Legea 77/1994, dizolvarea îşi produce efecte în două situaţii, şi anume:

„a) când scopul pentru care a fost constituită a fost realizat prin plata tuturor datoriilor şi distribuirea tuturor acţiunilor către membrii asociaţiei; În acest caz, la propunerea consiliului de administraţie, adunarea generală poate hotărî dizolvarea asociaţiei;

b) când numărul membrilor săi devine mai mic de 1/4 din numărul membrilor de la data constituirii.

În acest caz, adunarea generală putea hotărî dizolvarea asociaţiei numai după ce a stabilit, cu Fondul Proprietăţii de Stat şi cu ceilalţi creditori, modalităţile de stingere a datoriilor faţă de aceştia."

O.U.G. 88/1997 păstrează, în linii generale, aceleaşi cazuri de dizolvare ca şi actul normativ pe care îl abrogă. Aşadar, art. 23 prevede că asociaţia se dizolvă când *„scopul pentru care a fost constituita a fost realizat, toate datoriile contractate au fost plătite, iar acţiunile au fost distribuite membrilor asociaţiei"* sau atunci când *„numărul membrilor săi scade sub 20. In acest caz, adunarea generala a asociaţiei va putea hotărî dizolvarea asociaţiei numai după ce a stabilit, împreună cu Fondul Proprietăţii de Stat şi cu ceilalţi creditori, modalităţile de stingere a datoriilor, după caz."*

Trebuie menţionat faptul că în statutele majorităţii asociaţiilor de tip PAS au fost menţionate expres situaţiile în care operează încetarea entităţii colective[1], prin redarea fidelă a textelor de lege enunţate anterior.

---

[1] Curtea de Apel Suceava, în Decizia nr. 71 din 18 mai 2009 reţinea faptul că „La nivelul SC T. SA s-a constituit „Asociaţia Salariaţilor şi Membrilor Conducerii din cadrul SC T. SA care se privatizează" (E. T. SA S), al cărui statut a fost aprobat la data de 7.03.1995 şi, potrivit art. 4, durata asociaţiei este convenită la 10 ani, iar potrivit art. 39 litera a) din Statut, asociaţia se dizolvă când scopul pentru care a fost constituită a fost realizat prin plata tuturor datoriilor şi distribuirea tuturor acţiunilor către membrii asociaţiei."

Curtea de apel Timişoara, în Decizia nr. 1105 din 17 noiembrie 2009 reţinea că „În ce priveşte scopul (n.a. asociaţiei de tip PAS), a invocat faptul că SC B. SA este o societate integral privatizată, astfel că scopul înfiinţării pârâtei (cumpărare de acţiuni) a fost realizat, iar referirea tribunalului la aptitudinea pârâtei de a cumpăra acţiuni prin bursă este o soluţie nelegală, scopul limitativ pentru care asociaţia a fost înfiinţată referindu-se la privatizarea SC B. SA."

Judecătoria Piteşti, în Sentinţa 5625/2006 a reţinut faptul că dacă s-a făcut dovada că s-au restituit ratele şi creditele restante, în totalitate, scopul asociaţiei s-a îndeplinit.

În eventualitatea în care în statut nu s-au prevăzut situațiile de dizolvare specifice asociației de tip PAS, apreciem că sunt aplicabile prevederile legale incidente. În considerarea faptului că succesiunea în timp a actelor normative care guvernează asociațiile de tip PAS poate crea confuzii, ne propunem să redăm, în ordine cronologică, cadrul legislativ aplicabil:

Act normativ	Intrare în vigoare	Ieșire din vigoare	Observații
Legea 77 din 1 august 1994	11 august 1994	29 decembrie 1997	Reglementări speciale privind constituirea, funcționarea și dizolvarea asociației de tip PAS
O.U.G. 88 din 23 decembrie 1997	29 decembrie 1997		Constituirea, funcționarea și dizolvarea asociației de tip PAS se supune Legii 21/1924.
Legea 21 din 6 februarie 1924	6 februarie 1924	31 ianuarie 2000	Constituie dreptul comun în materia asociațiilor
O.G. 26 din 31 ianuarie 2000	31 aprilie 2000		Constituie dreptul comun în materia asociațiilor

Analizând tabelul de mai sus, observăm că, în principiu, efectele juridice specifice PAS-urilor, produse după abrogarea Legii 21/1924, sunt guvernate de dispozițiile O.G. 26/2000, act normativ ce constituie dreptul comun aplicabil asociațiilor[1]. De pildă, potrivit art. 55 din O.G. 26/2000, asociația se dizolvă de drept, prin altele, dacă s-a realizat sau, după caz, a devenit imposibilă realizarea scopului pentru care a fost constituită, „dacă în termen de 3 luni de la constatarea unui astfel de fapt nu se produce schimbarea acestui scop". Observăm, așadar, că încetarea unei asociații poate avea loc fie dacă s-a împlinit scopul, fie dacă acesta nu mai poate fi realizat, iar în termen de 3 luni nu se modifică finalitatea asociației.

IV. Concluzii

Din analiza modalității și a procedurii de înființare a asociației de tip PAS, cât și încetarea acesteia, putem conchide că există numeroase similarități cu asociația obișnuită, guvernată de O.G. 26/2000. Diferențele, pe de altă parte, nu privesc aspecte

[1] În acest sens, a se vedea Î.C.C.J., Secția civilă și de proprietate intelectuală, Decizia nr. 9155 din 11 noiembrie 2005, potrivit căreia „Asociația […] a fost înființată în temeiul Legii nr.77/1994, privind privatizarea societăților cu capital de stat, în prezent abrogată, iar soluționarea cererilor privind modificarea actelor constitutive, lichidarea acestor persoane de drept privat se realizează în condițiile prevăzute de O.G. nr.26/2000 cu privire la asociații și fundații, act normativ ce constituie cadrul legislativ general în acest domeniu".

fundamentale. Ca atare, sub acest aspect, apreciem că dispozițiile legale de drept comun sunt aplicabile și asociațiilor de tip PAS în privința celor două momente amintite anterior.

Cu toate acestea, apreciem că dobândirea de către asociați a acțiunilor societății comerciale supuse privatizării, urmată de achitarea integrală a datoriilor contractate, întrucât asociația de tip PAS și-a îndeplinit scopul legal, are ca efect imediat faptul că aceasta devine subiect al procedurii de dizolvare de drept. Ca atare, în această ipoteză, nu mai poate opera transformarea prin voința Adunării generale. Așadar, asociații trebuie să dizolve PAS-ul, iar apoi să înființeze o nouă entitate colectivă, guvernată de dispozițiile O.G. 26/2000.

Pe de altă parte, dacă scopul nu a fost realizat, transformarea este posibilă doar în situația în care există compatibilitate între naturile scopurilor entităților colective vizate. Astfel, suntem de părere că scopul asociației de tip PAS, prin natura sa organică, nu poate fi decât lucrativ și că, în ciuda faptului că legea consacră expres contrariul, natura acesteia nu poate fi schimbată. Pe cale de consecință, apreciem că nu poate opera o transformare întrucât, după cum am menționat anterior, incompatibilitatea scopurile acestora (nelucrativ - lucrativ), refuză, sub aspect organic, transformarea.

Bibliografie

1.Baias, Flavius – Antoniu, Chelaru, Eugen, Constantinovici, Rodica, Macovei, Ioan/ Noul Cod civil. Comentariu pe articole. Art. 1-2664, Editura C.H. Beck, București, 2012.

2.Beligrădeanu, Ștefan/ Instanța competentă să dispună cu privire la personalitatea juridică a asociațiilor, fundațiilor, federațiilor și confederațiilor în Dreptul nr. 2/1995.

3.Butiuc, Constantin/ Asociația fără scop patrimonial. Statut. Modificare. Competența judecătoriei. Distincții în Dreptul nr. 5-6/1993.

4.Lupașcu, Dan/ Constituirea asociațiilor și fundațiilor în Dreptul nr. 5-6/1994.

5.Lupașcu, Dan/ Discuții cu privire la instanța competentă să acorde personalitatea juridică asociațiilor fără scop lucrativ și fundațiilor în Dreptul nr. 7/1997.

6.Tăbârcă, Mihaela/ Corelația dintre norma generală și norma specială în domeniul competenței materiale a instanțelor judecătorești privind acordarea personalității juridice asociațiilor și fundațiilor fără scop lucrativ, în Dreptul nr. 3/1997.

7.Ungureanu, Carmen Tamara, Afrăsinei, Mădălina, Cigan, Dana Margareta și alții/ Noul Cod civil: comentarii, doctrină și jurisprudență: despre legea civilă: despre persoane: despre familie: despre bunuri, Vol. I art. 1-952, Editura Hamangiu, București, 2012.

Noțiunea de creanță certă, lichidă și exigibilă în procedura insolvenței

Anca Roxana ***ADAM****

Abstract: *Procedura insolvenței este o procedură judiciară care are ca scop acoperirea pasivului debitorului aflat în stare de insolvență. Această procedură se desfășoară în interesul creditorilor și este reglementată de o lege specială. Prin creditor se înțelege persoana care, în cadrul unui raport juridic de obligație, este îndreptățită să pretindă unei alte persoane, denumită debitor, executarea unei prestații determinate de a da, de a face ori de a nu face ceva. În materia insolvenței creditor este acea persoană fizică sau juridică care are față de debitor dreptul de a pretinde plata unei sume de bani și urmărește pe calea acestei proceduri speciale recuperarea creanței sale, respectiv solutio debiti. În ceea ce privește izvorul unei astfel de obligații acesta poate fi contractul, cel mai adesea întâlnit în practica judiciară în materie de insolvență, actul juridic unilateral, gestiunea de afaceri, îmbogățirea fără justă cauză, plata nedatorată, fapta ilicită, precum și orice act sau fapt de care legea leagă nașterea unei astfel de obligații. Pentru participarea creditorilor debitorului – în insolvență la această procedură aceștia trebuie să îndeplinească cerințele impuse de legea insolvenței, acestea completându-se cu prevederile cuprinse în codul civil și în codul de procedură civilă, în măsura compatibilității acestora. Legea insolvenței definește o serie de termeni și expresii care au o anumită semnificație pentru desfășurarea acestei proceduri. Astfel, referitor la noțiunea de creditor a fost definită noțiunea de creditor îndreptățit să solicite deschiderea procedurii insolvenței și creditorul îndreptățit să participe la procedura insolvenței. Pentru a dobândi una dintre aceste două calități legea insolvenței impune pentru creditor cerința existenței unei creanțe certe, lichide și exigibile. Noțiunea de creanță certă, lichidă și exigibilă nu este definită de legea insolvenței, ci de prevederile codului de procedură civilă.*

Cuvinte cheie: *Procedură, insolvență, creditor, debitor, obligație*

1. Existența creanței certe, lichide și exigibile – condiție impusă creditorului în procedura insolvenței

Prin *creditor* se înțelege persoana care, în cadrul unui raport juridic de obligație, este îndreptățită să pretindă unei alte persoane, denumită *debitor*, executarea unei prestații determinate de a da, de a face ori de a nu face ceva.

Referitor la noțiunea de creditor, în calitate de *participant la procedura insolvenței*, legea a stabilit categorii diferite de creditori care îndeplinesc concomitent ori succesiv o astfel de calitate, pe parcursul desfășurării acestei proceduri speciale.

Astfel, legiuitorul a definit termenii și expresiile care au o *semnificație,* în cadrul procedurii insolvenței unui debitor, la art. 3 din Legea nr. 85/2006[1] privind procedura insolvenței.

* Asistent universitar, Universitatea Transilvania Brașov, Facultatea de Drept.

[1] Publicată în Monitorul Oficial nr. 359/21 04 2006

Prin noțiunea de *creditor*, *în sens larg*, definită de art. 3 alin. (1) pct. 7 din Legea nr. 85/2006, se înțelege persoana fizică sau juridică care deține un drept de creanță asupra averii debitorului și care a solicitat, în mod expres, instanței de judecată, să fie înregistrată creanța sa în tabelul definitiv de creanțe sau în tabelul definitiv consolidat de creanțe și care poate face dovada creanței sale față de patrimoniul debitorului, în condițiile legii insolvenței.

Prin noțiunea de *creditor îndreptățit să solicite deschiderea procedurii insolvenței*, definită de art. 3 alin. (1) pct. 6 din Legea nr. 85/2006, se înțelege acel creditor care are o creanță împotriva patrimoniului debitorului certă, lichidă și exigibilă de mai mult de 90 de zile[1].

O altă noțiune definită de legea insolvenței este aceea a *creditorului îndreptățit să participe la procedura insolvenței,* care potrivit art. 3 alin. (1) pct. 8 din Legea nr. 85/2006 este acel creditor care a formulat și i-a fost admisă, în tot ori în parte, o cerere de înregistrare a creanței sale pe tabelele de creanțe, contra debitorului, întocmite în procedură și care are dreptul de a participa și de a vota în adunarea creditorilor, inclusiv asupra unui plan de reorganizare judiciară, de a fi desemnat membru în comitetul creditorilor, de a participa la distribuirile de fonduri rezultate din reorganizarea judiciară a debitorului sau din lichidarea averii acestuia, de a fi informat ori notificat cu privire la desfășurarea procedurii insolvenței și de a participa la orice altă procedură reglementată de lega insolvenței.

În cuprinsul legii insolvenței nu au fost definite caracterele creanței care este conduc la calitatea de creditor îndreptățit să solicite deschiderea procedurii insolvenței ori de creditor îndreptățit să participe la procedura insolvenței, respectiv certitudinea, lichiditatea și exigibilitatea.

În lumina prevederilor art. 379 alin. (3)-(4) din codul de procedură civilă[2] o creanță este *certă*, atunci când existența acesteia rezultă din însuși *actul de creanță* sau și din alte acte, chiar neautentice, emanate de la debitor ori recunoscute de acesta. Creanța este *lichidă* atunci când câtimea acesteia este *determinată* prin însuși actul de creanță sau când este *determinabilă* cu ajutorul actului de creanță sau și a altor acte, chiar și neautentice, fie emanând de la debitor, fie recunoscute de către acesta, fie opozabile debitorului, în baza unor dispoziții legale sau a unor stipulații conținute în actul de creanță, chiar dacă pentru această determinare ar fi nevoie de o deosebită socoteală.

Potrivit art. 662 alin. (2) și (3) din noul cod de procedură civilă[3] creanța este certă când existența ei neîndoielnică rezultă din însuși *titlul executoriu* și este lichidă atunci când obiectul acesteia este determinat sau când titlul executoriu conține elemente suficiente care permit stabilirea lui.

Aceste prevederi legale, care definesc *diferit* noțiunea de creanță certă și lichidă, au natura juridică a unor norme juridice de drept comun, dat fiind faptul că legea insolvenței nu definește această noțiune în mod expres.

În acest context se impune să menționăm că legea insolvenței constituie o *lege specială* de procedură, în consecință normele juridice care o compun sunt norme

[1] Pentru detalii L.M. Imre, *Condițiile deschiderii procedurii insolvenței în lumina noului cod civil*, în Phoenix, aprilie-septembrie, 2012, p. 46-50.

[2] Decretat la 9 septembrie 1865 și promulgat la 11 septembrie 1865, modificat și actualizat la 20 11 2010, Ed. C.H. Beck, București 2010.

[3] Legea nr. 134/2010 privind codul de procedură civilă, publicată în Monitorul Oficial nr. 485/15 07 2010, pusă în aplicare prin Legea nr. 76/2012 publicată în Monitorul Oficial nr. 365/30 05 2012, modificată.

juridice de procedură, deci au un caracter imperativ, fiind de strictă interpretare şi aplicare.

Potrivit art. 149 din Legea nr. 85/2006 legea insolvenţei se completează cu prevederile codului civil şi ale codului de procedură civilă, în măsura *compatibilităţii* dispoziţiilor. Rezultă de aici caracterul de normă juridică generală şi *subsidiară*, *în opinia noastră*, a prevederilor cuprinse în codul de procedură civilă şi respectiv în codul civil, faţă de cele cuprinse în legea insolvenţei.

Astfel, *subliniem* că prevederile cuprinse în codul civil, respectiv în codul de procedură civilă, ori în alte legi, care au un caracter de lege generală faţă de legea insolvenţei, nu vor înlocui niciodată prevederile legii speciale a insolvenţei, ci vor completa această lege, acolo unde aceasta nu distinge.

În consecinţă, prevederile art. 379 din codul de procedură civilă, respectiv art. 662 din noul cod de procedură civilă, sunt aplicabile în cadrul procedurii insolvenţei pentru stabilirea caracterului creanţelor de a fi certe, lichide şi exigibile.

Diferenţa între cele două reglementări cuprinse în codurile de procedură civilă, referitoare la caracterul cert şi lichid al creanţei, este însă una esenţială.

Astfel, dacă în lumina fostului cod de procedură civilă creanţa este certă dacă rezultă dintr-un *înscris* şi este lichidă dacă este determinată ori determinabilă pe baza acestui înscris, prin prisma noului cod de procedură civilă creanţa este certă dacă rezultă dintr-un *titlu executoriu* şi este lichidă dacă este determinată ori determinabilă pe baza acestui titlu executoriu.

Potrivit art. 31 alin. (1) şi (2) din Legea nr. 85/2006 orice creditor, *îndreptăţit să solicite deschiderea procedurii insolvenţei*, trebuie să formuleze o cerere prin care să indice cuantumul şi temeiul creanţei, eventualele garanţii reale constituite de către debitor, existenţa unor măsuri asigurătorii asupra bunurilor debitorului şi să anexeze documentele justificative ale creanţei şi ale actelor de constituire de garanţii.

Referitor la aplicarea acestor prevederi legale s-a exprimat opinia[1] potrivit căreia pentru soluţionarea unei cereri a creditorului de deschidere a procedurii insolvenţei unui debitor este *inadmisibilă* administrarea altei probe în afară de proba cu *înscrisuri*. Această opinie nu a fost întocmai împărtăşită de practica judiciară[2], apreciindu-se, în mod izolat, că pentru determinarea cerinţei certitudinii, dar mai ales a lichidităţii creanţei creditorului reclamant, judecătorul sindic ar putea să administreze chiar şi proba cu *expertiza*.

În ceea ce ne priveşte *considerăm* că administrarea altor probe, pentru soluţionarea cererii creditorului de deschidere a procedurii insolvenţei debitorului, în afara înscrisurilor la care se referă art. 31 alin. (1) şi (2) din Legea nr. 85/2006, nu poate fi considerată *de plano* inadmisibilă, deoarece o astfel de cerere constituie o *acţiune civilă în justiţie*, iar până la deschiderea procedurii insolvenţei, judecata acesteia se realizează potrivit regulilor de procedură de drept comun.

Apreciem însă, că judecătorul sindic, la soluţionarea acestei cereri, nu trebuie să determine *valoarea exactă* a creanţei creditorului, ci trebuie să constate dacă creditorul are faţă de debitor o creanţă certă, lichidă şi exigibilă, care să fie superioară *valorii prag*

[1] Gh. Piperea, *Drept comercial vol. II*, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2008, p.232, Decizia civilă nr. 618/17 04 2012 pronunţată de Curtea de Apel Bacău, Secţia a II-a civilă, de contencios administrativ şi fiscal, în S.P. Gavrilă, *op. cit.*., p. 199.

[2] Decizia civilă nr. 454/R/28 09 2007 a Curţii de Apel Braşov, nepublicată.

prevăzută de lege şi dacă debitorul este sau nu în stare de insolvenţă[1]. După deschiderea procedurii insolvenţei debitorului administratorul judiciar/lichidatorul are obligaţia verificării cererilor de creanţă, inclusiv cererea creditorului – reclamant, şi va înscrie în tabelul creditorilor debitorului valorile exacte ale creanţelor acestora.

Astfel, administrarea probei cu expertiza ar putea fi utilă pentru verificarea stării de insolvenţă a debitorului, dacă acesta a formulat o contestaţie la starea de insolvenţă, ori pentru chestiuni legate de înscrisurile creditorului, anexate cererii de deschidere a procedurii, cum ar fi înscrierea în fals, etc., însă nu pentru dovedirea însăşi a existenţei creanţei creditorului reclamant, această condiţie trebuind să fie dovedită numai cu înscrisurile ataşate cererii creditorului reclamant.

Astfel, pentru ca un creditor să solicite deschiderea procedurii insolvenţei unui debitor legiuitorul nu a impus cerinţa obţinerii, în prealabil, de către creditor a unui *titlu executoriu* faţă de debitor, ci doar să anexeze cererii de deschidere a procedurii insolvenţei *înscrisuri justificative*.

Desigur că exhibarea unui titlu executoriu de către creditor, anexat cererii de deschidere a procedurii insolvenţei debitorului, va facilita analiza cerinţelor de admisibilitate pentru creanţa invocată de către acesta.

În jurisprudenţă[2] s-a mai constatat că atunci când creditorul a anexat cererii de deschidere a procedurii insolvenţei un titlu executoriu, pentru a dovedi creanţa sa faţă de debitor, iar debitorul a formulat o contestaţie la starea de insolvenţă, prin care a solicitat obligarea creditorului la plata unei *cauţiuni*, în baza art. 33 alin. (3) din Legea nr. 85/2006[3], o astfel de cerere a debitorului este cel mai adesea respinsă, dat fiind că nu există pericolul ca debitorul să suporte vreun prejudiciu ca urmare a formulării cererii de către creditor, cât timp creanţa creditorului este constatată printr-un titlu executoriu.

În materia insolvenţei se întâlneşte adesea situaţia în care creditorul care solicită deschiderea procedurii insolvenţei anexează cererii sale un titlu executoriu, pentru a justifica creanţa sa faţă de debitor, iar acest creditor a formulat, în prealabil, şi o cerere de *executare silită* către un executor judecătoresc, acesta din urmă derulând procedura de executare silită de drept comun.

S-au întâlnit situaţii în care judecătorul sindic a respins cererea creditorului de deschidere a procedurii insolvenţei debitorului, apreciindu-se că această cerere este *lipsită de interes*, ca cerinţă pentru promovarea oricărei acţiuni în justiţie, cât timp faţă de debitor creditorul desfăşoară o procedură de executare silită de drept comun.

---

[1] În acest sens vezi Decizia civilă nr. 167/C/23 04 2009 pronunţată de Curtea de Apel Oradea, în *Procedura insolvenţei. Culegere de practică judiciară 2006-2009, Volumul I, Deschiderea procedurii insolvenţei, Participanţii la procedură,* Ed. C.H. Beck, 2011, p. 50.

[2] Sentinţa civilă nr. 1342/sind/31 05 2012 pronunţată de Tribunalul Braşov, irevocabilă şi nepublicată, Sentinţa civilă nr. 1686/sind/20 10 2010 pronunţată de Tribunalul Braşov, irevocabilă şi nepublicată, Sentinţa civilă nr. 1772/sind/06 09 2012 pronunţată de Tribunalul Braşov, irevocabilă şi nepublicată, Sentinţa civilă nr. 896/sind/12 05 2010 pronunţată de Tribunalul Braşov, irevocabilă şi nepublicată, Sentinţa civilă nr. 1436/sind/17 06 2009 pronunţată de Tribunalul Braşov, irevocabilă şi nepublicată, Sentinţa civilă nr. 281/sind/04 02 2009 pronunţată de Tribunalul Braşov, irevocabilă şi nepublicată

[3] Art. 33 alin. (3) din Legea nr. 85/2006 prevede: ”La cererea debitorului, judecătorul-sindic îi poate obliga pe creditorii care au introdus cererea să consemneze, în termen de 5 zile, la o bancă, o cauţiune de cel mult 10% din valoarea creanţelor. Cauţiunea va fi restituită creditorilor, dacă cererea lor va fi admisă. Dacă cererea va fi respinsă, cauţiunea va fi folosită pentru a acoperi pagubele suferite de debitori. Dacă nu este consemnată în termen cauţiunea, cererea introductivă va fi respinsă.”

Considerăm că este greşită o astfel de practică a instanţelor de judecată[1] de respingere a cererii de deschidere a procedurii insolvenţei cu motivarea că din înscrisurile anexate cererii de deschidere a procedurii insolvenţei rezultă că reclamantul creditor a apelat la procedura executării silite de drept comun a pârâtului debitor, în baza unui titlu executoriu, constând într-o hotărâre judecătorească, iar aceasta este în curs de derulare, suma de bani invocată ca şi creanţă de către reclamant urmând a fi recuperată în cadrul procedurii de urmărire silită de drept comun. O astfel de interpretare este contrară şi raţionamentului de logică juridică potrivit căruia *cine poate mai mult poate şi mai puţin*.

Tot în jurisprudenţă[2] s-a reţinut căci creditorul nu este obligat să facă dovada că înainte de a formula cererea de deschidere a procedurii insolvenţei a încercat recuperarea creanţei prin parcurgerea faţă de debitor a procedurii de executare silită de drept comun. De asemenea s-a reţinut[3] că atunci când creditorul a anexat cererii sale de deschidere a procedurii insolvenţei un titlu executoriu, iar acesta a fost pus în executare parţial, în procedura de executare silită de drept comun, judecătorul sindic are obligaţia de a verifica care este valoarea creanţei *rămasă de recuperat* de către creditor de la debitor.

În susţinerea acestei opinii, la care ne *raliem*, mai aducem argumentul că în materia *dreptului comercial*, care *considerăm* că dăinuie şi după intrarea în vigoare a noului cod civil, creditorul poate apela la toate mijloacele juridice prevăzute de lege pentru recuperarea creanţei sale de la debitor. Creditorul însă nu va putea să obţină o valoarea *superioară* valorii creanţei sale, pe calea procedurilor pe care le-a întreprins în acest scop.

În practica judiciară[4] s-a mai reţinut că atunci când un titlu executoriu nu mai are această forţă juridică, spre exemplu un contract de credit bancar, nevalabil ca titlu executoriu pentru executarea silită de drept comun, în urma admiterii contestaţiei la executare, acesta poate constitui înscris justificativ, conform art. 31 alin. (1) şi 2 din Legea nr. 85/2006, pentru dovada creanţei în cererea de deschidere a procedurii insolvenţei.

Constatând că prevederile codului de procedură civilă se aplică în cadrul procedurii insolvenţei, numai în măsura compatibilităţii dispoziţiilor, potrivit art. 149 din Legea nr. 85/2006 şi că art. 31 alin. (1) şi (2) cu aplicarea art. 3 alin. (1) pct. 6 din Legea nr. 85/2006, constituie norme juridice speciale şi astfel derogatorii de la prevederile art. 662 alin. (2) şi (3) din noul cod de procedură civilă *concluzionăm* prin aceea căci creditorul îndreptăţit să solicite deschiderea procedurii insolvenţei nu trebuie să justifice

---

[1] Sentinţa civilă nr. 371/26 03 2003 pronunţată de Tribunalul Dâmboviţa, în *Manual de bune practici în insolvenţă, Programul Phare 2012 "Suport pentru îmbunătăţirea şi implementarea legislaţiei şi jurisprudenţei în materie de faliment"*, p. 399, Sentinţa civilă nr. 1182/sind/19 11 2008 pronunţată de Tribunalul Braşov, nepublicată, Decizia comercială nr. 458/22 05 2009 pronunţată de Curtea de Apel Alba Iulia, *în Procedura insolvenţei. Culegere de practică judiciară 2006-2009, Volumul I*, *op. cit*., p.40, Sentinţa civilă nr. 2364/14 11 2007 pronunţată de Tribunalul Călăraşi, în *Procedura insolvenţei. Culegere de practică judiciară 2006-2009, Volumul I, op. cit.,* p. 79.

[2] Sentinţa civilă nr. 2271/08 09 2003 pronunţată de Tribunalul Bacău, în *Manual de bune practici în insolvenţă*, *op. cit.,* p. 397.

[3] Decizia comercială nr. 477/15 06 2011 pronunţată de Apel Galaţi publicată în S.P. Gavrilă, *Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenţei. Practică judiciară*, Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2013, p. 146-147.

[4] Sentinţa comercială nr. 28/S/24 01 2008 pronunţată de Tribunalul Iaşi, Secţia Comercială, în *Procedura insolvenţei. Culegere de practică judiciară 2006-2009, Volumul I*, *op. cit.,* p. 43.

existența unui titlu executoriu care să constate creanța sa, chiar și după intrarea în vigoare a noului cod de procedură civilă.

În ceea ce privește *exigibilitatea* creanței, ca o cerință de admisibilitate a acesteia, în cadrul procedurii insolvenței, pentru obligația debitorului de plată a unei sume de bani, aceasta este dată de *scadența obligației*, așa cum aceasta rezultă din înscrisul care o constată[1].

Analiza acestei cerințe trebuie pornită de la *conținutul obligațional* definit de dispozițiile art. 1164 din noul cod civil[2] potrivit cărora obligația este o *legătură de drept* în virtutea căreia debitorul este ținut să procure o prestație creditorului, iar acesta are dreptul să obțină prestația datorată.

Obligația civilă, în sens larg, a fost definită[3] ca raportul juridic în care o parte, numită creditor, are dreptul de a pretinde celeilalte părți, numită debitor, să execute prestația la care este îndatorat.

Datoria a fost definită ca fiind componenta pasivă a raportului obligațional, fiind prestația pe care și-a asumat-o debitorul[4].

Referitor la *data plății*, art. 1495 din noul cod civil stabilește că, în lipsa unui termen stipulat de către părți sau determinat în temeiul contractului, al practicilor statornicite între acestea ori a uzanțelor, obligația se execută *de îndată.*

În practica judiciară în materia insolvenței se constată că cel mai întâlnit izvor de obligații este *contractul*[5] încheiat între debitor și creditorii săi, anterior deschiderii procedurii insolvenței debitorului.

Comparând prevederile fostului cod de procedură civilă cu cele ale noului cod de procedură civilă, care a intrat în vigoare la data de 15 02 2013, se constată că dispozițiile art. 379 din codul de procedură civilă nu au definit caracterul exigibil al creanței, raportat la prevederile art. 662 din noul cod de procedură civilă, care cuprind o astfel de definiție.

Referitor la *caracterul exigibil* al creanței legea insolvenței cuprinde prevederi speciale stipulând la art. 3 alin. (1) pct. 6 că prin creditor îndreptățit să solicite deschiderea procedurii insolvenței se înțelege creditorul care are o creanță certă, lichidă și exigibilă de mai mult de 90 de zile.

În consecință, pentru a putea formula o cerere de deschidere a procedurii insolvenței un astfel de creditor trebuie să aștepte un termen minim de 90 de zile, care începe să curgă de la data scadenței obligației de plată a debitorului a unei sume de bani față de creditor, respectiv de la data exigibilității acesteia.

În ceea ce privește *natura juridică* a termenului de 90 de zile *apreciem* că acesta nu este un termen de procedură, deși este cuprins într-o lege de procedură, dar care conține și dispoziții de drept material. Considerăm că acest termen a fost stabilit de legiuitor în favoarea debitorului și poate fi calificat ca fiind un *termen de grație legal*.

---

[1] Pentru detalii vezi S.M. Miloș, *Creanțele sub condiție suspensivă versus creanțele nescadente. Dreptul de a participa la procedura insolvenței*, în Phoenix, octombrie-decembrie, 2011, p. 4-8.

[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 și prin Legea nr. 60/2012, publicată în Monitorul Oficial nr. 255/17.04.2012.

[3] L. Pop, *Tratat de drept civil. Obligațiile, Vol. I Regimul juridic general*, Ed. C.H. Beck, București, 2006, p. 5.

[4] C. Stătescu, C. Bîrsan, *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor, ediția a IX-a revizuită și adăugită*, Ed. Hamangiu, București, 2008, p. 1.

[5] Pentru detalii vezi I. Adam, *Drept civil. Obligațiile. Contractul,* Ed. C.H. Beck, București, 2011.

Apreciem că toate aceste norme juridice, referitoare la creanța creditorului îndreptățit să solicite deschiderea procedurii insolvenței, ori să participe la procedura insolvenței, sunt *imperative.*

În consecință, judecătorul sindic, investit să soluționeze o cerere a creditorului având ca obiect deschiderea procedurii insolvenței, ori administratorul judiciar/lichidatorul la verificarea cererii de creanță, are obligația de a verifica *din oficiu* condițiile de admisibilitate pentru creanța invocată de către creditor.

În acest sens s-au pronunțat și instanțele de judecată[1], respectiv verificarea creanței creditorului se va realiza din oficiu de judecătorul sindic chiar și în lipsa unei apărări a debitorului în acest sens, ori a unei contestații a debitorului la starea de insolvență, formulată în condițiile art. 33 alin. (2) din Legea nr. 85/2006[2].

2. Sancțiunea neîndeplinirii condițiilor de admisibilitate pentru creanța creditorului

În jurisprudență[3] s-a apreciat că în situația în care judecătorul sindic constată căci creanța creditorului *nu este certă*, respectiv nu rezultă din înscrisurile anexate cererii, formulate în condițiile art. 31 din Legea nr. 85/2006, cererea creditorului de deschidere a procedurii insolvenței va fi respinsă ca *nefondată.*

Pentru a pronunța astfel de soluții instanțele de judecată au reținut că nu s-a făcut dovada existenţei creanţei certe, lichide şi exigibile cu copiile unor *facturi fiscale* emise de către creditor, care nu poartă semnătura şi ştampila debitorului, la menţiunea semnătura de primire şi nu au fost acceptate de către debitor în altă modalitate, conform art. 46 din codul comercial. De asemenea contractul încheiat între părţi şi depus de către creditor la dosar, ca document justificativ cererii sale de deschidere a procedurii insolvenței debitorului, care cuprinde tarife generale pentru serviciile prestate de către creditor față de debitor nu dovedește existența creanței. Factura fiscală emisă de către creditor și neacceptată de către debitor constituie un înscris sub semnătură privată fiind un act juridic unilateral al creditorului. Penalitățile de întârziere pentru neîndeplinirea la termen de către debitor a obligației principale, înserate de către creditor în cuprinsul facturii fiscale, care nu au fost asumate, în prealabil de către debitor, ca o clauză contractuală, nu valorează clauză penală, chiar dacă factura a fost semnată și ștampilată la mențiunea de primire de către debitor.

---

[1] Sentința civilă nr. 445/06 03 2003 pronunțată de Tribunalul Bacău, în *Manual de bune practici în insolvență, op. cit.,* p. 395, Sentința comercială nr. 5173/27 11 2008 pronunțată de Tribunalul București, Secția a VII-a comercială, în *Procedura insolvenței. Culegere de practică judiciară 2006-2009, Volumul I*, *op. cit..,* p. 1.

[2] Art. 33 alin. (2) din Legea nr. 85/2006 prevede: " În termen de 10 zile de la primirea copiei, debitorul trebuie fie să conteste, fie să recunoască existența stării de insolvență. Dacă debitorul contestă starea de insolvență, iar contestația sa este ulterior respinsă, el nu va mai avea dreptul să solicite reorganizarea judiciară."

[3] Decizia comercială nr. 304/20 04 2011 a Curții de Apel Galați, publicată în *S.P. Gavrilă*, *op. cit.,* p. 20-21, Sentința civilă nr. 445/sind/14 05 2008 pronunțată de Tribunalul Brașov, irevocabilă și nepublicată, Sentința civilă nr. 379/sind/02 05 2007 pronunțată de Tribunalul Brașov, irevocabilă și nepublicată, Sentința civilă nr. 1253/sind/02 12 2008 pronunțată de Tribunalul Brașov, nepublicată, Sentința civilă nr. 140/S/11 12 2003 pronunțată de Tribunalul Brăila, în *Manual de bune practici în insolvență, Programul Phare 2012 "Suport pentru îmbunătățirea și implementarea legislației și jurisprudenței în materie de faliment"*, p. 398.

În situația în care între părți s-a încheiat și un contract în baza căruia s-au emis facturile fiscale de către creditor față de debitor, iar din cuprinsul acestuia rezultă obligația asumată de plată a debitorului pentru sumele înserate în facturile fiscale, care nu au fost acceptate de către debitor, s-a apreciat[1] căci creanța creditorului este dovedită, pe baza coroborării înscrisurilor depuse de către creditorul reclamant anexate cererii sale de deschidere a procedurii insolvenței.

În acest context se impune să *precizăm* că simplul refuz de plată al debitorului nu conduce la aprecierea că acesta se află în stare de încetare de plăți ori în stare de insolvență[2]. Astfel, instanța de judecată este îndreptățită să aprecieze dacă *excepția* invocată de către debitor, într-o acțiune a creditorului, având ca obiect deschiderea procedurii insolvenței, prin care se justifică refuzul plății, se încadrează sau nu în conceptul de bună-credință[3].

Apreciem că în situația în care se dovedește că refuzul de plată al debitorului este justificat, respectiv acesta acționează cu bună-credință, judecătorul sindic nu analizează creanța creditorului, respectiv dacă aceasta este certă, lichidă și exigibilă, având în vedere că părțile trebuie să se desocotească într-un litigiu de drept comun, creanța urmând a fi *validată* sau nu pe calea unei acțiuni principale[4].

Dacă judecătorul sindic va constata căci creanța creditorului *nu este lichidă*, respectiv nu se poate determina valoarea acesteia pe baza înscrisurilor anexate cererii, de asemenea cererea creditorului va fi respinsă ca *neîntemeiată*.

În jurisprudență[5] s-a reținut constant că judecătorul sindic, la soluționarea unei cereri de deschidere a procedurii insolvenței formulate de către un creditor, nu va soluționa *fondul* litigiului referitor la izvorul obligației debitorului față de creditor, ci va analiza numai condițiile de admisibilitate impuse de legea insolvenței pentru creanța creditorului îndreptățit să formuleze o astfel de cerere.

O astfel de soluție se întemeiază pe argumentul că judecătorul sindic, care este un organ care aplică procedura insolvenței, are atribuțiile prevăzute de art. 11 alin. (1) și (2) din Legea nr. 85/2006.

Astfel, potrivit art. 11 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 85/2006 una dintre principalele atribuții ale judecătorului sindic este aceea de a pronunța motivat hotărârea de deschidere a procedurii insolvenței. Prin această hotărâre judecătorul sindic nu determină valoarea creanței creditorului față de debitor, pe baza legăturii de drept în virtutea căreia s-a născut obligația debitorului față de creditor, ci constată existența, certitudinea și exigibilitatea creanței creditorului îndreptățit să solicite deschiderea procedurii insolvenței față de debitor, pe baza înscrisurilor care o justifică.

---

[1] Sentința comercială nr. 73/14 01 2008 pronunțată de tribunalul Cluj, în *Procedura insolvenței. Culegere de practică judiciară 2006-2009, Volumul I, Deschiderea procedurii insolvenței, Participanții la procedură*, Ed. C.H. Beck, 2011, p. 54.

[2] Sentința civilă nr. 21/25 05 1993 pronunțată de Tribunalul Timiș, nepublicată.

[3] Cas.III., decizia din 18 12 1942, în Pandectele Române, 1943, III, p. 84.

[4] Pentru detalii vezi F. Bălescu, *Aspecte specifice ale analizei economico-financiare la deschiderea procedurii de insolvență*, în Phoenix, aprilie – septembrie, 2012, p. 28-35.

[5] Decizia comercială nr. 235/01 04 2011 pronunțată de Curtea de Apel Galați, în *S.P. Gavrilă*, *op. cit.,* p. 25-26, Sentința civilă nr. 1484/sind/14 06 2012 pronunțată de Tribunalul Brașov, irevocabilă și nepublicată, Sentința civilă nr. 541/sind/07 03 2012 pronunțată de Tribunalul Brașov, irevocabilă și nepublicată, Sentința civilă nr. 5134/sind/19 01 2011 pronunțată de Tribunalul Brașov, irevocabilă și nepublicată, Sentința civilă nr. 1060/sind/02 05 2012 pronunțată de Tribunalul Brașov, irevocabilă și nepublicată.

În practica judiciară[1] s-a constatat, referitor la caracterul cert şi lichid al creanţei, că dacă din *expertiza tehnică* efectuată nu s-a putut identifica o situaţie centralizată a parcelelor pentru care creditorul reclamant a calculat redevenţa conform contractului de concesiune încheiat cu debitorul, iar divergenţele dintre părţi privesc valoarea redevenţei, creanţa invocată de către creditor nu are caracter cert şi lichid.

Deschiderea procedurii insolvenţei faţă de un debitor este *ultima soluţie* la care se poate recurge pentru îndestularea creditorilor. Astfel, anterior formulării unei astfel de cereri se impune ca părţile să se dosocotească într-un litigiu de drept comun, cum ar fi o eventuală acţiune în executarea unui contract, o acţiune în rezoluţiunea ori în rezilierea unui contract, o acţiune în anularea ori în constatarea nulităţii unui contract, o acţiune revocatorie, operarea unor compensări legale ori judiciare, etc.

În situaţia în care în cererea creditorului de deschidere a procedurii insolvenţei judecătorul sindic va constata căci creanţa invocată de către reclamant *nu este exigibilă* va respinge cererea acestuia ca *prematură*.

În practica judiciară[2] s-a reţinut căci creanţa invocată de către creditor nu este exigibilă, dacă acesta a anexat cererii de deschidere a procedurii insolvenţei un titlu executoriu şi acesta a fost suspendat în cadrul unei alte proceduri judiciare.

Referitor la apărările pe care le poate face debitorul la cererea de deschidere a procedurii insolvenţei formulată de către un creditor *apreciem* că dacă debitorul contestă starea de insolvenţă, conform art. 33 alin. (2) din Legea nr. 85/2006, adică deţine disponibilităţi financiare superioare sau cel puţin egale creanţei pretinse[3] şi dovedite de către creditor, acesta trebuie să formuleze o *contestaţie la starea de insolvenţă*, conform art. 33 alin. (2) din Legea nr. 85/2006. În situaţia în care debitorul contestă creanţa creditorului, fie că nu există, fie că aceasta nu este certă, lichidă şi exigibilă, însă nu contestă starea sa de insolvenţă, debitorul va formula o *întâmpinare* la cererea creditorului de deschidere a procedurii insolvenţei. În acest sens în practica judiciară[4] s-a apreciat că *nulitatea* înscrisurilor anexate cererii de deschidere a procedurii insolvenţei formulate de către creditor se poate invoca *incidental* de către debitor prin întâmpinare, în lipsa formulării de către debitor a unei contestaţii la starea de insolvenţă[5].

Bibliografie

- *I. Adam*, *Drept civil. Drepturile reale*, Editura All Beck, Bucureşti, 2002

- *I. Adam, C.N. Savu*, *Legea procedurii insolvenţei. Comentarii şi explicaţii*, Editura C.H. Beck, Bucureşti, 2006

- *I. Adam*, *Drept civil. Teoria generală a drepturilor reale*, Editura C.H. Beck, ediţia 3, Bucureşti, 2013

[1] Decizia civilă nr. 4/11 01 2007 pronunţată de Curtea de Apel Constanţa – Secţia comercială, irevocabilă

[2] Sentinţa civilă nr. 446/C/16 10 2003 pronunţată de Tribunalul Cluj, în *Manual de bune practici în insolvenţă, op. cit.,* p. 395.

[3] Pentru detalii privind noţiunea de insolvenţă vezi St.D. Cărpenaru, *Tratat de drept comercial român,* Ed. Universul Juridic, 2012, p. 691-697.

[4] Sentinţa civilă nr. 29/S/16.01.2008 pronunţată de Tribunalul Brăila, secţia comercială şi de contencios administrativ, în *Procedura insolvenţei. Culegere de practică judiciară 2006-2009, Volumul I*, *op. cit.*, p. 64.

[5] Pentru detalii vezi R. Andraş, *Consideraţii cu privire la contestaţia formulată de debitor împotriva cererii de deschidere a procedurii insolvenţei*, în Phoenix, octombrie-decembrie, 2011, p. 26-30.

- *I. Adam*, *Drept civil. Drepturile reale principale*, Editura All Beck, Bucureşti, 2004

- *S. Angheni, Drept comercial. Profesionişti – Comercianţi*, Editura C.H. Beck, Bucureşti, 2013

- *R. Andraş, Consideraţii cu privire la contestaţia formulată de debitor împotriva cererii de deschidere a procedurii insolvenţei,* în Phoenix, octombrie-decembrie, 2011

- *I. Băcanu*, Cap.XV, *Procedura reorganizării judiciare şi falimentului*, în *S. Zilberstein, V.M. Ciobanu*,

Tratat de executare silită, Editura Lumina Lex, Bucureşti, 2001

- *I.I. Bălan, Clauzele abuzive din contractele încheiate între comercianţi şi consumator*i, în Dreptul nr. 6/2001

- *F. Bălescu, Aspecte specifice ale analizei economico-financiare la deschiderea procedurii de insolvenţă*, în Phoenix, aprilie – septembrie, 2012

- *A. Buglea, R. Bufan, O.C. Bunget, C.M. Imbrescu, L.E. Stark, A. Medelean, D. Pascu, Noţiuni de economie aplicate procedurii de insolvenţă*, Manual realizat de un consorţiu condus de Pricewaterhousecoopers realizat în programul ”suport pentru îmbunătăţirea şi implementarea legislaţiei şi jurisprudenţei în materie de faliment”, Phare 2012, Ministerul Justiţiei, 2006

- *St.D.Cărpenaru*, *Procedura reorganizării şi lichidării judiciare*, Editura Naţional Imprim, Bucureşti, 1996

- *St.D. Cărpenaru*, *Tratat de drept comercial român,* Editura Universul Juridic, 2012

- *St. D. Cărpenaru*, *Drept comercial. Procedura falimentului,* Editura Global Print, Bucureşti, 2000

- *D. Chirică*, *Principiul libertăţii contractuale şi limitele sale în materie de vânzare – cumpărare*, în RDC nr. 6/1999

- *M. Deaconu*, *”Drepturile” creditorilor titulari de creanţe născute după deschiderea procedurii generale de insolvenţă, în faza de observaţie sau în faza de reorganizare*, în Phoenix, octombrie-decembrie, 2011

- *C. Duţescu*, *Drepturile acţionarilor*, ediţia 2, Editura C.H. Beck, Bucureşti, 2012

- *I.N. Finţescu*, *Curs de drept comercial, vol. III*, Bucureşti, 1930

- *C. Florea, Armele insolvenţei în războiul de guerilă împotriva crizei financiare globale*, în Phoenix, octombrie-decembrie, 2011

- *M. Grosaru*, *Judecătorul sindic*, Editura Universul Juridic, Bucureşti, 2012

- *L.M. Imre*, *Condiţiile deschiderii procedurii insolvenţei în lumina noului cod civil*, în Phoenix, aprilie-septembrie, 2012

- *I. Micescu*, *Curs de drept civil*, Editura All Beck, Colecţia Restitutio, Bucureşti, 2000

- *S.M. Miloş*, *Creanţele sub condiţie suspensivă versus creanţele nescadente. Dreptul de a participa la procedura insolvenţei*, în Phoenix, octombrie-decembrie, 2011

- *V. Paşca*, *Falimentul fraudulos*, Editura Lumina Lex, Bucureşti, 2005

- *Gh. Piperea*, *Drept comercial vol. II*, Editura C.H. Beck, Bucureşti, 2008

- *Gh. Piperea*, *Drept comercial. Întreprinderea*, Editura C.H. Beck, Bucureşti, 2012

- *Gh. Piperea*, *Insolvenţa. Regulile. Realitatea*, Editura Wolters Kluwer, România, 2008

- *L. Pop*, *Teoria generală a obligaţiilor,* Editura lumina Lex, Bucureşti, 2000

- *L. Pop*, *Tratat de drept civil. Obligaţiile, Vol. I Regimul juridic general*, Editura C.H. Beck, Bucureşti, 2006

- *I.R. Urs*, *Drept civil român*. *Teoria generală*, Editura Oscar Print, Bucureşti, 2001

- *I.R. Urs, P.E. Ispas*, *Drept civil. Drepturile reale*, Editura Universității Titu Maiorescu, București 2012

- *I. Schiau*, *Regimul juridic al insolvenței comerciale*, Ed. All Beck, Bucureşti, 2001

- *L. Sebe*, *Verificarea de către practicienii în insolvență a reflectării în contabilitate a creanțelor, în vederea acceptării lor pentru înscriere în tabloul de creanțe*, în Phoenix, ianuarie-martie 2009

- *L. Sebe*, *Verificarea de către practicienii în insolvență a creanței provenită din operații derulate de asocierile în participațiune,* în Phoenix, aprilie, 2010

- *C. Stătescu, C. Bârsan*, *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, Editura All, București, 1994

- *C. Stătescu, C. Bârsan*, *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor, ediția a IX-a revizuită și adăugită*, Editura Hamangiu, București, 2008

- *V. Stoica*, *Drepturile reale principale*, Editura Humanitas, București, 2004

- *I. Turcu*, *Procedura falimentului între tradiție și inovație*, în Revista de drept comercial nr. 2/1995

- *I. Turcu*, *Insolvența comercială, reorganizarea judiciară și falimentul*, Editura Lumina Lex, București, 2000

- *I. Turcu*, *Tratat de insolvență*, Editura C.H.Beck, Bucureşti, 2006

Considerații privind garanția pentru buna funcționare a bunului vândut conform noului Cod civil român

Mirela Carmen ***DOBRILĂ****

Abstract: *Pe lângă obligația vânzătorului de a garanta pe cumpător contra viciilor bunului vândut, noul Cod civil român reglementează obligația vânzătorului de a răspunde pentru buna funcționare a bunului vândut în cazul apariției unor defecțiuni în cadrul termenului de garanție. Lucrarea de față analizează elementele specifice acestei instituții noi și evidențiază diferențele între garanția pentru viciile bunului vândut și garanția pentru buna funcționare.*

Keywords: *contractul de vânzare, garanție, buna funcționare a bunului, defecțiuni, noul Cod civil român*

Introducere. Considerații generale

În deplin acord cu evoluția societății și a nevoilor cumpărătorilor de a fi informați de către vânzător într-un mod cât mai complet cu privire la caracteristicile bunului cumpărat care să asigure funcționarea acestuia în mod corespunzător, în cazul contractului de vânzare, pe lângă obligația de garanție contra evicțiunii și în mod distinct de obligația de garanție contra viciilor ascunse ale lucrului vândut, respectiv contra viciilor aparente ale lucrului vândut, Noul Cod civil reglementează obligația de garanție pentru buna funcționare a bunului vândut în cazul apariției unor defecțiuni în termenul de garanție, pentru vânzătorul care a garantat în acest sens pentru un timp determinat.

Garanția pentru buna funcționare a bunului vândut este reglementată, cu titlu de noutate, în Noul Cod civil în articolele 1716- 1718, în mod distinct de reglementarea garanției contra viciilor lucrului vândut din art. 1707-1715 din Noul Cod civil (NCC)[1], cu posibilitatea de a cumula cele două tipuri de garanții[2].

Obligația de garanție contra viciilor ascunse ale lucrului vândut își are originea în dreptul roman, unde era considerată ca o măsură de protecție a cumpărătorilor de sclavi sau de animale, și decurge din necesitatea ca vânzătorul să asigure atât stăpânirea liniștită a lucrului vândut (garanția contra evicțiunii), cât și utila folosință a acestuia[3].

Obligația de garanție contra viciilor lucrului vândut este enumerată în art. 1672 din Noul Cod civil (NCC) în categoria obligațiilor principale ale vânzătorului, alături de obligația vânzătorului de a transmite proprietatea bunului sau, după caz, dreptul vândut,

---

* Asistent dr., Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza" Iași.

[1] Legea nr. 287/2009 a fost publicată în Monitorul Oficial al României nr. 511 din 24 iulie 2009, a fost modificată prin Legea nr. 71/2011 și rectificată în Monitorul Oficial al României nr. 427 din 17 iunie 2011 și în Monitorul Oficial al României nr. 489 din 8 iuie 2011. Legea nr. 287/2009 a fost publicată în Monitorul Oficial al României nr. 505 din 15 iulie 2011 (în temeiul art. 218 din Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil, publicată în Monitorul Oficial al României nr. 409 din 10 iunie 2011) și rectificată în Monitorul Oficial al României nr. 246 din 29 aprilie 2013.

[2] T. Prescure, *Curs de contracte civile,* Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 76.

[3] C. Macovei, *Contracte civile,* Ed. Hamangiu, București, 2006, p. 62.

alături de obligația de a preda bunul și alături de obligația de a garanta pe cumpărător contra evicțiunii.

Garanția contra viciilor bunului reprezintă o obligație a vânzătorului impusă de lege, cu posibilitatea de a modifica convențional această obligație în conformitate cu art. 1708 NCC, fie în sensul înlăturării sau limitării acestei obligații, dar numai dacă vânzătorul a fost de bună-credință și nu a cunoscut viciile lucrului, fie în sensul agravării acestei obligații, clauzele de agravare fiind valabile indiferent dacă vânzătorul a cunoscut sau nu existența viciilor sau trebuia să le cunoască la data încheierii contractului.

Spre deosebire de obligația de garanție contra viciilor bunului, garanția pentru buna funcționare a bunului vândut nu apare enumerată în categoria obligațiilor principale ale vânzătorului, cu motivarea că această instituție primește aplicare doar în ipoteza în care vânzătorul își asumă în mod convențional și expres această obligație[1], nefiind aplicabile nici prevederile din art. 1708 NCC referitoare la modificarea convențională a garanției pentru viciile lucrului vândut.

Obligația de garanție pentru buna funcționare este considerată specifică pentru domeniul consumației[2] sau sosită în dreptul civil pe filiera dreptului consumului[3], iar dispozițiile din Noul Cod civil vin să completeze sau sunt completate cu cele din Legea nr. 449 din 12 noiembrie 2003 privind vânzarea produselor și garanțiile asociate acestora[4] și cu cele din Legea nr. 240/2004 privind răspunderea producătorilor pentru pagubele generate de produsele cu defecte[5].

---

[1] D.N. Dumitru în Colectiv, *Noul Cod civil. Note. Corelații. Explicații*, Ed. CH Beck, București, 2011, p. 638; Pentru detalii privind garanția pentru buna funcționare a se vedea și I. Turcu, *Noul Cod civil. Cartea a V-a. Comentarii și explicații*, Ed. CH Beck, București, 2012, p. 362-364; Lucia Uță, *Contractele speciale în noul Cod civil*, Ed. Hamangiu, 2012, p. 146-147.

[2] L. Stănciulescu, *Curs de drept civil. Contracte*, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 173.

[3] Fl. Moțiu, *Contracte speciale în Noul Cod civil*, Ed. Universul Juridic, București, 2011, p. 87.

[4] Publicată în Monitorul Oficial nr. 812 din 18 noiembrie 2003, republicată în Monitorul Oficial nr. 347 din 6 mai 2008; Această lege transpune prevederile Directivei 1999/44/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 25 mai 1999 privind anumite aspecte ale vânzării de bunuri de consum și garanțiile conexe, publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene (JOCE) nr. L 171 din 7 iulie 1999; Pentru prezentarea detaliată a garanției pentru lipsa conformității, a se vedea L. Stănciulescu, *op. cit.*, p. 174-176; D-tru Florescu, *Contractele civile*, Ed. Universul Juridic, București, 2011, p. 64-67; St. Cărpenaru, L. Stănciulescu, V. Nemeș, *Contracte civile și comerciale (cu modificările aduse de Codul civil 2009)*, Ed. Hamangiu, București, 2009, p. 50; Anca Nicoleta Gheorghe, Camelia Spasici, Dana Simona Arjoca, *Dreptul consumației*, Ed. Hamangiu, 2012, p. 216-222.

[5] Publicată în Monitorul Oficial 552 din 22 iunie 2004, republicată în Monitorul Oficial nr. 313 din 22 aprilie 2008; Această lege transpune Directiva nr. 85/374/CEE din 25 iulie 1985 privind răspunderea producătorului, publicată în Jurnalul Oficial al Comunităţilor Europene (JOCE) nr. L210 din 7 august 1985, modificată şi completată prin Directiva nr. 1999/34/CE a Parlamentului European şi a Consiliului, publicată în Jurnalul Oficial al Comunităţilor Europene (JOCE), nr. L141 din 4 iunie 1999; Pentru o prezentare detaliată a răspunderii pentru pagubele generate de produsele cu defecte, a se vedea L. Stănciulescu, *op. cit.*, p. 176-177; Pentru detalii privind regulile speciale din Legea nr. 449/2003 și din Legea nr. 240/2004, a se vedea Gheorghe Gheorghiu în Fl.-A. Baias, E. Chelaru, Rodica Constantinovici, I. Macovei (coordonatori), *Noul Cod civil. Comentariu pe articole*, Ed. C.H. Beck, București, 2012, p. 1780; T. Prescure, *op. cit.*, p. 77-81; G. Boroi, L. Stănciulescu, *Instituții de drept civil*, Ed. Hamangiu, 2012, p. 387-390.

Garanţia pentru buna funcţionare a bunului vândut

Condiţiile garanţiei pentru buna funcţionare a bunului vândut. Delimitări faţă de obligaţia de garanţie contra viciilor bunului vândut

În primul rând, trebuie evidenţiat faptul că garanţia pentru buna funcţionare a bunului vândut operează doar în cazul în care vânzătorul îşi asumă obligaţia de a garanta pentru o perioadă determinată pentru buna funcţionare a bunului vândut, această garanţie nefiind impusă de lege în toate cazurile în care se încheie un contract de vânzare.

În cazul obligaţiei de garanţie pentru viciile bunului vândut, vânzătorul răspunde doar dacă sunt îndeplinite în mod cumulativ anumite condiţii[1]. Astfel, viciul trebuie să fie ascuns, fiind considerat ascuns viciul care nu este cunoscut de cumpărător şi nici nu poate fi descoperit print-o verificare normală, serioasă şi atentă, aprecierea fiind făcută în funcţie de tipul abstract al omului prudent şi diligent, cu obligaţia cumpărătorului prudent şi diligent, în conformitate cu interpretarea existentă în baza Codului civil anterior, de a apela la un specialist sau la o persoană specializată în cazul în care se impune[2].

Conform art. 1707 alin. (2) NCC, viciul este ascuns dacă la data predării, nu putea fi descoperit, fără asistenţă de specialitate, de către un cumpărător prudent şi diligent. Se poate observa că există două interpretări posibile generate de formuarea din Noul Cod civil: prima, în sensul că posibilitatea cumpărătorului de a cunoaşte viciile lucrului se apreciază după criteriul abstract al omului prudent şi diligent, dar fără a mai fi impusă cumpărătorului obligaţia de a apela la un specialist sau la o persoană calificată deoarece textul de lege face menţiunea „fără asistenţă de specialitate", soluţie pe care o considerăm întemeiată[3]; a doua interpretare poate fi făcută în sensul că un cumpărător prudent şi diligent este cumpărătorul care apelează la un specialist sau la o persoană specilizată în cazul în care viciul nu poate fi descoperit fără a apela la specialist, adică nu poate fi descoperit „fără asistenţă de specialitate",interpretare pe care nu o împărtăşim, incusiv cu motivaţia că între expresia „nu putea fi descoperit" şi „fără asistenţă de specialiate" există în această normă o virgulă care face ca prima interpretare să fie cea corectă.

Referitor la condiţia ca viciul să fie ascuns, se poate observa că, spre deosebire de garanţia pentru viciile bunului vândut, în cazul garanţiei pentru buna funcţionare nu se

---

[1] Pentru analiza condiţiilor răspunderii contra viciilor conform Codului civil anterior, a se vedea Fr. Deak, *Tratat de drept civil. Contracte speciale,* Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2001, p. 84-88; D. Chirică, *Tratat de drept civil. Contracte speciale. Vol. I. Vânzarea şi schimbul*, Ed. CH Beck, Bucureşti, 2008, p. 402-414; Fr. Deak, *Tratat de drept civil. Contracte speciale,* Vol. I, ed. a IV-a actualizată de Lucian Mihai, Romeo Popescu, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2006, p. 114-117; I. Dogaru, E.G. Olteanu, L.B. Săuleanu, *Bazele dreptului civil, Volumul IV, Contracte speciale*, Ed. CH Beck, Bucureşti, 2009, p. 146-151; C. Macovei, *op. cit.*, p. 63-65; S. Cărpenaru, L. Stănciulescu, V. Nemeş, *op. cit.*, p. 48; Camelia Toader, *Drept civil. Contracte speciale*, Ed. CH Beck, Bucureşti, 2008, p. 76-77; Pentru analiza condiţiilor răspunderii contra viciilor conform Noului Cod civil, a se vedea G. Boroi, L. Stănciulescu, *op. cit.*, p. 382-384; F. Moţiu, *op. cit.*, p. 76-83; D. Florescu, *op. cit.*, p. 59-61; I. Turcu, *op. cit.*, p. 354-359; T. Prescure, *op. cit.*, p. 71-73.

[2] C. Macovei, *op. cit.*, p. 63; Trib. Suprem, Secţia civilă, decizia nr. 1859/1988 în Program Informatic Legis; Pentru detalii, a se vedea D. Chirică, *op. cit.*, p. 408-411; I. Dogaru, E.G. Olteanu, L.B. Săuleanu, *op. cit.*, p. 147-148.

[3] Pentru opinia din dreptul francez în sensul că nu se poate impune cumpărătorului ocazional să fie asistat de sfaturile unui profesionist sau expert, a se vedea Philippe Malaurie, Laurent Aynès, Pierre Yves Gautier, *Drept civil. Contractele speciale*, Ed. Wolters Kluwer, Bucureşti, 2009, p. 224.

pune problema ca viciul să fie ascuns, şi nici problema viciilor aparente, deoarece vânzătorul garantează contra oricărei defecţiuni intervenite pe durata termenului de garanţie, iar interpretarea care trebuie dată termenului de „defecţiune" este în mod clar diferită de noţiunea de „viciu".

Trebuie avute în vedere şi prevederile art. 1690 NCC, conform cărora vânzătorul răspunde şi pentru viciile aparente dacă în urma verificării cumpărătorul a constatat că acestea există şi dacă îl informează pe vânzător fără întârziere; în caz contrar, adică în lipsa informării fără întârziere, se consideră că vânzătorul şi-a îndeplinit obligaţia de a preda bunul în starea în care se afla la momentul încheierii contractului.

În cazul garanţiei contra viciilor lucrului, se cere îndeplinirea condiţiei ca viciul să fie grav conform art. 1707 alin. (1) NCC, în sensul că trebuie să facă lucrul impropriu întrebuinţării la care este destinat sau să îi micşoreze în asemenea măsură întrebuinţarea sau valoarea încât, dacă le-ar fi cunoscut, cumpărătorul nu ar fi cumpărat sau ar fi dat un preţ mai mic.

Se pune întrebarea dacă se cere condiţia de a fi de o anumită gravitate şi pentru defecţiunea intervenită în termenul de garanţie pentru care vânzătorul şi-a asumat obligaţia de garanţie pentru buna funcţionare. Deşi termenul de „defecţiune" nu înseamnă „viciu" şi deşi art. 1707 NCC foloseşte formula „în cazul oricărei defecţiuni" considerăm că şi aici trebuie ca defecţiunea să fie de o anumită gravitate care să permită luarea de către vânzător cel puţin a măsurii reparării bunului.

În cazul garanţiei contra viciilor lucrului, conform art. 1707 alin. (3) NCC vânzătorul răspunde dacă viciul sau cauza lui exista la data predării bunului. Trebuie observată deosebirea faţă reglementarea din Codul civil anterior, unde se cerea ca viciul să fi existat la data contractării, motivat de faptul că caeastă condiţie este considerată o consecinţă a trasmiterii riscurilor la cumpărător din momentul închierii contractului de vânzare[1].

Noul Cod civil marchează o schimbare în materia transferului riscului în contractele translative de proprietate, acesta fiind corelat cu momentul predării bunului, ceea ce se reflectă inclusiv în condiţia din 1707 alin. (3) NCC ca viciul sau cauza lui să fi existat la momentul predării bunului. Astfel, pe lângă art. 558 NCC în baza căruia proprietarul suportă riscul pieirii bunului, dacă acesta n-a fost asumat de o altă persoană sau dacă prin lege nu se dispune altfel, conform art 1274 NCC, în lipsă de stipulaţie contrară, până la predare riscul rămâne în sarcina debitorului obligaţiei de predare, chiar dacă proprietatea a fost transferată dobânditorului; în cazul pieirii fortuite a bunului, debitorul obligaţiei de predare pierde dreptul la contraprestaţie, iar dacă a primit-o, este obligat să o restituie. Prin excepţie, creditorul pus în întârziere preia riscul pieirii fortuite a a bunului şi nu se poate libera chiar dacă ar dovedi că bunul ar fi pierit şi dacă obligaţia de predare ar fi fost executată la timp.

Spre deosebire de garanţia contra viciilor bunului vândut, în cazul garanţiei pentru buna funcţionare nu se cere condiţia ca defecţiunea să fi existat la data predării bunului (sau la data încheirii contractului) deoarece vânzătorul răspunde pentru orice defecţiune intervenită în termenul de garanţie.

Vânzătorul răspunde pentru buna funcţionare a bunului vândut doar în cazul în care cumpărătorul şi-a executat propria obligaţie de a folosi bunul în conformitate cu

[1] C. Macovei, *op. cit.*, p. 64.

instrucțiunile primite de la vânzător sau producător[1], adică dacă a folosit sau a păstrat bunul în mod corespunzător, conform indicațiilor scrise oferite de vânzător, astfel încât defecțiunea să nu fie imputabilă cumpărătorului. În acest sens, art. 1717 NCC vânzătorul nu datorează garanția pentru buna funcționare dacă există o defecțiune imputabilă cumpărătorului, care a folosit sau a păstrat bunul în mod nepotrivit. Sarcina probei în sensul că defecțiunea este imputabilă cumpărătorului revine vânzătorului și, fiind un fapt juridic, se poate face cu orice mijloc de probă[2], care trebuie să dovedească comportamentul nepotrivit al cumpărătorului în raport de instrucțiunile scrise comunicate. Se poate observa că există o obligație a vânzătorului de a comunica cumpărătorului instrucțiunile scrise de folosire sau păstrarea a bunului în mod corespunzător.

În cazul garanției contra viciilor bunului vândut, conform art. 1709 NCC, cumpărătorul care a descoperit viciile ascunse este obligat să le aducă la cunoștința vânzătorului într-un termen rezonabil, stabilit în raport de împrejurări, sub sancțiunea decăderii din dreptul de a cere rezoluțiunea vânzării, iar dacă cumpărătorul este profesionist, iar bunul este mobil corporal, termenul de denunțare a viciilor ascunse este de două zile lucrătoare. Deși expresia „termen rezonabil" este destul de ambiguă, considerăm că legiuitorul a preferat această formulă deoarece este vorba de o situație de fapt, diferită de la caz la caz, pe care o va aprecia instanța în funcție de toate împrejurările concrete.

Deși în cazul garanției pentru buna funcționare a bunului vândut nu există prevederi similare sau o trimitere la art. 1709 NCC care să se aplice în mod corespunzător, considerăm că ar fi utilă o prevedere care să atragă atenția că este necesar ca un cumpărător care a descoperit defecțiunea să o comunice cât mai repede vânzătorului, într-un termen rezonabil.

În cazul garanției pentru buna funcționare a bunului vândut, Noul Cod civil conține dispoziții referitoare la comunicarea defecțiunii în art. 1718, conform cărora, ca regulă, cumpărătorul trebuie să comunice defecțiunea înainte de împlinirea termenului de garanție, sub sancțiunea decăderii din dreptul de garanție. Prin excepție, dacă există motive obiective pentru care comunicarea nu a putut fi făcută în termenul de garanție, cumpărătorul are obligația de a comunica defecțiunea într-un termen rezonabil de la data expirării termenului de garanție. Trebuie observat că regula și excepția din art. 1718 alin. (1) NCC se aplică și în cazul în care vânzătorul a garantat că bunul va păstra un timp determinat anumite calități, conform alin. (2).

Cu privire la aceste dispoziții analizate, nu trebuie confundat momentul descoperirii viciului cu momentul comunicării viciului, respectiv momentul descoperirii defecțiunii cu momentul comunicării defecțiunii. În acest sens, prevederile analizate mai sus se referă la cerințele privind momentul comunicării viciului, respectiv la cele privind momentul comunicării defecțiunii. Considerăm util de analizat în continuare cerințele privind termenul în care viciul poate să se ivească pentru existența obligației de garanție contra viciilor ascunse, respectiv termenul în care poate să se ivească defecțiunea pentru existența obligației de garanție pentru buna funcționare.

---

[1] În sensul că există o obligație proprie a cumpărătorului de a folosi bunul conform instrucțiunilor producătorului, a se vedea F. Moțiu, *op. cit.*, p. 87; L. Stănciulescu, *op. cit.,* p. 174.

[2] În același sens, G. Gheorghiu în F. A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei, *op. cit.*, p. 1780; Marcel Gavriș în Colectiv, *Noul Cod civil. Comentarii, doctrină, jurisprudență*, vol. III, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 75; Dragoș Nicolae Dumitru în Colectiv, *Noul Cod civil. Note..., op. cit.*, p. 638; Pentru opinia că există o prezumție în sensul că bunul fost folosit de cumpărător conform instrucțiunilor, a se vedea F. Moțiu, *op. cit.*, p. 87.

În acest sens, conform art. 2531 NCC, prescripția dreptului la acțiune pentru viciile ascunse (termenul de prescripție este de 3 ani, indiferent de bun sau reaua credință a vânzătorului, spre deosebire de reglementarea anterioară când exista un termen de prescripție de 6 luni în cazul vânzătorului care nu a ascuns viciul cu viclenie și un termene de 3 ani în cazul viciilor ascunse cu viclenie) începe să curgă de la împlinirea unor termene legale de garanție, cu excepția cazului în care viciul este descoperit mai înainte, caz în care prescripția va începe să curgă de la data descoperirii. Termenele legale de garanție sunt de 1 an de la data predării sau recepției finale a bunului sau a lucrării, de 3 ani în cazul construcțiilor, iar pentru executarea unor lucrări curente (termene care prezintă interes în materia contractului de antrepriză), termenele sunt de 1 lună, respectiv 3 luni în cazul construcțiilor. Termenele legale de garanție (1 an, respectiv 3 ani) reprezintă termenele în care viciile ascunse trebuie să se ivească.

Termenele legale de garanție reprezintă termene în cadrul cărora pot fi descoperite viciile[1], iar termenul de prescripție de 3 ani poate curge de la momentul descoperirii viciului, ca moment subiectiv, respectiv de la data expirării termenului de garanție de 1 an/3 ani de la data predării, ca moment obiectiv.

Termenele de garanție de 1 an, respectiv 3 ani în cazul construcțiilor și de 1 lună, respectiv 3 luni în cazul construcțiilor pentru lucrări curente se aplică și în cazul lipsei calităților convenite ori al lipsurilor cantitative, însă numai dacă oricare din aceste lipsuri nu puteau fi descoperite, fără cunoștințe de specialitate, printr-o verificare normală [conform art. 2531 alin. (3) NCC].

Dispozițiile art. 2531 NCC și termenele prevăzute de acest articol, aplicabile în cazul garanției pentru vicii ascunse, se aplică conform alin. (6), în mod corespunzător, și în cazul produselor pentru care s-a prevăzut un termen de valabilitate, precum și în cazul bunurilor sau lucrărilor pentru care există un termen de garanție pentru buna funcționare.

Astfel, în cazul garanției pentru buna funcționare a bunului vândut, termenele legale de garanție în cadrul cărora poate fi descoperită defecțiunea care atrage răspunderea vânzătorului sunt de 1 an de la data predării sau recepției finale a bunului sau a lucrării, respectiv de 3 ani în cazul construcțiilor. De la data descoperirii defecțiunii sau de la data împlinirii termenelor de garanție începe să curgă prescripția dreptului la acțiuni pentru buna funcționare (termen de prescripție de 3 ani).

Efectele garanţiei pentru buna funcţionare a bunului vândut. Delimitări față de obligația de garanție contra viciilor

În cazul garanției contra viciilor bunului vândut[2], conform art. 1710 NCC, cumpărătorul poate obține, după caz, înlăturarea viciilor de către vânzător sau pe cheltuiala sa, dacă acest lucru este posibil și nu afectează interesele cumpărătorului; înlocuirea bunului vândut cu un bun de același fel, lipsit de vicii, ca posibilitatea nou

[1] C. Macovei, *op. cit.*, p. 66.

[2] Pentru analiza efectelor garanției contra viciilor conform Codului civil anterior, a se vedea F. Deak, *op. cit.*, p. 88-92; D. Chirică, *op. cit.*, p. 425-437; I. Dogaru, E.G. Olteanu, L.B. Săuleanu, *op. cit.*, p. 155-159; C. Macovei, *op. cit.*, p. 65-67; S. Cărpenaru, L. Stănciulescu, V. Nemeș, *op. cit.*, p. 48-49; C. Toader, *op. cit.*, p. 78-79; Pentru analiza efectelor garanției contra viciilor conform Noului Cod civil, a se vedea G. Boroi, L. Stănciulescu, *op. cit.*, p. 384-385; F. Moțiu, *op. cit.*, p. 83-86; D. Florescu, *op. cit.*, p. 61-62; I. Turcu, *op. cit.*, p. 359-361; T. Prescure, *op. cit.*, p. 74-76; Pentru analiza efectelor garanției contra viciilor în dreptul francez, a se vedea P. Malaurie, L. Aynès, P.Y. Gautier, *op. cit.*, p. 233-237.

introdusă în Noul Cod civil; reducerea corespunzătoare a preţului (acţiune estimatorie, *actio estimatoria/actio quanti minoris*); rezoluţiunea vânzării (acţiunea redhibitorie, *actio redhibitoria*). Mai mult, în funcţie de gravitatea viciilor şi de scopul pentru care contractul a fost încheiat, precum şi de alte împrejurări, la cererea vânzătorului instanţa poate dispune o altă măsură, dintre cele admise de lege, decât cea solicitată de cumpărător.

Întinderea garanţiei diferă în funcţie de buna sau reaua credinţă a vânzătorului: în cazul în care vânzătorul cunoştea viciile bunului vândut (vânzător de rea credinţă), acesta poate fi obligat la plata daunelor interese pentru repararea întregului prejudiciu cauzat, dacă este cazul şi dacă cumpărătorul reuşeşte să facă proba că vânzătorul cunoştea viciile; în cazul în care vânzătorul nu cunoştea viciile bunului vândut (vânzător de bună credinţă) şi s-a dispus reducerea corespunzătoare a preţului sau rezoluţiunea vânzării, vânzătorul este obligat să restituie doar preţul şi cheltuielile făcute cu prilejul vânzării, în tot sau în parte, după caz.

În mod asemănător cu posibilitatea existentă în cazul garanţiei contra viciilor bunului vândut de a se lua măsura înlăturării viciilor de către vânzător sau pe cheltuiala acestuia [art. 1710 alin. (1) lit. a NCC], în cazul garanţiei pentru buna funcţionare a bunului vândut, în cazul oricărei defecţiuni ivite în cadru termenului de garanţie, se poate lua măsura obligării vânzătorului de a repara bunul pe cheltuiala sa [art. 1716 alin. (1) NCC], dacă acest lucru este posibil şi nu afectează interesele cumpărătorului.

La fel ca în cazul garanţiei contra viciilor bunului vândut, unde se poate lua măsura înlocuirii bunului vândut cu un bun de acelaşi fel, lipsit de vicii [art. 1710 alin. (1) lit. b NCC], în cazul garanţiei pentru buna funcţionare a bunului vândut, se poate lua măsura înlocuirii bunului vândut dacă reparaţia bunului este imposibilă sau dacă durata reparaţiei depăşeşte timpul stabilit prin contract sau prin legea specială sau, în lipsa unui astfel de termen, într-un termen de 15 zile de la data când cumpărătorul a solicitat repararea bunului corespunzător duratei maxime a reparaţiei [art. 1716 alin. (2) NCC][1]. Deşi art. 1716 alin. (2) NCC indică „să înlocuiască bunul vândut", interpretarea trebuie făcută în sensul că vânzătorul va fi obligat să înlocuiască bunul vândut cu un bun de acelaşi fel, fără defecţiuni, asemănător cu măsura înlocuirii bunului vândut în cazul existenţei viciilor ascunse.

Similar cu posibilitatea existentă în cazul garanţiei contra viciilor bunului vândut de a se lua măsura rezoluţiunii vânzării [art. 1710 alin. (1) lit. d NCC], cu efectul desfiinţării contractului şi repunerii părţilor în situaţia anterioară (restituirea preţului, restituirea bunului), în cazul garanţiei pentru buna funcţionare a bunului vândut, la cererea cumpărătorului, dacă vânzătorul nu înlocuieşte bunul într-un termen rezonabil, potrivit cu împrejurările, vânzătorul este obligat la restituirea preţului primit în schimbul înapoierii bunului [art. 1716 alin. (3) NCC], cu observaţia că, deşi nu se menţionează expres, restituirea preţului şi restituirea bunului se produc în baza unei acţiuni în rezoluţiune.

Ca diferenţă, trebuie observat că în cazul garanţiei contra viciilor bunului vândut, cumpărătorul poate opta de la început pentru una dintre măsurile puse la dispoziţie de art. 1710 alin. (1) lit. a-d NCC, cu posibilitatea existentă uneori, dacă sunt îndeplinite anumite condiţii, ca instanţa să dispună o altă măsură, în timp ce în cazul garanţiei

[1] Termenul de 15 zile este considerat termen de decădere şi se propune ca acesta să înceapă să curgă de la momentul la care bunul a fost preluat de vânzător sau predat vânzătorului pentru constatarea defecţiunii. M. Gavriş, Colectiv, *Noul Cod civil...,op. cit.*, p. 75.

pentru pentru buna funcționare a bunului vândut art. 1716 NCC indică o ordine a măsurilor care pot fi dispuse[1]: mai întâi, reparația bunului; apoi dacă aceasta primă măsură este imposibilă sau depășește termenul indicat, se poate lua măsura înlocuirii bunului; în final, dacă nici măsura înlocuirii nu poate fi luată în termen rezonabil, se va dispune restituirea prețului primit și înapoierea bunului (în baza rezoluțiunii). Pe lângă această observație trebuie menționat că din categoria măsurilor indicate de art. 1716 NCC care pot fi luate în cazul garanției pentru buna funcționare a bunului vândut lipsește posibilitatea de a lua măsura reducerii corespunzătoare a prețului, așa cum apare în categoria măsurilor care pot fi luate în cazul garanției contra viciilor lucrului vândut și se poate ridica întrebarea care a fost motivul pentru care legiuitorul nu a considerat necesară indicarea acestei măsuri. Nu considerăm că măsura obligării vânzătorului la restituirea prețului primit din art. 1716 alin. (3) NCC acoperă și ipoteza reducerii corespunzătoare a prețului deoarece restituirea prețului primit se realizează în schimbul înapoierii bunului, ceea ce corespunde rezoluțiunii. La fel, considerăm că poate ar fi utilă introducerea și în cazul garanției pentru buna funcționare a unei prevederi similare cu cea din art. 1711 NCC din materia garanției contra viciilor bunului, referitoare la posibilitatea de a lua măsura desființării contractului numai în parte în cazul în care instanța consideră aplicabilă măsura rezoluțiunii vânzării din art. 1710 alin. (1) lit. d NCC, în ipoteza în care viciile nu afectează toate bunurile vândute, ci doar o parte dintre acestea și se poate realiza o separare a bunurilor, fără pagubă pentru cumpărător.

Sub aspectul normelor de aplicare în timp, în cazul garanției contra viciilor bunului vândut conform art. 121 din Legea nr. 71/2011[2], dispozițiile din art. 1710 NCC referitoare la efectele garanției, din art. 1711 referitor la posibilitatea desființării contractului în parte în situația în care viciile nu afectează toate bunurile vândute, cele din art. 1712 alin. (2) NCC privind obligarea vânzătorului care nu a cunoscut viciile lucrului (cel de bună credință) la plata doar a prețului și a cheltuielilor făcute cu prilejul vânzării, precum și cele din art. 1713 NCC se aplică și în cazurile în care viciile ascunse au fost descoperite după data intrării în vigoare a Codului civil.

Dispozițiile art. 1717 NCC derogă de la regula legii aplicabile[3] deoarece conform art. 122 din Legea nr. 71/2011 se aplică și contractelor încheiate înainte de data intrării în vigoare a Codului civil, în cazul în care comportamentul cumpărătorului care pricinuiește defecțiunea intervine după această dată.

---

[1] În același sens, se consideră că există regula (repararea bunului) și două excepții, a se vedea G. Gheorghiu în F. A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei, *op. cit.*, p. 1779-1780; La fel, se susține că cele trei măsuri prevăzute de art. 1716 NCC nu sunt alternative, iar cumpărătorul nu poate alege între acestea, uneori vânzătorul fiind cele care determină luarea unei măsuri prin acțiunea sau inacțiunea sa. F. Moțiu, *op. cit.*, p. 87; Pentru opinia conform căreia, în cazul garanției contra viciilor, cumpărătorul are dreptul de a alege una dintre măsurile admise de lege, a se vedea F. Deak, 2006, *op. cit.*, p. 118; D. Chirică, p. 425-427; I. Dogaru, E. G. Olteanu, L. B. Săuleanu, *op. cit.*, p. 156; Uniunea Națională a Notarilor Publici din România, *Codul civil al României. Îndrumar notarial*, vol. II, Ed. Monitorului Oficial R.A., București, 2011, p. 36; Pentru soluția existenței unui drept de opțiune pentru cumpărător în dreptul francez în cazul garanției pentru vicii, a se vedea P. Malaurie, L. Aynès, P.Y. Gautier, *op. cit.*, p. 232.

[2] Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil, publicată în Monitorul Oficial nr. 409 din 10 iunie 2011.

[3] L. Stănciulescu, *op. cit.*, p. 174.

Concluzii

Pe lângă obligația de garanție contra evicțiunii și în mod distinct de obligația de garanție contra viciilor ascunse ale lucrului vândut, respectiv cea de garanție contra viciilor aparente ale lucrului vândut, Noul Cod civil reglementează obligația de garanție pentru buna funcționare a bunului vândut în cazul apariției unor defecțiuni în termenul de garanție, în cazul în care vânzătorul și-a asumat această obligație. Între garanția contra viciilor ascunse ale lucrului vândut și garanția pentru buna funcționare a bunului vândut există diferențe, însă cele două garanții pot opera împreună.

Bibliografie

1.Boroi, Gabriel, Stănciulescu, Liviu, *Instituții de drept civil*, Editura Hamangiu, 2012;

2.Cărpenaru, Stanciu, Sănciulescu, Liviu, Nemeș, Vasile, *Contracte civile și comerciale (cu modificările aduse de Codul civil 2009)*, Editura Hamangiu, București, 2009;

3.Chirică, Dan, *Tratat de drept civil. Contracte speciale. Vol I. Vânzarea și schimbul*, Editura CH Beck, București, 2008;

4.Deak, Francisc, *Tratat de drept civil. Contracte speciale,* Edirura Universul Juridic, București, 2001;

5.Deak, Francisc, *Tratat de drept civil. Contracte speciale,* Vol. I, Ediția a IV-a actualizată de Lucian Mihai, Romeo Popescu, Editura Universul Juridic, București, 2006;

6.Dogaru, Ion, Olteanu, Edmond Gabriel, Săuleanu, Lucian Bernd, *Bazele dreptului civil, Volumul IV, Contracte speciale*, Editura CH Beck, București, 2009;

7.Dumitru, Dragoș Nicolae în Colectiv, *Noul Cod civil. Note. Corelații. Explicații*, Editura CH Beck, București, 2011;

8.Florescu, Dumitru, *Contractele civile*, Editura Universul Juridic, București, 2011;

9.Gavriș, Marcel în Colectiv, *Noul Cod civil. Comentarii, doctrină, jurisprudență*, vol. III, Editura Hamangiu, București, 2012;

10.Gheorghe, Anca Nicoleta, Spasici, Camelia, Arjoca, Dana Simona, *Dreptul consumației*, Editura Hamangiu, 2012;

11.Gheorghiu, Gheorghe în Flavius-Antoniu Baias, Eugen Chelaru, Rodica Constantinovici, Ioan Macovei (coordonatori), *Noul Cod civil. Comentariu pe articole*, Editura C.H. Beck, București, 2012;

12.Macovei, Codrin, *Contracte civile,* Editura Hamangiu, București, 2006;

13.Malaurie, Philippe Aynès, Laurent, Gautier, Pierre Yves, *Drept civil. Contractele speciale*, Editura Wolters Kluwer, București, 2009;

14.Moțiu, *Contracte speciale în Noul Cod civil*, Editura Universul Juridic, București, 2011;

15.Prescure, Titus, *Curs de contracte civile,* Editura Hamangiu, București, 2012;

16.Stănciulescu, Liviu, *Curs de drept civil. Contracte*, Editura Hamangiu, București, 2012;

17.Toader, Camelia, *Drept civil. Contracte speciale*, Editura CH Beck, București, 2008;

18.Turcu, Ion, *Noul Cod civil. Cartea a V-a. Comentarii și explicații*, Editura CH Beck, București, 2012;

19.Uniunea Națională a Notarilor Publici din România, *Codul civil al României. Îndrumar notarial*, vol. II, Editura Monitorului Oficial R.A., București, 2011;

20.Uță, Lucia, *Contractele speciale în noul Cod civil*, Editura Hamangiu, 2012.

Ce înseamnă falimentul personal și cum funcționează acesta

Cristian ***DRĂGHICI****

Abstract: *O problemă stringentă a zilelor noastre o constituie dificultăţile reale cu care se confruntă persoanele fizice în executarea obligaţiilor asumate, în concret, plata datoriilor constând în creditele şi împrumuturile contractate. În acest context se naşte întrebarea firească: care sunt pârghiile legale de care poate uza o persoană fizică ajunsă în pragul colapsului financiar pentru a-şi îndeplini obligaţiile asumate? Până la acest moment au existat trei propuneri legislative în ţara noastră în ceea ce priveşte falimentul persoanei fizice. Toate aceste propuneri s-au bazat practic pe legea falimentului, respectiv Legea nr. 85/2006. Teoretic, aşa cum se menţionează în proiectele de lege amintite anterior, debitorul se prezintă în faţa instanţei care îl poate declara insolvent, la cererea şa sau la cererea creditorilor. Aflat în stare de insolvenţă, debitorul poate propune un plan prin care datoriile sale către creditori vor fi plătite, plan desfăşurat sub supravegherea unui administrator judiciar şi a controlului periodic al instanţei, altfel este declarat falit. Cele mai lipsite de protecţie juridică în realitate sunt persoanele fizice, iar nu cele juridice. În timp ce profesioniştii au la îndemâna mai multe mijloace de informare şi de regulă o pregătire superioară, persoanele fizice sunt puse de multe ori în faţa unui contract pe care, din motive obiective şi dintr-o necesitate acută, imperioasa şi de moment, îl semnează fără a avea posibilitatea negocierii clauzelor acestuia. În speţă facem referire în special la contractele de credit bancar. Majoritatea statelor europene au în legislaţia internă reglementat falimentul persoanei fizice. Şi în ţara noastră, creditele neperformante şi problemele cu plata ratei lunare, care erau lucruri rar întâlnite în anii de „boom" al creditului au generat la momentul 2008 un proiect de lege în acest sens. Din păcate, opoziţia Băncii Mondiale şi a FMI au influenţat în mod negativ promulgarea proiectului de lege.*

Cuvinte cheie: faliment, persoană fizică, insolvență, proiect de lege, debitor

Capitolul I. Reglementări în materia insolvenței

1.1. Codul insolvenței

Guvernul României a adoptat cu ceva vreme în urma ordonanţa de urgenţă privind noul Cod al Insolvenței. Este vorba despre OUG nr. 91/2013 **privind procedurile de prevenire a insolvenței şi de insolvenţă.** Scopul acestui act normativ era unificarea prevederilor legislației insolvenței şi înlesnirea executării silite de către creditori a creanţelor societăţilor româneşti aflate în insolventa. Aceasta ordonanţă de urgenţă a fost publicată în Monitorul Oficial al României la data de 4 octombrie 2013 şi a intrat în vigoare la data de 25 octombrie 2013. Cu toate acestea, a fost atacată la Curtea Constituțională a României, care a concluzionat că modul în care a fost adoptată -

* Asistent universitar drd., Universitatea "Titu Maiorescu" București, Facultatea de Drept Tg-Jiu.

respectiv prin ordonanţa de urgenţă - a fost neconstituţional, întrucât nu există nicio urgenţă reală care să justifice "zelul legislativ"[1] al Guvernului.

Aplicarea noului Cod al Insolvenței a fost suspendată imediat după publicarea hotărârii Curții Constituționale, la data de 1 noiembrie 2013. Prin urmare, noul Cod al Insolvenței a fost în vigoare numai 7 zile.

Acest Cod al Insolvenței aducea o serie de îmbunătăţiri şi aspecte pozitive la legislaţia privind procedura insolvenței, dar avea şi o serie de lacune.

Fără a mai face vreun comentariu în ceea ce priveşte această prevedere legislativă care a avut o viaţă scurtă, remarcăm totuşi faptul că şi din acest Cod al Insolvenței, a lipsit o reglementare esenţială, şi anume aceea a falimentului persoanei fizice.

Era de aşteptat o astfel de iniţiativa legislativă, dat fiind contextul socio-economic actual şi faptul că persoana fizică a rămas neprotejată şi nu beneficiază de un cadru legislativ care să reglementeze starea de insolvabilitate a acesteia.

O problemă stringenta a zilelor noastre o constituie dificultăţile reale cu care se confrunta persoanele fizice în executarea obligaţiilor asumate, în concret, plata datoriilor constând în creditele şi împrumuturile contractate. În acest context se naşte întrebarea firească: care sunt pârghiile legale de care poate uza o persoană fizică ajunsă în pragul colapsului financiar pentru a-şi îndeplini obligaţiile asumate? Până la acest moment au existat trei propuneri legislative în ţara noastră în ceea ce priveşte falimentul persoanei fizice. Toate aceste propuneri s-au bazat practic pe legea falimentului, respectiv Legea nr. 85/2006.

Cele mai lipsite de protecţie juridică în realitate sunt persoanele fizice, iar nu cele juridice. În timp ce profesioniştii au la îndemâna mai multe mijloace de informare şi de regulă o pregătire superioară, persoanele fizice sunt puse de multe ori în faţa unui contract pe care, din motive obiective şi dintr-o necesitate acută, imperioasa şi de moment, îl semnează fără a avea posibilitatea negocierii clauzelor acestuia.

1.2. Falimentul persoanei fizice în legislaţia europeană

Majoritatea statelor europene au în legislaţia internă reglementat falimentul persoanei fizice.

Prima ţară care a introdus o astfel de lege a fost Danemarca - în 1984 - după care au urmat Franţa, Germania, Austria, Belgia, Marea Britanie, Olanda, Italia şi Spania. Dintre noile state membre, Estonia şi Cehia dispun de un cadru legislativ similar, conform unui raport al Consiliului Europei.

Insolvenţa este definită în legea suedeză privind falimentul (1987:672), drept imposibilitatea unei persoane de a-şi plăti datoriile în mod corespunzător, această incapacitate nefiind temporară. Persoanele aflate în imposibilitate de plată pot fi declarate în stare de faliment (*i konkurs*), indiferent de natura acestora - persoane fizice sau juridice.[2]

Atât societăţile comerciale, cât şi persoanele fizice pot încheia în mod *voluntar acorduri* cu creditorii în vederea reducerii datoriilor. Astfel de acorduri nu sunt reglementate în mod special prin lege, dar sunt tratate în acelaşi mod ca şi alte tipuri de acorduri.

Societăţile comerciale pot solicita *reorganizarea* (*rekonstruktion*), în temeiul Legii privind reorganizarea întreprinderilor (1996:764). Procedura de reorganizare poate fi

[1] http://www.hotnews.ro.

[2] http://ec.europa.eu/civiljustice/bankruptcy/bankruptcy_swe_ro.htm.

utilizată doar în cazul în care societatea se află în incapacitate de a-şi plăti datoriile a căror scadenţă a fost depăşită ori se va afla în imposibilitate de a face acest lucru în viitor. De asemenea, trebuie să existe motive întemeiate pentru a considera că reorganizarea îşi poate atinge obiectivul. Debitorul trebuie să fie în capacitatea de solicitant al reorganizării ori să fi fost de acord cu cererea de reorganizare.

Atât falimentul, cât şi reorganizarea permit încheierea unui acord cu creditorii în temeiul căruia urmează să se achite doar o parte a datoriei. Un astfel de acord poate fi benevol, însă poate fi dispus, de asemenea, de instanţă, situaţie în care acordul este obligatoriu pentru toţi creditorii (concordatul public).

Persoanele fizice pot solicita *restructurarea datoriei* (*skuldsanering*) în temeiul Legii privind restructurarea datoriilor (2006:548). Condiţiile sunt următoarele: persoană trebuie să aibă reşedinţa în Suedia, trebuie să aibă datorii atât de mari încât este exclusă posibilitatea ca aceasta să-şi poată achita datoriile în viitorul apropiat şi restructurarea datoriei este soluţia necesară.

În legislaţia Greciei Insolvenţa este situaţia în care pasivele unei persoane depăşesc activele acesteia, iar persoana respectivă nu poate plăti creditorii. Procedurile anterioare intrării în stare de insolvenţă (preventive) sunt procedurile prin care se obţine o măsură provizorie sau un anunţ de participare la procedura privind declararea în stare de faliment. Procedurile formale sunt falimentul, lichidarea specială, administrarea temporară, gestionarea şi administrarea de către creditori şi reorganizarea judiciară a societăţii, astfel încât să se ajungă la un compromis cu creditorii.

Pot fi declarate în stare de faliment atât persoanele fizice cât şi societăţile, însă numai societăţile pot fi trecute în lichidare specială ori pot fi puse sub administrare temporară de către creditori sau reorganizare judiciară. Pentru a putea fi declarat în stare de faliment, un om de afaceri trebuie să fi încetat plata datoriilor societăţii sau să fi declarat că plăţile sunt suspendate, iar instanţa trebuie să pronunţe o hotărâre judecătorească.

O cerere poate fi depusă de orice creditor care face dovada creanţei sale în scris. O societate poate fi trecută în lichidare specială la cererea a 51% din creditorii săi, ale căror creanţe sunt înregistrate în registrele societăţii. În vederea deschiderii procedurilor de lichidare specială, societatea trebuie să fi suspendat sau încetat activitatea comercială, să fi încetat plăţile, să fie în stare de faliment sau să fie pusă sub gestionarea şi administrarea creditorilor săi sau trebuie să fie pusă sub administrare sau lichidare temporară, cu excepţia cazului în care bunurile sale principale şi de producţie au fost scoase la licitaţie şi societatea se află în mod evident în imposibilitatea de a-şi plăti datoriile a căror scadenţă a fost depăşită.

O societate poate fi trecută în lichidare specială, în aceleaşi condiţii, la cererea a 20% din creditorii săi, caz în care este desemnat un administrator special. În aceleaşi condiţii, creditorii a căror creanţe sunt raportate în registrele societăţii şi în conturile anuale pentru ultimul exerciţiu financiar sau chiar societatea pot solicita, de asemenea, desemnarea unui destinatar care să intermedieze încheierea unui acord între creditori şi societate, prin care să reglementeze ori să limiteze datoriile acesteia.

Se poate adopta o hotărâre prin care societatea să fie pusă sub gestionarea şi administrarea creditorilor săi atunci când se stabileşte faptul că plăţile au încetat, a fost depusă o cerere de către 55% din creditorii raportaţi în registre şi a fost înfiinţat un comitet special în cadrul Băncii Greciei. Administratorul temporar ia măsurile necesare

pentru continuarea activităţii şi convoacă şedinţa acţionarilor în vederea adoptării unei hotărâri prin care societatea să fie pusă sub gestionarea şi administrarea creditorilor săi.[1]

Capitolul II. Insolvabilitatea persoanei fizice

2.1. Teoria impreviziunii în noul Cod civil

În legislaţia ţării noastre nu exista o reglementare expresă a acestei instituţii a insolvenței persoanei fizice.

Noul Cod civil reia în dispoziţiile art. 1.271 propunerile avansate de doctrina anterior anului 2011, precum şi reglementarea din codurile şi legiferările expuse în capitolele anterioare. Astfel, textul art. 1271, la alin. (1) şi 2, stipulează că „Părţile sunt ţinute să îşi execute obligaţiile, chiar dacă executarea lor a devenit mai oneroasa, fie datorită creşterii costurilor executării propriei obligaţii, fie datorită scăderii valorii contraprestaţiei.

Cu toate acestea, dacă executarea contractului a devenit excesiv de oneroasa datorită unei schimbări excepţionale a împrejurărilor care ar face vădit injusta obligarea debitorului la executarea obligaţiei, instanţă poate să dispună:

a) adaptarea contractului, pentru a distribui în mod echitabil intre părţi pierderile şi beneficiile ce rezulta din schimbarea împrejurărilor;

b) încetarea contractului, la momentul şi în condiţiile pe care le stabileşte. „[2]

Aplicarea impreviziunii se referă la faptul că toate contractele afectate de situaţii neprevăzute vor produce alte efecte decât cele stabilite iniţial de părţi.

Art. 1271 recunoaşte posibilitatea instanţei de judecată de a interveni în executarea contractului, modificând acele prestaţii care, din motive excepţionale, au devenit mult prea oneroase pentru una dintre părţi. Astfel, se recunoaşte ceea ce în literatură şi în practica noastră, precum şi în legislaţia altor state, poartă denumirea de teoria impreviziunii.[3]

Similar clauzei de hardship, impreviziunea constituie o excepţie de la principiul *pactasuntservanda,* care se aplică, în general, în cazul contractelor sinalagmatice, cu executare succesivă sau afectate de un termen suspensiv, comutative şi cu titlu oneros. Cu toate acestea, legislaţia noastră face aplicarea teoriei impreviziunii cazul unor acte cu titlu gratuit (de exemplu, este cazul Legii nr. 195/2001 a voluntariatului), iar jurisprudenţa franceză a recunoscut posibilitatea aplicării impreviziunii şi în cazul actelor aleatorii, când elementul aleatoriu este străin de schimbarea circumstanţelor care au dus la perturbarea echilibrului contractual.

Din enunţul textuluii de lege se desprind caracterele impreviziunii.

Astfel, impreviziunea operează, contrar unor critici din doctrină, doar în cazul contractelor cu titlu oneros.

Impreviziunea este o problemă de ordin economic şi financiar – ea este urmarea fluctuaţiilor monetare şi implicit a preţurilor sau a altor împrejurări care fac excesiv de oneroasă executarea contractului de către una din părţi;

---

[1] http://ec.europa.eu/civiljustice/bankruptcy/bankruptcy_gre_ro.htm.

[2] Noul Cod Civil - Art. 1271 alin. (1) și (2).

[3] C.S. Rîcu, C.T. Ungureanu, G.C. Frentiu, G. Răducan, D. Zeca, Gh. Durac, D.M. Cigan, D. Călin, T.V. Rădulescu, I. Ninu, A. Bleoancă – *Noul Cod Civil. Comentarii, doctrina și jurisprudenta* Vol II, Ed. Hamangiu, Bucuresti, 2012, p. 585.

Nu în ultimul rând, paguba pe care o suferă sau este pe cale de a o încerca o parte contractantă, rezultată din dezechilibrul prestaţiilor, intervine întotdeauna după momentul încheierii contractului.[1]

Evident, se naşte întrebarea care sunt modalităţile concrete de adaptare a contractului la noile circumstanţe.

Soluţia cea mai firească şi mai facilă ar fi, desigur, aceea că părţile, pe cale amiabilă, să renegocieze contractul, în sensul adaptării acestuia la factorii imprevizibili născuţi după încheierea contractului sau, pe care părţile nu au avut cu putinţă să-i cunoască, chiar dacă aceşti factori existau la momentul încheierii contractului.

Şi până la reglementarea instituţiei impreviziunii, părţile aveau pârghii legale pentru a preveni o schimbare a echilibrului contractual. În cazul contractelor de închiriere, de regulă, preţul chiriei se stabileşte pe o anumită perioadă de timp, acest preţ urmând a fi renegociat sau indexat periodic, tocmai în raport de fluctuaţiile monedei unice europene sau a economiei ţării.

Un alt mijloc prin care părţile contractante puteau să prevină un dezechilibru viitor al contraprestaţiilor este şi clauză de hardship.

Soluţia asupra căreia s-a oprit legiuitorul însă, nu este aceea a revizuirii convenţionale a contractului, ci aceea a revizuirii contractului şi stabilirii echilibrului intre părţi de către judecător.

2.2. Cum ar putea funcţiona falimentul personal

Dificultăţile financiare întâmpinate de persoanele fizice nu ar trebui să ducă la executarea silită a bunurilor celor în cauză decât în cazul falimentului, abia după ce planul de redresare elaborat în cadrul procedurilor de insolvenţă a persoanei fizice a eşuat.

Similar reglementarilor legislative din ţările europene, o lege a falimentului persoanei fizice trebuie gândită şi elaborată în concordanţă cu realitatea socio-economica a zilelor noastre. Nu este posibilă o transpunere efectivă a legislaţiei europene în materie fără o armonizare a acestei legislaţii cu cea a ţării noastre.

De aceea, din punctul de vedere al autorului, cea mai pragmatică soluţie de identificare a pârghiilor legale pentru protecţia persoanei fizice falite ar trebui să pornească de la reglementarea instituţiei insolvenței persoanei juridice, ce-şi are în prezent legiuirea în dispoziţiile Legii nr. 85/2006.

La fel ca şi în actul normativ enunţat, va trebui elaborat un prag minimal al datoriei, prag la care să poată fi ddeclansata procedura insolvenței asupra persoanei fizice. Şi pentru a se evita un eventual abuz de drept, acest prag minimal ar trebui impus atât pentru cererea de deschidere a procedurii insolvenței formulată de creditori, cât şi pentru cea formulată de debitorul aflat în imposibilitate de plată. Acest aspect era prevăzut în Codul insolvenței, la care am făcut trimitere în partea de început a lucrării, constituind un element de noutate şi pentru persoanele juridice, în sensul că valoarea prag a creanţei era obligatorie şi în cazul formulării cererii de deschidere aprocedurii de către debitor.

În ceea ce priveşte cuantumul datoriilor de la care poate fi declanşată procedura insolvenței asupra persoanei fizice, ar putea exista mai multe variante, în sensul că acesta poate fi unul fix sau un multiplu al venitului pe economie.

---

[1] Liviu Pop, Ionut-Florin Popa, Stelian Ioan Vidu – "*Tratat elementar de drept civil. Obligațiile*", Ed. Universul Juridic, Bucuresti, 2012,p. 154.

Aşa cum şi în alte ramuri de drept se are ca şi reper venitul mediu sau minim pe economie, pe o perioadă de, spre exemplu, şase luni, şi în cazul de fata media venitului lunar al persoanei fizice poate constitui un reper pentru stabilirea valorii prag a creanţei.

Pentru a avea eficientă şi un maxim de randament, de asemenea şi în situaţia persoanei fizice perioada de insolvenţă (atât reorganizare, cât şi faliment) nu ar trebui să depăşească 1-2 ani de la data confirmării planului, respectiv de la data pronunţării sentinţei de faliment.

Evident raţiunea acestei propuneri se bazează pe etapele reglementate prin analogie cu cele stabilite de actuala Lege nr. 85/2006.

O lege a falimentului persoanei fizice ar avea ca şi scop nu numai crearea pârghiilor de redresare sau ajutorare a debitorului persoana fizică aflată în imposibilitate de a-şi achita datoriile certe, lichide şi exigibile, ci şi „ educarea" în sensul responsabilizării şi a creditorilor.

Creditorii trebuie să accepte responsabilitatea unei creditări iresponsabile sau nepotrivite care a „ajutat" la crearea stării de supra-îndatorare a debitorului. În consecinţă, aceşti creditori ar trebui să suporte o parte din risc, având sarcina să contribuie la rezolvarea acestei probleme. Sigur, este firesc că riscul să fie suportat în primul rând de debitor, însă avându-se în vedere clauzele abuzive de multe ori inserate în contracte de către una dintre părţi, care devine creditor, precum şi imposibilitatea reală de negociere a contractului de către cealaltă parte, care devine debitor, o asumare a riscului şi de către creditori în această situaţie nu ar fi o idee de neluat în seamă.

Va fi nevoie de o echilibrare între dreptul la un nou început acordat persoanelor juridice de drept privat prin Legea 85/2006 şi persoanele fizice. Acestea din urmă, din cauza unor evenimente neprevăzute (o boală gravă şi de lungă durată, intervenţia unei crize economice, decizii politice neprevăzute etc.), sunt obligate să ducă povara achitării datoriilor acumulate din acea cauză. De exemplu, din cauza situaţiei economice nefavorabile, mulţi cetăţeni români care au luat credite acordate lejer în anii trecuţi, se află acum în situaţie de supraîndatorare şi imposibilitate de plată. Un motiv este şi disponibilizarea de personal la care au fost nevoiţi să recurgă în această perioadă numeroşi agenţi economici

Exonerarea totală de datorii (debt cancellation) nu poate să fie un drept şi în niciun caz un efect automat al declarării stării de supraîndatorare, dar ar trebui prezumat ca o persoană care cere în acest fel şi pentru acest motiv protecţia tribunalului (sau a autorităţilor) trebuie să aibă parte de acest efect, cu excepţia cazului în care un creditor ar putea proba, într-o perioadă de timp limitată, dar rezonabilă, că persoana în cauză este de rea-credinţă.

Aşadar se pune problema debitorului de bună credinţă şi a celui de rea credinţă. Exista în prezent la nivel european o serie de dezbateri în această privinţă, dezbateri ce ar trebui avute în vedere şi preluate şi de legislativul intern al ţării noastre.

Debitorul poate evita insolvenţa sau ieşi din insolvenţă printr-un program de plată prin care acesta promite să ramburseze o parte din datoriile sale, iar creditorii sunt de acord să anuleze restul.

Restructurarea datoriei se poate face prin înlocuirea unui contract sau a unui set de contracte, care nu mai pot fi executate în condiţii rezonabile, cu contracte consolidate care pot fi executate (refinanţare). Restructurarea contractului prin prelungirea termenelor, unită cu reducerea ratelor pe termen scurt şi reducerea expunerii, a

răspunderii nelimitate, prin vânzarea voluntară a bunului ipotecat sau prin mutarea debitorului într-o casă mai ieftină pot fi alte soluţii la fel de viabile.[1]

În afara acordării unor termene de graţie de către creditori ar mai trebui luate în calcul şi exonerare totală sau parţială de datorie, reducerea sau îngheţarea costurilor (dobânzi, comisioane, penalităţi etc.), darea în plată a bunurilor ipotecate, cu efectul stingerii restului de creanţe rămase neacoperite.

O insolvenţă sau un faliment controlat ar elimina şi această facilitate non-concursuală şi non-concurenţială acordată băncilor, dar şi riscul practicilor abuzive ale firmelor de colectare a creanţelor. Pentru a depăşi criza de legitimitate a dreptului Uniunii Europene sunt necesare măsuri legislative de tipul directivelor (un set de principii de reglementare a insolvenţei particularilor, care, ulterior, să fie implementate în dreptul intern al statelor membre) sau al regulamentelor (direct aplicabile în dreptul intern).

Prin formalizarea într-o lege a falimentului personal s-ar putea ajunge, paradoxal, la reducerea incertitudinii plăţii şi a hazardului moral, "darea în plată a bunurilor ipotecate putând fi utilizată nu doar ca o soluţie pentru o singură datorie garantată cu ipotecă, ci şi ca soluţie a supraîndatorării - multiple datorii, cu sau fără ipoteci aferente, care nu mai pot fi plătite, pot fi stinse prin dare în plată, cu efectul corelativ al stingerii restului de creanţe rămase neacoperite".[2]

În Uniunea Europeană, spre deosebire de Statele Unite şi de Canada, mult timp a existat un stigmat referitor la falimentul persoanelor fizice, însă cu timpul aceste aspecte au fost clarificate şi reglementate. Contrar reticenţei europene, în Statele Unite ale Americii, o ţară a noilor începuturi, s-a dezvoltat un alt spirit: fiecare individ are dreptul să încerce, să greşească fără consecinţe de neşters şi să o ia de la capăt. Acesta este şi motivul pentru care în Statele Unite se aplică falimentul personal încă din 1978.

Concluzii

Respectarea înţelegerii cu partenerii comerciali, oricare ar fi forma pe care o îmbrăca acest acord, este una din regulile pe care se bazează orice economie funcţională.

Această regulă se traducea în plan juridic, până la momentul intrării în vigoare a noului Cod Civil, prin forţa obligatorie a contractului - o dată ce şi-a dat acordul, partea unui contract are o obligaţie juridică să-şi îndeplinească obligatiie asumate, şi nu doar o simplă obligaţie morală.

În viitor, dat fiind şi eşecul suferit de intrarea în vigoare a Codului insolvenţei, opinam că se impune o armonizare a acestui cod la legislaţia europeană, în sensul legiferării şi acestei instituţii a falimentului persoanei fizice.

Posibilităţi reale şi mijloace concrete de creare a pârghiilor legale de întrajutorare a debitorului persoana fizică aflată în stare de insolvabilitate, exista. Calea deschisă de Codul insolvenţei trebuie însă bătătorita cu iniţiative legislative mai hotărâte. Modificarea legislaţiei în materia insolvenţei trebuie să aibă în vedere şi această nouă dimensiune şi perspectivă a falimentului personal. Este cerută de situaţia economică actuală din ţara noastră, este cerută de dezideratul armonizării legislaţiei naţionale la cea europeană şi, în primul rând, este cerută de miile de persoane fizice aflate în dificultate.

[1] http://www.piperea.ro.
[2] http://www.curierulnational.ro/print/192457.

Bibliografie:

1. Brunner Christoph, „Force Majeure and Hardship under General Contract Principles - Exemption for Non-Performance în Internaţional Arbitration”, 2009;
2. C.S. Ricu, C.T Ungureanu, G.C Frentiu, G Raducan, D. Zeca, Gh. Durac, D.M. Cigan, D. Calin, T.V. Rădulescu, I. Ninu, A. Bleoanca – „Noul Cod Civil. Comentarii, doctrină şi jurisprudenţa Vol II, Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2012;
3. Liviu Pop, Ionut-Florin Popă, Stelian Ioan Vidu – “Tratat elementar de drept civil. Obligaţiile”, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2012;
4. Noul Cod Civil;
5. O.U.G. nr. 91/2013;
6. Legea nr. 85/2006;
7. https://e-justice.europa.eu
8. http://ec.europa.eu/civiljustice/bankruptcy

Legea model UNCITRAL și ghidul de aplicare - conosamentul electronic

Tudor ***MARIN****[*]

Abstract*: S-au făcut numeroase eforturi pentru informatizarea conosamentului, pentru introducerea conosamentului electronic ca instrument care să aibă toate funcțiunile pe care le are varianta document, într-o formă acceptabilă pentru comercianți, bancheri, cei care acordă împrumuturi garantate, transportatori și expeditorii mărfii "dar fără să se fi reușit deocamdată eliminarea tuturor riscurilor de fraudă". Caracteristica conosamentelor, negociabilitatea, le permite comercianților să le comercializeze și celor care dau împrumuturile să le folosească ca garanție. Conosamentul îndeplinește trei funcții: este un contract de transport, o dovadă a primirii bunurilor și un titlu de proprietate. Toate cele trei funcții trebuie redate în formă electronică pentru ca, conosamentul electronic să fie acceptat ca substitut al documentului de hârtie. Funcțiile de confirmarea primirii și act doveditor al unui contract de transport pot fi ușor realizate prin mijloace electronice pentru că acestea sunt în mod esențial transfer de informații. Funcția de titlu de proprietate pe care o are conosamentul este funcția esențială care trebuie redată în format electronic și denotă trei folosiri ale conosamentului. Mai întâi, posesia conosamentului reprezintă posesia constructivă și controlul asupra bunurilor pe care le include; în al doilea rând, conosamentul poate fi folosit pentru a transfera proprietatea asupra bunurilor și, în cele din urmă, conosamentul este folosit pentru a furniza garanții pe bunurile pe care le reprezintă. S-a acordat puțină atenție ultimului element al conosamentului, deși unul dintre cele mai dificile obstacole în introducerea conosamentului electronic este acela de a oferi garanții suficiente pentru bunurile pe care le reprezintă. Legile referitoare la transport pot reglementa primele două funcții, dar ultima cade în sfera legilor referitoare la tranzacțiile garantate.*

Cuvinte cheie*: transferabilitate, negociabilitate, proprietate, conosament electronic, sisteme de conosamente electronice.*

§1. Legea model UNCITRAL și ghidul de aplicare

Dezvoltarea extrem de dinamică a comerțului la nivel mondial în special a tranzacțiilor comerciale maritime, generate de diversificarea transportului maritim internațional multimodal și a celui containerizat dar și de rapiditatea efectuării schimburilor comerciale, a impus utilizarea documentelor electronice și elaborarea la nivel mondial a unei legislații unificate pe această temă. Una din problemele majore de implementare a documentelor electronice în activitatea de comerț a constituit-o semnătura electronică pentru autentificarea acestora. În acest sens în 2001, UNCITRAL[1] a adoptat proiectul de Lege model cu privire la

[*] Doctorand, Universitatea Alexandru Ioan Cuza, Facultatea de Drept.

[1] Uniunea Europeană a adoptat Directiva 1999/93/CE privind un cadru comunitar pentru semnăturile electronice. Reglementări similare au fost adoptate de S.U.A. (ex. Digital Signature And

semnătura electronică[1]. Legea model nu are forța juridică prin sine, prevederile sale legale având aplicabilitate juridică numai dacă sunt adoptate în legislațiile naționale. Legea are 12 articole și este însoțită de un Ghid de aplicare.

Legea se aplică atunci când semnăturile electronice sunt folosite în contextul activităților comerciale[2], definind pentru prima dată elementele caracteristice scopului acestei legi, după cum urmează: „semnătura electronică" reprezintă datele din formularul electronic, asociat logic cu un mesaj, ce poate fi folosit pentru a identifica semnatarul în relație cu mesajul sau pentru a indica acordul semnatarului cu privire la informația conținută în mesaj; „certificatul" reprezintă un mesaj sau altă înregistrare ce confirmă legătura între semnatar și datele de concepere a semnăturii; „mesajul electronic" reprezintă informație generată, trimisă, primită sau memorată prin mijloace electronice, optice sau similare, dar nu limitată la, schimbul electronic de date (EDI), poșta electronică, telegrama, telexul; „semnatarul" reprezintă o persoană ce deține datele de concepere a semnăturii și acționează fie în nume propriu sau în numele persoanei pe care o reprezintă; „furnizorul de servicii de certificare" reprezintă o persoană ce emite certificatele și poate asigura alte servicii legate de semnăturile electronice. „parte implicată" reprezintă o persoană ce poate acționa pe baza certificatului sau semnăturii electronice[3]. Legea aplica un tratament egal pentru toate tehnologiile semnăturii[4] neexcluzând, restricționând sau privând de efectul legal orice metodă de concepere a semnăturii electronice. Articolul 4 este inspirat de articolul 7 din Convenția Națiunilor Unite cu privire la Contractele pentru vânzarea internațională a bunurilor și reprodus din articolul 3 din Legea model UNCITRAL cu privire la comerțul electronic. Efectul articolului 4 este de a limita măsura în care un text uniform, odată încorporat în legislația locală, ar fi interpretat doar prin referință la conceptele legii locale. Articolul 5 se aplica atât în contextul relațiilor între expeditori și destinatari ai mesajelor cât și în contextul relațiilor care implică intermediari. Prevederile legii model pot fi variate fie prin acorduri bilaterale sau multilaterale între părți, sau prin reguli ale sistemului acceptate de părți. Articolul 6 este una dintre prevederile esențiale ale legii model. Articolul 6 este menit a introduce articolul 7 din legea model UNCITRAL cu privire la comerțul electronic și de a asigura îndrumarea necesară pentru cum poate testul de fiabilitate din paragraful 1 (b) din articolul 7 să fie satisfăcut. În interpretarea articolul 6, nu trebuie să uităm că scopul prevederii este de a asigura că, atunci când orice consecință legală ar fi apărut din utilizarea unei semnături în scris, aceleași consecințe ar trebui să rezulte și din folosirea semnăturii electronice. Conform prevederilor art.6, alin.1, atunci când legea impune o semnătură a persoanei, acea cerință este îndeplinită în legătură cu mesajul dacă se folosește o semnătură electronică ce este de încredere și corespunzătoare pentru scopul pentru care mesajul a fost generat sau comunicat, în lumina tuturor circumstanțelor, incluzând orice acord relevant. Articolul 7 descrie rolul jucat de Statul legiferator în stabilirea sau recunoașterea oricărei entități ce ar putea

---

Electronic Authentication Law, Uniform Electronic Transactions Act, Electronic Signatures in Global and National Commerce Act). România a adoptat Legea 455/2001 privind semnătura electronică, respectiv normele de aplicare a acesteia (H.G. 1259/2001).

[1] Legea a fost adoptată la cea de a 37-a sesiune a UNCITRAL, desfășurată la Viena între 18-29 septembrie 2000 și a fost aprobată prin Rezoluția Adunării Generale a O.N.U. nr.56/80 din 12 decembrie 2001. Legea conține 12 articole și este însoțită de un Ghid de aplicare.

[2] Art. 1.

[3] Art. 2.

[4] Art. 3.

valida utilizarea semnăturilor electronice sau să certifice altfel calitatea acestora. Asemenea articolului 6, articolul 7 se bazează pe idea că atunci când se cere facilitarea dezvoltării comerțului electronic există o certitudine și previzibilitate la momentul când părțile comerciale utilizează tehnicile semnăturii electronice, nu la momentul când există o dispută la tribunal. Atunci când o tehnică particulară cu privire la semnătură poate satisface cerințele pentru un grad mai ridicat de încredere și siguranță, ar trebui să existe mijloace pentru evaluarea aspectelor tehnice de fiabilitate și siguranță și pentru acordarea tehnicii semnăturii o formă de recunoaștere. Articolele 8, 9 și 11 definesc un „cod de conduită" minim pentru părți. Așa cum s-a indicat în contextul articolului 9 cu privire la furnizorii de servicii de certificare, Legea Model nu cere de la un semnatar un grad de diligență sau încredere ce nu suportă nici o relație rezonabilă în scopurile pentru care semnătura electronică sau certificatul sunt emise. Legea Model favorizează astfel o soluție ce leagă obligațiile stabilite în articolele 8 și 9 cu privire la producerea semnăturilor electronice semnificative. Principiul răspunderii semnatarului pentru nerespectarea paragrafului 1 este stabilită în paragraful 2, măsura unei asemenea răspunderi pentru nerespectarea codului de conduită fiind lăsată legii aplicabile în afara Legii Model. Articolul 9 definește conduita furnizorului de servicii de certificare Subparagraful *(a)* exprimă regula de bază conform căreia un furnizor de servicii de certificare ar trebui să adere la reprezentările și angajamentele furnizorului, de exemplu într-o declarație cu privire la practicile de certificare sau în orice alt tip de declarație cu privire la politică. Subparagraful *(c)* definește conținutul esențial și efectul principal al oricărui certificat conform Legii Model. Este important a se observa că, în cazul semnăturilor digitale, trebuie să fie de asemenea posibil a se confirma asocierea semnatarului cu codul public, cât și cu cel privat. Subparagraful *(d)* enumeră elementele adiționale ce trebuie incluse în certificat sau să fie disponibile ori accesibile părții implicate, atunci când ar fi relevante pentru un anumit certificat. Subparagraful *(e)* nu este menit să se aplice certificatelor cum ar fi cele de tranzacție, ce sunt certificate unice, cu preț scăzut sau aplicații cu risc scăzut, acestea nefiind supuse revocării. Articolul 10 are rolul de a participa la interpretarea noțiunii de „sisteme, proceduri și resurse umane demne de încredere" din articolul 9, paragraful 1 *(f)*. Articolul 10 este stabilit ca și listă non exhaustivă de factori ce trebuie luați în considerare pentru a determina caracterul de încredere. Acea listă este menită a asigura noțiunea flexibilă de încredere, ce poate varia ca și conținut în funcție de ce se așteaptă de la certificat în contextul în care este conceput. Articolul 11 reflectă idea că o parte ce intenționează să se bazeze pe o semnătură electronică ar trebui să țină cont dacă și în ce măsură un asemenea sprijin este rezonabil în lumina circumstanțelor. Conform definiției, noțiunea de „parte implicată" este menită să acopere orice parte ce se poate baza pe semnătura electronică. În funcție de circumstanțe, o „parte implicată" poate fi astfel orice persoană ce are sau nu o relație contractuală cu semnatarul sau furnizorul de servicii de certificare. Conform articolului 12 atunci când părțile convin între ele să folosească anumite semnături electronice sau certificate, acel acord va fi recunoscut ca suficient pentru scopurile recunoașterii transfrontaliere, dacă acel acord nu ar fi invalid sau ineficient conform legii aplicabile.

§2. Conosamentul electronic

1. Considerații generale

S-au făcut numeroase eforturi pentru informatizarea conosamentului, pentru introducerea conosamentului electronic ca instrument care să aibă toate funcțiunile pe care le are varianta împrumuturi garantate, transportatori și expeditorii mărfii "dar fără să se fi reușit deocamdată eliminarea tuturor riscurilor de fraudă"[1]. Ca și document de transport, conosamentul îndeplinește trei funcții: este un contract de transport, o dovadă a primirii bunurilor și un titlu de proprietate. Pentru ca, conosamentul electronic să fie acceptat ca substitut al documentului de hârtie toate cele trei funcții trebuie redate în formă electronică. Dacă primele două pot fi realizate ușor prin mijloace electronice, fiind practic un transfer de informații, funcția de titlu de proprietate pe care o are conosamentul este considerată ca fiind deosebit de dificilă de redat în forma electronică. Funcția de titlu de proprietate denotă trei utilizări ale conosamentului respectiv controlul asupra bunurilor pe care le include, transferarea proprietății asupra bunurilor și furnizarea de garanții pentru bunurile pe care le reprezintă. S-a acordat puțină atenție ultimului element al conosamentului, deși unul dintre cele mai dificile obstacole în introducerea conosamentului electronic este acela de a oferi garanții suficiente pentru bunurile pe care le reprezintă. Legile referitoare la transport pot reglementa primele două funcții, ultima fiind reglementată de legile referitoare la tranzacțiile garantate. În situația în care legile referitoare la tranzacțiile garantate nu oferă reguli suficiente după care să se ghideze banca sau alt posibil împrumutător pe parcursul procesului de creare și perfectare a garanției pentru un titlu de proprietate electronic, redarea în format electronic a unui document de proprietate nu este posibilă. O dată ce se recunoaște că funcțiile tradiționale ale documentului pe hârtie pot fi îndeplinite prin transmiterea electronică a informațiilor, atunci funcția comercială, negociabilitatea, poate fi abordată și ea.

2. Reglementări și sisteme internaționale privind comerțul electronic

2.1. Sistemul EDI

Comerțul internațional folosește din ce în ce mai mult tehnologia computerelor pentru a înlesni tranzacții internaționale, și pentru a face trecerea către comerțul electronic. Sistemul computerizat dezvoltat în prezent în scopuri comerciale este schimbul reciproc de date electronice (EDI). În industria maritimă, sistemele EDI au fost dezvoltate pentru a înlocui documentele maritime tradiționale din hârtie, în particular conosamentele, deoarece cele mai importante avantaje ale EDI se bazează pe viteza sistemului. EDI reprezintă un sistem viabil de a facilita relațiile contractuale. Părțile ce doresc să-l folosească, fac asta prin evidențierea acordurilor în care declară că sunt obligați prin contract[2]. Legea nu este clară cu privire la contractele EDI, dacă acestea pot fi sau nu validate legal, și dat fiind că nu există cazuri raportate despre EDI,

[1] Martine Remond Gouilloud, *Droit maritime*, Ed. Pedone, Paris, 1988, p. 304, par. 530.

[2] Comitetul Maritim Internațional (CMI) a dezvoltat un set de reguli pentru a facilita tranzacțiile comerciale pe mare prin EDI. Regula 1 afirmă că regulile nu au nici un efect prin simpla lor existență. Pentru a fi obligate părțile trebuie să fie de acord contractual că regulile sunt aplicabile la contract.

părțile încheie contractul într-o „lume de incertitudine legală”[1]. Obstacolele legale de neutilizarea sistemului sunt:

2.1.1. Existența unui document scris

Legile marilor națiuni comerciale recunosc în general o gamă variată de tranzacții comerciale ca fiind valide și legiferabile fără o cerință specifică de a le reduce la o formă scrisă. Anumite legislații și regulamente, totuși, folosesc terminologia care cere existența unui „înscris”. Studiul UNCITRAL a observat că funcțiile înscrisurilor în contractul legal includeau dovada că un acord există[2]. Regulile CMI[3], cât și modelul de lege UNCITRAL[4] evidențiază această problemă afirmând că mesajele electronice ar trebui tratate în același mod ca înscrisurile tradiționale. Tranzacțiile EDI sunt „analoagele digitale” ale contractelor scrise, echivalentele electronice ale acestora și ar trebui validate ca și documentele tradiționale pe hârtie, cu condiția să poată fi corespunzător autentificate[5].

2.1.2. Autentificarea documentului

Cea mai comună formă de autentificare este semnătura de mână. Semnăturile identifică părțile, iar pe un contract este dovada intenției lor de a-l respecta[6]. În majoritatea țărilor semnăturile sunt restricționate de tribunale la semnătura de mână. Tranzacțiile EDI pot fi semnate electronic conținând algoritmii de date ce autentifică identitatea expeditorului, ce pot fi citite cu ajutorul „cheii” electronice. Modelul de lege UNCITRAL lărgește definiția pentru a include semnăturile electronice[7], tot așa cum Uniform Commercial Code permite orice simbol sau semnătură dacă intenția este de autentificare[8].

2.1.3. Dovada documentului

Conform art. 4 din Legea model UNCITRAL[9], mesajele electronice sunt documente[10] și pot fi acceptate ca dovezi, informațiilor mesajelor electronice nu i se vor nega eficacitatea, validitatea sau caracterul legiferabil doar pe bază că este sub formă de mesaj electronic. Articolul 8 împiedică folosirea regulii cu privire la cea mai bună dovadă și regula dovezii indirecte pentru a modifica recunoașterea legală și valoarea doveditoare a unor asemenea mesaje.

---

[1] Eric S Freibrun, Electronic *Data Interchange and the Law* 1993, www.freibrunlaw.com/articles/articl3.htm

[2] Richard Brett Kelly, „The CMI Charts a Course on the Sea of Electronic Data Interchange: Rules for Electronic Bills of Lading”, *Tulane Maritime Law Journal*, 1992.

[3] Regula 4(d).

[4] Articolul 5.

[5] Eric S Freibrun, *op. cit.*

[6] John Livermore, Krailerk Euarjai, „Electronic Bills Of Lading, A Progress Report”, *Journal of Maritime Law and Commerce,* 1997, p. 28.

[7] Articolul 6 precizează: „Atunci când o decizie legală cere o semnătură sau prevede anumite circumstanțe în care poate lipsi semnătura, acea regulă va fi satisfăcută în conformitate cu mesajul electronic dacă:

a. Metoda este folosită pentru a identifica expeditorul mesajului electronic și pentru a indica acordul expeditorului cu privire la informația conținută; și

b. Acea metodă este credibilă cât și corespunzătoare motiv pentru care mesajul a fost generat și transmis, în lumina tuturor circumstanțelor, incluzând orice acord între expeditor și destinatarul mesajului”

[8] Eric S Freibrun, *op. cit.*

[9] John Livermore, Krailerk Euarjai, *op. cit.,* p. 28.

[10] George Chandler, „Electronic Transmission of Bills of Lading”, *Journal of Maritime Law and Commerce,* 1989, p. 20 la 577.

2.1.4. Încheierea contractului

Legea comună spune că orice contract trebuie să reflecte intenţiile reale sau parţiale ale părţilor. În mediul „perfect" EDI afacerile ar programa echipamentele să acţioneze automat la primirea datelor[1]. Regulile CMI permit ca toate mesajele să fie verificate, eliminând posibilitatea mesajelor eronate, o asemenea verificare urmând a fi realizată de oameni[2]. Contractele sunt încheiate atunci când şi unde acceptul este comunicat de către persoana căreia i se adresează oferta către ofertant[3]. Mesajele EDI sunt instantanee, şi astfel contractul ar fi format când mesajul electronic al persoanei căreia i se adresează oferta a fost efectiv comunicat ofertantului[4]. În situaţia în care mesajul persoanei căreia i se adresează oferta este reţinut în căsuţa de mail EDI nu va fi instantaneu[5]. Instanţele acceptă mesajele electronice în locul documentelor scrise[6] neexistând nici o limită de recunoaştere a mijloacelor alternative de a transmite informaţia.

2.1.5. Negociabilitatea documentelor

Dacă caracterul negociabil al EDI este posibil, atunci majoritatea funcţiilor comerciale pot fi asumate şi de EDI. În termenii contractelor de transport, este unica funcţie a unui conosament care nu a fost acoperită de tranzacţiile EDI. Conosamentul s-a dezvoltat într-o reprezentare abstractă a bunurilor materiale prin practica comercială[7]. Pentru a asigura încrederea părţilor trebuie să existe un mijloc prin care părţile să andoseze un conosament electronic într-un asemenea mod încât părţile implicate în contract pot fi identificate, indicând astfel consimţământul faţă de termenii contractelor. De asemenea trebuie să existe o metodă de a ţine cont de andosările ulterioare. Primul poate fi realizat prin semnătură electronică, iar cel din urmă printr-un formular de înregistrare.

3. Legea cu privire la transportul mărfurilor pe mare 1992 (Marea Britanie)

Legea cu privire la transportul mărfurilor pe mare 1992 (UK) a înlocuit Legea Conosamentelor 1855 având o prevedere deschisă pentru extinderea aplicaţiilor sale la cazuri în care se folosesc sisteme EDI.

---

[1] George Chandler, Maritime *Electronic Commerce for the Twenty-First Century, Tulane Maritime Law Journal* 1998, p.3, lucrare prezentată la centenarul Comitetului Maritim Internaţional 1997.

[2] Regula 3 (d): „Un destinatar nu este autorizat să acţioneze asupra transmisiei dacă nu a trimis o confirmare, dacă nu există un acord contrar în această privinţă".

[3] Paul Myburgh, „Bits, Bytes and Bills of Lading: EDI and New Zealand Maritime Law", New *Zealand Law Journal,* 1993, p. 326.

[4] Richard Brett Kelly, „The CMI Charts a Course on the Sea of Electronic Data Interchange: Rules for Electronic Bills of Lading*", Tulane Maritime Law Journal,* 1992, p.**16** şi urm.

[5] Cazul Brinkibon Ltd v. Stahag Stahl GnbH, unde instanţa a decis că: „Nici o regulă universală nu poate acoperi toate asemenea cazuri: trebuie rezolvate prin referinţă la intenţiile părţilor, prin practica corespunzătoare de afaceri şi în anumite cazuri printr-o judecată cu privire la unde ar trebui încadrate riscurile", 1983 2 AC 34 la 42B-E.

[6] Diana Faber, „Electronic Bills of Lading", *Lloyds Maritime and Commercial Law Quarterly,* 1996, p. 236.

[7] George Chandler, *op. cit.,* p. 13.

4. Legea cu privire la semnătura digitală Utah 1995

Legea cu privire la semnătura digitală Utah 1995[1] este prima lege din lume care autorizează folosirea semnăturilor digitale. Legea Utah 1995 specifică utilizarea encriptării codului public şi defineşte o schemă pentru acordarea de licenţe autorităţilor de certificare. Semnăturile digitale sunt create şi verificate cu ajutorul 'criptografiei', latură a matematicii aplicate care se ocupă de transformarea mesajelor în forme aparent neinteligibile şi înapoi. Pentru semnăturile digitale, sunt utilizate două coduri diferite unul pentru crearea unei semnături digitale sau transformarea datelor într-o formă aparent neinteligibilă, şi altul pentru verificarea semnăturii digitale sau transformarea mesajului în forma originală. Codurile unui criptosistem pentru semnături digitale sunt denumite 'chei private', care sunt cunoscute numai celui care semnează şi sunt folosite pentru a crea semnătura digitală, iar 'cheia publică', care în mod obişnuit este mai larg cunoscută şi este folosită pentru a verifica semnătura digitală. Un primitor trebuie să aibă cheia publică corespunzătoare pentru a verifica, că o semnătură digitală este a celui care semnează[2]. Legea cu privire la semnătura digitală Utah 1995, deşi nu se aplică în mod expres la conosamente, are obiective foarte extinse de a adopta reguli care să guverneze efectul semnăturii digitale care poate fi folosită în diverse tipuri de documente. Obiectivul principal al legii aşa cum se prevede în partea 4, "Efectul unei semnături digitale", este acela că această parte prevede că o semnătură digitală are aproximativ aceleaşi efecte legale ca şi semnătura de mână făcută pe hârtie.

5. Legea australiană cu privire la documentele de transport maritim

Legea australiană cu privire la documentele de transport maritim din 1996 este cea mai recentă încercare de a pune în practică conosamentele electronice. Legea conţine prevederi cu privire la documentele de transport maritim electronice şi computerizate care se bazează pe Legea model UNCITRAL[3]. Legea defineşte înţelesul pentru 'mesaj de date' exact ca în Legea Model. Secţiunea 6 a Legii prevede: „(1) Această lege se aplică, cu schimbările necesare, în legătură cu documentul de transport maritim în forma unui mesaj de date în acelaşi mod în care se aplică în cazul unui document de transport maritim pe hârtie. (2) Această lege se aplică, cu schimbările necesare, în legătură cu comunicarea documentelor de transport maritim cu ajutorul mesajelor de date în acelaşi mod în care se aplică în cazul comunicării documentelor de transport maritim prin alte mijloace".

6. Codul comercial unitar şi documentele de proprietate

Reforma legislaţiei transporturilor şi practicile maritime nu au luat în considerare modernizarea legilor de garantare a proprietăţii personale care reflectă funcţia de titlu de

---

[1] Codul Utah. Legea a fost adoptată în februarie 1995 şi a intrat în vigoare pe 1 Mai, 1995. Legea Utah modificată a intrat în vigoare pe 1 Mai 1996. Textul complet al legii, comentariu introductiv şi alte detalii se găsesc pe internet - Utah Digital Signature Law homepage la <http://www.commerce.state.ut.us/web/commerce/digsig/act.html> iunie 1996. Legi similare pot fi găsite acum în alte state, inclusiv California, Florida, şi Washington.

[2] Legea cu privire la semnătura digitală Utah, Codul Utah Adnotat, Titlul 46, Capitolul 3 (1996), Partea 1- Titlu scurt, Interpretare, şi Definiţii; Definiţii: (16) "'Pereche de chei' înseamnă o cheie privată şi cheia publică corespondentă dintr-un criptosistem asimetric, chei care au proprietatea că o cheie publică poate verifica o semnătură digitală creată de o cheie privată".

[3] În acest sens diferă de Legea cu privire la transportul bunurilor pe mare 1992 (UK); sect. 6, 7 din Lege.

proprietate a conosamentului în împrumutul garantat. Codul Comercial Unitar (UCC), art.9, utilizează conceptul unui interes de garantare în documentele electronice negociabile şi nenegociabile şi astfel lărgeşte categoria de garanţii ce pot fi folosite. Un interes de garanţie perfectat pe document are prioritate faţă de orice alt interes de garanţie asupra bunurilor perfectat printr-o altă metodă. În mod diferit, un creditor asigurat nu poate încheia o garanţie pe bunurile acoperite de un document nenegociabil acţionându-şi interesul asupra documentului, deoarece în acel caz bunurile nu sunt private ca fiind blocate în document. Acest concept a înlocuit cerinţa de posesie pentru garanţiile certificate care nu pot fi posedate şi transferate fizic[1]. Conceptul de control înlocuieşte posesia, livrarea şi andosările, şi permite unei persoane să 'controleze' un document electronic de proprietate pentru a negocia documentul electronic prin transferul voluntar de control. Cerinţa de a obţine controlul cu privire la documentele electronice este stabilită în UCC § 7-106 care, în subsecţiunea (a), menţionează că o persoană deţine controlul unui document electronic de proprietate dacă sistemul folosit pentru înregistrarea transferului de interese asupra documentului electronic stabileşte într-un mod sigur respectiva persoană ca persoană căreia i-a fost emis sau transferat respectivul document electronic. Prin urmare, identificarea persoanei care i s-a emis sau transferat conosamentul electronic trebuie stabilită într-un mod sigur[2].

§3. Sisteme de conosamente electronice

Un raport recent de piaţă făcut de UNCTAD[3] a arătat că alternativele electronice la documentele tradiţionale (conosamentele în special) de transport nu joacă în prezent un rol semnificativ în practica comercială pe cât ar fi fost de aşteptat. Pentru a fi acceptabil pe piaţă, un conosament trebuie să satisfacă două cerinţe de bază. Din punct de vedere practic trebuie să replice funcţiunile conosamentului tradiţional într-un mediu electronic şi să se bucure de aceeaşi recunoaştere legală ca şi echivalentul său pe hârtie. Problema esenţială este dacă ar putea să reproducă cea de-a treia funcţie, unică pentru conosamentele tradiţionale, aceea de titlu de valoare. O soluţie a fost acum oferită de Regulile de la Rotterdam, ale căror prevederi încearcă să stabilească un principiu general de echivalenţă între comunicările electronice şi cele pe hârtie supuse numai prevederii că utilizarea unui conosament electronic trebuie să aibă consimţământul expres sau implicit al transportatorului şi expeditorului implicaţi[4]. Regulile procedurale pentru utilizarea unor astfel de înregistrări electronice sunt stabilite în Regulile de la Rotterdam iar referiri la aceste proceduri trebuie incluse în particularităţile contractuale pentru respectiva tranzacţie[5]. Dintre încercările de a trece conosamentele într-un sistem în totalitate electronic putem menţiona:

[1] O soluţie similară a fost introdusă în cea mai recentă revizie a UCC Articolul 7 (Documente de Titlu), care a adăugat documentele electronice de proprietate la grupul de active intangibile ce pot fi perfectate prin control.

[2] UCC defineşte 'înregistrare' ca fiind 'informaţiile înscrise într-un mediu tangibil sau înmagazinate într-un mediu electronic sau de altă natură şi se pot extrage într-o formă perceptibilă' Id. § 7-102 (a) (10).

[3] Raport UNCTAD: Folosirea documentelor de transport în comerţul internaţional (septembrie 2003) UNCTAD/SDTE/TLB/2003/3. para. 78.

[4] Regulile Rotterdam, articolul 8.

[5] Ibid, articolul 9.

1. Sistemul de date de navlu Atlantic Container Line

Primul sistem în aria electronică a fost sistemul de date de navlu Atlantic Container Line care a fost încercat experimental în Suedia. Informaţiile de bază sunt furnizate de către expeditor şi introduse în computerul transportatorului în portul de încărcare când marfa este primită de acesta. Transportatorul va adăuga informaţii suplimentare pertinente pentru el, incluzând suma navlului datorat, notaţia 'conosament fără menţiuni' dacă e cazul sau alte clauze relevante. Apoi computerul va tipări un conosament electronic (datafreight receipt) care conţine toate informaţiile introduse în el, şi acesta va fi certificat ca o primă imprimare ce va fi înmânată expeditorului. Toate detaliile din computer vor fi apoi transferate celui de-al doilea computer al transportatorului în portul de destinaţie unde o notificare în avans de sosirea mărfii va fi expediată primitorului împreună cu încă o copie a conosamentului electronic. Procedura computerizată rezolvă problemele puse de întârzierea sosirii conosamentului în sensul că nu este necesară prezentarea documentului, dar se conformează practicilor comerciale existente şi nu implică schimbări de bază în lege. Mai mult, computerul îndeplineşte majoritatea funcţiunilor legale cerute de conosament. Astfel, informaţiile introduse în computer legate de cantitatea şi starea bunurilor încărcate permite îndeplinirea funcţiei de recipisă, şi poate oferi dovada contractului de transport. Slăbiciunea sistemului este aceea că nu oferă un titlu de valoare şi, prin urmare, în forma sa originală, nu este potrivit pentru situaţii în care primitorul intenţionează să vândă bunurile în timpul tranzitului. Într-o astfel de situaţie vânzătorul bunurilor ar obţine plata de la banca corespondentă la încărcarea bunurilor urmată de prezentarea unei imprimări certificate a conosamentului electronic, cu condiţia ca acesta din urmă să satisfacă cerinţele impuse de bancă. Băncile au fost prudente cu formula de conosament care le cere să fie numite ca primitori, dat fiind că doresc să evite să fie implicate în obligaţiile apărute din contractul de transport. Astfel, dacă cumpărătorul este incapabil să achite împrumutul, vor rămâne cu problema de a dispune de marfă. Între timp, pot să întârzie în a da instrucţiuni transportatorului cu privire la livrarea mărfi şi prin asta să dubleze problema iniţial cauzată de sosirea cu întârziere a conosamentului.

2. Sistemul SEADOCS

Primul sistem de administrare a unui conosament electronic a fost SEADOCS[1], care folosea un registru central unde erau depuse conosamentele originale pe hârtie. Sistemul a fost creat ca un compromis între documentaţia tradiţională pe hârtie şi un sistem complet electronic. Registrul era operat de Chase Manhattan Bank, prin care comunicau toate părţile la tranzacţie. Acesta nu era un sistem complet automatizat dat fiind că banca comunica cu utilizatorii prin telex după primirea conosamentului original pe hârtie. Următoarele motive au dus la eşecul SEADOCS[2]: comercianţii nu doreau să-şi înregistreze tranzacţiile într-un registru central deoarece asta dădea acces la date autorităţilor fiscale şi altor competitori; cumpărătorul final al mărfii nu dorea să

[1] SEADOCS a fost un proiect comun între Chase Manhattan Bank şi Intertanko (asociaţia internaţională a armatorilor independenţi de tancuri); Jocelyn Dube, Canadian Perspectives on the Impact of the CMI Rules for Electronic Bills of Lading on the Liability of the Carrier Towards the Endorsee, Transportation Law Journal, 1998, p. 107-108.

[2] Un alt factor major care a contribuit semnificativ la eşecul SEADOCS a fost scăderea preţului la petrol. În august 1985, Arabia Saudită a fixat preţurile la petrol faţă de piaţa spot pentru ţiţei şi până la începutul lui 1986 a crescut producţia de la două milioane de barili pe zi (MMBPD) la 5 MMBPD. Preţurile la ţiţei au scăzut sub zece dolari pe baril până la mijlocul anului.

achiziționeze conosamente de la registru; băncile nu erau de acord că unul dintre competitorii lor avea acces exclusiv la registru; răspunderea participanţilor nu era stabilită, aşa că asigurarea pentru operaţiunile registrului era relativ scumpă; nu exista nici o prevedere legată de transferul drepturilor contractuale şi a responsabilităţilor către cesionarul conosamentului, pe lângă expeditorul original al mărfii.

3. Regulile CMI pentru conosamentele electronice[1]

Regulile CMI referitoare la conosamentele electronice (Regulile CMI) au fost adoptate în 1990. Ele nu au forța unei legi, şi părţile trebuie să agreeze prin contract folosirea lor în cadrul afacerii. Spre deosebire de sistemul SEADOCS, reţeaua CMI este deschisă internațional pentru a fi folosită de orice comerciant. Deşi transportatorii, expeditorii sau cumpărătorii nu trebuie să fie membrii ai unui club şi să plătească taxe de înregistrare, au nevoie de tehnologie pentru a-şi transmite mesaje unul altuia. Regulile CMI sunt construite pe un sistem de 'Chei private' care înlocuieşte conosamentul. Cheia privată este definită în Articolul 2 al Regulilor CMI ca orice formă corespunzătoare din punct de vedere tehnic, de genul unei combinații de numere şi/sau litere, pe care părțile o pot agrea pentru a securiza autenticitatea şi integritatea unei transmisii. Deținătorul cheii private este singurul care are dreptul să numească un destinatar sau să înlocuiască un nou destinatar dacă a fost numit unul anterior. În conformitate cu Regulile CMI, cheia privată, spre deosebire de un conosament pe hârtie, este unică pentru fiecare deținător succesiv şi nu este transferabilă, deoarece numai transportatorul este autorizat să o emită. Prin urmare, transportatorul este implicat în procesul de negociere de fiecare dată când se transfera un conosament. Astfel este informat cu privire la identitatea deținătorilor succesivi care au dreptul să livreze marfa. O dată ce conosamentul electronic este negociat, este extrem de important ca transportatorul să fie informat cu privire la identitatea destinatarului final, față de care are obligația să facă livrarea. Caracteristica semnificativă care distinge modelul CMI de comunicările bazate pe hârtie ale conosamentului este faptul că conosamentul convențional trece de la comerciant la comerciant, reținându-şi identitatea ca document unic, şi neîntorcându-se la transportator până când bunurile nu sunt descărcate. În mod diferit, conosamentul electronic CMI se întoarce la transportator de fiecare dată când este negociat, şi, efectiv, fiecare comerciant succesiv primeşte un nou document transmis de la navă[2]. Regulile CMI s-au dovedit nepopulare în lumea afacerilor, şi la fel ca SEADOCS, nu au rezolvat problemele inerente în crearea unui conosament electronic negociabil. Regulile CMI nu au atras o acceptare mai largă din partea oamenilor de afaceri din următoarele motive: Regulile CMI nu conțin prevederi pentru transferarea drepturilor şi responsabilităților contractuale împreună cu documentația; nu este reglementat clar ce se întâmplă dacă un deținător care a acceptat dreptul de a controla şi transfera încalcă termenii contractuali; nu au nici o prevedere pentru transmiterea proprietății în bunuri; nu s-a reuşit să se stabilească un sistem cuprinzător sau organism care să le administreze; modelul CMI nu era sigur deoarece codul secret nu era encriptat.

[1] Rules for electronics bill of lading (Comitetul Maritim Internațional 1990), disponibile la http://www.comitemaritime.org/cmidocs/rulesebla.html.

[2] Paul Todd, Dematerializarea documentelor din shipping, disponibil la http://ourworld.compuserve.com/homepages/pntodd/intr/publns/demat/html.

4. Sistemul BOLERO (Bills of Lading for Europe)

Sistemul Bolero a fost creat în aprilie 1998 de SWIFT şi Through Transport Club (TT Club). Nici acest sistem nu a avut succes, pentru că nu a reuşit să atragă sprijin din partea industriei bancare. Obiectivul Bolero era să obţină inter-operabilitate între diverse afaceri şi industrii implicate în comerţul internaţional. Bolero a pretins că documentele sale electronice erau total compatibile cu Suplimentul la Modelele şi Practicile Uniforme de Credite Documentare pentru Prezentare Electronică (eUCP)[1] şi standardele SWIFT. Bolero opera Registrul de Titluri, care era o aplicaţie ce permitea crearea şi transferul de obligaţii legate de un conosament electronic. A fost construit ca să fie unicul sistem care să permită folosirea de conosamente electronice negociabile, care să îndeplinească toate funcţiile unui conosament pe hârtie. Sistemul nu crea un singur document electronic care să îndeplinească toate funcţiile unui conosament pe hârtie, ci îl replica printr-o serie de mesaje electronice şi înregistrări de date în Registrul de Titluri. Conosamentul Bolero (BBL), indiferent dacă era transferabil sau netransferabil, nu a fost recunoscut de lege şi, prin urmare, nu putea fi transferat ca şi conosamentul pe hârtie. Odată cu apariţia tehnologiei moderne trebuie creat un conosament electronic care să fie recunoscut nu numai de către comercianţi dar şi de tribunale ca având aceleaşi efecte juridice ca şi predecesorii de pe hârtie. În conformitate cu legile care dau efect juridic deplin conosamentelor electronice, principiile de novaţiune şi recunoaşterea unui nou proprietar folosite de Bolero pentru a transfera titlul într-un conosament electronic nu sunt necesare[2]. Dat fiind că transferul conosamentului Bolero nu se face pe hârtie, nu era reglementat nici de regulile juridice naţionale, nici internaţionale care reglementează transferul conosamentelor pe hârtie[3]. Conosamentul Bolero nu este un titlu de proprietate deoarece nu este un document pe hârtie şi cea mai mare parte a legilor naţionale acordă caracterul de 'titlu de proprietate' unui document scris în formă fizică. Prin urmare, nu s-a putut obţine transferabilitatea conosamentului în sistemul Bolero. Natura îndoielnică a negociabilităţii unui conosament Bolero şi Registrul de Titluri Bolero au ridicat întrebări suplimentare cu privire la garantarea funcţiei de act de proprietate. Creditorii şi băncile nu acceptă documente care nu le oferă o legătură directă cu bunurile. Cea mai mare parte a jurisdicţiilor cer ca o garanţie să fie înregistrată într-un sistem public de înregistrare, astfel încât înregistrările să poată fi verificate de terţi. Sistemul Bolero era închis şi nu se alinia la registrele de proprietate personală existente. Ca şi consecinţă, băncile care finanţau tranzacţiile Bolero erau nesigure în ceea ce priveşte statutul drepturilor lor şi prioritatea pe care o aveau faţă de un creditor sau cesionar local care ar fi putut lua locul creditorului sau cesionarului Bolero.

---

[1] Camera Internaţională de Comerţ, publicaţia nr.500/3, supliment la modelele şi practicile uniforme pentru credite documentare în prezentare electronică (e ucp) (2002), retipărit în JAMES E. BYRNE & DAN TAYLOR, ICC GUIDE TO THE e UCP, understanding the electronic supplement to the ucp 500 (2002); e UCP a fost aprobat la întrunirea comisiei bancare ICC din Frankfurt, Germania pe 7 noiembrie 2001.

[2] În majoritatea ţărilor un document de proprietate poate fi creat numai prin uzanţă, legislaţie comercială sau statut, şi nu prin acordul părţilor; Conferinţa Naţiunilor Unite pe comerţ şi dezvoltare, 25 iunie 2001, Reguli de implementare a transportului multimodal, http://unctad.org/en/docs/posdtetlbd2.en.pdf; În legislaţia germană, un sistem numit Typenzwang-clause numerus – exclude din statutele documentului de transport negociabil orice document care nu este enumerat în respectivul cod comercial.

[3] Regulile de la Haga, la art.1 (b); Regulile Haga-Visby, la art. I (b).

5. Sistemul TRADE CARD

Asociația World Trade Centers a fondat Trade Card în 1994. Spre deosebire de sistemele anterioare, și-a stabilit poziția în cadrul sistemelor internaționale care utilizează documente non hârtie și moduri de plată alternative. Este un sistem de comerț electronic bazat pe internet, care permite utilizatorilor, vânzătorilor și furnizorilor de servicii să facă cumpărări și vânzări de bunuri, să facă plata pentru aceste cumpărături și să obțină servicii legate de cumpărarea și vânzarea de bunuri în mod electronic pe internet. Scopul său principal este să înlocuiască scrisoarea de credit, îndeplinind toate funcțiile acesteia fără a folosi hârtia. Pentru a face o tranzacție utilizând Trade Card, cumpărătorul trebuie să creeze un ordin de cumpărare electronic care să se înregistreze în sistem. Trade Card notifică vânzătorul că ordinul de cumpărare a fost înaintat. Apoi vânzătorul îl negociază online cu cumpărătorul și atunci când cad de acord asupra condițiilor, semnează ordinul cu semnături digitale. Odată ce bunurile sunt expediate și documentele necesare sunt înaintate electronic, la ordinul de cumpărare se anexează o asigurare de plată, asigurând că vânzătorul va primi plata la primirea bunurilor dacă termenii ordinului de cumpărare sunt întruniți. Documente de tipul dovada de livrare, certificate de asigurare, etc. sunt depuse în format electronic la Trade Card, care le compară cu ordinul de cumpărare original. Dacă sunt găsite discrepanțe, cumpărătorul și vânzătorul le pot negocia online[1]. Odată ce se ajunge la consens, fondurile sunt transferate electronic din contul cumpărătorului în cel al vânzătorului. Instituția financiară responsabilă de transferul fondurilor, de exemplu JP Morgan Chase, funcționează ca un casier central și nu are responsabilitatea de a verifica documentele trimise electronic și nu are responsabilități față de Trade Card. Sistemul Trade Card permite utilizatorilor să negocieze și să agreeze asigurarea în conformitate cu Termenii Comerciali Internaționali (INCOTERMS), permițând vânzătorului și cumpărătorului să comunice electronic dacă au agreat astfel. Prin urmare, documentele implicate în tranzacțiile comerciale internaționale[2] pot fi înlocuite cu un mesaj de schimb de date electronice echivalent folosind INCOTERMS. În funcție de ce s-a agreat conform INCOTERMS și criteriile de asigurare, sistemul le oferă utilizatorilor opțiunea de a cumpăra asigurare de marfă. De asemeni, documentele de asigurare non-hârtie sunt parte a setului de documente prezentate băncilor la cerere pentru plată, Trade Card oferind membrilor săi servicii complexe, de la contractarea pentru bunuri, la asigurare, plată, toate fără a folosi documente de hârtie.

Concluzii

În viitorul apropiat, presiunea pieței va forța toate părțile implicate în comerțul maritim să adopte EDI, determinată de economisirea costurilor survenite din conceperea și transportul unor asemenea documente. Luând în considerare că transferul este în majoritatea cazurilor instantaneu, aceasta ar limita preocuparea unui andosat care a luat în considerare în ceea ce privește conosamentul faptul că andosantul poate deveni insolvent înainte de a primi fizic conosamentul. O extindere a utilizării curente a EDI ce ar include documentele de drept, impune existența unei certitudini legale cu privire la funcționarea lor, similar cu Camera de Comerț Internațională, care în termenii UCP500

[1] Discrepanțe tipice apar la cantitate, preț unitar sau date de expediere.

[2] Aceste documente includ un conosament negociabil, o scrisoare de trăsură nenegociabilă și un document de transport pe ape interne.

expune prevederile cu privire la tipurile de conosamente şi alte documente ce vor fi acceptabile în scopul obligării la plată. Această certitudine legală trebuie să ofere celor care recurg la comerţul electronic, instrumente juridice care să le faciliteze tranzacţiile şi să le asigure siguranţa diminuării riscurilor şi creşterii garanţiilor. Aceste deziderate se pot realiza prin modificarea legislaţiei actuale la nivel internaţional şi crearea unor reguli uniforme în sensul recunoaşterii conosamentului electronic ca document semnat, a recunoaşterii negociabilităţii acestuia, a stabilirii foarte clare a limitelor răspunderii fiecărei părţi implicate în tranzacţiile comerciale maritime internaţionale dar şi a modului în care răspunderea urmează a fi determinată pentru pierderile datorate defecţiunii unui sistem. Aceasta, alături de recunoaşterea legală a faptului că un conosament electronic este echivalent cu corespondentul pe hârtie, ar deschide cale liberă conosamentului electronic pentru a-şi recâştiga locul în lumea comercială ca document corect, sigur şi comerciabil.

Bibliografie

1. Diana Faber, „Electronic Bills of Lading", *Lloyds Maritime and Commercial Law Quarterly*, 1996

2. Directiva 1999/93/CE privind un cadru comunitar pentru semnăturile electronice.

3. Eric S Freibrun, Electronic *Data Interchange and the Law* 1993, www.freibrunlaw.com/articles/articl3.html

4. Eric S Freibrun, Electronic *Data Interchange and the Law* 1993, www.freibrunlaw.com/articles/articl3.html

5. George Chandler, Maritime *Electronic Commerce for the Twenty-First Century, Tulane Maritime Law Journal* 1998

6. George Chandler, „Electronic Transmission of Bills of Lading", *Journal of Maritime Law and Commerce,* 1989

7. John Livermore, Krailerk Euarjai, „Electronic Bills Of Lading, A Progress Report", *Journal of Maritime Law and Commerce*, 1997

8. Legea 455/2001 privind semnătura electronică, respectiv normele de aplicare a acesteia (H.G. 1259/2001).

9. Legea model uncitral şi ghidul de aplicare

10. Martine Remond Gouilloud, Droit maritime, Ed.Pedone, Paris, 1988

11. Paul Myburgh, „Bits, Bytes and Bills of Lading: EDI and New Zealand Maritime Law", New *Zealand Law Journal*, 1993

12. Raport UNCTAD: Folosirea documentelor de transport în comerţul internaţional (septembrie 2003) disponibil la UNCTAD/SDTE/TLB/2003/3. pp. 78.

13. Richard Brett Kelly, „The CMI Charts a Course on the Sea of Electronic Data Interchange: Rules for Electronic Bills of Lading", *Tulane Maritime Law Journal*, 1992

14. Rules for electronics bill of lading (Comitetul Maritim Internaţional 1990), disponibile la http://www.comitemaritime.org/cmidocs/rulesebla.html

Convenția Națiunilor Unite privind contractele pentru transportul internațional de mărfuri în întregime sau parțial pe mare – Regulile de la Rotterdam

Tudor ***MARIN****[*]

Abstract*: Cea mai interesantă și controversată evoluție în Regulile de la Rotterdam, este formula adoptată pentru abordarea chestiunii de bază a răspunderii transportatorului. Soluția propusă este un amalgam al abordărilor adoptate de Regulile Haga și Hamburg. Definiția răspunderii transportatorului este inclusă într-o versiune modificată a art. 5.1 din Regulile de la Hamburg, fiind bazată pe greșeală cu sarcina de a dovedi inversata. Prin urmare, dacă reclamantul poate stabili că pierderea, deteriorarea sau întârzierea au avut loc în perioada de răspundere a transportatorului, transportatorul va fi răspunzător dacă nu poate să dovedească că nici greșeala sa, nici greșeala oricărei alte „părți care performează" nu a cauzat sau contribuit la pierdere, deteriorare sau întârziere. Transportatorul poate dovedi că pierderea, deteriorarea sau întârzierea a fost urmarea unei liste de evenimente care acționează ca prezumția lipsei greșelii din partea sa. Convenția reiterează obligațiile Regulilor de la Haga-Visby de a exercita atenția cuvenită pentru a pune la dispoziție o navă aptă de navigație împreună cu îndatorirea de a se ocupa corespunzător și cu atenție de marfă în timpul perioadei de responsabilitate a transportatorului. În cazul cerinței de navă aptă de navigație, este pentru prima oară menționată ca obligație continuă pe durata voiajului. Conform Convenției, un reclamant trebuie să fie capabil să respingă prezumpția absenței greșelii, rezultată din invocarea de către transportator a unei excepții, stabilind că, cauza operativă a pierderii a fost fie că nava nu era în stare de navigabilitate fie lipsa de atenție cuvenită din partea transportatorului. În conformitate cu prevederile acestei Convenții, transportul mărfurilor pe punte este permis "numai dacă un astfel de transport este cerut de lege", și "transportul pe punte este în conformitate cu contractul de transport, sau cutuma, uzanțele sau practicile în domeniu".*

Cuvinte cheie*: jurisdicție, arbitraj, transfer de drepturi, transportator, bunuri periculoase*

1. Considerații generale

Într-o încercare de a împiedica fragmentarea menționată mai sus, a fost lansată o nouă inițiativă internațională. La cererea UNCITRAL, CMI a prezentat un „Proiect de document cu privire la legislația transporturilor" care a fost înaintat Secretariatului UNCITRAL în 2001. Forma finală agreată a fost apoi pusă în circulație tuturor membrilor Națiunilor Unite pentru comentarii, înainte să fie finalizată și adoptată prin consens de către Comisia UNCITRAL la cea de a-41-a Sesiune din New York în iulie 2008. Textul Convenției a fost apoi adoptat prin rezoluție de către Adunarea Generală UN în toamna acelui an iar Convenția, cunoscută sub numele de Regulile de la

[*] Doctorand, Universitatea Alexandru Ioan Cuza Iași, Facultatea de Drept.

Rotterdam, a fost pusă la dispoziție pentru semnare la Rotterdam pe 23 septembrie 2009. Sunt necesare douăzeci de ratificări, sau echivalentul acestora, pentru implementare iar Convenția urmează să intre în vigoare la un an după depunerea celui de-al douăzecilea document de ratificare, acceptare, aprobare sau aderare[1]. Caracteristicile principale ale Regulilor de la Rotterdam, comparativ cu cele existente în convențiile de transport, pot fi enumerate după cum urmează:

2. Aplicarea regulilor

Convenția ia în considerare un regim aplicabil de la ușă – la – ușă față de cel de la port – la – port din convențiile anterioare, transportul incluzând o secțiune pe mare, care implică transportul transfrontalier[2]. Răspunderea transportatorului se va extinde de la momentul primirii bunurilor până la momentul livrării către primitor, și va include răspunderea pentru pierdere, deteriorare și întârziere din timpul transportului la uscat care precedă sau urmează secțiunii maritime[3]. Creșterea acoperirii de la ușă – la – ușă crește potențialul de conflict între noua Convenție și alte convenții existente referitoare la transport. Sunt elaborate prevederi care să se ocupe de această problemă prin introducerea unei forme limitate de responsabilitate în rețea prin care prevederile Convenției vor fi anulate în circumstanțe în care, la momentul când a avut loc pierderea, deteriorarea sau întârzierea, o altă convenție internațională se aplică în mod obligatoriu la altă secțiune decât cea maritimă, și se dovedește că respectiva pierdere, deteriorare sau întârziere a avut loc numai în cursul transportului de pe respectiva secțiune[4]. Prevederile sale se aplică și în situații în care echivalentele în format electronic înlocuiesc tradiționalele documente pe hârtie, cu condiția ca expeditorul și transportatorul să agreeze folosirea acestora[5]. Convenția se va aplica atât voiajelor către, cât și dinspre un stat contractant astfel extinzând considerabil scopul aplicării sale[6]. Totuși acoperirea nu se va extinde la situația în care părțile însele încorporează în mod expres Convenția în contractul de transport în cazuri în care altfel nu ar fi fost aplicabilă[7], deși părțile vor avea încă libertatea de a încorpora prevederile sale în acordul lor pe bază contractuală.

3. Răspunderea transportatorului

Probabil cea mai interesantă și controversată evoluție este formula adoptată pentru abordarea chestiunii de bază a răspunderii transportatorului. Soluția propusă este un amalgam al abordărilor adoptate de Regulile Haga și Hamburg. Definiția răspunderii transportatorului este inclusă într-o versiune modificată a art. 5.1 din Regulile de la

[1] Regulile Rotterdam au fost adoptate de Adunarea Generală a ONU prin rezoluția 63/122, care a trecut în data de 11 decembrie 2008. Ceremonia de semnare s-a ținut la Rotterdam în septembrie 2009, și până în prezent 24 de țări au semnat Regulile iar una dintre aceste state le-a ratificat; http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/transport_goods/rotterdam_status.html.

[2] Articolele 1.1 și 5.

[3] Articolul 12.

[4] Articolul 26.

[5] Articolul 8 (a).

[6] Articolul 5.1. Convenția se aplică acolo unde fie locul de primire a bunurilor, portul de încărcare, fie locul de livrare sau portul de descărcare se află într-un stat contractant.

[7] Nu există nici o prevedere în Convenție echivalentă cu art. X (c) din Regulile Haga-Visby, deși nu există nici o interdicție ca un stat să introducă o astfel de prevedere ca parte a legii naționale.

Hamburg, adică e bazată pe greşeală cu sarcina de a dovedi inversata[1]. Dacă reclamantul poate stabili că pierderea, deteriorarea sau întârzierea au avut loc în perioada de răspundere a transportatorului, transportatorul va fi răspunzător dacă nu poate să dovedească că nici greşeala sa, nici greşeala oricărei alte „părţi care performează”[2] nu a cauzat sau contribuit la pierdere, deteriorare sau întârziere[3]. Transportatorul poate dovedi că pierderea, deteriorarea sau întârzierea a fost urmarea unei liste de evenimente care acţionează ca prezumţia lipsei greşelii din partea sa[4]. Convenţia reiterează obligaţiile Haga-Visby de a exercita atenţia cuvenită pentru a pune la dispoziţie o navă aptă de navigaţie[5] împreună cu îndatorirea de a se ocupa corespunzător şi cu atenţie de marfă în timpul perioadei de responsabilitate a transportatorului[6]. În cazul cerinţei de navă aptă de navigaţie, este pentru prima oară menţionată ca obligaţie continuă pe durata voiajului[7]. Conform Convenţiei, un reclamant trebuie să fie capabil să respingă prezumpţia absenţei greşelii, rezultată din invocarea de către transportator a unei excepţii, stabilind că, cauza operativă a pierderii a fost fie că nava nu era în stare de navigabilitate[8] fie lipsa de atenţie cuvenită din partea transportatorului[9].

4. Transportul mărfurilor de punte

În conformitate cu prevederile acestei Convenţii, transportul mărfurilor pe punte este permis “numai dacă un astfel de transport este cerut de lege”, şi “transportul pe punte este în conformitate cu contractul de transport, sau cutuma, uzanţele sau practicile în domeniu”[10]. În astfel de cazuri prevederile normale ale Convenţiei se vor aplica exceptând faptul că transportatorul nu va fi răspunzător pentru pierdere, deteriorare sau întârziere cauzate de riscul special implicat în transportul pe punte[11]. Atunci când marfa a fost încărcată pe punte fără consimţământ sau autorizare, nu se va pune problema de încălcare fundamentală, dar transportatorul va răspunde pentru pierderea, deteriorarea sau întârzierea care „este exclusiv cauzată de transportul lor pe punte” şi va pierde protecţia apărărilor oferite de art. 17[12]. Răspunderea transportatorului pentru bunuri încărcate în containere sau în vehicule este echivalată cu cea pentru bunuri normale din Convenţie, indiferent dacă containerele sau vehiculele sunt transportate sub, sau pe punte, prevăzându-se că în cel de-al doilea caz sunt transportate pe punţi amenajate corespunzător în acest scop[13]. În cazul în care consimţământul pentru transportul pe punte depinde de acordul dintre părţi sau se bazează pe cutuma, uzanţe sau practici într-

[1] Articolul 17.1. În noua Convenţie transportatorului i se cere în mod specific să dovedească absenţa ’greşelii’ mai degrabă decât că „a luat toate măsurile rezonabile pentru a evita evenimentul şi consecinţele sale” (formula Hamburg).

[2] Articolul 1.6. Un termen care intenţionează să acopere orice persoană, alta decât transportatorul care îndeplineşte fizic oricare dintre responsabilităţile transportatorului în contractul de transport la cererea transportatorului sau sub supravegherea sau controlul său.

[3] Articolul 17.2.

[4] Articolul 17.3.

[5] Articolul 14.

[6] Articolul 13.1.

[7] Articolul 14.

[8] Articolul 17.5 (a).

[9] Articolul 17.4 (a).

[10] Articolul 25.2

[11] Articolul 25.2.

[12] Articolul 25.3.

[13] Articolul 25.1.(b).

un anumit domeniu, transportatorului nu i se va permite să invoce un astfel de consimțământ sau autoritate împotriva unui terț care a achiziționat cu bună credință un conosament negociabil, sau echivalentul acestuia în format electronic, exceptând cazul în care particularitățile contractului menționează că bunurile pot fi transportate pe punte[1]. Transportatorul își va pierde dreptul la limitarea răspunderii când bunurile sunt transportate pe punte prin încălcarea unui acord expres între expeditor și transportator cu privire la transportul sub punte[2].

5. Transportul animalelor vii

Transportul animalelor vii adoptă abordarea exclusivistă Haga-Visby față de transportul animalelor vii așa cum sunt descrise în art. VI din Regulile Haga-Visby. În cazul animalelor vii, transportatorului i se permite să excludă sau să limiteze răspunderea exceptând cazul unde se dovedește că pierderea, paguba sau întârzierea au fost rezultatul unui act sau omisiune a transportatorului făcută cu intenție sau neglijență și având cunoștință de faptul că o astfel de pierdere, pagubă sau întârziere este probabil să rezulte[3].

6. Transportul bunurilor particulare

Deși noua Convenție nu folosește termenul de „bunuri particulare", obiectul prevederii cu privire la „anumite alte bunuri" seamănă foarte mult cu cel din Regulile de la Haga. Transportatorul poate să își excludă sau limiteze răspunderea în cazul în care „caracterul sau starea" bunurilor, sau circumstanțele și termenii conform cărora trebuie transportate, justifică în mod rezonabil „un acord special" prevăzându-se că expedițiile comerciale obișnuite făcute în cursul normal al afacerii nu sunt implicate, și că nu se emite nici un document negociabil de transport sau echivalent electronic pentru transportul bunurilor[4].

7. Bunuri periculoase

Pentru prima dată într-o convenție de transport maritim se oferă o definiție pentru „bunuri periculoase". Sunt clasificate ca bunuri care „prin natura sau caracterul lor sunt, sau e probabil să devină un pericol pentru persoane, proprietate sau mediu". Altfel prevederile cu privire la manevrarea bunurilor periculoase sunt în mare conform celor conținute în Regulile de la Hamburg. Expeditorului i se cere să le marcheze sau eticheteze în conformitate cu legea sau reglementarea aplicabilă și de asemenea să informeze transportatorul sau partea care performează cu privire la natura sau caracterul lor periculos „în mod oportun" înainte să le livreze. Dacă expeditorul nu face acest lucru, iar transportatorul nu are cunoștință de pericol, expeditorul va fi răspunzător pentru întreaga pierdere sau pagubă rezultată din această cauză[5]. Transportatorii pot refuza să încarce respectiva marfă sau, din momentul în care cunosc pericolul, pot lua

[1] Articolul 25.4.
[2] Articolul 25.5.
[3] Articolul 81(a).
[4] Articolul 81(b).
[5] Articolul 32.

măsuri rezonabile pentru a descărca, distruge sau neutraliza bunurile dacă sunt, sau par în mod rezonabil să devină un pericol efectiv pentru persoane, proprietate sau mediu[1].

8. Definiția „Transportatorului"

Transportatorul este definit ca „persoană care încheie un contract de transport cu expeditorul"[2]. Distincția de la Hamburg dintre „transportator" și „transportator efectiv" a fost înlocuită de conceptul de „parte care performează". O „parte care performează" este concepută ca o persoană, alta decât transportatorul, care performează sau se angajează să performeze oricare dintre obligațiile transportatorului în contract cu privire la transportul fizic al bunurilor (de ex. încărcare, stivuire, etc.) fie direct sau indirect la cererea transportatorului sau sub supravegherea și controlul acestuia[3]. Astfel de „părți care performează" sunt caracterizate ca fiind „maritime" sau „non-maritime", prima fiind restrânsă la persoane care performează oricare dintre obligațiile transportatorului de la momentul sosirii bunurilor în portul de încărcare până la plecarea lor din portul de descărcare[4]. Un transportator care deleagă îndeplinirea responsabilităților sale din contract rămâne răspunzător pentru actele sau omisiunile unei „părți care performează" și pentru actele sau omisiunile angajaților acestuia din urmă[5]. „Partea maritimă care performează" se va supune obligațiilor și răspunderilor similare cu cele ale transportatorului conform Convenției dacă pierderea, avarierea sau întârzierea a avut loc în perioada în care a avut custodia bunurilor sau a participat în alt mod la îndeplinirea activităților contractuale într-un stat semnatar[6]. În schimb va avea dreptul să invoce apărările și limitările de răspundere oferite transportatorului de Convenție. Dacă transportatorul agreează să-și crească responsabilitățile sau obligațiile în afara celor prevăzute de Convenție, un astfel de acord nu va fi obligatoriu pentru o „parte care performează" decât dacă consimte în mod expres[7]. În cazul în care obligațiile transportatorului și ale părții care performează se suprapun, răspunderea va fi comună și individuală, prevăzându-se ca în total să nu depășească limitele globale prevăzute de Convenție[8].

9. Documentație

Părțile pot agrea să renunțe la nevoia de un document de transport sau o înregistrare electronică de transport, sau să prevadă că se vor folosi numai versiunile nenegociabile ale acestora. Efecte similare pot rezulta din aplicarea cutumei, uzanței sau practicii dintr-un anumit domeniu. În absența unui astfel de acord sau cutumă, expeditorul, la livrarea bunurilor unui transportator pentru transport, are opțiunea de a cere emiterea unui document de transport negociabil sau nenegociabil sau, unde părțile au agreat în acest mod, a unui echivalent electronic al acestora[9]. Informațiile ce trebuie incluse într-un astfel de document de transport sau înregistrare electronică urmează în general tiparul stabilit de regimul de la Haga deși este mai extinsă.

---

[1] Articolul 15.
[2] Articolul 1.5.
[3] Articolul 1.6.
[4] Articolul 1.7.
[5] Articolul 18.
[6] Articolul 19.1.
[7] Articolul 19.2.
[8] Articolul 20.
[9] Articolul 35.

O cerință suplimentară este o declarație cu privire la starea aparentă a bunurilor în momentul în care transportatorul sau partea care performează le primește pentru transport[1]. Expeditorului i se cere să despăgubească transportatorul pentru orice pierdere sau deteriorare rezultată din inexactități în datele pe care le-a furnizat[2]. Spre deosebire de regimul de la Haga, Convenția oferă o definiție pentru „mijloace rezonabile de verificare" care includ nu numai situația în care verificarea este fizic imposibilă, ci și cazul în care nu este rezonabilă din punct de vedere comercial[3]. Noua Convenție a introdus schimbări radicale în efectul probatoriu al acestor particularități la transferul documentului de transport sau al înregistrării electronice. Ca și în cazul convențiilor anterioare, detaliile sunt dovada prima facie cu privire la primirea bunurilor așa cum sunt descrise de către transportator, dar dovada definitivă atunci când un document negociabil sau înregistrare electronică negociabilă a fost transferată unui terț care acționează cu bună credință. Apoi Convenția evidențiază alte două situații în care aceste detalii trebuie privite ca dovadă definitivă. Prima implică un document de transport nenegociabil, care trebuie predat pentru a obține livrarea bunurilor, odată ce este transferat primitorului care acționează cu bună credință. A doua se referă la detaliile „furnizate de transportator" într-un document nenegociabil de transport sau înregistrare electronică unde un primitor a „acționat bazându-se" pe ele, cu bună credință[4].

10. Deviere

Noua Convenție a adoptat o atitudine mai robustă față de efectele devierii prevăzând că, chiar când, în baza legii aplicabile, o astfel de deviere constituie o încălcare a obligațiilor transportatorului în contractul de transport, acesta nu va fi privat de orice apărare sau limitare oferită de Convenție. Cu alte cuvinte, doctrina încălcării fundamentale nu se va aplica contractelor de transport acoperite de Convenție[5].

11. Contracte pentru volum mare de marfă

Un „contract de volum" este definit ca „un contract de transport care prevede transportul unei cantități specificate de bunuri într-o serie de transporturi într-o perioadă de timp agreată. Specificarea cantității poate include un minim, un maxim sau o anumită gamă"[6]. Transportatorul și expeditorul dintr-un astfel de contract pot, în baza unor anumitor așteptări[7], să reducă sau să crească răspunderile și obligațiile impuse de Convenție dacă contractul conține o declarație dominantă care oferă derogare de la Convenție și respectivul contract este fie „negociat individual" fie specifică vizibil secțiunile din contract la care trebuie aplicate derogările[8]. Oricum, expeditorului trebuie să i se ofere

[1] Articolul 36.
[2] Articolul 31.2.
[3] Articolul 40.
[4] Articolul 41.
[5] Articolul 24.
[6] Articolul 1.2.
[7] Articolul 80.4. Derogările nu sunt permise față de obligația apărută în baza art. 14 (a) și (b) (să faci și să păstrezi nava aptă de navigație; să furnizezi pe navă echipaj, echipament și provizii corespunzătoare etc.); art. 30 (obligația expeditorului de a furniza informații); art. 33 (reguli cu privire la mărfuri periculoase); și art. 63 (pierderea beneficiului limitării răspunderii).
[8] Articolul 80.2 (a) și (b).

oportunitatea să încheie un contract alternativ în termeni care să respecte Convenția[1]. Astfel de derogări trebuie să apară chiar în contractul de volum și nu pot fi încorporate prin referire în alt document sau contract de consimțământ. Transportatorul nu se poate baza numai pe declarații în programul său public de prețuri și servicii, sau în documentele de transport sau înregistrările electronice emise în baza contractului[2]. Prevăzându-se că condițiile de mai sus sunt întrunite, aceste derogări sunt executorii și față de terți dar numai dacă aceștia au primit informații anterioare care să menționeze clar că contractul are derogări de la Convenție și că ei consimt în mod expres la aceste derogări. Și aici consimțământul trebuie să fie expres și nu poate fi dedus numai din declarații din programele publice ale transportatorului sau documentele de transport negociate la ele[3]. În toate cazurile partea care pretinde beneficiul derogării are sarcina de a dovedi că condițiile de mai sus au fost întrunite[4].

12. Reguli speciale pentru contractele de volum

Articolul 80 (1) din Regulile Rotterdam stipulează că un contract de volum între cărăuș si încărcător poate prevedea drepturi, obligații și răspunderi mai mari sau mai mici, decât cele impuse de Reguli. Articolul 80 (2) stabilește anumite condiții care trebuie îndeplinite pentru ca derogarea să fie angajantă. Alte limitări ale dreptului de a deroga în baza unui contract de volum sunt stipulate în paragrafele 3 până la 6. Contractul de volum este definit în Articolul 1 (2) ca un contract de transport care prevede transportul unei cantități specificate de bunuri într-o serie de expediții în cursul perioadei de timp convenite. Specificarea cantității poate include o serie minimă, maximă sau una anumită. Criteriile pentru definirea contractelor de volum sunt destul de vagi și o largă varietate de contracte ar putea să corespundă acestei definiții. Excepția a fost criticată ca fiind prea flexibilă și deschisă abuzurilor[5]. Cu toate acestea, precauțiile din Articolul 80 (2) sunt prevăzute să împiedice abuzul iar mai departe, Articolul 79 interzice de asemenea sustragerea indirectă de la Regulile Rotterdam. Paragraful principal cu această funcție este Articolul 80 (2) care stipulează anumite cerințe care trebuie îndeplinite pentru a utiliza excepția. Paragraful (a) stipulează că contractul trebuie să conțină o declarație formală că se sustrage de la Reguli. În practică acest lucru înseamnă că atenția cititorului trebuie să fie atrasă de declarație; aceasta ar trebui să fie un avertisment efectiv asupra derogării[6]. Paragraful (b) cere ca contractul să fie negociat individual sau să specifice formal secțiunile din contractul de volum care conțin derogările. Cerințele din (b) sunt separate de un ”sau”, ele nefiind prin urmare cumulative, motiv pentru care este suficient ca una dintre ele să fie îndeplinită. Paragraful (c) stipulează că încărcătorului trebuie să i se dea ocazia de a încheia un contract de transport care să respecte Regulile, care nu include nicio derogare. Acest

[1] Articolul 80.2(c).
[2] Articolul 80.2(d).
[3] Articolul 80.5.
[4] Articolul 80.6.
[5] ”[...] prevederea se pretează ea însăși la un abuz conform fiecăreia din cele trei elemente menționate mai sus deoarece nu există o cantitate minimă, o perioadă de timp sau frecvență minimă iar numărul minim de expediții este în mod clar doar două”. Yvonne Baatz, Charles Debattista, Filippo Lorenzon, Andrew Serdy, Hilton Staniland, Michael Tsimplis, Rotterdam Rules Practical Annotation & query Sector Maritime and Commercial, pp.247-248, http://www.ilaw.com/ilaw/browse_chapters.
[6] Michael Sturley, Totomaka Fujita, Gertjan van der Ziel, Regulile Rotterdam, The Journal of Maritime Law and Commerce, 2010 p. 379-380.

paragraf a fost introdus ca o precauție suplimentară pentru a se asigura că încărcătorul încheie contractul din propria sa voință și i se dă o opțiune reală de a decide dacă dorește să se sustragă (Regulilor) sau nu. Paragraful (d) întărește mai departe elementul de voință individuală deoarece respinge referința și clauzele standard, iar contractul trebuie să conțină un element de negociere individuală. Paragraful (3) este întrucâtva complementar cerințelor din (2) prin aceea că prevede o listă negativă cu ceea ce nu constituie contracte de volum, fiind prin urmare o întărire suplimentară, deoarece sensul poate fi considerat ca fiind cuprins în (a) și (d)[1]. Împreună, aceste prevederi sunt întrucâtva suprapuse, dar ele sunt introduse pentru a se asigura că încărcătorii sunt protejați de clauze abuzive și pentru a-i păzi împotriva riscului utilizării excepției de către cărăuși în vederea subminării aplicării obligatorii a Regulilor Rotterdam. Mai mult, Articolul 80 prevede unele condiții suplimentare pentru domeniul și aplicarea sa. Paragraful (4) stipulează că nu se pot face derogări de la unele prevederi esențiale ale Regulilor Rotterdam. Aceste așa numite prevederi "super-obligatorii" sunt buna stare de navigabilitate, obligația încărcătorului de a furniza informații, instrucțiuni și documente, obligațiile încărcătorului în ceea ce privește mărfurile periculoase, precum și răspunderea cărăușului care poate apărea dintr-un act sau omisiune și care cauzează pierderea dreptului cărăușului de a-și limita răspunderea[2]. Un aspect interesant al acestei prevederi este acela că există mai multe referiri la obligațiile încărcătorului decât la cele ale cărăușului, totuși acestea par să fie legate de aspecte de siguranță. Articolul 80 (6) lasă sarcina de a dovedi faptul că au fost îndeplinite condițiile pentru derogare părții care pretinde beneficiul derogării. Excepția de contract de volum este controversată și aceasta din motive întemeiate. O trecere în revistă a opiniilor diverșilor specialiști care au scris pe această temă arată că ei au opinii diferite și că există atât previziuni pozitive cât și negative[3]. Un exemplu de previziune negativă este acela că excepția ar putea însemna fragmentarea în continuare a regulilor privind transportul de mărfuri, având în vedere faptul că mulți jucători importanți, reprezentând o parte semnificativă a transportului containerizat mondial, ar putea utiliza excepția pentru a elimina Regulile din contracte. Dacă acest lucru se întâmplă, atunci o mare parte din transportul containerizat mondial va fi guvernat în consecință de un sistem de răspundere distinct și separat[4]. Un punct de vedere important împotriva acestei critici este acela că contractele de volum sunt acoperite în virtutea sistemului Haga-Visby doar în cazul în care se emite un conosament. Văzut din acea perspectivă, se poate chiar constata că poziția încărcătorului prin includerea de contracte de volum (într-un context de linie) în cadrul domeniului de aplicare al Regulilor Rotterdam s-a îmbunătățit[5].

13. Livrarea bunurilor

Un element de noutate îl constituie prevederile complexe cu privire la livrarea bunurilor[6], detaliind trei aspecte specifice ale livrării: obligația de a accepta livrarea și,

[1] Michael Sturley, Totomaka Fujita, Gertjan van der Ziel, *op. cit.,* p. 381.

[2] Articolele 14 (a) și (b), 29, 32 și 61 din Regulile Rotterdam.

[3] Proshanto K Mukherjee, Abhinayan Basu Bal, *A Legal and Economic Analysis of the Volume Contract Concept Under the Rotterdam Rules: Selected Issues in Perspective*, Journal of Maritime Law and Commerce, nr. 4, 2009, p. 19-23.

[4] Rhidian D Thomas, *The Carriage Of Goods By Sea Under The Rotterdam Rules,* Ed. Informa Law, Londra, 2010, p. 24.

[5] Michael Sturley, Totomaka Fujita, Gertjan van der Ziel, *op. cit.,* p. 384.

[6] Capitolul 9.

dacă e necesar, de a confirma primirea bunurilor[1]; obligația de a face o livrare corespunzătoare[2]; dispunerea de bunuri nelivrate[3]. În cazul în care procedurile de mai sus nu asigură livrarea bunurilor, Convenția prevede ca transportatorul să se ocupe de ele pe riscul și cheltuiala părții care are dreptul la bunuri. Ca o ultimă resursă, vânzătorul primește dreptul de a vinde sau distruge bunurile, dar numai după ce a notificat rezonabil înainte părțile, care vor fi afectate.

14. Drepturile părții care deține controlul

Un alt element de noutate în această Convenție îl constituie identificarea părții cu drept de control într-un contract de transport, mai ales în situații în care sunt implicate documente sau înregistrări electronice nenegociabile. Pentru a atinge acest obiectiv au adoptat conceptul de „controlling party" (parte care deține controlul) din Convențiile CMR și CIM, drepturile unei astfel de „părți care deține controlul"[4] fiind: dreptul de a da sau modifica instrucțiuni cu privire la bunuri în baza termenilor la contractul de transport; dreptul de a obține livrarea bunurilor; dreptul de a înlocui primitorul cu altă persoană. Transportatorul nu este obligat să respecte aceste instrucțiuni în cazul în care nu pot fi executate în mod rezonabil sau ar interfera cu operațiunile normale ale transportatorului. În schimb, partea care deține controlul este obligată să ramburseze transportatorului orice cheltuieli suplimentare rezonabile și să-l despăgubească pentru orice pierdere sau pagubă rezultată din respectarea acestor instrucțiuni[5]. O oarecare dificultate este întâmpinată în identificarea „părții care deține controlul" în contractele în care se emite un document negociabil de transport sau înregistrare electronică negociabilă de transport. În ambele cazuri „partea care deține controlul" este deținătorul documentului sau a înregistrării, iar controlul poate fi transferat prin andosare și transfer către altă persoană a tuturor documentelor originale, în cazurile în care se emite mai mult de unul[6]. În cazul în care documentul sau înregistrarea electronică sunt nenegociabile, în mod normal expeditorul va fi "partea care deține controlul" exceptând cazul în care, la momentul contractării, expeditorul nu a desemnat o altă persoană[7]. Controlul poate fi efectiv transferat prin notificare de transfer dată transportatorului[8] exceptând cazul când documentul nenegociabil indică faptul că trebuie prezentat pentru a obține livrarea bunurilor. Într-o astfel de situație controlul poate fi transferat primitorului prin transferul fără andosare a tuturor exemplarelor originale ale documentului[9]. În fiecare dintre cazurile de mai sus Convenția specifică pașii care trebuie urmați pentru a exercita un astfel de control.

15. Transfer de drepturi

Prevederile Convenției cu privire la transferul de drepturi în baza unui contract de transport se aplică numai documentelor negociabile de transport sau înregistrărilor

[1] Articolele 43-4.
[2] Articolele 45-7.
[3] Articolul 48.
[4] Articolul 50.
[5] Articolul 52.
[6] Articolul 51.3 și 4.
[7] Articolul 51.1 (a).
[8] Articolul 51.1 (b).
[9] Articolul 52.2 (a).

electronice negociabile de transport şi nu echivalentelor lor nenegociabile[1]. Transferul de drepturi în baza acestora din urmă rămâne în baza legislaţiei naţionale. Convenţia prevede că drepturile în baza unui document negociabil de transport pot fi transferate de către deţinător, unei alte persoane fie prin andosare făcută respectivei persoane, fie prin andosare în alb dacă documentul este la ordin[2]. Nu este necesară nici o andosare în cazul unui document la purtător sau a unui document andosat în alb, sau în cazul în care transferul se face între primul deţinător şi persoana numită în documentul la ordin, de exemplu între expeditor şi primitor[3]. Deţinătorul este o persoană care are în posesie un document negociabil de transport care, în cazul unui document la ordin, este identificată fie ca expeditor fie ca primitor, sau este persoana căreia îi este andosat documentul. În cazul unui document la purtător sau a unui document andosat în alb, deţinătorul este purtătorul[4]. Convenţia prevede că un deţinător, altul decât expeditorul, nu-şi atrage nici o răspundere numai din faptul că este deţinător al documentului[5], ci numai dacă exercită vreun drept în baza contractului de transport. În această a doua situaţie, totuşi, deţinătorul nu-şi asumă răspunderi identice cu cele ale părţii iniţiale la contract, ci răspunderile sale sunt limitate la cele „impuse în baza contractului de transport" şi atunci numai „în măsura în care aceste răspunderi sunt încorporate în sau pot fi deduse din documentul negociabil de transport"[6]. Oricum, un deţinător nu va „exercita vreun drept în baza unui contract de transport" pur şi simplu încheind un acord cu transportatorul pentru a schimba un document negociabil de transport cu o înregistrare electronică negociabilă de transport sau negociind documentul de transport prin andosare în modul normal[7].

16. Jurisdicţie

Capitolele din Convenţie care se ocupă de jurisdicţie şi arbitraj sunt opţionale şi vor fi obligatorii numai pentru statele semnatare care optează să introducă prevederile lor. Obiectivul ambelor seturi de reguli este de a oferi reclamantului o alegere liberă dintr-o gamă de jurisdicţii sau foruri de arbitraj mai degrabă decât să implice obligativitatea dată de clauze exclusive de jurisdicţie şi arbitraj. Aceste clauze sunt aplicabile atunci când sunt incluse în contracte de volum şi chiar şi în acel context se supun unor condiţii stricte care le limitează eficacitatea în legătură cu părţile iniţiale la contract şi terţii[8]. Un reclamant care doreşte să instituie proceduri legale împotriva unui transportator în baza unui contract de transport are o gamă largă de locuri de judecată posibile. O acţiune judecătorească poate fi intentată într-o instanţă competentă dintr-un stat semnatar care este situată fie în: domiciliul transportatorului; sau locul contractual de recepţie sau locul contractual de livrare a bunurilor; sau portul unde bunurile sunt iniţial încărcate pe o navă sau portul unde în cele din urmă bunurile sunt descărcate de pe navă; sau orice alt loc desemnat prin acord între expeditor şi transportator[9]. Oricărui transportator care

[1] Inclusiv un conosament nominativ.
[2] Articolul 57.1 (a).
[3] Articolul 57.1 (b). Sunt prevăzute proceduri separate pentru transferul unei înregistrări electronice de transport, vezi art.9.1.
[4] Articolul 1.10.
[5] Articolul 58.1.
[6] Articolul 58.2.
[7] Articolul 58.3.
[8] Articolul 67 (jurisdicţie) şi art.75.3 şi 4 (arbitraj).
[9] Articolul 66.

caută să devanseze alegerea reclamantului cu privire la jurisdicție urmărind să obțină o declarație de lipsă de răspundere în altă instanță trebuie, la cererea pârâtului, să retragă acțiunea din momentul în care pârâtul a ales forul de judecată, unde procedurile pot fi reîncepute[1]. Totuși, instanța alternativă va avea jurisdicție dacă pârâtul se prezintă fără a-i contesta jurisdicția. Din momentul în care a apărut o dispută, totuși, părțile pot agrea să o rezolve în orice instanță competentă[2]. Deși prevederile Convenției nu afectează jurisdicția dincolo de arest sau alte măsuri de protecție, exercitarea acestor drepturi în sine nu conferă jurisdicție pentru hotărârea fondului disputei respective[3]. Regulile sunt prevăzute și pentru recunoașterea și punerea în aplicare a deciziilor luate de o instanță competentă în alt stat semnatar[4].

17. Arbitraj

Convenția permite părților să agreeze să aleagă arbitrajul în locul acțiunii în instanță ca metodă de rezolvare a disputelor apărute în baza unui contract de transport[5]. Unui reclamant nu i se permite să devanseze arbitrajul inițiind o acțiune în instanță, deși nu este obligat să facă arbitrajul în forul specificat în acordul de arbitraj. Reclamantul poate alege să facă arbitrajul într-o serie de locații identice cu cele listate mai sus în articolul 66 (a) din capitolul cu privire la jurisdicție, cu adăugarea forului specificat în acordul de arbitraj[6]. Oricum, Convenția conține prevederi speciale cu privire la aplicabilitatea clauzelor exclusive de arbitraj în transportul non-liner[7]. După ce a apărut o dispută, părțile pot agrea asupra oricărui for pentru efectuarea arbitrajului[8].

Concluzii

Regulile Rotterdam luate în ansamblu par a fi un sistem destul de echilibrat. Dacă privim din perspectiva cărăușului, scoaterea culpei navale și extinderea obligației de bună stare de navigabilitate până la permanență, par a fi dezavantaje pentru cărăuș, dar aceste schimbări reprezintă o abordare modernă a reglementării transportului de marfă. Alte schimbări mai puțin benefice pentru partea cărăușului sunt de exemplu: sumele de limitare majorate, schimbarea excepției de incendiu și introducerea răspunderii pentru întârziere. Majoritatea acestor schimbări pentru cărăuș s-au regăsit și în Regulile Hamburg, care nu au devenit un succes, datorită caracterului lor „prietenos cu încărcătorul". Regulile Rotterdam prezintă și beneficii pentru cărăuș cum ar fi: excepția contractului de volum și reglementarea crescută a obligațiilor încărcătorului, dar ele nu conțin numai prevederi care înseamnă avantaje pentru o parte și dezavantaje pentru cealaltă. Există unele prevederi din care, ambele părți ar trebui să câștige. Aceste prevederi sunt de exemplu: includerea tuturor documentelor de transport, adaptarea la comerțul electronic, și noul domeniu multimodal. Toate acestea au caracteristica comună de a fi adaptări la industria de transport așa cum arată în prezent, reprezentând din acest motiv încercări necesare de modernizare. În mediul academic Regulile au fost criticate pentru

[1] Articolul 71.2.
[2] Articolul 72.2.
[3] Articolul 70.
[4] Articolul 72.1.
[5] Articolul 75.1.
[6] Articolul 75.2.
[7] Articolul 76.
[8] Articolul 77.

mai multe motive, printre care una dintre cele mai comune este pur și simplu complexitatea lor. Problemele complexe necesită soluții complexe, iar Regulile Rotterdam reprezintă soluția, fiind mai bine să avem o singură convenție complexă care să acopere majoritatea aspectelor legate de contractele de transport de mărfuri pe mare decât să avem o multitudine de Reguli care luate împreună să fie mult mai complexe decât Regulile Rotterdam. Ceea ce este important este să nu privim la Reguli numai din perspectiva intereselor mărfii sau cărăușului ci din perspectiva beneficiilor generale care ar putea fi realizate prin reinstaurarea uniformității, beneficiile și uniformitatea pe care ele le-ar putea aduce fiind mult mai mari decât eventualele lor carențe. Este important ca Regulile să fie luate în considerare ținând seama de alternative, iar alternativele sunt soluțiile naționale și regionale, lucru care nu ar fi de dorit având în vedere că transportul de mărfuri este unul global. Regulile Rotterdam există și ele reprezintă singura alternativă globală pentru moment iar dacă ele reprezintă soluția care ar putea aduce uniformitate în această zonă juridică în viitor, atunci ratificarea lor este fără îndoială necesară.

Bibliografie

1. CMI, International Working Group on the Rotterdam Rules, Questions and Answers on the Rotterdam Rules, www.comitemaritime.org

2. Convenția Națiunilor Unite privind contractele pentru transportul internațional de mărfuri în întregime sau parțial pe mare – Regulile de la Rotterdam
http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/transport_goods/rotterdam_status.html

3. Michael Sturley, Totomaka Fujita, Gertjan van der Ziel, Regulile Rotterdam, The Journal of Maritime Law and Commerce, 2010

4. Proshanto K Mukherjee, Abhinayan Basu Bal, A Legal and Economic Analysis of the Volume Contract Concept Under the Rotterdam Rules: Selected Issues in Perspective, Journal of Maritime Law and Commerce, nr. 4, 2009

5. Rhidian D Thomas, *The Carriage Of Goods By Sea Under The Rotterdam Rules,* Ed. Informa Law,2010

6. Yvonne Baatz, Charles Debattista, Filippo Lorenzon, Andrew Serdy, Hilton Staniland, Michael Tsimplis, Rotterdam Rules Practical Annotation & query Sector Maritime and Commercial, pp.247-248, http://www.ilaw.com/ilaw/browse_chapters

Drept public

Meanders of upbringing and worldview neutrality

Bogdan ***STAŃKOWSKI****

Summary: *The intention of the author of this article is to indicate the complexity of issues related to upbringing in the pluralistic perspective in view of the promoted idea of upbringing neutrality. From the methodological point of view, this theoretically inclined article is an attempt to analyse the available literature. In this process, the author tries to bring closer the problems of upbringing and values in the context of ethics and Christian personalism. For the purpose of a more profound infiltration into the reality of upbringing in the pluralistic context, the author introduced three different arguments.*

Keywords: *pluralistic society, worldview neutrality, education, inclusion of values.*

Preface

There is a tendency in the European Union to establish uniform anti-discrimination standards in all member states. Thus, certain directives issued against discrimination are hardly surprising. Difficulties emerge, however, when cultural or religious principles, willingness of demonstrating tradition, promoting customs in school environment face reluctance of educational authorities or even opposition of school headmasters. In countries of Western Europe it refers to covering of faces by Muslim girls, medical care (being examined by a person of the opposite sex) or wearing religious symbols at schools. In Poland, the authors notice that for the sake of building a united Europe and founding upbringing upon so-called European values, young people are gradually separated from the Polish tradition and Christian values.[1] Media promote almost exclusively that vision of Europe which appeals to laic humanism and agnosticism, thereby narrowing Christian values merely to elements of culture, without considering them as roots and foundations of the European civilisation.[2] In practice, one is observing attempts of marginalising school mandatory reading books which praise the Polish culture, tradition, liberation efforts and struggle, etc. The concerns and sometimes even the opposition of educational authorities regarding the presence of axiological, religious and cultural differences at schools (religious symbols, theatre performances such as Christmas Nativity plays, traditional religious songs for holiday periods of a given religion) are, according to those authorities, a manifestation of a care

* PhD, Academy Ignatianum, Kraków – Poland.

[1] See B. Stańkowski, M. Szpringer, *Political correctness and the crisis of education. Research conducted on the history textbooks for primary schools (grade IV-VI),* in: *Kríza pedagogiky?,* ed. M. Pisoňova, P. Tománek, Z. Brunclíková, Univerzita Komenského, Bratislava 2013, p. 130-145.

[2] See J. M. Jackowski, *Bitwa o Polskę,* Ad Astra, Warszawa 1993, p. 130.

for eliminating potential disintegration between students and an objection against xenophobia. On the other hand, however, both domestic and international legal regulations, including the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms ensure freedom of conscience and faith, which include freedom of practising and manifesting one's religious conviction. The source of the above-mentioned difficulties is the concept that for the sake of tolerance and respecting other people's religious convictions, it would be required to promote laicism of educational institutions, neutrality of worldview not only of the state itself but also its institutions, including the educational ones. Thus, these are arguments at the borderline of differences in understanding different values which belong to the catalogue of human rights: the freedom of conscience and faith as well as the freedom of practising and manifesting one's religious convictions.

It is the intention of the author of this article to indicate the complexity of issues related to upbringing in the pluralistic perspective in view of the promoted idea of upbringing neutrality. From the methodological point of view, this theoretically inclined article is an attempt to analyse the available literature. In this process, the author tries to bring closer the problems of upbringing and values in the context of Catholic and ethics and Christian personalism. For the purpose of a more profound infiltration into the reality of upbringing in the pluralistic context, three arguments have been introduced:

Argument 1. A disturbed symbiosis between ethics and pedagogy makes the questions "who is a human being?", "which values are to be applied in upbringing of young generation?" increasingly difficult to address. This already ongoing "separation" between ethics and pedagogy has a consequence of a serious escalation of materialistic attitudes towards pupils and a habit of perceiving them through empirical sciences.

Argument 2. The upbringing under the banner of a worldview tolerance and a relativistically understood freedom is exposed to the risk of excluding values which are necessary in the upbringing process. Therefore, it is vital to go back to a classical concept of the upbringing based upon aspiration to good, truth and beauty, of the upbringing leading to universal and timeless values, which organise pupils' functioning within a society and revalorise them not only in their subjective dimension but as protagonists of the upbringing process as well.

Argument 3. The requirement of the worldview neutrality paralyses the transfer of values and the process of pupils' enrichment. Therefore, the concept of inclusion of values may become the sign of "covenant" between ethics and pedagogy, while being at the same time an attempt of avoiding "axiological emptiness" in the educational environment.

1. Problems at the crossroads of ethics and upbringing

It is an obvious thing that pedagogy does not function beyond any context. For centuries, it has been bound to philosophy, ethics or theology in the classical Christian philosophy. As these sciences provided the goal for pedagogy, its role was to find the means of achieving it.[1] For long years there has been a cooperation between pedagogy and the European culture, allowing inhabitants of Europe to reach national and personal maturity. While collaborating closely with philosophical anthropology (human

[1] This is the main reason why J. Woroniecki entitled his publication *Katolicka etyka wychowawcza (Catholic Upbringing Ethics),* instead of referring to catholic pedagogy. Surely, he wanted to stress the ancillary role of *paideia* to ethics.

metaphysics) and with ethics, pedagogy to a certain extent provided answers to the questions "who is human being" and „how to bring human up".[1] There is no pedagogy without awareness what the human being is, what is good and evil and how to prepare pupils to do good. As the theory of human's activity, ethics should equip people with such tools which will help them determine goals of their lives as well as allow them to distinguish between good and evil. Thus, ethics provides pupils with awareness of moral standards and their obligatory character. It is fair to say that the ideologisation of ethics occurred along with the ideologisation of philosophy during the period of Enlightenment. With time and under the influence of exact sciences, particularly during the period of Positivism, pedagogy has shifted from one of the central areas of culture to merely an academic discipline one can observe theses days. Its major concern is to conduct explorations within the area of techniques and methods of influencing pupils. While losing its meaning in the contemporary society, the classical philosophy contributed to the situation in which pedagogy is guided by other sciences, such as sociology, psychology or a recently popular neuropedagogy.[2] Is it the time, then, to talk about the "end of pedagogy"? The problem lies in the contemporary perception of the world and of people being the fruit of empirical sciences that were attributed such competences which are not within their nature. Psychology or sociology are not capable of explaining human existence, meaning of people's lives, etc. The conviction that empirical sciences are able to interpret holistically the significance of human being and that they could elaborate a comprehensive theory of reality means that philosophical and metaphysical analyses are rejected in favour of a scientism that is claimed to be sufficient for ontological – axiological analyses.[3] The scientism-based cognitive perspective is inevitably leading towards the loss of order and purposefulness of that what exists, since human beings are left to themselves and concentrated upon their subjectivity. Such an approach was taken and somewhat radicalised by postmodernists, indicating at the lack of stable ontological and axiological foundations for human activity.[4] Thus, the "separation" between pedagogy and ethics has resulted in escalation of some forms of materialism and perception of pupils through performed functions (see the tendency of "psychologisation" of upbringing introduced along with the so called humanistic psychology, represented by G. Allport, A.H. Maslov, and C.R. Rogers).[5] As much as providing knowledge on psychic mechanisms and processes based upon experimental methods, the work of psychologist cannot replace enquiries and profound analysis regarding human beings and their spiritual element.

---

[1] According to G. F. d'Arcais, there is no possibility of upbringing separated from any worldview concept. See. G. F. d'Arcais, *Il nuovo dizionario pedagogico,* Edizioni Paoline, Roma 1982, cited by K. Kaczmarek, T. Gadacz, *Racje za personalistyczną filozofią wychowania,* in: *Wychowanie personalistyczne,* ed. F. Adamski, WAM, Kraków 2005, p. 172.

[2] M. Nowak expresses an opinion that the return to upbringing philosophy could protect pedagogy against ideological mistakes or threats, against going into "sociologism", "psychologism", or other reductionisms. See M. Nowak, *Filozofia człowieka podstawą filozofii wychowania,* in: *Wychowanie personalistyczne,* ed. F. Adamski, *op. cit.*, p. 134-135.

[3] See the views of Weinberg, who presents similar approach. See S. Weinberg, *Il sogno dell'unita' dell'universo,* translated by. G. Rigamonti, Mondadori, Milano 1993, p. 23.

[4] See Z. Bauman, *Wiara w świecie natychmiastowej satysfakcji,* in: *Polska filozofia wobec encykliki „Fides et ratio": Toruń 19-21.04.1999: materiały z konferencji,* ed. M. Grabowski, Wydawnictwo Uniwersytetu Mikołaja Kopernika, Toruń 1999, p. 301.

[5] See A. Gondek, *Psychologia w miejsce etyki? Rzecz o podstawach teorii wychowania,* in: „Cywilizacja" 38(2011), p. 21.

To summarise, it is important to stress the fact that the merger of pedagogy with other scientific disciplines (psychology, sociology, biology) may prove that discoveries in the field of those sciences could become a hope for pedagogy as they explain the process of education in an increasingly deeper and broader manner. Still, one must remember that since the period of antiquity, the science of upbringing has been closely merged with normative sciences. Ethics indicated the standards of behaviour. "As a practical theory, pedagogy has always depended upon the culture of a given society". Therefore, pedagogy must have a worldview – normative character if its goal – providing tutors with the normative orientation – is to be fulfilled."[1] Thus, the alliance of pedagogy with ethics seems to be a necessity.[2]

2. Giving up of values in upbringing?

Upbringing is a process of a conscious formation of the entire human being in his/her intellectual, spiritual and physical dimensions. The whole process of upbringing is mainly based upon values. According to K. Denek, without a reference to the system of values and discourse on values, it is not possible to cope with contemporary challenges, to have pupils be a *complete human being*, comprehensibly educated and capable of innovative and alternative reflection.[3] People are not born as "ready-made", educated and mature human beings. They ripe biologically and psychologically with age and they require a regular effort and self-development to grow intellectually and spiritually. Thus, the upbringing is a quest for that internal order, hierarchy of good and respecting it.[4] The role of upbringing is to sensitise to and to indicate at values[5], and through it – to encourage pupils to accept and identify themselves with the values. This following of values somewhat determines the form and quality of young people's lives.[6] By encouraging pupils to adhere to certain principles that are important to us and by following values in our lives, we present young people a specific hierarchy of values with which they can identify and accept as their own. Therefore, the upbringing would mean finding the balance between what is external and internal. J. Woroniecki refers to a connection of different inborn (prudence, moderation, courage, justice) and supernatural virtues (faith, hope, love) with external order (perceived hierarchy of reality itself, mostly the world of human beings as originating from God and heading towards God).[7]

In the personalistic approach, upbringing is also the encounter of people.[8] It does not mean the meeting in the civil servant's perspective (tutor as a clerk, official) but the

---

[1] W. Brezinka, *Wychowanie i pedagogika w dobie przemian kulturowych,* translated by. J. Kochanowicz, Wydawnictwo WAM, Kraków 2005, p. 160.

[2] J. Woroniecki claimed that pedagogy is not a separated scientific discipline but a part of ethics. While conducting a critical assessment of the condition of pedagogy, the author sought for psychological justifications of efficient educational activities. See. W. Sobkowska-Nowak, D. Drynda (ed.), *Słownik Pedagogów Polskich,* Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego, Katowice 1998, p. 221.

[3] K. Denek, *Aksjologiczne aspekty edukacji szkolnej*, Wyd. A. Marszałek, Toruń 1999, p. 61.

[4] See more in J. Woroniecki, *Katolicka Etyka Wychowawcza,* vol. I, KUL, Lublin 1986.

[5] K. Olbrycht, *Wychowanie do wartości,* in: http://www.fidesetratio.org.pl/files/plikipdf/olbrycht1.pdf. Access date: 12.12.2013.

[6] A. Błasiak, *Młodzież wobec wartości,* „Horyzonty wychowania" 2004, no 3, p. 87.

[7] J. Woroniecki, *Katolicka Etyka Wychowawcza,* t. I, *op. cit.*, p. 328-418.

[8] T. Gadacz, *Wychowanie jako spotkanie osób,* w: *Wychowanie personalistyczne,* ed. F. Adamski, *op. cit.*, p. 213-221.

encounter as a personal dialogue between master and students, leading towards the horizon of good, truth and beauty.[1] In such convention, master appears as the one who unveils the world of such values to pupils and helps them make the personal choice (of good, beauty and truth).[2] The authors stress that when upbringing is mentioned, it is necessary to return to universal and timeless values that properly define the system of functioning of human beings within the society and people's mutual relations.[3] For John Paul II, upbringing should result in people becoming more "human beings", in "to be" winning over "to have". Thus, the direction in which the upbringing is headed should make people become more "human being" with and for other people.[4]

Unfortunately, in the contemporary European as well as in the Polish reality, upbringing (pedagogy) tends to be used to any convenient purpose and exposed to strong ideological influences.[5] Upbringing is associated with something imposed authoritatively, with a process of manipulation or indoctrination. It is possible to observe a specific surrender of upbringing and promoting higher values in favour of upbringing reduced to merely technical influence upon pupils. We may notice that upbringing to certain values is under a significant pressure of ideology and it requires to assume a position towards the vision of human beings in their axiological aspect. This pressure of relativistic and liberal tendencies results in young people having an unrestricted choice of values and their prioritising. This brings consequences in the axiological field (tolerance eliminates the essence of good and requires indifference to evil, freedom of proclaiming opinions questions its authenticity).[6] K. Olbrycht warns that giving up values completely is likely to lead to being exposed to influences of the milieu which may act through pressure and manipulation.[7] Depriving pupils of values will lead them to assume hedonistic and conformist attitudes.[8]

3. The issue of worldview neutrality of the state

Although there is a formal separation between state and religion (separation of *sacrum* from *profanum*) in many European countries, the religion and associated values are still considered to be a significant element of culture and social awareness. It is hard to deny the fact that in certain areas law intertwines with morality, ethics and religion and the state is not always able to disregard choices, which moral principles to follow.[9] Neutrality of the state in some areas of worldview does not mean that these areas should

[1] K. Kaczmarek, T. Gadacz, *Racje za personalistyczną filozofią wychowania, op. cit.*, p. 175.

[2] W. Cichosz, *Implikacje pedagogiczne antropologii Jacquesa Maritaina*, „Studia Gdańskie", 2000, vol. XIII, p. 159-173.

[3] Z. Struzik, *Wychowanie do wartości – definicje, kwalifikacja, formacja,* in: http://www.kuratorium.waw.pl/files/f-1514-2-referat_ks_struzik.pdf. Access date: 14.12.2013.

[4] Jan Paweł II, *W imię przyszłości kultury*, Przemówienie w UNESCO, Paryż, 2.06.1980, in: *Wiara i kultura. Dokumenty, przemówienia, homilie*, ed. M. Radwan, T. Gorzkula, K. Cywińska, RW KUL, Lublin 1988. p. 71.

[5] K. Kaczmarek, T. Gadacz, *Racje za personalistyczną filozofią wychowania, op. cit.*, p. 172.

[6] See P. Jaroszyński, *Chrześcijaństwo i wychowanie,* in: *U źródeł tożsamości kultury europejskiej,* ed. T. Rakowski, Lubelska Szkoła Filozofii Chrześcijańskiej, Lublin 1994, p. 58-60.

[7] K. Olbrycht, *Wychowanie do wartości,* in: http://www.fidesetratio.org.pl/files/plikipdf/olbrycht1.pdf. Access date: 12.12.2013.

[8] Ibid.

[9] See Z. Kaliszuk, *Neutralność światopoglądowa nie istnieje,* w: http://www.opoka.org.pl/biblioteka/F/FS/zk_neutr.html. Access date: 21.01.2014.

be ignored, particularly in the sphere of legislation.[1] Therefore, the worldview neutrality is not understood as a neutrality meant as an explicit separation of the state from the church, but rather as an approach of openness that reinforces equal freedom of faith of all confessions.[2] Nor does the worldview neutrality mean a uniform eradication of all religiosity from the state's activity, but rather a neutral respect, consideration and solidification of religious interests.[3] In such understanding, the worldview neutrality does not mean eradicating of religious elements from public life, but it is a specific guarantee of realisation of freedom of conscience and faith.[4] Only such state does enable individuals a complete development also in the sphere of religion. The areligious, not antireligious approach means that the state neither supports nor fights against religious convictions.[5] To P. Borecki, the worldview neutrality of the state creates an essential prerequisite of religious freedom both in individual and community-oriented meanings. It also indirectly guarantees other fundamental freedoms, such as freedom of speech, expressing convictions, scientific researches, etc. In the author's opinion, this neutrality is a prerequisite of development of democracy and it is an essential condition of perceiving the state as a common welfare.[6]

More sceptical authors stress that since the term of "neutrality" implies lack of engagement, the worldview neutrality would mean no engagement in any life philosophy whatsoever, which from a practical perspective seems to be a sheer utopia.[7] There are also quite numerous voices of people who associate the worldview neutrality promoted by different environments with a conscious willingness of state atheisation.[8] However, it is hard to object these authors when they claim that the state should be more engaged in promoting the values included in the preamble of the Constitution. As the preamble says, among the signatories representing the entire nation were "both those who believe in God as the source of truth, justice, good and beauty, as well as those not sharing such faith but respecting those universal values as arising from other sources"[9] The state declares to remain neutral in scope of religious, worldview and philosophical convictions, but on the other hand it should ensure the freedom of expressing values in public space.[10] Other authors classify the postulate of

---

[1] See P. Borecki, *Państwo neutralne światopoglądowo – ujęcie komparatystyczne,* „Państwo i Prawo" 2006, no 5, p. 14-15.

[2] See J. Kokott, *Laizismus und Religionsfreiheit im öffentlichen Raum,* „Der Staat" 2005, no 3, p. 347, 353, 361-365.

[3] See U. Sacksofsky, *Tagung der Deutschen Staatsrechtslehrer 1999,* „Archiv des öffentliches Rechts" 2000, no 2, p. 290.

[4] Jan Paweł II, *Homilia w czasie mszy św – Lubaczów 3 czerwca 1991,* in: http://www.opoka.org.pl/biblioteka/W/WP/jan_pawel_ii/homilie/11lubaczow_03061991.html. Access date: 16.01.2014.

[5] See J. Szymanek, *Bezstronność czy neutralność światopoglądowa państwa (Uwagi na tle art. 25, ust. 2 Konstytucji RP),* „Państwo i Prawo" 2004, no 5, p. 40.

[6] See P. Borecki, *Państwo neutralne światopoglądowo, op. cit.*, p. 16-17.

[7] Cf. J. Lewandowski, *Czy może istnieć państwo neutralne światopoglądowo?,* in: http://lewandowski.apologetyka.info/ateizm/czy-moze-istniec-panstwo-neutralne-swiatopogladowo, 307.htm. Access date: 05.01.2014.

[8] See M. Machinek, *O neutralności światopoglądowej raz jeszcze,* in: http://wiara.wm.pl/76269,O-neutralnosci-swiatopogladowej-raz-jeszcze.html#axzz2r2EKzasi. Access date: 20.01.2014.

[9] See ibid.

[10] See paragraph 25.2 of the Constitution of the Republic of Poland. See more in: W. Brzozowski, *Bezstronność światopoglądowa władz publicznych w Konstytucji RP,* Wolters Kluwer, Warszawa 2011.

neutralisation of the public space due to worldview pluralism of contemporary societies as a method which is used for de-Christianisation of the society and secularisation of public life.[1] In such instance, another tendency would emerge, that is replacing one outlook with another, i.e. the laic one.[2] P. Winczorek claims that when diametrically different views face one another within a society, their settlement cannot be founded upon objective criteria. Consequently, in such a perspective it must be recognised that up the postulate of neutrality, taking into account the justification of assessment in establishing law "makes almost certain that in this activity there will only be one system – dominating among lawmakers – of values which will become a foundation of lawmaking decisions."[3]

It is a symptomatic fact that since 1960s numerous countries have been trying to constitutionalise the principle of the state worldview neutrality. Also, numerous post-communistic countries reject in their constitutions not only the religious but any form of a state ideology.[4] In the context of creating the constitution of Poland, bishops support the principle of tolerance rather than worldview neutrality, as the latter may be associated with the practice of favouring non-believers and eradicating the religious aspect from all fields of public life.[5] The model established in Poland is directed towards the "open" neutrality, wherein people are treated equally by the state, regardless of their convictions or religious beliefs. Therefore, the clause incorporated in paragraph 23 item 2 expresses an open neutrality, which means that public authorities must not be indifferent to human dignity and human rights.[6] In the opinion of W. Kulbat, if state authorities remained neutral towards universal values, it would mean assuming a nihilistic approach.[7] Specialists claim that the implemented solution is not clear and axiologically discrepant, as it fails to form an unequivocal position as regards the foundation of the law upon objective ethical values.[8] Nonetheless, it must be stressed that introduction of the axiological element into legal norms, the constitutional norms in particular, is a natural and reasonable occurrence. As indicated by P. Winczorek: "By its principle, law must not be axiologically indifferent since it is the act of a conscious choice. Every human choice has at its foundations certain axiological prerequisites related to an approved (preferred by the person making the choice) system of values."[9]

---

[1] Cf. W. Chrzanowski, *Państwo demokratyczne a neutralne światopoglądowo*, w: *Neutralność światopoglądowa państwa*, ed. E. Nowicka-Włodarczyk, Fundacja „Międzynarodowe Centrum Rozwoju Demokracji", Kraków 1998. p. 16.

[2] See W. Kulbat, *Postacie neutralności światopoglądowej,* in: http://archidiecezja.lodz.pl/lst/wordpress/?p=138. Access date: 22.01.2014.

[3] P. Winczorek, *Uwagi o aksjologicznych aspektach działalności legislacyjnej w dziedzinie prawa publicznego (konstytucyjnego) w Polsce,* „RPEiS" 1994, no 4, p. 56.

[4] See R. M. Małajny, *Neutralność a bezstronność światopoglądowa państwa,* in: http://www.racjonalista.pl/kk.php/s,6743/k,3. Access date: 16.01.2014.

[5] *Komunikat z 275 Konferencji Plenarnej Episkopatu Polski*, „L'Osservatore Romano" (Polish edition) no 5 (173) / 1995.

[6] See J. Krukowski, *Kościół i państwo, podstawy relacji prawnych*, RW KUL, Lublin 2000, p. 282.

[7] See W. Kulbat, *Postacie neutralności światopoglądowej, op. cit.*

[8] See J. Krukowski, *Kościół i państwo, op. cit.*, p. 283.

[9] P. Winczorek, *Uwagi o aksjologicznych aspektach działalności legislacyjnej, op. cit.*, p. 56.

4. Worldview neutrality in upbringing – significant difficulties

The contemporary Europe sees an increasing number of incidents of banning the manifestations of religious values both in public space and in schools (Islamic girls are not allowed to wear burqas, wearing cross or a neck-worn holy medal is also prohibited, crosses are taken down off the walls, school authorities are reluctant to respect conscience clauses, performing Christmas pastorals and carols by children at schools is sometimes not allowed). Therefore, it is possible to notice a general disinclination towards anything connected with religion.[1] Attempts of justifying such behaviours are founded upon the conviction that a laic state should pursue to create so called worldview neutrality both in public space as well as in the educational one (schools). Such neutrality would arise from the willingness to respect students of different beliefs, religion or outlook. The leading keynote would be formed by a statement that a given activity or symbol should not be the reason for offending anyone's religious feelings. In the educational field, this means eradication of attitudes coherent with the confessed religion out of the school life. The worldview neutrality as regards the upbringing would therefore mean the exclusion of any forms of individual manifestations of axiological convictions by teachers and students.[2] Analysing further the question of worldview neutrality of upbringing, it is possible to notice that the issue faces several significant difficulties.

Firstly, being so called "worldview neutral", the state is not meant to be entitled to introduce laic or even atheistic ideologies.[3] By eradicating religious values, the state exposes pupils to the impact of those entities which, intentionally or not, want to rest the upbringing upon materialistic-atheistic outlook, not shared by numerous pupils. One could agree that the state should remain laic, but it must not be atheistically laicised.[4] This approach is consistent with John Paul II's statement, who took the following course in his homily, delivered in Lubaczów in June, 1991: "(…) the postulate of worldview neutrality is fair mainly in such an extent that the state should protect the freedom of conscience and faith of all citizens, regardless of their religion and outlook."[5]

Secondly, it is utopian to expect that interpersonal relations as well as establishing society and educational environment, may rest upon axiological emptiness without any specific reference points.[6] The relations introduced within the society both in the political and educational fields imply the existence of a certain system of values and assume that partners will have a clear hierarchy of values, allowing them to make decisions and taking standpoints coherent with one's "moral and ethical spine."[7]

---

[1] M. Dziewiecki, *Unia Europejska, wartości i wychowanie,* in: http://www.opoka.org.pl/biblioteka/X/XU/md_wartosci.html (access date: 11.12.2013).

[2] Cf. B. Milerski, *Edukacja religijna w szkole neutralnej światopoglądowo, op. cit.*, p. 39.

[3] See J. Lewandowski, *Czy może istnieć państwo neutralne światopoglądowo?,* in: http://lewandowski.apologetyka.info/ateizm/czy-moze-istniec-panstwo-neutralne-swiatopogladowo, 307.htm. Access date: 05.01.2014.

[4] See U. Sacksofsky, *Tagung der Deutschen Staatsrechtslehrer 1999, op. cit.*, p. 290.

[5] Jan Paweł II, *Homilia w czasie mszy św. – Lubaczów 3 czerwca 1991, op. cit.*

[6] Cf. F. Adamski, *Pluralizm wartości i wychowanie,* w: *Wychowanie personalistyczne,* ed. F. Adamski, *op. cit.*, p. 274-275.

[7] Cf. M. Stanowiec, *Neutralność światopoglądowa,* w: http://www.kosciol.pl/article.php/20100223062616510. Access date: 10.01.2014.

Thirdly, manifesting and representing values is the essence of interpersonal relations.[1] Any incident of enforcing worldview neutrality for upbringing is a form of discrimination. In such context, discrimination would be defined as a necessity of rejection, "suspension" by pupils under pressure by peers, of everything which is valuable to them, with which they associate themselves and what they try to follow in their lives.

Fourthly, worldview neutrality of upbringing is a form of desertion when facing the possibility of teaching pupils behaviours of tolerance. It is difficult to expect from pupils to be tolerant towards others when they are deprived of opportunities to confront on their own their ideas, attitudes and values with those manifested by their peers who have different religious and ideological views. One may learn tolerance through meeting and learning other people, their attitudes and convictions and through assuming a stance towards those (acceptance or rejection of such ideas or attitudes).

The final difficulty refers to the concept of unity. The worldview neutrality of upbringing denies *ipso facto* the concept of pursuing and building unity at schools among various worldviews, cultural or religious groups, while respecting their autonomy and uniqueness. Rather than respecting pluralistic character of the school community as well as separateness of particular cultural or religious groups, the promoted worldview neutrality of upbringing would foster standardisation and uniformity of the community.

5. The principle of inclusion of values as a manifestation of building pluralistic community among pupils

The inclusion is understood as a specific readiness to share values, as an openness to other people, offering universal values that have a universal character and exist in the cultural layer.[2] Surely, the inclusion of values does not mean syncretism with a mingle of values and their balancing in the axiological space. In the context of school, inclusion means creating opportunities for pupils by presenting hierarchy of values typical for the European culture (from higher to typical existential values). This way, the axiological emptiness is avoided and the opportunity is created for young people to perceive other people not as those having values other than mine, but as individuals who are to be accepted with their different approach to life and the world of values. It is the healthy encounter of other person and other culture that allows us to appreciate our own culture and identity while respecting the one represented by other people.[3] Fulfilling educational space with values goes hand in hand with the principle of dialecticism. In such situation, the opposites, referred to by T. Gadacz, complement each other, the environment is created that facilitates balance and mutual completion as regards outlook

[1] Cf. B. Milerski, *Edukacja religijna w szkole neutralnej światopoglądowo,* in: *Pedagogika chrześcijańska. Tradycja, współczesność, nowe wyzwania,* ed. J. Michalski, A. Zakrzewska, Wydawnictwo Adam Marszałek, Toruń 2010, p. 38-39.

[2] J. Życiński, *Wartości chrześcijańskie a państwo demokratyczne*, in: *Kultura i prawo*. *Materiały I Międzynarodowej Konferencji na temat Podstawy jedności europejskiej, Lublin, 23-25 września 1998*, vol. I, ed. J. Krukowski, O. Theisen, Towarzystwo Naukowe KUL, Lublin 1999, p. 13-20.

[3] B. Milerski supports the manifestation of own views and values at schools by teachers and students, but postulates giving up religious ceremonies in non-religious public schools and suggest cautious approach as regards the use of religious symbols at schools. See B. Milerski, *Edukacja religijna w szkole neutralnej światopoglądowo, op. cit.*, p. 40.

of life or attitude towards values.[1] The principle of inclusion of values also fosters the building of unity in school communities, while respecting autonomy and uniqueness of each pupil. The pluralistic community does not imply uniformity of attitudes, values, outlooks, but on the contrary, ability to notice certain characteristic elements for human beings in this patchwork of worldviews, opinions, visions of life and person, etc.[2] It seems that the condition for establishing the aforementioned postulates is above all else the necessity to bring back the religious discourse into the public sphere. Not only would it provide possibilities of individual self-expression, but also it would equip the state with certain axiological foundations. According to J. Habermas, the state should not limit itself to the role of merely a "night watch" but it should reflectively make available its public space."[3] Therefore, instead of narrowing the discourse on values to particular directions, trends, denominations, it might be wiser to encourage all entities to develop within themselves a cognitive attitude as regards other worldviews, religions or ethical courses.

6. Inclusion of values, but which ones?

The new generation had come to live in a pluralistic society, characterised not only by the equality of particular "differences",[4] but also the pluralism of values, arising mainly from questioning the argument of the existence of one, objective truth.[5]

In the reality of overwhelming relativism of values and criticism of upbringing systems, it is important to join the trend of exploring new outlook of a human being as well as to seek new philosophy and axiology of education. According to F. Adamski, the humanistic and Christian values must be stressed with particular force, which is assumed in upbringing by the shaping of attitudes and influence upon structures (restoration of the social organism depraved during the past period).[6] Seeking the truth about human beings and their place in the world and within society. Paying a particular attention to upbringing of a righteous conscience, which is essential to recover a common awareness of the primacy of moral values which are the values of a human being as such.[7]

In uniting Europe, a lot of attention is given to upbringing to so called European values. Culture and spirituality is indicated as essential foundations of united continent.[8]

---

[1] T. Gadacz, *Kryzys „europejskiego człowieczeństwa",* in: http://www.iumw.pl/kryzys-europejskiego-czlowieczenstwa/articles/kryzys-europejskiego-czlowieczenstwa.html (access date: 15.12.2013).

[2] See attainments of John Paul II who sees the condition of Europe's cultural unity in respecting cultural variety. See Jan Paweł II, *Przemówienie do Rady Federalnej Ruchów Europejskich,* 28 March 1987, p. 5.

[3] J. Habermas, *Religion in the Public Sphere,* in: *Between Naturalism and Religion: Philosophical Essays,* Cambridge 2006, p. 7.

[4] See more in: F. Adamski, *Edukacja wobec wyzwań ładu społeczno-moralnego,* in: *Edukacja wobec dylematów moralnych współczesności,* ed. F. Adamski, A. M. De Tchorzewski, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 1999.

[5] See F. Adamski, *Prawda jako zasada życia społecznego i zadanie wychowania,* in: *Wychowanie na rozdrożu. Personalistyczna filozofia wychowania,* ed. F. Adamski, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 1999.

[6] F. Adamski, *Pluralizm wartości a wychowanie, op. cit.*

[7] F. Adamski, *Pluralizm wartości a wychowanie,* in: http://www.fidesetratio.org.pl/files/plikipdf/adamski2.pdf (access date: 15.12.2013).

[8] See J. Kłoczkowski, *Drugie płuco Europy,* „Znak", 2002, no 566, p. 125.

It is a precious concept and such efforts are required to promote the system of values which would bring closer citizens of particular European Union states.[1] According to the draft of the Constitutional Treaty, the European Union is to remain open to all European states which share and follow the same values, and to support them mutually.[2] Surely, the efforts of the European Union to respect human dignity, freedom, lawfulness, democracy or human rights should be appreciated.[3] All those above-mentioned values are intended to rest upon tolerance, justice and solidarity. According to some authors, "these values may in reality constitute a solid foundation for uniting Europe and for proper protection of freedom and rights of every person under the jurisdiction of the EU bodies."[4] But the historical unity of Europe based upon Christian values is undeniable.[5] The authenticity and objectivity of those values may be proved by the fact that such culturally-diversified nations were able to integrate and work together with the benefit of a human being in mind.[6] Those values stem from understanding of human nature, not just from faith. Therefore, they are becoming universal and timeless values, stimulating mental, cultural, social and moral development of human kind. According to H. Skorowski, one may refer to Christian axiology of the European culture without hesitation, which does not mean, however, that Europe is to be associated with Christianity, but rather that it is not possible to understand European culture without stressing the Christian elements contained therein.[7]

Historically and in terms of competences, the European Union was intended as a community of sovereign states.[8] In this context, Europe is perceived as a Motherland of Motherlands.[9] Given such perspective, the question reappears: To which values are we to bring up the 21st century young people, who have aspirations of living in united Europe? The most trivial reply may be: We bring up young people to inviolable (universal) values.[10] Above all else, human being as a person is to be a starting point, which in consequence indicates the upbringing to personal values.[11] According to K. Olbrycht, in the European tradition, which benefited from the outputs of the philosophy

---

[1] Z. Mach claims that there is no such thing as a common identity of Europeans. It does not emerge as an absolute, but it is a conscious process occurring as a result of constructing the collection of rules, rights and values. See Z. Mach, *Tożsamość europejska – dzieło ewolucji czy konstrukt polityczny,* in: http://ec.europa.eu/polska/news/opinie/090629_tozsamosc_europejska_pl.htm (access date: 14.12.2013).

[2] A. Zoll, *Człowiek jako podmiot wolności i praw w jednoczącej się Europie,* „Horyzonty wychowania", 2002, no 2, p. 20.

[3] Recently, it is even postulated that there is a necessity of anthropologic reform, that is, returning to the truth about human beings and the truth about elements which guarantee people the present time worthy of human nature and the safe future. See M. Dziewiecki, *Unia Europejska, op. cit.*

[4] A. Zoll, *Człowiek jako podmiot wolności i praw w jednoczącej się Europie, op. cit.*, p. 33.

[5] Jan Paweł II, *Przyszła zjednoczona Europa. Przemówienie papieża wygłoszone na forum Parlamentu Europejskiego w Strasburgu 11 października 1988 roku,* in: *Wizje Europy,* ed. A. Rotfeld, Książka i Wiedza, Warszawa 1989, p. 45.

[6] Jan Paweł II, Adhortacja apostolska *Ecclesia in Europa*, Wydawnictwo „M", Kraków 2003, n. 108.

[7] H. Skorowski, *Kulturowe aspekty integracji europejskiej w kierunku jedności kulturowej Europy,* „Seminare", 2006, no 23, p. 164-165.

[8] Cf. C. T. Szyjko, *Analiza podstaw prawnych rozszerzenia UE w świetle przyjętej strategii,* in: Zeszyty Naukowe Almamer „Zagadnienia polityczno-ustrojowe", 2009, no 1, p. 125-148.

[9] H. Skorowski, *Europa Ojczyzn,* http://www.akdwp.pl/index.php/wykady-mainmenu-11/11-europa-ojczyzn. Access date: 11.12.2013.

[10] Cf. F. Adamski, *Pluralizm wartości i wychowanie, op. cit.*, p. 276-277.

[11] Cf. K. Olbrycht, *Prawda, dobro i piękno... op. cit.*; Ważnym opracowaniem dotyczącym wychowania osoby jest publikacja zredagowana przez F. Adamskiego, *Wychowanie personalistyczne, op. cit.*

of Greece, of Christianity (in particular the philosophy of Christian personalism) and of the French Revolution, one may refer to three triads of values: truth, good and beauty as a legacy of ancient Greece, faith, hope and love being fundamental virtues of Christianity, and liberty, equality and fraternity as a leading motto at the end of the 18th century in Western Europe.[1] L. Dyczewski, a famous Polish philosopher and sociologist, wants to add another triad to the previously mentioned ones, deeply rooted within a personal consideration of a human being. This new triad consists of dignity of human being, solidarity and pluralism.[2] In view of a personalistic perception of a human being[3] and of upbringing, all the triads belong to aforesaid personal values described as a pursuance to achieve an individualistic ideal, submerged in the world of other people, the world of nature as well as of creations of human mind and spirit, and in the world of God.[4] The promotion of the triads in the uniting Europe may bring young people closer not only to spiritual, cognitive, moral, aesthetic or sacral values but also to vital and socially-oriented elements which are close to every human being, that is, sense of dignity, freedom, and cooperation with other people.[5]

Summary

1. The existing separation between ethics and pedagogy creates the risk of perceiving upbringing only through the achievements of empirical sciences.

2. Disregarding Christian values and a possibility of their justification in the metaphysical-axiological context introduces the danger of promoting only the values "established" by people into the educational space. Such an approach narrows the source of the norm to its horizontal dimension and exposes pupils to the risk of indoctrination.

3. The upbringing in the pluralistic context requires a reflection upon the role of Christianity and universal values in this process. The important element is the consideration of philosophical, ethical as well as axiological foundations of the promoted values.

4. The concept of worldview neutrality within the educational field gives way to the principle of inclusion of the value that fosters the building of pluralism within the educational space as well as the establishing of the tolerant approach of pupils towards different opinions and outlooks of their peers.

5. The upbringing in the spirit of inclusion of values is a preparation of children and youth for the dialogue of cultures and protection of humanistic and Christian civilisation. It is also supposed to indicate the common legacy of numerous intellectual

---

[1] K. Olbrycht, *Wychowanie do wartości,* in: http://www.fidesetratio.org.pl/files/plikipdf/olbrycht1.pdf. Access date: 12.12.2013.

[2] Cf. L. Dyczewski, *Miejsce i funkcje wartości w kulturze,* in: *Kultura w kręgu wartości,* ed. L Dyczewski, Towarzystwo Naukowe KUL, Lublin 2001.

[3] A distinguishing role in presenting the human being as an integral entirety (body and soul as two coexisting elements of the same being) is played by the personalistic philosophy of J. Maritain and other representatives of personalism. See J. Maritain, *Pisma filozoficzne,* translated by J. Fenrychowa, Znak, Kraków 1988, p. 331.

[4] See K. Ostrowska, *Wychowywać do urzeczywistnienia wartości,* in: *Wychowanie personalistyczne,* red. F. Adamski, *op. cit.*, p. 301.

[5] The functions of higher values which ennoble human beings are presented by B. Żurakowski, *Wychowanie do wyboru wartości,* in: *Wychowanie personalistyczne,* ed. F. Adamski, *op. cit.*, p. 287.

eras and trends, to oppose relativism of values and the promotion of horizontal-materialistic perception of the world.

Bibliography

Adamski F., *Edukacja wobec wyzwań ładu społeczno-moralnego,* w: *Edukacja wobec dylematów moralnych współczesności,* red. F. Adamski, A. M. De Tchorzewski, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 1999.

Adamski F., *Pluralizm wartości a wychowanie,* w: http://www.fidesetratio.org.pl/files/plikipdf/adamski2.pdf. Data dostępu: 15.12.2013.

Adamski F., *Prawda jako zasada życia społecznego i zadanie wychowania,* w: *Wychowanie na rozdrożu. Personalistyczna filozofia wychowania,* red. F. Adamski, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 1999.

Bauman Z.,, *Wiara w świecie natychmiastowej satysfakcji,* w: *Polska filozofia wobec encykliki „Fides et ratio": Toruń 19-21.04.1999: materiały z konferencji,* red. M. Grabowski, Wydawnictwo Uniwersytetu Mikołaja Kopernika, Toruń 1999.

Błasiak A., *Młodzież wobec wartości,* „Horyzonty wychowania" 2004, nr 3, s. 87.

Borecki P., *Państwo neutralne światopoglądowo – ujęcie komparatystyczne,* „Państwo i Prawo" 2006, nr 5, s. 14-15.

Brezinka W., *Wychowanie i pedagogika w dobie przemian kulturowych,* przekł. J. Kochanowicz, Wydawnictwo WAM, Kraków 2005.

Brzozowski W., *Bezstronność światopoglądowa władz publicznych w Konstytucji RP,* Wolters Kluwer, Warszawa 2011.

Chrzanowski W., *Państwo demokratyczne a neutralne światopoglądowo*, w: *Neutralność światopoglądowa państwa*, red. E. Nowicka-Włodarczyk, Fundacja „Międzynarodowe Centrum Rozwoju Demokracji", Kraków 1998.

Cichosz W., *Implikacje pedagogiczne antropologii Jacquesa Maritaina*, „Studia Gdańskie", 2000, t. XIII, s. 159-173.

D'Arcais' G. F., *Il nuovo dizionario pedagogico,* Edizioni Paoline, Roma 1982.

Denek K., *Aksjologiczne aspekty edukacji szkolnej*, Wyd. A. Marszałek, Toruń 1999.

Dyczewski L., *Miejsce i funkcje wartości w kulturze,* w: *Kultura w kręgu wartości,* red. L Dyczewski, Towarzystwo Naukowe KUL, Lublin 2001.

Dziewiecki M., *Unia Europejska, wartości i wychowanie,* w: http://www.opoka.org.pl/biblioteka/X/XU/md_wartosci.html. Data dostępu: 11.12.2013.

Gadacz T., *Kryzys „europejskiego człowieczeństwa",* w: http://www.iumw.pl/kryzys-europejskiego-czlowieczenstwa/articles/kryzys-europejskiego-czlowieczenstwa.html. Data dostępu: 15.12.2013.

Gadacz T., *Wychowanie jako spotkanie osób,* w: *Wychowanie personalistyczne,* red. F. Adamski, WAM, Kraków 2005.

Gondek A., *Psychologia w miejsce etyki? Rzecz o podstawach teorii wychowania,* „Cywilizacja" 2011, nr 38, s. 16-27.

Habermas J., *Religion in the Public Sphere,* in: *Between Naturalism and Religion: Philosophical Essays,* Cambridge 2006.

Jackowski J. M., *Bitwa o Polskę,* Ad Astra, Warszawa 1993.

Jan Paweł II, Adhortacja apostolska *Ecclesia in Europa*, Wydawnictwo „M", Kraków 2003.

Jan Paweł II, *Homilia w czasie mszy św – Lubaczów 3 czerwca 1991,* w: http://www.opoka.org.pl/biblioteka/W/WP/jan_pawel_ii/homilie/11lubaczow_03061991.html. Data dostępu: 16.01.2014.

Jan Paweł II, *Homilia wygłoszona podczas Mszy św. w Gnieźnie 3 czerwca 1997 roku,* w: *Europa drogą Kościoła. Jan Paweł II o Europie i europejskości,* red. S. Sowiński, R. Zenderowski, Wrocław – Warszawa – Kraków 2003.

Jan Paweł II, *Przemówienie do Rady Federalnej Ruchów Europejskich,* 28 marca 1987.

Jan Paweł II, *Przyszła zjednoczona Europa. Przemówienie papieża wygłoszone na forum Parlamentu Europejskiego w Strasburgu 11 października 1988 roku,* w: *Wizje Europy,* red. A. Rotfeld*,* Książka i Wiedza, Warszawa 1989.

Jan Paweł II, *W imię przyszłości kultury*, Przemówienie w UNESCO, Paryż, 2.06.1980, w: *Wiara i kultura. Dokumenty, przemówienia, homilie*, red. M. Radwan, T. Gorzkula, K. Cywińska, RW KUL, Lublin 1988.

Jaroszyński P., *Chrześcijaństwo i wychowanie,* w: *U źródeł tożsamości kultury europejskiej,* red. T. Rakowski, Lubelska Szkoła Filozofii Chrześcijańskiej, Lublin 1994.

Kaczmarek K, Gadacz T., *Racje za personalistyczną filozofią wychowania,* w: *Wychowanie personalistyczne,* red. F. Adamski, WAM, Kraków 2005.

Kaliszuk Z., *Neutralność światopoglądowa nie istnieje,* w: http://www.opoka.org.pl/biblioteka/F/FS/zk_neutr.html. Data dostępu: 21.01.2014.

Kłoczkowski J., *Drugie płuco Europy,* „Znak", 2002, nr 566, s. 125.

Kokott J., *Laizismus und Religionsfreiheit im öffentlichen Raum,* „Der Staat" 2005, nr 3, s. 347, 353, 361-365.

Komunikat z 275 Konferencji Plenarnej Episkopatu Polski, „L'Osservatore Romano" (wydanie polskie) nr 5 (173) / 1995.

Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997, Wydawnictwo C. H. Beck, Warszawa 2001.

Krukowski J., *Kościół i państwo, podstawy relacji prawnych*, RW KUL, Lublin 2000.

Kulbat W., *Postacie neutralności światopoglądowej,* w: http://archidiecezja.lodz.pl/lst/wordpress/?p=138. Data dostępu: 22.01.2014.

Lewandowski J., *Czy może istnieć państwo neutralne światopoglądowo?,* w: http://lewandowski.apologetyka.info/ateizm/czy-moze-istniec-panstwo-neutralne-swiatopogladowo,307.htm. Data dostępu: 05.01.2014.

Mach Z., *Tożsamość europejska – dzieło ewolucji czy konstrukt polityczny,* w: http://ec.europa.eu/polska/news/opinie/090629_tozsamosc_europejska_pl.htm. Data dostępu: 14.12.2013.

Machinek M., *O neutralności światopoglądowej raz jeszcze,* w: http://wiara.wm.pl/76269,O-neutralnosci-swiatopogladowej-raz-jeszcze.html#axzz2r2EKzasi. Data dostępu: 20.01.2014.

Małajny R. M., *Neutralność a bezstronność światopoglądowa państwa,* w: http://www.racjonalista.pl/kk.php/s,6743/k,3. Data dostępu: 16.01.2014.

Maritain J., *Pisma filozoficzne,* tłum. J. Fenrychowa, Znak, Kraków 1988.

Milerski B., *Edukacja religijna w szkole neutralnej światopoglądowo,* w: *Pedagogika chrześcijańska. Tradycja, współczesność, nowe wyzwania,* red. J. Michalski, A. Zakrzewska, Wydawnictwo Adam Marszałek, Toruń 2010.

Nowak M., *Filozofia człowieka podstawą filozofii wychowania,* w: *Wychowanie personalistyczne,* red. F. Adamski, WAM, Kraków 2005.

Olbrycht K., *Wychowanie do wartości,* w: http://www.fidesetratio.org.pl/files/plikipdf/olbrycht1.pdf. Data dostępu: 12.12.2013.

Ostrowska K., *Wychowywać do urzeczywistnienia wartości,* w: *Wychowanie personalistyczne,* red. F. Adamski, WAM, Kraków 2005.

Sacksofsky U., *Tagung der Deutschen Staatsrechtslehrer 1999,* „Archiv des öffentliches Rechts" 2000, nr 2, s. 290.

Skorowski H., *Europa Ojczyzn,* http://www.akdwp.pl/index.php/wykady-mainmenu-11/11-europa-ojczyzn. Data dostępu: 11.12.2013.

Skorowski H., *Kulturowe aspekty integracji europejskiej w kierunku jedności kulturowej Europy,* „Seminare" 2006, nr 23, s. 161-170.

Sobkowska-Nowak W., Drynda D. (red.), *Słownik Pedagogów Polskich,* Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego, Katowice 1998.

Stanowiec M., *Neutralność światopoglądowa,* w: http://www.kosciol.pl/article.php/20100223062616510. Data dostępu: 10.01.2014.

Stańkowski B., Szpringer M., *Political correctness and the crisis of education. Research conducted on the history textbooks for primary schools (grade IV-VI),* w: *Kríza pedagogiky?,* red. M. Pisoňova, P. Tománek, Z. Brunclíková, Univerzita Komenského, Bratislava 2013.

Struzik Z., *Wychowanie do wartości – definicje, kwalifikacja, formacja,* w: http://www.kuratorium.waw.pl/files/f-1514-2-referat_ks_struzik.pdf. Data dostępu: 14.12.2013.

Szyjko C. T., *Analiza podstaw prawnych rozszerzenia UE w świetle przyjętej strategii,* w: Zeszyty Naukowe Almamer „Zagadnienia polityczno-ustrojowe" 2009, nr 1, s. 125-148.

Szymanek J., *Bezstronność czy neutralność światopoglądowa państwa (Uwagi na tle art. 25, ust. 2 Konstytucji RP),* „Państwo i Prawo" 2004, nr 5, s. 40.

Weinberg S., *Il sogno dell'unita' dell'universo,* tłum. G. Rigamonti, Mondadori, Milano 1993.

Winczorek P., *Uwagi o aksjologicznych aspektach działalności legislacyjnej w dziedzinie prawa publicznego (konstytucyjnego) w Polsce,* „RPEiS" 1994, nr 4, s. 56.

Woroniecki J., *Katolicka Etyka Wychowawcza,* t. I, KUL, Lublin 1986.

Zoll A., *Człowiek jako podmiot wolności i praw w jednoczącej się Europie,* „Horyzonty wychowania" 2002, nr 2, s. 20.

Żurakowski B., *Wychowanie do wyboru wartości,* w: *Wychowanie personalistyczne,* red. F. Adamski, WAM, Kraków 2005.

Życiński J., *Wartości chrześcijańskie a państwo demokratyczne*, w: *Kultura i prawo*. *Materiały I Międzynarodowej Konferencji na temat Podstawy jedności europejskiej, Lublin, 23-25 września 1998*, t. I, red. J. Krukowski, O. Theisen, Towarzystwo Naukowe KUL, Lublin 1999.

O controversă din gândirea juridică europeană: doctrină juridică și/sau știință juridică?

Ion ***CRAIOVAN****

Abstract: *Comunicarea de față propune câteva analize și considerații privind familia de cuvinte: doctrină juridică -știință juridică- cunoaștere juridică, în privința semnificațiilor și sensurilor vehiculate în special în spațiul teoretic european și românesc. Astfel, dacă termenii de doctrină juridică și știință juridică, ambii folosiți, - așa cum se știe-, în demersurile teoretice privind dreptul, sunt sinonimi, îi putem folosi aleatoriu sau există argumente de a folosi preferențial, doar unul dinte ei, în funcție de context? Dacă sunt diferiți sau există o identitate parțială, în ce constau diferențele de semnificație și sens și care sunt implicațiile epistemologice în privința cunoașterii juridice? Ce relații există între doctrina juridică- știința juridică- cunoaștere juridică? Nu propunem așadar, doar simple considerații lingvistic- etimologice sau pur epistemologice. Încercăm să argumentăm că, soluția adoptată controlează decisiv modul cum sunt înțelese cunoașterea juridică, natura și potențialul acesteia, cu implicații majore asupra practicii juridice și sociale.*

Conchidem, în urma sumarelor considerații prezentate, asupra coexistenței sintagmelor "doctrină juridică" și "știință juridică" în câmpul cunoașterii juridice contemporane și nu se pune problema repudierii uneia sau alteia. Dar, accepțiunile vehiculate nu au toate aceeași valoare epistemologică și pendulează în funcție de context de la inacceptabil, la nociv sau dezirabil. Aceste sintagme pot cunoaște o identitate de spirit în contemporaneitate, în măsura în care doctrina juridică promovează specificitatea fenomenului juridic, dar este deschisă achizițiilor științei și filosofiei contemporane, prin abordări complexe, arsenal metodologic interdisciplinar, prin acceptarea faptului că practica juridică implică la modul inerent o teorie juridică, prin aspirația a noi grade de științificitate, inclusiv în problema prospectivei dimensiunii juridice a viitorului, prin integrarea în rețeaua generală a cunoașterii.

Cuvinte cheie: *gândire juridică, doctrină juridică, știință juridică, cunoaștere juridică*

Considerații introductive

Despre gândirea juridică Philippe Malaurie, nota: „Gândirea juridică, asemeni oricărei gândiri, a fost întotdeauna, de-a lungul epocilor şi peste tot în lume, o dialectică efervescentă, un câmp de luptă şi dezbatere asupra dreptăţii, utilităţii, binelui, răului: mizele mari ale vieţii. ”[1]. Şi în acest câmp de luptă şi dezbatere asupra Dreptului nu s-a oferit răspunsuri încheiate. Căci, într-adevăr, aşa cum remarcă C. Noica „cultura ştiinţifică de o parte, cea umanistă de alta, nu şi-au ţinut promisiunea de a da răspunsuri

* Prof. univ. dr. Cercetător științific onorific al Institutului de cercetări Juridice "Acad. Andrei Rădulescu" al Academiei Române.

[1] Ph. Malaurie, *Antologia gândirii juridice*, Ed. Humanitas, București,1997, p. 10.

încheiate. Dar ele au făcut ceva mai mult decât atât: au arătat cât de puţin lucru ar fi însemnat un inventar de răspunsuri încheiate”[1].

Se poate remarca astăzi în cunoaşterea juridică, cel puţin în spaţiul teoretic european, depăşirea ipostazei dreptului “ca tehnică,”desigur fără a o abandona ci pentru a o integra într-o cunoaştere mai amplă şi multininivelară. Însă, aspiraţia dreptului spre un statut ştiinţific cert, nu este “clară şi distinctă”în zilele noastre, nici măcar terminologic, cu toate eforturile de standardizare, prin folosirea limbii engleze,ca sistem lingvistic comun.Ea-“legal doctrine”- este câmpul abordărilor multiple,a controverselor şi opţiunilor diferite şi uneori coexistente.Astfel, se pot remarca: “legal dogmatics”- cunoaştere normativă specifică a dreptului rezervată prin excelenţă specialiştilor exegeţi ai dreptului,relativi” închişi” în teritoriul lor, puţin dispuşi la interdisciplinaritate, la amestec în treburile juridicităţii; “jurisprudence”- ca teorie prin excelenţă a cazurilor, dar şi ca “general jurisprudence"- ca teorie strict necesară a cazuisticii; “legal science”- ca aspiraţie de cunoaştere a dreptului care ajunge la principii şi legităţi şi în domeniul juridic, aidoma altor ştiinţe; Este vorba doar de o terminologie neuniformă-consideră A. Peczenik[2], pentru”Scientia juris”-relativ sinonimă ca înţeles în jurul notei comune: rezultat ale cercetării ştiinţifice a fenomenului juridic. Alţi autori consideră însă, că este vorba de poziţii ireconciliabile[3]. Comunicarea de faţă propune câteva analize şi consideraţii privind familia de cuvinte: doctrină juridică -ştiinţă juridică- cunoaştere juridică- în privinţa semnificaţiilor şi sensurilor vehiculate. Astfel, dacă termenii de doctrină juridică şi ştiinţă juridică, ambii folosiţi, -aşa cum se ştie-, în demersurile teoretice privind dreptul, sunt sinonimi, îi putem folosi aleatoriu sau există argumente de a folosi preferenţial, doar unul dinte ei, în funcţie de context? Dacă sunt diferiţi sau există o identitate parţială, în ce constau diferenţele de semnificaţie şi sens şi care sunt implicaţiile epistemologice în privinţa cunoaşterii juridice? Ce relaţii există între doctrina juridică - ştiinţa juridică - cunoaştere juridică? Aşadar, nu propunem doar simple consideraţii lingvistice sau pur epistemologice. Încercăm să argumentăm că, soluţia adoptată controlează decisiv modul în care sunt înţelese cunoaşterea juridică, natura şi potenţialul acesteia, cu implicaţii majore asupra practicii juridice şi sociale.

I. Doctrina şi ştiinţa- semnificaţii etimologice

Analiza în plan etimologic - al originii, evoluţiilor de formă şi de sens - a cuplului de termeni doctrină - ştiinţă aduce unele clarificări, în diferite sisteme lingvistice, dar şi adaugă noi contradicţii sau chiar – aşa cum s-a remarcat-perplexităţi în privinţa stabilirii, în mod clar şi distinct a notelor definitorii ale termenilor în cauză.[4]Astfel,în limba română, dicţionarele explicative[5] indică originea termenului doctrină - de la " doctrina" (lat.) şi "doctrine"(fr.) şi reţin o relaţie de identitate cu ştiinţa, în măsura în care doctrina desemnează "ştiinţă, învăţătură, teorie", dar nu constată pur şi simplu o sinonimie pentru că doctrina este şi inclusă în ştiinţă atunci când este declarată nucleu principial al acesteia, -" un corpus de credinţe, principii, teze fundamentale, modele",

[1] C. Noica, *Trei introduceri la devenirea întru fiinţă*, Ed. Univers, 1984, p. 121.

[2] A. Peczenik, *Scientia juris*, in E. Pattaro, (ed.) A treatise of legal philosophy and general jurisprudence (Springer,Dordrecht,2005), vol.4, p. 1-2.

[3] S. Coyle and G.Pavlakos (ed.), *Jurisprudence or Legal Science?* (Hart Publishing, Portland, Oregon,2005), p. 1-15.

[4] Gh. Mihai, *Inevitabilul drept*, Bucureşti, Ed. Lumina Lex, 2001, p. 53.

[5] A se vedea, în acest sens, termenul în cauză în orice ediţie, DEX, inclusiv on-line.

dar şi excede acesteia atunci când este remarcată nu numai în sistemele ştiinţifice dar şi filosofice, politice, religioase. Se poate desprinde, totuşi, cel puţin adiacent şi în mod tradiţional, faptul că, termenul de doctrină, evocă şi reţine ideile de credinţă, dogmă şi de corpus relativ închis în semnificaţiile sale proprii, puţin apt la schimbare şi renovare. În spaţiul anglo-saxon [1] se poate remarca faptul că termenul de doctrină, este limitat la a desemna – prin excelenţă -"un set de credinţe şi idei în domeniul politic şi religios," deşi el este întâlnit şi în planul juridicităţii în ipostaza de doctrină juridică,- juridical doctrine- dar, în acest plan domină termenul cumulativ de" jurisprudence" care evocă ştiinţa (teoria), în special "general jurisprudence", filosofia dreptului (care are şi o expresie singulară consacrată- "philosophy of law") dar şi cazuistica şi reflecţia aferentă în drept, - "case law"- acest din urmă aspect fiind desemnat în dreptul continental prin termenul de "jurisprudenţă".

II. Doctrina juridică – evoluţii şi fond conceptual

Termenul modern de doctrină juridică provenind de la "communis opinio doctorum" desemnează: o opinie, teză, teorie; în sens restrâns opiniile emise de autori în operele lor ştiinţifice în domeniul juridic referitoare la expunerea şi interpretarea dreptului iar prin extensie operele acestora indisolubil legate de autorii respectivi (Cornu); opinie care se bucură de autoritate, în caz de incertitudine în privinţa existenţei sau semnificaţiei unei norme de drept (Malaurie, Atias). Utilizarea mai frecventă a termenului de doctrină juridică începând cu secolul al XIX-lea a afectat,în familia de drept romano-germanic, termenul de jurisprudenţă, sensul originar al acestuia,din dreptul roman de "învăţătură, ştiinţă" despre drept, fiind înlocuit şi rezumându-se, aşa cum am menţionat, la cazuistica dreptului. S-a accentuat astfel distincţia teorie - practică în munca juridică, nevoia de specializare şi profesionalism în privinţa autorilor, - mai ales în mediul universitar, în munca doctrinară, a scrierilor despre drept - studii, monografii, cursuri, tratate ş.a., a unor standarde de structură, limbaj şi raţionament juridic care să legitimeze autoritatea doctrinei şi a autorilor acesteia. A început în acest mod şi un proces mai intens de clarificare a unor corelaţii conceptuale, relevându-se activitatea doctrinar-ştiinţifică de prezentare, sistematizare şi critică a diferitelor materii juridice, de sursă informală a doctrinei în spaţiul romano-germanic, faptul că doctrina juridică este profund marcată de conţinutul social şi politic al epocii în care se realizează şi îşi propune - ca una dintre funcţii critica dreptului pozitiv, influenţarea activităţii legislative, prin - de lege ferenda. Relaţia doctrină - jurisprudenţă (în sistemul anglo-saxon fiind cooptate în acelaşi spaţiu, avînd în vedere că - "judge made law") a evoluat de la ignorare şi divorţ la conştiinţa inerenţei doctrinei pentru judecător şi a cultului cazuisticii, pentru doctrinar.

Fondul conceptual al temenului de doctrină juridică s-a decantat în timp, ca urmare a unor evoluţii diverse de la ţară la ţară, de la o familie de drept la alta,de la o epocă la alta, de la un autor la altul, cunoscând mutaţii calitative de la primele abordări până în contemporaneitate. În acest sens, ilustrăm cu câteva note definitorii ale conceptului de doctrină juridică, în special în ipostaza tradiţională şi modernă: vizează analiza, sistematizarea, expunerea evaluativă a dreptului; este centrat pe sistematizarea, explicarea şi interpretarea dreptului pozitiv, a izvoarelor sale formale, deşi evocă şi elemente istorice, sociologice, filosofice; abordează problemele practicii juridice pentru

[1] Bryan A. Garner, Editor In Chief Blak's law dictionary, Third Pocket edition, 2006, p. 396-397.

a fi discutate la modul profund și general, diferit de reflecția judecătorului asupra unui caz, aceasta nefiind extensivă și generală; configurează și analizează relația particular-general în cunoașterea juridică, dialectica acesteia, investigând norme juridice, instituții juridice, ordini juridice, familii de drept, sisteme juridice, diviziuni precum drept public-drept privat, drept național-drept internațional, relevându-se că, cunoașterea juridică nu se poate cantona numai la nivelul cunoașterii empirice a realităților juridice dar nici nu se poate refugia doar în abstracții dintre cele mai generale; elaborează principii și teze care nu sunt imperative pentru judecător dar care pot întemeia de lege ferenda.

În planul cunoașterii și cel social, doctrina juridică contribuie prin precizie, coerență și soluții raționale pentru rezolvarea problemelor juridice la încrederea în drept, la stabilitatea juridică dar și exercitând presiuni în privința schimbării, la realizarea unor funcții care sunt și ale dreptului însuși precum:soluționarea conflictelor, conturarea unor așteptări,orientarea unor comportamente umane, propagarea unor valori sau idealuri.

Prin prescripțiile sale generale doctrina juridică tradițională a relevat standarde de raționalitate, a dezvoltat implicit o teorie a argumentării, faptul că cercetarea dreptului implică o anumită poziție filosofică, deschizându-se tot mai mult spre orizontul cunoașterii științifice în drept.

În același timp, abordările conceptuale ale doctrinei juridice nu au fost - și nu sunt - scutite de critici. Credem că este instructivă în acest sens sinteza realizată de autorul A. Peczenik în privința "dialogului" între critica filosofică a doctrinei juridice și apărările doctrinarilor în materie, cu privire la care evocăm: teoriile juridice conțin importante componente prescriptive, ca de pildă de lege ferenda, alese oarecum aleatoriu dat fiind complexitatea vieții sociale; - dar, judecățile normative propuse sunt rațional justificabile. Doctrina juridică se referă la un obiecte ontologice obscure, dreptul fiind o "realitate construită" de fiecare dată, altfel; - dar, doctrina juridică, la fel ca alte demersuri teoretice, poate lucra pe obiecte teoretice posibile, precum cele filosofice sau morale; poate fi criticată pentru indeterminare, oferind în viața socială răspunsuri relative, cu grad de ambiguitate dat fiind posibilitatea unor interpretări multiple; -nu este infailibilă, este vulnerabilă ca orice demers teoretic. Prezumă pentru raționamentele sale juridice o morală comună într-o societate pluralistă; - o asemenea morală există și cu toată relativitatea, poate fi configurată în jurul aceea ce unește umanitatea și vizează în mod cert prezentul și viitorul ei; în specificitatea ei este locală, fragmentară, și de aici neștiințifică, pentru că nu se poate ridica la adevărul universal, mai ales având în vedere pluralismul moral; -, numeroase componente ale doctrinei juridice "străbat" societatea globală, iar unitatea dialectică general- particular nu poate fi ignorată, particularul contribuind la general, iar acesta exprimându-se prin particular. În privința celei mai importante obiecții asumarea de către doctrină a unui caracter normativ de a spune "ceea ce trebuie să fie", (sollen), autorul invocat consideră că această obiecție poate fi depășită prin coerența dintre cunoașterea juridică - justiția prin drept și – conceptele juridice în măsura în care se cultivă un fond comun, un echilibru reflectiv, într-o societate centrată pe o atitudine morală comună în problemele esențiale.[1]

III. Doctrină juridică și știință sau abordarea epistemologică în drept

[1] Peczenik,A, *Scientia Juris*, Legal doctrine as knovledge of law and as a source of law, vol. 4, A treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence, p. 137-167, 179-180, Dordrecht, 2005.

Simbioza doctrină juridică-ştiinţă juridică în sens tradiţional, s-a relevat în activitatea doctrinară şi prin faptul că şi în domeniul juridic, cunoaşterea se vădea tot mai mult tributară unei paradigme ştiinţifice, precum cele vizează cunoaşterea juridică centrată pe norme, pe concepte juridice, pe adevărul moral sau pe comportamentul actorilor juridici.[1].

Astfel, demersul ştiinţific în domeniul juridic, s-a configurat, cel puţin într-o anumită perioadă, ca activitate cognitivă vizând o reprezentare a fenomenului juridic conform unei singure paradigmei ştiinţifice adoptate. Monismul epistemologic general dominant a condus la exclusivism şi condamnări reciproce. El a relevat, mai accelerat, nevoia unui orizont epistemologic propriu - care sunt standardele de ştiinţificitate ale doctrinei juridice? - a provocat noi abordări care au condus la noi achiziţii, dar şi la noi controverse.

Termenul de epistemologie (Laurousse,1906, Piaget,1917) desemnează reflecţia asupra gândirii ştiinţifice, abordarea predilectă a statutului activităţilor de cercetare ştiinţifică decât a obiectului de cercetare, o abordare metodologică prin excelenţă. În domeniul dreptului, abordarea epistemologică (C. Atias-1959, Amselek, Perrin,1979) a accelerat efortul de a depăşi "ştiinţa normativă a dreptului", necesara dar excesiva abordare normativă, prin metodologii de poziţionare multiplă şi alternative în cercetarea fenomenului juridic, prin examinarea complexă a validităţii normelor juridice, prin apelul la criterii axiologice şi praxiologice, instituindu-se ca un ansamblu metateoretic de referinţă pentru aserţiunile juridice care aspiră la ştiinţificitate.

Pluralismul epistemologic recunoaşte că ştiinţificitatea este susceptibilă de grade şi versiuni în care ştiinţa dreptului are diverse ipostaze şi apropieri. S-au promovat astfel epistemologii corespunzătoare: empirică- enunţurile ştiinţifice vizează entităţi observabile susceptibile de verificare empirică; logico-formale-consacră un limbaj formalist şi sisteme axiomatice; hermeneutică- reţine discursul efectiv al diferiţilor actori ai fenomenului juridic. S-au constatat astfel diverse combinaţii, precum şi imposibilitatea de a te rupe complet de daturi empirice dar şi imposibilitatea unei formalizări şi axiomatizări complete. Problema prealabilă cardinală este că, demersul ştiinţific în domeniul ştiinţelor socio-umane-inclusiv în ştiinţa juridică- acţiunea umană angajează inevitabil observatorul însuşi. Abordarea are implicit o poziţie ideologică- afectează ştiinţificitatea. S-a remarcat astfel şi din această abordare pluralistă nevoia unei reflecţii sistematice aptă să sugereze soluţii de depăşire a izolaţionismului în cunoaşterea juridică, de coperare şi concertare a informaţiilor[2]. Rupturi şi abordări exclusiviste s-au remarcat în aria cunoaşterii juridice şi în ceea ce priveşte explicaţia şi comprehensiunea, punctul de vedere extern şi punctul de vedere intern. Explicarea faptelor lumii naturale este îndreptată spre “exterior”, înspre culegerea de date exacte şi de legi generale care reglează acele fapte,în timp ce înţelegerea din ştiinţele spiritului se apleacă spre „interior”, un proces în care plecând de la semne care ne-au fost date cu un anumit sens din exterior cunoaştem ceva din interior. (W. Dilthey) Astfel s-a relevat că se poate configura un obiect de studiu în funcţie de teoria adoptată. De exemplu, din perspectiva materialismului istoric-dreptul este un fenomen de suprastructură care poate fi explicat în ultimă instanţă prin raporturile de producţie caracteristice formaţiunii sociale respective. Sau realismul american- dreptul redus la deciziile judecătorilor

[1] A.J. Arnaud, *Dictionnaire encyclopedique de theorie et de sociologie du droit*, L.G.D.J, Paris, 1993, p. 94-98.

[2] *Ibidem*, p. 540-544.

explicabile printr-un complex de factori psihologici. În acest fel se demistifică şi se sesizează elemente de adevăr dar se mutilează dimensiunea normativă, predicţia, specificitatea fenomenului juridic. Se găseşte aici un fenomen de autointerpretare, specific ştiinţelor socio-umane, realizat de către agenţii juridici înşişi, un punct de vedere intern. Paradigma explicaţiei face loc paradigmei comprehensiunii, externalizarea face loc internalizării, obiectivarea- empatiei, ruptura- participării. Se relevă că,raţiunea de a fi a unui fenomen social rezidă din sensul său intern-înţeles de actorii înşişi. -reprezentări, convenţii şi reguli partajate de grupul de referinţă. –ce vehiculează discursul practic al juriştilor. Aşadar, putem remarca: 1. Punctul de vedere extern. 2.Punctul de vedere intern. 3. Punctul de vedere moderat (Ost-van de Kerchove), ceea ce înseamnă punctul de vedere al observatorului extern-care se referă la punctul de vedere intern al juriştilor. Dacă dreptul nu poate fi explicat numai prin el însuşi, trebuie să punem în operă un mare număr de perspective. Problema cercetării fenomenului juridic ridică atunci problema articulării punctelor de vedere-intern-extern-înţelegere-explicaţie în numele unei metateorii! Se tinde spre modele complexe care să coreleze limbajul juridic dogmatic pe de o parte şi cel al ştiinţelor sociale pe de altă parte. Aceasta mai înseamnă că se incită spre pluralism epistemologic care să degajeze şi să coreleze virtualităţile ştiinţifice ale dogmaticii juridice cu virtualităţile practice alternative propuse de ştiinţele sociale. Abordarea epistemologică a conceptului de cunoaştere integrativă este în măsură să depăşească specializarea ştiinţifică înţeleasă ca dogmă, de pildă atunci când abordarea cantitativistă se proclamă singura ştiinţifică în raport cu abordarea calitativistă, hegemonia şi colonizarea de cunoştinţe. De la suveranitatea epistemologică proclamată de unele concepţii sau de la abordarea epistemologică divergentă s-ar putea trece prin depăşirea segmentării, la simultaneitate şi integrarea în structuri şi configuraţii, la o epistemologie de cooperare, conlucrare şi coagulare, care valorifică experienţa integrală a ştiinţei, în soluţionarea unor probleme. În această abordare paradigmele de cunoaştere juridică –chiar contrastante -sunt stimulate să comunice, să accepte noi paradigme cu un potenţial integrativ mai mare ca de pildă paradigma comunicaţională.

IV. Despre statutul contemporan al ştiinţei dreptului

Experienţa modernă şi contemporană a ştiinţei a arătat că întemeierea absolută în cunoaştere, fie pe principii sau fapte este iluzorie,că nu există o măsură absolută a adevărului independentă de situaţia de viaţă corespunzătoare, că o teorie este posibil să fie falsă deşi rezistă cu succes testelor la care este supusă, că nu putem de fapt testa o singură teorie, aceasta fiind solidară cu o întreagă reţea de ipoteze, că în anumite faze ale istoriei ştiinţei se luptă numai prin persuasiune şi propagandă şi nu cu argumente ştiinţifice.[1]

„Ştiinţa dreptului" nu este expresia unei gândiri „forte"- precum ştiinţele exacte- ci a unei „gândiri slabe", apreciază U. Eco -ar fi de preferat poate, termenul de gândire suplă sau subtilă- dar care, poate" învinge" de multe ori pe terenul cunoaşterii ştiinţifice, dacă este rezonabilă.

Nucleul acestei ştiinţe ar putea fi constituit din raţionalitatea juridică configurată ştiinţific şi care îşi confirmă statutul numai dacă este fundamentată pe logicitate dar şi pe istorie, integrează experienţa socială şi practica dreptului,achiziţiile ştiinţei

[1] O sinteză pe care o considerăm exemplară în: Schandelbach, H., Martens, E., editori- *Filosofie*, Ed. Ştiinţifică, Bucureşti, p. 139-173.

contemporane, dă satisfacţie condiţiei umane a acestui timp istoric, nu ignoră contradicţiile juridicităţii, aspiraţia spre interogaţie, prospectivă şi creativitate, declarându-se mereu perfectibilă, în urma demersurlor critice, deschisă şi în devenire.

În acest mod, ştiinţa juridică îşi poate afirma mai pregnant statutul de ştiinţă socio-umană a cărei specificitate este dată de obiectul de cercetare -fenomenul juridic- acel spaţiu socio-uman care are ca nucleu normativ imperativ, susceptibil de constrângere publică Dreptul, dat în numele Justiţiei, într-o societate particulară a unui timp istoric şi care operaţionalizează valorile acelui timp, reglementează principalele relaţii sociale, încorporând idei, concepţii, teorii juridice, marcate de cultura şi starea acelei societăţi. Explorând dimensiunea juridică a umanului, ştiinţa juridică este complexă, multinivelară, cu paliere filosofice, sociologice, pshiologice, morale, ş.a.

Cunoaşterea juridică nu se poate sustrage, de la conexiunile cu reţeaua umană a cunoaşterii, după cum fenomenul juridic nu se poate sustrage conexiunilor, inter-dependenţelor şi interferenţelor cu alte fenomene socio-umane. Această integrativitate nu atentează la specificitatea unor entităţi juridice sau specializări, precum ramurile dreptului, conceptele, principiile sau teoriile juridice. Ea combate însă "rele practici" precum dogmatismul, exclusivismul, ignorarea celorlalţi, boicotul acestora, cultivând extensia nondiscriminatorie şi nonierarhia, deschiderea frontierelor epistemologice, schimburile informaţionale, recunoscând capacitatea generică a fiecărei entităţi de cunoaştere de a participa la soluţionarea problemelor umane-inclusiv a problemelor juridice, -în baza argumentelor relevante.

Concluzii

Am putea conchide în urma sumarelor consideraţii prezentate, asupra coexistenţei sintagmelor "doctrină juridică" şi "ştiinţă juridică" în câmpul cunoaşterii juridice contemporane şi nu se pune problema repudierii uneia sau alteia. Dar, accepţiunile vehiculate nu au toate aceeaşi valoare epistemologică şi pendulează în funcţie de context, de la inacceptabil, la nociv sau dezirabil. Astfel, ar fi inacceptabile în demersul teoretic poziţiile extreme, în care doctrina juridică, închistată în specificitatea ei, se proclamă unica sursă veritabilă a cunoaşterii juridice sau când ştiinţa se proclamă atotputernică în universalitatea ei, ignorând specificitatea juridică, nivelată de "legi obiective". Aceste sintagme pot cunoaşte o identitate de spirit în contemporaneitate, în măsura în care, doctrina juridică promovează specificitatea fenomenului juridic, dar este deschisă achiziţiilor ştiinţei şi filosofiei contemporane, prin abordări complexe, arsenal metodologic interdisciplinar, prin acceptarea faptului că practica juridică implică la modul inerent o teorie juridică, prin aspiraţia a noi grade de ştiinţificitate, inclusiv în problema prospectivei dimensiunii juridice a viitorului, prin integrarea în reţeaua generală a cunoaşterii.

Referinţe bibliografice

1. A.J. Arnaud, Dictionnaire encyclopedique de theorie et sociologie du droit, L.G.D.J. Paris, 1993

2. Ausburg, T. Becoming interdisciplinary. An introduction to interdisciplinary studies, 2nd edition, Kendall Hunt Publishing, New York, 2006

3. Frodeman, R, Klein Jt., Mitcham, C, Handbook of interdisciplinarity, Oxford University Press, 2010

4. Habermas,J., The theory of comunicative action, vol.1,vol.2, original german, Suhrkamp, Frankfurt am Main,1981,trans T McCharthy, Boston,1987

5. Between facts ands norms. Contribution to a discourse theory of law and democracy, Polity Press, Cambridge, 1996

6. Law, Science, Technology,-vol.- 25 IVR World Congress of Philosophy of law and Social Philosophy, Goethe Universitat, Frankfurt am Main, Germany, 15-20 aug. 2011

7. Pavlakos, G., Our knowledge oh the law,-Objective and practice in legal theory, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2007

8. Peczenik,A,Scientia Juris,Legal doctrine as knovledge of law and as a source of law, vol.4, A treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence, Dorddrecht, 2005,

9. Schandelbach, H., Martens, E., editori- Filosofie,Ed. Ştiinţifică, Bucureşti, p.139-173

10. Stuart, H., Disciplinary hegemony meet interdisciplinarity ascendancy: Can interdisciplinary/ integrative studies survive, and if so how? Issues in Integrate Studies, 23, 1-37, 2003

11. Twining,W, General Jurisprudence, Law and Justice in a Global Society, Universidad de Granada, Mayo 2005, pp. 609-644

12. Van Hoecke, M., Law as communication, Oxford-Portland Oregon, 2002

A European Controversy of Juridical Thinking: Juridical Doctrine and/or Legal Science?

Ion CRAIOVAN[*]

Abstract: *Communication proposes some tests and family considerations words: legal doctrine, legal knowledge, legal knowledge, the meaning and the meanings conveyed especially in european and romanian theoretical space. Thus, if the terms of legal doctrine and legal science, both used, known - as - the theoretical approaches on the right, are synonymous, we can use random or are there reasons to use preferential its just one tooth, depending on context? It justifies the elimination of one or the other in the field of scientific research ? If there are different or partial identity, what the differences of meaning and purpose and epistemological implications about legal knowledge ? What relationships exist between legal doctrine, legal science, legal knowledge ? Therefore, we propose not merely linguistic - etymological considerations or purely epistemological.We argue that the decisive control solution adopted understood how legal knowledge, nature and its potential, with major implications for legal and social practice.*

We conclude, following summaries considerations, the coexistence phrases " legal doctrine " and " legal science " in the contemporary legal knowledge and no question repudiation of one or the other. But not all have the same meanings conveyed epistemological value and oscillates depending on the context of the unacceptable, the harmful and desirable. These phrases may know the identity of the contemporary spirit, to the extent that legal doctrine promotes specific legal phenomenon, but is open to acquisitions and contemporary philosophy of science, complex approaches, interdisciplinary methodological arsenal, by accepting that legal practice involves how inherently legal theory, the aspiration of new degrees of science, including legal problem of the future, by integrating general knowledge network.

Keywords: *legal thinking, legal doctrine, legal science, knowledge*

Introductory

Philippe Malaurie[1] abaut legal thinking, note " legal thinking, like any thinking has always been, throughout the ages and throughout the world, a dialectic effervescent field of battle and debate over justice, utility, good, evil: high stakes of life. ". And in this field of battle and debate on the Law have not responded completed. For, indeed, as noted Noica[2] " scientific culture one hand, the other humanistic, have not kept their promise to give answers concluded. But they did something more than that: they showed how little would have meant an inventory of completed responses. "It can be

[*] Professor Dr. Honorary Research Fellow of the Institute of Legal Research „Acad. Andrei Rădulescu" of the Romanian Academy.

[1] Ph. Malaurie, *Antologia gândirii juridice*, Ed. Humanitas, București, 1997, p. 10.

[2] C. Noica, *Trei introduceri la devenirea întru ființă*, Ed. Univers, 1984, p. 121.

observed today in legal knowledge, at least in theory space european overcome hypostasis right technique ", " but of course without abandoning it and integrate it into a broader knowledge and multilevel. But right aspiration to scientific status certainly is not " clear and distinct " nowadays, even terminology, although standardization efforts, using English as the common language system.So, "legal doctrine" - is the field multiple approaches, controversies and sometimes, co-exist. Different options can be distinguished: " legal dogmatics " - specific normative knowledge right reserved by scholars of law professionals excellence relatively " closed " in their territory less willing to interdisciplinarity, " jurisprudence " - the theory par excellence of cases, but also as " general jurisprudence " - the theory of casuistry strictly necessary, "legal science " -like suction knowledge that reaches right principles and laws and legal, like other sciences, is not just a uniform terminology, considers A. Peczenik[1] for "Scientia juris " - relatively synonymous in meaning around common note: results of scientific research the legal phenomenon. Other authors[2] believe, however, that it is irreconcilable positions. My paper proposes some tests to family of words: legal doctrine, legal science, legal knowledge, the meaning and the meanings conveyed. Thus, if the terms of legal doctrine and legal science, both used, known - as - the theoretical approaches on the right, are synonymous, we can use random or are there reasons to use preferential its just one tooth, depending on context?It justifies the elimination of one or the other in the field of scientific research ? If there are different or partial identity, what the differences of meaning and purpose and epistemological implications about legal knowledge? What relationships exist between legal doctrine, legal science, knowledge? Therefore, we propose not merely linguistic - etymological considerations or purely epistemological. We argue that the decisive control solution adopted understood how legal knowledge, nature and its potential, with major implications for legal and social practice.

I. Doctrine and science - etymological meanings

Etymological analysis plan the origin, developments of form and meaning to the couple of terms science- doctrine bring some clarification in different linguistic systems, but also adds new contradictions or even - as noted - perplexities in establishing the clear and distinct notes of defining the term[3]. So, in Romanian explanatory dictionaries[4] indicate the origin of the term doctrine, "doctrine" (lat.) and "doctrine" (fr.) and retain a relationship with science identity, to the extent that the doctrine designates "science, education,theory ", but simply finds a synonym for the doctrine is included in science when it declared its core principle -" a body of beliefs, principles, basic sentence patterns ", and when it exceeds observed not only in scientific and philosophical systems, political, religious. It emerges, however, at least adjacent and traditionally doctrine that the term evokes and retain ideas of faith, dogma and

[1] A. Peczenik, *Scientia juris*, in E. Pattaro,(ed.)A treatise of legal philosophy and general jurisprudence, (Springer, Dordrecht, 2005), vol.4, p. 1-2.

[2] S. Coyle and G.Pavlakos (ed.),Jurisprudence or Legal Science?,,(Hart Publishing,Portland, Oregon,2005), p. 1-15.

[3] Gh. Mihai, *Inevitabilul drept*, Bucureşti, Ed. Lumina Lex, 2001, p. 53.

[4] A se vedea, în acest sens, termenul în cauză în orice ediție, DEX, inclusiv on-line.

relatively closed corpus own meanings, less apt to change and renovation. Anglo - Saxon may be noted that the term doctrine is limited to designate - par excellence, " a set of beliefs and ideas in the political and religious, "[1] although it also occurs in the juridica plan the depiction of legal doctrine - juridical doctrine - but this plan dominates cumulative term " jurisprudence " that evokes science (theory), especially the " general jurisprudence " philosophy of law (which has a dedicated single - expression " philosophy of law") and casuistry and reflection related to the law, - "case law" - the latter aspect being designated continental law the term "- jurisprudence.

II. Legal doctrine - developments and conceptual background

The term modern legal doctrine from "communis opinio doctorum " means: a review, thesis, theory, narrow opinions issued by the authors in their scientific works in the field of law relating to exposure and interpretation of the law and by extension their works inextricably linked these authors (Cornu) authoritative opinion that in case of doubt as to the existence or significance of a rule of law (Malaurie, Atias). Frequent use of the term legal doctrine since the nineteenth century affected the Roman-Germanic family law, law term, meaning its origin in the Roman law of "teaching, science" about law, replaced and comes down, as I mentioned, the casuistry of law. It stressed the distinction between theory and practice in legal work, the need for specialization and professionalism on the authors - especially in academy space, the work doctrinal writings about law studies, monographs, lectures, treaties, etc., of standards of structure, language and legal reasoning to justify the doctrine and authority of its authors. It began in this way and a more intense conceptual clarification correlations, revealing doctrinal scientific work presentation and critical systematization of various legal matters, informal source of doctrine in the Roman-Germanic space that the legal doctrine is deeply marked by social and political content of the epoch in which the and aims, as one of the critical functions of positive law, influencing legislative activity by - law ferend. Doctrine - law relationship (in the Anglo -Saxon being co-opted in the same space, given that - " judge made law") evolved from ignorance and divorce conscience to judge the inerrancy doctrine and worship for casuistry to doctrine. Conceptual legal doctrine was decanted over time as a result of various developments from country to country, from family law to another, from one era to another, from one author to another, knowing the mutations qualitative the first approaches to contemporary. In this sense, illustrated with some common characteristics of the concept of legal doctrine, especially in traditional and modern depiction:

• aimed at analyzing, structuring, exposure matter of law;

• is focused on systematization, explanation and interpretation of positive law, its formal springs, although evokes historical, sociological, philosophical;

• address issues of legal practice to be discussed on how deep and general, reflecting different judge on a case, it is not broad and general;

• configure and analyze particular relationship - general legal knowledge, its dialectic investigating legal norms, legal institutions, legal system, family law, legal systems, divisions and public - private law, domestic law, international law, revealing that, legal knowledge can not confine only to the empirical knowledge of the legal realities but neither can escape only in the most general abstractions;

[1] Bryan A. Garner, Editor In Chief *Blak's law dictionary*, Third Pocket edition, 2006, p. 396-397.

• develop principles and theses that are not mandatory for the judge but can rely de lege ferenda.

In terms of knowledge and the social, legal doctrine helps the precision, consistency and rational solutions to solve legal problems in trust law, legal stability and exerting pressure on the change in carrying out functions that are of the right itself as: solving conflict, outlining expectations, orientation of human behavior, the propagation of values or ideals.

Through its general prescriptions traditional legal doctrine revealed standards of rationality, developed a theory of default reasoning that the law research implies some philosophical position, opening up more and more towards the horizon of scientific knowledge in law.

Meanwhile, the legal doctrine conceptual approaches have been - and are -exempt criticism. We believe it is instructive synthesis authors A. Peczenik[1] on " dialogue " between philosophical critique of the legal doctrine and defense doctrinal matters, on which evoke:

• - prescriptive legal theories contain important components, such as – de lege ferenda- chosen somewhat randomly given the complexity of social life;

- Proposed normative judgments rationally justifiable.

• - refers to an ontology objects obscure the law as a " true built " each time, otherwise;

- Legal doctrine, like other theoretical approaches can work on possible theoretical objects, such as philosophical or moral;

• - may be criticized for indeterminacy, providing society responses relative degree of ambiguity given the possibility of multiple interpretations;

- It is not infallible, it is vulnerable to any theoretical approach.

• - presumed to its legal reasoning common morality in a pluralistic society;

Also there is a moral in all relativity, can be configured around that which unites humanity and aims clearly present and future;

• - to its specificity is local, fragmented, and hence unscientific because it can not rise to universal truth, especially in view of moral pluralism;

- many components of legal doctrine " cross " global society, and particularly General dialectical unity can not be ignored, individuals contributing to the general, and he expressed it in particular.

Regarding the most important objections to taking a normative doctrine to say "what should be" (Sollen), the author believes that the objection raised can be overcome by the consistency of legal knowledge, justice through law and concepts legal insofar as it cultivates a pool, a reflective equilibrium in a society centered on a moral common key issues.

III. Legal doctrine and science or epistemological law approach

Symbiosis legal doctrine - legal science in the traditional sense, was revealed in the work and that doctrinal and legal knowledge is increasingly dependent was indicative of scientific paradigms, such as those aimed at legal knowledge -centered rules, legal

[1] Peczenik,A,*Scientia Juris*, *Legal doctrine as knovledge of law and as a source of law*, vol. 4, A treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence, p. 137-167, 179-180, Dordrecht, 2005.

concepts, the moral truth or the behavior legal.[1] The scientific approach in the legal field to set, at least in a certain period, the cognitive activity aimed at a representation of the legal phenomenon as a single dominant scientific paradigm adoptate.It led to mutual exclusivity and convictions. He revealed accelerated the need of a proper epistemological horizon- what about scientific standards of legal doctrine ? - Provoked new approaches have led to new purchases, but also controversy.

The term epistemology (Laurousse, 1906, Piaget, 1917) designates reflection on scientific thought, addressing favorite status of scientific research than the research object, a methodological approach par excellence. In law, an epistemological approach (C. Atias - 1959 Amselek, Perrin, 1979) accelerated the effort to overcome the "normative science of law " necessary but excessive regulatory approach by positioning multiple and alternative methodologies in researching legal phenomenon, complex by examining the validity of legal norms by appealing to criteria axiological and praxeological and established itself as a benchmark for the overall meta-theoretical legal assertions aspiring to science.

Epistemological pluralism recognizes that the science is likely degrees and releases the science of law has various aspects and approach.So, it have promoted appropriate epistemology: the empirical - scientific statements related to entities likely observable. Logico -formal - verification establishes a formal language and axiomatization. Hermeneutics - speech systems retain the various actors effectively legal phenomenon. It was found as well as various combinations impossibility to completely break of reality and empirical impossibility of formalization and complete axiomatization.The problem is that prior cardinal scientific approach in social sciences and humanities, including legal science, human action inevitably engages the observer himself. The approach implicitly affects an ideological position, as noted scientific level.So, this pluralistic approach and the need for a systematic reflections able to suggest solutions to the isolationism in legal knowledge, to the cooperation and coordination of information.[2] Fractures and exclusive approaches were noted in scope and legal knowledge regarding the explanation and comprehension, external point of view and the view intern.Explanation facts of the natural world faces "outside" into the collection of accurate data and general laws that regulate those facts, while understanding of the science spirit leans toward "inside ", a process in which starting from the signs that we were given a sense of the outside know something from the inside. (W. Dilthey) This has revealed that it can configure an object study based on the theory adopted. For example, from the perspective of historical materialism - law superstructure is a phenomenon that can be explained ultimately by the relations of production characteristic of that social formation. Or american realism - right down to the decisions of the judges explained by a complex psychological factors. In this way demystifies and notifies elements of truth but mutilate normative dimension, prediction specificity juridic. So, phenomenon is here a phenomenon of self-interpretation, specific social and human sciences conducted by legal agents themselves, an internal point of view. Explanation paradigm accommodate comprehension paradigm, outsourcing accommodate internalization, objectification, empathy, tear - participation. It reveals that the rationale of a social phenomenon lies in its internal sense -meaning actors

[1] A.J. Arnaud, *Dictionnaire encyclopedique de theorie et de sociologie du droit*, L.G.D.J, Paris, 1993, p. 94-98.

[2] *Ibidem*, p. 540-544.

themselvs. – with external sense.So,, we notice: 1. The external view. 2. The internal view. 3. A moderate viewpoint (Fr.Ost- van de Kerchove), which means the point of view of the external observer, referring to the internal view of law. If law can not be explained only by itself, we need to work a large number of research perspective. Legal phenomenon raises then the question of articulating the views, internal-external - understanding - explanation on behalf of metatheory ! It tends towards complex models linking dogmatic legal language on the one hand and social sciences on the other. This also means that the epistemological pluralism which incites to away and correlate scientific virtualities legal dogmatics practical virtualities proposed alternative sociale. The epistemological concept of integrative knowledge is able to overcome scientific specialization understood as dogma, for instance when proclaims the only scientific approach to quantitative or relative or qualitative approach, hegemony and colonization of knowledge. The epistemological sovereignty proclaimed by some views or divergent epistemological approach might pass by overcoming segmentation, the simultaneity and integration structures and configurations on an epistemology of cooperation, collaboration and coagulation, which exploit the full experience of science in solving paradigms probleme. In this approach legal knowledge, even contrasting, are encouraged to communicate to accept new paradigms with a higher integrative potential such as the communicative paradigm.

IV. About the status of the science of contemporary

Experience modern and contemporary science has shown that the absolute foundation of knowledge or principles or acts is illusory, that there is no absolute measure of truth independent living situation appropriate that a theory may be false even successfully withstand tests it is subject, we can not actually test one theory, which is attached to a whole network of assumptions that during certain phases of the history of science is fighting only by persuasion and propaganda and not scientific grounds [1].

"The science of law " is not an expression of thinking " forces " - such as sciences, but a " weak thinking " U. Eco appreciate it may be preferable term thinking or subtle, supple but can " win" often on the field of scientific knowledge, if reasonable.

The core of this science could be set up in the legal rationality of scientific and confirms its status only if it is based on logic and the history and practice of integrating social experience, acquisitions of contemporary science, the human condition gives satisfaction of this historic time, do not ignore juridical contradictions aspiration for questioning, foresight and creativity, declaring himself always perfectible following critical approaches, open and budding.

In this way, science can say stronger legal status of social sciences whose specificity is given to the subject of research and legal phenomenon - that human socio- space is imperative normative core, capable of constraining public law given in name of Justice, and operationalize the values of own time, the main governing social relations, incorporating ideas, concepts, legal theories, marked by the culture and society. Exploring the juridical dimension of the human condition, legal science is complex, multi-level, with levels philosophical, sociological, the psychology, moral, etc.

[1] O sinteză pe care o considerăm exemplară în: Schandelbach, H., Martens, E., editori- Filosofie, Ed. Științifică, București, p. 139-173.

Legal knowledge can not escape from human knowledge network connections as legal phenomenon can not avoid the connections, interdependencies and interference with social and human phenomena. This integrativitate not violate the specific legal entities or specializations, such as branches of law, concepts, principles or legal theories. It combats but "bad practice" and dogmatism, exclusivity, ignoring others, boycott them, cultivating and non-hierarchical extension, nondiscrimination, open borders epistemological exchange information, recognizing the ability of each entity generic knowledge to participate in solving human problems, including problems legal - based relevant arguments.

Concluding remarks

We could conclude from the considerations presented summaries on coexistence phrases " legal doctrine " and " legal science " in the contemporary legal knowledge and no question repudiation of one or the other. But not all have the same meanings conveyed epistemological value and oscillates depending on the context of the unacceptable, the harmful and desirable. The theoretical approach would be unacceptable extreme positions, the legal doctrine, secluded in its specificity, is proclaimed only real source of legal knowledge or the science is proclaimed omnipotent in its universality, ignoring legal specificity level of " objective rules". These phrases may know the identity of the contemporary spirit, to the extent that legal doctrine promotes specific legal phenomenon, but is open to acquisitions and contemporary philosophy of science, complex approaches, interdisciplinary methodological arsenal, by accepting that legal practice involves how inherently legal theory, the aspiration of new degrees of science, including legal dimension of the future, by integrating general knowledge network.

References

1. A.J. Arnaud, Dictionnaire encyclopedique de theorie et sociologie du droit, L.G.D.J., Paris,1993

2. Ausburg, T., Becoming interdisciplinary. An introduction to interdisciplinary studies, 2nd edition, Kendall Hunt Publishing, New York, 2006

3. Frodeman, R, Klein Jt., Mitcham, C, Handbook of interdisciplinarity, Oxford University Press, 2010

4. Habermas,J., The theory of comunicative action, vol.1,vol.2,original german, Suhrkamp,Frankfurt am Main,1981,trans T McCharthy, Boston,1987

5. Between facts ands norms. Contribution to a discourse theory of law and democracy, Polity Press, Cambridge, 1996

6. Law, Science, Technology,-vol.- 25 IVR World Congress of Philosophy of law and Social Philosophy, Goethe Universitat, Frankfurt am Main, Germany, 15-20 aug. 2011

7. Pavlakos, G., Our knowledge oh the law,-Objective and practice in legal theory, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2007

8. Peczenik,A,Scientia Juris,Legal doctrine as knovledge of law and as a source of law,vol.4,A treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence, Dorddrecht, 2005,

9. Schandelbach, H., Martens, E.,editori- Filosofie,Ed. Ştiinţifică, Bucureşti, pp.139-173

10. Stuart, H., Disciplinary hegemony meet interdisciplinarity ascendancy: Can interdisciplinary/ integrative studies survive, and if so how? Issues in Integrate Studies, 23, 1-37, 2003

11. Twining,W, General Jurisprudence, Law and Justice in a Global Society, Universidad de Granada, Mayo 2005, p. 609-644

12. Van Hoecke, M., Law as communication, Oxford-Portland Oregon, 2002

Justiția socială, scop sau mijloc al realizării dreptului

Ph.D. Emilian ***CIONGARU****

Abstract: *În orice societate, justiția socială trebuie să asigure exercitarea neîngrădită a drepturilor și obligațiilor fundamentale ale persoanelor, realizând astfel legalitatea și legitimitatea actului de justiție. Atât stabilitatea normativă, cât şi aplicarea uniformă a regulilor juridice într-o societate reprezintă doar premisa necesară, dar nu suficientă, pentru realizarea justiţiei sociale, deoarece, la un moment dat, cu toate că norma juridică poate să fie justă sau corectă din punct de vedere juridico-legislativ, tot ea poate genera o multitudine de inechităţi şi nedreptăţi care sunt datorate modului său de aplicare de către instanţe sau de către cei cu atribuţii în aplicarea dreptului, cu prioritate judecătorii. În virtutea acestor principii şi evaluând calităţile instrumentale şi moralizatoare ale legislaţiei, există tentaţia de a considera dreptul ca fiind echivalent cu justiţia socială, reprezentând o formă generală de adaptare a justiţiei morale la diferitele exigenţe şi împrejurări sociale, adaptare ce presupune totuşi utilizarea constrângerii publice în cadrul procesului judiciar. Orice sistem care este construit pe justiţie socială nu se bazează pe a favoriza fiecare membru al societăţii, pentru că interacţiunea socială configurată în jurul acestui principiu, ar deveni lipsită de importanţă.*

Cuvinte cheie: *justiția socială, stabilitatea normativă, norma juridică, dreptul, sistem legislativ*

Convieţuirea în societate presupune impunerea membrilor acesteia anumite conduite absolut necesare coexistenţei lor, conduite asupra cărora îşi exercită acţiunea mai multe categorii de norme sociale, cele mai importante fiind normele juridice.[1]

Omul nu poate trăi decât în societate şi orice societate umană are nevoie de organizare, ordine şi disciplină.

Evoluţia societăţii umane a confirmat dictonul roman *ubi societas, ibi jus* dar şi viceversa este exactă *ubi jus ibi societas*.

Specificul normelor juridice faţă de alte norme sociale, finalitatea sau scopul acestor norme, mecanismul lor de acţionare în societate, legăturile dreptului cu statul, cu puterea publică, toate aceste aspecte se constituie în tot atâtea ramuri şi capitole de drept.

Dreptul este principiul de direcţie, de coeziune socială, el dă societăţii caracterul de definit, de coerenţă.[2]

În cursul istoriei, ştiinţa juridică a avut şi evoluţie inversă decât aceea a lumii, din ştiinţă juridică universală, ea a devenit naţională, din generală particulară.[1] Motivul

* *Associate researcher, Institute of Legal Research „Acad. Andrei Radulescu" of the Romanian Academy; Researcher, Hyperion University of Bucharest, Romania.*

[1] Popescu S., *Teoria generală a dreptului*, Ed. Lumina Lex, Bucuresti, 2000, p. 121.

[2] Popa N., *Teoria generală a dreptului*, Ed. CH Beck, Bucuresti, 2008, p. 29.

principal este acela că dreptul este împărţit între două tendinţe contradictorii, şi anume: globalizarea, integrarea planetară tot mai accentuată; statul suveran şi autonomia sa, care circumscrie viaţa popoarelor şi a treia tendinţă este că dreptul reprezintă formula tip de organizare a lumii.

Evoluţia dreptului internaţional şi european, procesele de continuitate şi discontinuitate a dreptului şi-au făcut simţită prezenţa şi la nivelul relaţiilor dintre state, problema legiferării la acest nivel fiind mult mai sensibilă comparativ cu transplantul juridic al normelor juridice internaţionale şi europene la nivelul dreptului intern al statelor.

Realităţile internaţionale actuale au adus şi încă mai aduc o serie de probleme de interpretare şi nuanţare în materia legiferării, suveranitatea statelor fiind un exemplu, suveranitate care, în acest context, nu mai apare în forma sa clasică, ci implică o nuanţare în sensul că statele nu mai deţin suveranitatea asupra tuturor prerogativelor lor, aşa cum este cazul statelor membre ale Uniunii Europene. Acest aspect presupune un element de discontinuitate, sau mai bine spus o modificare a unuia dintre elementele esenţiale de continuitate existente la nivel internaţional.

Dreptul şi-a pierdut relativa lui autonomie şi autoritatea care decurgea din rolul său de control, exercitat asupra statului. Statul a dobândit controlul asupra dreptului, cel din urmă devenind un simplu instrument al dominaţiei statale. Afectarea gravă a principiilor statului de drept a constat şi în totala dominare de către stat a individului, supus supravegherii şi controlului exercitat asupra tuturor laturilor vieţii lui şi aflat într-o situaţie de insecuritate juridică.

Către sfârşitul secolului trecut apare orientarea spre o nouă înţelegere a dreptului, manifestată în studii dedicate pluralismului juridic al societăţilor complexe[2]. Ele porneau de la constatarea că în acelaşi spaţiu geopolitic nu există o singură ordine juridică, ci mai multe şi susţineau că pretenţia statului de a deţine monopolul creării dreptului este absurdă, că există ordini juridice şi comunităţi juridice care se suprapun. Dreptul, în general şi dreptul statal, în mod deosebit sunt relativizate, desacralizate.[3] În ultimul deceniu al secolului trecut, s-a constatat îmbătrânirea dreptului statal, subminarea rolului lui de modelare şi inovare socială, de planificare a viitorului şi şi-au făcut apariţia forme ale dreptului efemere şi renegociabile, astfel cum sunt reglementarea relaţiilor dintre corporaţii şi reglementarea europeană. O serie de probleme sociale nu mai pot fi soluţionate de dreptul modern ale cărui limite devin din ce în ce mai evidente. Soluţiile alternative se impun din ce în ce mai mult, luând sfârşit monopolul statului asupra legalităţii şi începând să se manifeste minimalismul juridic care înseamnă că, raporturile juridice devin din ce în ce mai mult, raporturi de putere.

Pentru a putea defini cât mai exact sau cât mai adecvat conceptul de drept trebuie puse în legătură trei elemente esenţiale: legitatea autoritară, eficienţa socială şi corectitudinea conţinutului iar, în funcţie de modul în care se valorifică

---

[1] Constantinesco L.J., *Tratat de drept comparat,* vol. I, *Introducere în dreptul comparat,* Bucureşti, Ed. All, 1997, p.18.

[2] Arnaud A.-J., *Some challanges to law trough modern thought*, vol. 17th IVR World Congress Bologna, 1995, Challenges to Law at the end of the 20th Century, vol. I, p. 25. De Sousa Santos B., *Towards a Postmodern Understanding of Law*, Oñati procedings, Nr.1/1989, Legal Culture and everyday life, p. 149.

[3] Popescu S., *Postmodernismul şi dreptul*, Analele Universitatii Valahia din Targoviste, nr. 1, 2004.

semnificaţia relativă a acestor elemente, se pot constitui diferite abordări conceptuale ale dreptului.[1]

Astfel, cine atribuie semnificaţii numai corectitudinii conţinutului şi nu se opreşte şi asupra legităţii autoritare şi eficienţei sociale obţine numai un concept pur al dreptului iar în caz contrar, se obţine un concept pur pozitivist al dreptului.

Elementelor definitorii ale conceptului de drept – **legitatea autoritară, eficienţa socială şi corectitudinea conţinutului**, le corespund trei elemente ale conceptului de validitate a dreptului şi anume: conceptul sociologic, conceptul etic şi conceptul juridic.[2]

Conceptul de *validitate socială* are ca obiect validitatea socială şi presupune faptul că o normă este validă din punct de vedere social dacă ea este respectată sau dacă nerespectarea ei este sancţionată prin aceste acţiuni atingând eficienţa socială a dreptului.

O normă juridică poate fi respectată în măsură diferită aşa cum şi nerespectarea respectivei norme poate fi sancţionată în măsură diferită, consecinţa fiind că valoarea socială a unei norme este o problemă de măsură, aceasta fiind şi una din perspectivele de cercetare a eficacităţii validităţii sociale.

O a doua perspectivă a cercetării eficacităţii validităţii sociale este aceea că poate fi recunoscută luând ca bază două criterii: respectarea sau nerespectarea normei.

A treia perspectivă este aceea că nerespectarea normelor de drept are consecinţa constrângerii fizice prin forţa coercitivă a statului.

Supunerea la lege este o necesitate socială dar fiecare este liber să aprecieze valoarea unei legi şi să facă ce este posibil fără a recurge la violenţă pentru a se sustrage de la o lege pe care o consideră contrarie dreptului, ca şi la executarea unui act pe care-l consideră ilegal[3].

Astfel, validitatea socială reprezintă de fapt formele de realizare a dreptului[4] care, în mod concret, are loc prin două modalităţi:

1. - *realizarea dreptului prin activitatea de respectare şi executare a legilor* în sensul că dreptul instituie un comportament obligatoriu pentru subiectele cărora i se adresează iar normele juridice reprezintă întotdeauna *comandamente* sau *ordine* ale statului. În acest sens, pentru ca acestea să fie respectate şi dreptul să-şi atingă scopul, normele juridice trebuie să fie aduse la cunoştinţa publică.

2. – *aplicarea dreptului de către autorităţile şi instituţiile publice.* Cerinţelor sociale trebuie să li se dea satisfacţie prin adoptarea cadrului normativ general al societăţii.

Normele de drept edictate trebuie însă şi urmărite în executarea lor, ceea ce presupune implicarea directă a unor autorităţi publice în procesul de realizare a dreptului.

Atingerea scopului normelor juridice, deci se sprijină, uneori, pe acea intervenţie coercitivă a statului.

În sens strict juridic, actul de aplicare a dreptului trebuie să aibă un caracter concret, să pornească de la un caz particular pe care-l soluţionează, este, aşadar, aplicarea de la general la particular.

---

[1] Alexy R., *Conceptul şi validitatea dreptului*, Traducere de Adriana Cinta, Ed. Paralela 45, 2008, p. 21.

[2] *Idem*, *op. cit.*, p. 109.

[3] Duguit L., *Traité de Droit Constitutionnel*, tome III, Paris, 1920, p. 745.

[4] Popa N., *op. cit.*, p.187.

Procesul de aplicare a dreptului depinde de felul normei încălcate – penale, civile, administrative, etc., de organul chemat să restabilească legea – instanţe de judecată, organe administrative, financiare, etc., de competenţa şi mijloacele pe care acesta le foloseşte potrivit legii.

Considerând[1] rolul dreptului ca, principalul garant al ordinii sociale și normative și al respectării drepturilor și libertăţilor indivizilor, dreptul[2] nu este, de regulă, echivalent cu justiția întrucât aceasta din urmă se caracterizează printr-o serie de elemente raționale cum ar fi: egalitatea părților, natura rațională și logica a justiției, ideea de echitate și de proporționalitate în distribuirea justiției și de fapt concretizate în stabilitatea legilor și aplicarea lor uniformă. În consecință, dreptul nu poate realiza în totalitate aceste elemente raționale și de fapt ale justiției sociale, de aceea el nu poate fi niciodată, și în același timp, just, drept și echitabil pentru toți indivizii, după cum nicio societate dreaptă sau justă nu va fi mai eficientă și funcțională, decât una nedreaptă din punct de vedere juridico-legislativ, ceea ce ar conduce la relativitatea criteriilor în funcție de care sunt definite noțiunile de justiție și dreptate în diferite sisteme normative.

La origini, conceptul de *justiţie socială* este bazat în principal pe religie astfel, creştinismul, iudaismul, budhismul, hinduismul, islamul, conţin elemente care se regăsesc cadrul justiţiei sociale. Din această cauză, mult timp, justiţia socială a făcut parte din învăţăturile religioase.

Bazându-se pe învățăturile Sfântului Toma d'Aquino, preotul sicilian Luigi Taparelli D'Azeglio, în anul 1840, inițiază termenul de *justiţie socială*, care mai târziu devine concept[3] și desemnează modul în care este aplicată justiția într-o societate în relaţie cu clasele sociale existente în ea. În esență, ea se referă la conceptul că toată lumea trebuie să aibă aceleaşi drepturi şi oportunităţi economice, politice şi sociale. Pentru adepţii justiţiei sociale, rolul cel mai important al statului[4] este de a asigura bunăstarea şi respectarea drepturilor cetăţenilor săi, indiferent de clasa socială din care fac parte aceştia.

Justiţia socială este văzută ca făcând parte dintr-o serie de construcţii morale, politice şi care vizează egalitatea drepturilor şi solidaritatea colectivă fiind, în principal, un proiect necesar unei societăţi mai drepte, dar care trebuie să admită existenţa permanentă a injustiţiei. Justiţia socială este bazată pe egalitatea drepturilor oricărei persoane şi pe posibilitatea tuturor fiinţelor umane, fără nicio discriminare, de a beneficia de progresul economic şi social, oriunde în lume. Ea nu constă doar în creşterea veniturilor sau crearea locurilor de muncă, ci este, în egală măsură, o exprimare a drepturilor, demnităţii şi libertăţii de exprimare, a autonomiei economice, sociale şi politice.

Psihosociologia justiției sociale are ca obiect de studiu *justiția subiectivă*, urmărind să înțeleagă ceea ce oamenii gândesc că este drept sau nedrept, just sau nejust, cinstit

---

[1] Djuvara M., *Teoria generală a dreptului. Drept raţional, izvoare şi drept pozitiv*, Ed.All Beck, Bucureşti, 1999, p. 583-584.

[2] Ceterchi I., *Teoria generală a statului şi dreptului*, Ed. Didactică şi Pedagogică, Bucureşti, 1967, p. 28.

[3] Separarea de religie şi transformarea sa în concept laic al justiţiei sociale, avut loc în partea a doua a secolului XX, de către filosoful John Rawls prin lucrările sale: *Teoria justiţiei* în 1971 şi *Liberalismul politic* în 1993, fapt care a dus la creşterea semnificativă a acestui concept.

[4] Popa N., *op. cit.*, p. 73.

sau necinstit, precum şi modul în care oamenii justifică aceste judecăţi tratând originea sentimentelor de satisfacţie şi insatisfacţie cu veniturile, referitoare la grupuri, precum şi la autorităţi şi norme de guvernare, în care oamenii sunt implicaţi în relaţie unii cu alţii.

Conceptul clasic al justiţiei sociale se referă la modul în care sunt distribuite avuţia socială, puterea şi prestigiul între membrii societăţii. Conceptele centrale cu care se operează sunt *egalitate* şi *echitate*. Dacă se analizează această problematică după insistenţa cu care sunt utilizate datele pentru a scoate în evidenţă inegalitatea, doctrinele de stânga susţin că singura societate cu adevărat echitabilă ar fi aceea în care bogăţia socială şi puterea ar fi distribuite, în mod teoretic, egal între diferitele categorii sociale. Pe de altă parte, doctrinele liberale consideră că o asemenea societate egalitaristă ar fi inechitabilă, pentru că în orice societate organizată membrii ei contribuie inegal la producerea bogăţiei sociale, iar echitatea se realizează atunci când fiecare primeşte o parte proporţională cu contribuţia sa. Egalitatea şanselor de a accede la beneficii asigură echitatea în societate.

Michael Walzer[1] are un punct de vedere mai complex şi mai nuanţat în ceea ce priveşte echitatea justiţiei sociale prin care a dezvoltat o teorie pluralistă, compensatorie a justiţiei distributive, conform căreia distribuţia realizată după proceduri diferite nu trebuie să fie mijloc de dominare. Astfel un concept mai larg al justiţiei presupune ca oamenii să fie dominanţi într-o anume situaţie şi să fie dominaţi în alta. Dacă principiile justiţiei sociale sunt multiple, fără a exista un singur centru de distribuire şi niciun criteriu unic, în această situaţie nici egalitatea nu înseamnă o împărţire egală a tuturor bunurilor, tuturor membrilor unei societăţi. Natura şi semnificaţia socială diferită a bunurilor face ca o distribuţie egală să nu fie nici posibilă, nici de dorit. Relaţie complexă şi multimediată între persoane, egalitatea nu este o identitate a posesiilor. Ea solicită o diversitate a criteriilor distributive ce oglindeşte diversitatea bunurilor sociale. Regimul egalităţii complexe este opusul egalitarismului şi, de asemenea, al tiraniei. El stabileşte un set de relaţii astfel încât dominaţia ar deveni cvasi-imposibilă. Dincolo de o anumită simplificare şi idealizare a *sferelor justiţiei*, precum şi de o separare a acestora în procesul producerii justiţiei redistributive, teoria *egalităţii complexe* se dovedeşte, de fapt, o teorie a echităţii din perspectiva postmodernă a comunitarianismului.

Justiţia procedurală[2], spre deosebire de teoria normativă, este o teorie de natură empirică, şi se axează pe modul în care statul ar trebui să procedeze, pentru a face ceea ce ar trebui să facă. În funcţie de tipul de alocare ce stă la baza redistribuţiei (universalistă, discreţionară sau personalizată individualizată), justiţia procedurală se poate traduce prin tratarea egală a tuturor indivizilor (în cazul beneficiilor universalist categoriale – o distribuţie universalistă), tratarea tuturor indivizilor în funcţie de circumstanţele specifice în care se află, în baza unor criterii considerate a fi relevante şi definitorii pentru acestea (în cazul beneficiilor de asistenţă socială – o distribuţie de tip individualizat), sau tratarea tuturor indivizilor în funcţie de nevoie (în cazul serviciilor sociale personalizate, dar şi în cazul acordării, de exemplu, a asistenţei medicale). Tot Hayek mai crede că se poate vorbi cu sens de justiţie socială numai în comunităţi primitive, în care există un singur scop comun (obţinerea hranei necesare), şi o distribuţie deliberată a rezultatelor pe baza meritului fiecăruia în obţinerea lor.

[1] Walzer M., *Despre tolerare,* traducere Areta Voroniuc, Institutul European, Iaşi, 2002.

[2] Hayek F.A., *Constituţia libertăţii,* Ed. Institutul European, Iaşi, 1998; *Filosofia socială a lui Hayek,* coord. Adrian-Paul Iliescu, Ed. Polirom, Iaşi, 2001, p. 42-43.

Societatea modernă este însă altfel organizată. Oamenii cooperează şi aici, dar nu există niciun singur scop comun, nicio ierarhie unică de scopuri sau nevoi; meritul fiecăruia în realizarea prosperităţii comune este practic imposibil de evaluat exact, datorită complexităţii activităţilor şi contribuţiilor. Ca atare, oamenii moderni nu se mai organizează pe baza unor reguli axate pe merite, recompense proporţionale cu meritele, scopuri comune şi contribuţii aduse la realizarea lor. Ei se organizează pe baze individualiste, fiecare urmându-şi propriile scopuri şi recompense în cadrul unei competiţii în care nimeni nu are autoritatea supremă de a decide *cât* şi *ce* merită o anumită persoană, sau ce nevoi sunt mai presante şi ar trebui satisfăcute prioritar.

Justiţia şi în special justiţia socială este definită ca fiind o primă virtute a instituţiilor sociale, aşa cum adevărul este pentru sistemele de gândire, pentru sistemele filosofice. Orice teorie, indiferent cât de elegantă şi economică ar fi, trebuie respinsă ori revizuită dacă nu este adevărată; în mod analog, legile şi instituţiile, indiferent cât de eficiente şi bine structurate, trebuie reformate sau desfiinţate dacă sunt injuste. [1]

În orice societate, justiția socială trebuie să asigure exercitarea neîngradită de către indivizi, a drepturilor și obligațiilor fundamentale, realizând astfel legalitatea și legitimitatea actului de justiție. Conceputul de legalitate este strâns legat de cel de legiferare și de legislație, motiv pentru care ele sunt uneori confundate între ele, deși se referă la activități diferite. Dacă legiferarea include activitatea de elaborare a legilor și actelor normative, rezultanta ei este tocmai legislația care, la rândul ei, face obiectivul legalității.

Un sistem construit pe justiţie socială nu se bazează pe a face favoruri fiecărui membru al societății, deoarece interacţiunea socială configurată în jurul acestuia devine fără importanță. Noțiunea de dar este înlocuită cu beneficiul și ajutorul social, definite ca *expresie a unui drept fundamental*. Cel ce primeşte beneficii sociale nu este subiectul unui favor, fie el izvorât şi din iubire pură; beneficiile îi revin în virtutea unui sistem care urmăreşte ca principiul dreptăţii să fie aplicat corespunzător părţii *vătămate*. Într-o societate bazată pe justiţie socială *favorul* ia forma unui tip de *reparaţie* morală şi materială, fiind un act de dreptate care se face beneficiarului său. Acest mod de abordare se bazează pe un tip de filozofie care recunoaşte implicit caracterul esenţialmente injust şi arbitrar al acestei lumi şi încearcă, prin instrumentele care îi stau la dispoziţie, să atenueze consecinţele nedreptăţii fundamentale a lumii. A oferi aceste reparaţii materiale înseamnă, de fapt, a garanta exercitarea egală a drepturilor fundamentale de către toţi cetăţenii, nu doar de către cei înstăriţi. Fără implementarea drepturilor pozitive prin care se realizează justiţia socială, nu se poate asigura nici implementarea drepturilor negative cum ar fi dreptul la libertate, la viaţă sau proprietate, etc, şi, aşa cum arăta Allan Buchanan[2] într-un exemplu faimos: dacă un sărac şi un bogat au o dispută pe dreptul de proprietate, bogatul va angaja avocaţi buni şi va avea câştig de cauză, prin urmare dreptul la proprietate al săracului va fi încălcat. Prin urmare, drepturile pozitive servesc acele interese umane care sunt necesare unei minime exercitări a drepturilor negative.

Între justiţie socială şi bunăstare socială există o legătură puternică, atâta timp cât realizarea unui model sau deziderat de justiţie socială implică redistribuirea resurselor[3],

[1] Rawls J., *A Theory of Justice* (ed. a 3-a), Oxford University Press, Oxford, 1976, p. 3.

[2] Buchanan A., *Sermons on Interesting Subjects. by the Late Reverend MR Allan Buchanan,...*, Gale Ecco, Print Editions, 2010.

[3] Spicker P., *Principles of Social Welfare. An Introduction to Thinking about the Welfare State.* London: Routledge, 1988, p. 135.

împărţirea beneficilor şi obligaţiilor în cadrul unei cooperări sociale. O legătură de asemenea foarte importantă poate fi considerată şi cea între justiţie socială şi libertate şi drepturi, pe de-o parte, justiţie socială şi egalitate, pe de altă parte. Unii autori consideră că libertatea este incompatibilă cu orice formă redistributivă.[1]

John Rawls[2] a reuşit, la începutul anilor '70, să aducă în atenţia comunităţii ştiinţifice conceptul de justiţie socială şi scria că o societate este justă dacă respectă trei principii, în ordinea exactă: garantarea pentru toţi a libertăţilor fundamentale, egalitatea *echitabilă* a şanselor, menţinerea acelor inegalităţi care pot fi în profitul celor defavorizaţi.

Abordările actuale, privind problematica justiţiei sociale sunt bazate pe conceptele de şanse în viaţă şi egalitate a şanselor. Şansele în viaţă (*life chances*) fac referire la posibilitatea membrilor societăţii de a accede la lucrurile considerate de dorit şi de a evita lucrurile considerate indezirabile în societatea dată.

Concluzii

În concluzie, evoluția globalizării dar și a europenizării, ordinile juridice create de aceste noi curente, au dus la adoptarea noilor reglementări ale dreptului intern, reglementări care fac parte dintr-un sistem legislativ modern, un sistem creat și folosit în interesul justițiabilului și spre binele acestuia.

Noua ordine economică, bazată pe cunoaștere, care se va realiza în viitoarea societate a cunoașterii integrează obiectivele dezvoltării durabile, bazate pe justiție socială și egalitate a șanselor, libertate, diversitate culturală și dezvoltare a inovării, restructurarea industriei și a mediului de afaceri, reprezentând o nouă etapă a civilizației umane care permite accesul larg la informație, un nou mod de lucru și de cunoaștere, amplificând posibilitatea globalizării economice și creșterea coeziunii sociale. Justiția socială a fost, este și va continua să fie un factor important de influențare a politicilor publice din toată lumea. Este tot mai evident faptul că modernizarea unui stat depinde foarte mult de conceperea și dezvoltarea unui sistem eficient de justiție socială, sistem care este foarte posibil să se schimbe odată cu fiecare generație. Marile reforme nu se realizează numai în plan legislativ, deși un asemenea element este esențial ci ele presupun și eforturi bugetare considerabile, dar și o mai exigentă și imparțială implicare a oamenilor care slujesc justiția în actul de justiție socială iar chiar dacă s-au făcut mari progrese, problema justiției sociale nu a dispărut ci se pune astăzi în special cu referire la distribuția și redistribuția valorilor și resurselor umane într-o societate.

Bibliografie

1.Alexy R., *Conceptul si validitatea dreptului*, Traducere de Adriana Cinta, Ed. Paralela 45, 2008.

2.Arnaud A.-J., *Some challanges to law trough modern thought*, vol. 17th IVR World Congress Bologna, 1995, Challenges to Law at the end of the 20th Century, vol. I, p. 25.

3.Buchanan A., *Sermons on Interesting Subjects. by the Late Reverend MR Allan Buchanan,...*, Gale Ecco, Print Editions, 2010.

[1] Nozick R., *Anarhie, stat şi utopie*, traducere Mircea Dumitru, Ed. Humanitas, Bucureşti, 1997.

[2] Rawls J., *O teorie a dreptăţii, în Dreptate sau moralitate? O introducere în filosofia politică a lui John Rawls*, coord.Ovidiu Caraiani, Ed. Comunicare.ro, Bucureşti, 2008, p. 35-42.

4.Ceterchi I., *Teoria generală a statului şi dreptului*, Editura Didactică şi Pedagogică, Bucureşti, 1967.

5.Constantinesco L.J., *Tratat de drept comparat,* vol. I, *Introducere în dreptul comparat.* Bucureşti, Editura All, 1997.

6.De Sousa Santos B., *Towards a Postmodern Understanding of Law*, Oňati procedings, Nr.1/1989, Legal Culture and every-day life.

7.Djuvara M., *Teoria generală a dreptului. Drept raţional, izvoare şi drept pozitiv*, Ed.All Beck, Bucureşti, 1999.

8.Duguit L., *Traité de Droit Constitutionnel*, tome III, Paris, 1920.

9.Hayek F.A., *Constituţia libertăţii,* Ed. Institutul European, Iaşi, 1998; *Filosofia socială a lui Hayek,* coord. Adrian-Paul Iliescu, Ed. Polirom, Iaşi, 2001.

10.Nozick R., *Anarhie*, *stat şi utopie*, traducere Mircea Dumitru, Ed. Humanitas, Bucureşti, 1997.

11.Popa N., *Teoria generală a dreptului, Ediţia 3,* Ed. C.H.Beck, Bucureşti 2008.

12.Popescu S., *Postmodernismul şi dreptul*, Analele Universitatii Valahia din Targoviste, nr.1, 2004.

13.Popescu S., *Teoria generală a dreptului*, Ed. Lumina Lex, Bucuresti, 2000.

14.Rawls J., *A Theory of Justice* (ed. a 3-a), Oxford University Press, Oxford, 1976.

15.Rawls J., *O teorie a dreptăţii, în Dreptate sau moralitate? O introducere în filosofia politică a lui John Rawls*, coord.Ovidiu Caraiani, Ed. Comunicare.ro, Bucureşti, 2008.

16.Spicker P., *Principles of Social Welfare. An Introduction to Thinking about the Welfare State.* London: Routledge, 1988.

17.Walzer M., *Despre tolerare,* traducere Areta Voroniuc, Institutul European, Iaşi, 2002.

Considerații privind influența idealismului german asupra sistemului dreptului. Evoluții și interacțiuni

Claudiu Ramon D. ***BUTCULESCU****

Rezumat: *Această lucrare pune accentul pe idealismul german, ca școală a dreptului, pe care o analizează în contrast cu dreptul natural și pozitivismul juridic. În idealismul german, cele mai importante lucrări sunt cele scrise de Immanuel Kant, iar punctul pivotal al acestei școli a dreptului îl constituie considerarea rațiunii ca trăsătura esențială a omului, care îl diferențiază pe acesta de restul ființelor vii. În acest articol sunt analizate și discutate succint principalele concepte elaborate de reprezentanții de seamă ai acestei școli: Kant, Fichte, Hegel, Stammler etc. Totodată, influența idealismului german asupra dezvoltării actuale a dreptului Uniunii Europene este analizată, atât din punct de vedere legislativ, cât și jurisprudențial.*

Cuvinte cheie: *drept natural, pozitivism juridic, idealism german, dreptul Uniunii Europene, teoria generală a sistemelor*

Introducere

Printre şcolile importante care au influenţat noţiunea de drept, de-a lungul timpului, trebuie avute în vedere următoarele: a) şcoala dreptului natural; b) şcoala istorică a dreptului; c) teoria organică a dreptului; d) idealismul german şi e) pozitivismul, cu toate ramificaţiile sale.

În cadrul orientării dreptului natural, a fost structurată dezvoltarea acesteia în: perioada veche, perioada medievală şi perioada teoriilor contractualiste. Perioada veche cuprinde concepţiile pre-socratice, triada *Socrate-Platon-Aristotel* şi şcoala stoicilor, grecii şi romanii. Perioada medievală pune accentul pe concepţiile creştine timpurii, începând cu Sf. Augustin din Hippo, Sf. Toma d'Aquino, Sf. Vasile cel Mare, precum şi pe unele concepţii islamice din perioada ocupării peninsulei iberice (Avicenna, Abubacer, Averroes, etc.). În sfârşit, perioada teoriilor contractualiste cuprinde etapa gândirii lui Hugo Grotius, urmată de Pufendorf şi Thomasius, la care se adaugă influenţe europene ulterioare, precum şi universalismul american.

În cadrul şcolii istorice a dreptului, ideile fundamentale sunt bazate pe concepţiile lui Savigny, precum şi al continuatorilor săi.

Idealismul german se caracterizează prin prisma concepţiilor kantiene şi neo-kantiene (Fichte, Hegel, etc.)

În final, pozitivismul este configurat în funcţie de structurarea sa acceptată în doctrină, respectiv: pozitivism juridic (Austin, etc.); pozitivism sociologic şi pozitivismul ştiinţific, cu ramurile sale (realismul american, realismul scandinav şi utilitarismul britanic).

În cadrul idealismului german se considera că trăsătura esenţială a omului este raţiunea, care îl diferenţiază pe acesta de restul ființelor vii. Omul, în virtutea conştiinţei sale, dobândite ca urmare a raţiunii îşi are libertatea de a face alegeri care îi influenţează

* Cercetător asociat, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu", Academia Română.

existenţa. Alături de şcoala dreptului natural, pozitivismul juridic, şcoala istorică a dreptului şi teoria organică a dreptului, idealismul german constitui un reper important în analiza dezvoltării şi evoluției dreptului.

Idealismul german, prin promotorii săi, a cunoscut diferite variante şi forme de dezvoltare. Nu a fost niciodată imun de cadrul politic în care s-a dezvoltat şi a influenţat la rândul său sistemul social. Spre exemplu, Gotlieb Fichte a încercat să dezvolte o posibilă apologie pentru Iacobinism în politică, în sensul creării unui cadru de gândire de la care societatea să fie construită[1] din temelii.

Însuşi conceptul de idealism este dificil de trasat şi definit, având în vedere concepțiile reprezentanților acestei şcoli. Idealismul este definit, în genere, drept un curent de gândire reprezentat de Kant, Hegel, Fichte şi Schelling, fără a exista o definiție exactă[2].

Curentul în sine nu a fost scutit de controverse şi discuții. Aşa cum s-a arătat în doctrină, Fichte se considera succesorul lui Kant în dezvoltarea ideilor idealismului german, inclusiv în drept, situație pe care profesorul său, Kant a negat-o expres. Un alt neo-kantian, Schelling, student al lui Fichte, la rândul său s-a distanțat de poziția fostului său profesor[3].

În această lucrare sunt prezentați principalii reprezentanți ai acestei şcoli, ideile promovate de aceştia şi influența acestor idei asupra sistemului dreptului.

Kantianismul

Lucrarea principală în domeniul dreptului, care constituie fundamentul idealismului german, scrisă de *Immanuel Kant (1724 – 1804)* a fost *Critica raţiunii practice*. În această lucrare, apare o distincţie clară, în sensul că Immanuel Kant făcea deosebire între drept şi morală[4]. De asemenea, considera că respectul pentru morală are drept origine o cauză intelectuală[5].

Immanuel Kant, în lucrarea menţionată, considera că, morala apare ca un efect al raţiunii umane, care prin prisma gândirii, are valenţe de generalizare a principiilor individuale.

Conceptele de drept natural îşi regăsesc oglindirea în definirea pe care Kant o dă imperativului categoric: a) acţionează astfel, încât întotdeauna să urmăreşti ca scop şi niciodată ca mijloc umanitatea, având în vedere personalitatea raţională a omului; b) raţionează astfel, ca în fiecare clipă să socoteşti că voinţa ta este legiuitoare universală[6]. Faţă de aceste două principii, este interesant de observat modul în care este substituită ideii de lege universală apriorică, influenţa raţiunii umane.

Tot el concepea dreptul ca pe un sistem condiţional, în care schimburile interne sunt determinate de acţiunile indivizilor, supuse liberului arbitru al fiecăruia dintre aceştia. Acţiunile lor conjugate determină existenţa unui grad de libertate agregat. Dreptul de proprietate este conceput ca o legătură între un bun şi conduita persoanei cu privire la

---

[1] Dieter Henrich, *Between Kant and Hegel: Lectures on German Idealism*, ed. David S. Pacini (Cambridge, MA: Harvard University Press, 2003), p. 5.

[2] Frederick C. Beiser, *German Idealism: The Struggle against Subjectivism, 1781-1801* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 2002), p. VII.

[3] Dieter Henrich, *Between Kant and Hegel: Lectures on German Idealism*, ed. David S. Pacini (Cambridge, MA: Harvard University Press, 2003), 9.

[4] Immanuel Kant, *Kritik der praktischen Vernunft (Critica raţiunii practice).*

[5] Philip Stratton-Lake, *Kant, Duty, and Moral Worth*, London: Routledge, 2000, p. 30.

[6] Sofia Popescu, *Teoria Generală a Dreptului, Ed. Lumina Lex, Bucureşti, 2000,* p. 54.

bunul respectiv, căsătoria este o activitate constitutivă de drepturi asupra altei persoane, având caracter sinalagmatic (implică obligaţii pentru ambele părţi). În materia dreptului internaţional, Kant poate fi considerat ca un precursor al mondializării. Considera că cea mai bună cale de a asigura pacea este constituirea unui organ executiv unic, la nivelul întregii comunităţi umane..

Pentru Kant, raţiunea are un rol unificator. Noţiunea de libertate şi liber arbitru au un rol covârşitor în opera lui Kant. Fiinţa umană este capabilă să îşi autodetermine existenţa sa viitoare. În ceea ce priveşte interacţiunea raţiunii umane în contextul sistemic al societăţii umane, Kant prevede o singură limitare cu privire la afirmarea autonomiei de voinţă a persoanei şi anume restricţionarea acesteia, în raport cu îngrădirea libertăţii de acţiune a celorlalţi.

Neo-kantienii

Curentul propus de I. Kant a avut continuatori şi în secolele XIX. O bună parte dintre continuatorii ideilor lui Kant aveau să se nască la peste 30 de ani diferenţă de acesta (în 1762, când se năştea Fichte, Kant avea deja 38 de ani, iar în anul 1770, când s-a născut Hegel avea deja 46 de ani).

În continuarea ideilor lui Immanuel Kant, un nou curent a luat fiinţă, numit neo-kantianismul. Reprezentanţii acestui curent sunt: *Johann Gotliebb Fichte*, *Friedrich Schelling*, *Georg Friedrich Hegel*, *Rudolf Stammler*, *Charles Renouvier*, *Friedrich Jacobi*, *Gottlob Schulze*, *Karl Reinhold*, *Friedrich Schleyermacher*.

Punctul central al gândirii neo-kantiene îl constituie diferenţa între premisele fundamentate de raţiunea umană, care au caracter universal şi abstract şi instituţiile juridice, care au o pronunţată componentă concretă.

Neo-kantienii consideră că numai condiţiile raţionale fundamentale ale cunoştinţei juridice apar ca permanente, necesare şi universale, iar instituţiile juridice care formează obiectul cunoaşterii sunt variabile, în timp şi spaţiu, prin natura lor. Marea majoritate a ideilor de bază ale neo-kantianismului avea la bază ideile lui Kant însuşi, dar unele idei au fost privite prin prisma interpretărilor lui *Arthur Schopenhauer*.

Gottlieb Fichte (1762 – 1814) preia o bună parte din ideile lui Kant pe care le dezvoltă într-un mod propriu. Evidenţia diferenţa între morală şi drept, pe care le considera distincte. În construcţia ideatică a raporturilor juridice, Fichte are o concepţie obiectivă. Astfel, structura raportului juridic, în opinia lui Fichte este întemeiată doar pe fapte. Elementul intenţional este exterior acestuia..Autoritatea statală are valenţe semnificative, impunându-se, în concepţia aceluiaşi gânditor, chiar şi în raporturile de familie. Un aspect demn de menţionat îl constituie atribuirea unui caracter autonom femeii, în urma căsătoriei. Deşi soţul rămâne mandatar al acesteia, soţia dobândeşte în opinia lui Fichte, calitatea de cetăţean, cu toate atributele pe care această calitate le conferă[1]. De asemenea, acelaşi filozof evidenţia diferenţa între fructele industriale şi cele naturale. Fructele industriale sunt produsul activităţii umane şi ca atare se cuvin acestuia. Fructele naturale sunt în mod exclusiv proprietatea statului. Mai trebuie precizat că, ideea de fructe naturale cuprindea la acea dată şi ceea ce astăzi sunt considerate, în literatura de specialitate, producte[2] (piatra din carieră, etc.).

[1] Sofia Popescu, *Teoria Generală a Dreptului,* Ed. Lumina Lex, Bucureşti, 2000, p. 77.

[2] Gheorghe Beleiu, *Drept civil român. Introducere în dreptul civil. Subiectele dreptului civil*, ed. a X-a, revăzută şi adăugită de Marian Nicolae şi Petrică Truşcă, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2005, p. 107.

Desigur că Fichte, student la Jena şi Leipzig, nu putea să nu fi observat, cu obiectivitatea germană specifică, diferenţele esenţiale între variatele culturi juridice şi politice existente în Europa sec. XVIII. Tocmai de aceea, existenţa unei ordini juridice comune, coroborată cu acţiunea de elaborare şi realizare a dreptului de către organe de guvernare unice nu constituie deziderate realizabile în concepţia sa. Cu toate acestea, este posibilă organizarea federativă, pentru a determina existenţa unui organism interstatal care să asigure pacea. Unele din aspectele puse în discuţie se regăsesc şi astăzi în dreptul internaţional, iar existenţa statelor se realizează pe baza recunoaşterii internaţionale reciproce.

Abordarea lui Fichte are, fără îndoială, caracter sistemic[1]. Scopul său a fost de a structura teoria kantiană pe fundamente stabile şi coerente. Pentru înţelegerea relaţiei lui Fichte cu teoriile antecesorului său, trebuie menţionaţi alţi doi gânditori contemporani cu Fichte, respectiv Schulze şi Reinhold. *Gottlob Schulze (1761 – 1833)* a fost un critic destul de fervent al ideilor kantiene, pe care le-a expus în principal în lucrarea sa, *Aenesidemus*. În esenţă, Schulze critica abordarea lui Kant şi orientarea lui Reinhold, ambele privind o perspectivă unificatoare şi gnoseologică asupra teoriei filosofice. Printre criticile pe care Schulze i le aduce lui Kant se numără contradicţiile arătate în concluziile acestuia, precum şi unele argumentări logice invalide. Dintre acestea, cel mai mare reproş pare a fi cel legat de utilizarea unui argument logic invalid, cunoscut sub denumirea de *petitio principii* (presupunerea concluziei în premisa argumentului). Astfel, Kant, la fel ca şi Reinhold, greşesc atunci când presupun că realitatea externă este cunoscută prin reprezentările interne ale minţii umane. Pe de altă parte, Reinhold considera că, o teorie filosofică poate fi întemeiată pe un singur principiu, evident prin el însuşi. Având în vedere scepticismul lui Schulze, Fichte a încercat să încadreze ideile kantiene în alt registru, fără însă, a afecta esenţa acestora.

Spre deosebire de severitatea morală impusă de Kant, severitate evidenţiată în absolutismul moral proiectat în legi abstracte, Friedrich Jacobi (1743 – 1819) propune o abordare care să ia în considerare şi aspectele sentimentale ale activităţii umane, aspecte care conţin în ele însele elemente ale unei raţiuni superioare[2]. Înainte de a trece la orientarea propusă de Hegel, mai trebuie menţionat şi *Friedrich Schleyermacher (1738 - 1834)*. Se pare că acesta a făcut cunoştinţă cu ideile kantiene la Universitatea din Halle, pe care a frecventat-o în cursul anului 1787[3]. Schleyermacher a încercat să găsească explicaţii la unele întrebări pentru care nici etica kantiană, nici aspectele intelectuale reliefate de Hegel nu ofereau un răspuns satisfăcător. Soluţia pe care o propune se integrează în mod evident într-o sistemică a teologiei sentimentelor.

Hegel (1770 - 1831) avea în vedere *dreptul abstract*, *morala* şi *etica socială* în analiza sa. Sfera dreptului abstract este aceea a drepturilor şi îndatoririlor care revin persoanei. Acest complex de drepturi şi obligaţii nu sunt derivate dintr-o legătură juridică, de natura celei enunţate de vechea jurisprudenţă romană (*obligatio est juris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis jura*), ci sunt specifice fiinţei umane, ca atare. Etica socială reprezintă un ansamblu de condiţionări, în care statul, societatea civilă şi familia au un rol major. Este

[1] Tom Rockmore, *Fichte, Marx, and the German Philosophical Tradition*, Carbondale, IL: Southern Illinois University Press, 1980, p. 9.

[2] Edward Caird, *The Critical Philosophy of Immanuel Kant*, Vol. 2, Glasgow: James Maclehose & Sons, 1889, p. 216.

[3] Hans Schwarz, *Theology in a Global Context: The Last Two Hundred Years*, Grand Rapids, MI: W.B. Eerdmans, 2005, p. 8.

lesne de observat că, cele trei categorii nu sunt distincte, ci sisteme aflate într-o intercondiţionare specială. Relaţia dintre stat, societate şi familie este una de la întreg, la parte. Statul constituie expresia agregată a societăţii civile şi a familiei.

Caracteristic moralei, în concepţia lui Hegel, este proiectarea raţiunii umane în realitatea exterioară. Legea morală este echivalentă, ideii de dreptate.

Dreptul de proprietate spre exemplu, este abordat cu ajutorul a două condiţionări, respectiv cea a libertăţii de voinţă şi cea a egalităţii în drepturi. Dreptul de proprietate este dobândit de om, ca urmare a libertăţii sale de alegere, iar fiecare are un drept egal cu al celorlalţi asupra proprietăţii. Cu toate acestea, Hegel respinge absolutizarea ideii de egalitate în drepturi. Între indivizi există diferenţe de natură calitativă şi cantitativă.

Hegel distinge trei dimensiuni ale statului: *dimensiunea universală*, *particulară* şi *individuală*. Dimensiunea universală arată că, statul constituie o formă de ordine juridică. În dimensiunea particulară, statul aplică legislaţia în cazuri particulare, iar individualitatea statală este întruchipată de suveran.

Contrar ideilor promovate de *Montesquieu (1789 - 1855)*, Hegel era adeptul unificării puterilor statale, într-una singură. În viziunea sa, cele trei puteri statale nu colaborează pentru dezvoltarea statului, iar controlul reciproc pe care-l exercită fiecare asupra celorlalte duce la disoluţia autorităţii statale.

De asemenea, Hegel respingea democraţia, ca formă de guvernământ. Considera că, raţiunea este izvorul statului, astfel încât, pentru evoluţia pozitivă a societăţii este necesar ca votul să fie cenzitar, cu accent asupra organizaţiilor profesionale şi a claselor sociale. Considera importantă suveranitatea statelor şi că relaţiile dintre acestea sunt în permanentă schimbare. Ideile sale conduc către absorbirea individului de către stat, favorizând apariţia autocraţiei.

Şcoala de la Marburg a constituit un nucleu de continuare a ideilor kantiene. *Hermann Cohen (1842 - 1918)* consideră persoana umană, ca element central al teoriei dreptului. Ideea fundamentală şi esenţială în dezvoltarea dreptului este persoana – concept structurat în raport de valenţele kantiene.

Rudolf Stammler (1856 - 1938) concepea dreptul, ca aflat în opoziţie cu necesităţile umane. Dreptul constituie norme de conduită, care reglementează comportamentul uman. Nevoile umane şi modalităţile de satisfacere a acestora intră în sfera economiei. Între morală şi drept există o relaţie similară unei reflecţii a două concepte în oglindă. Relaţia dintre cele două sisteme este prezentată astfel: morala constituie un complex de elemente intrinseci persoanei, pe când dreptul constituie proiecţia moralei în exterior, prin intermediul activităţii normative.

Alţi reprezentanţi ai Şcolii de la Marburg au fost *Ernst Cassirer (1874 - 1945)* şi *Paul Natorp (1854 - 1924)*. Primul a pus la punct ideea de fenomenologie a simbolurilor, bazate pe teoria culturii, văzută ca o teorie a simbolurilor, în timp ce al doilea l-a influenţat în mod decisiv pe *Edmund Husserl (1859 - 1938)* – fondatorul fenomenologiei.

O altă şcoală bazată pe ideile lui Kant a fost *Şcoala de la Baden*, ai cărei reprezentanţi au fost *Wilhelm Wildenband (1848 - 1915)*, *Heinrich Rickert (1863 - 1936)* şi *Ernst Troeltsch (1865 - 1923)*. Wilhelm Wildenband este cunoscut atât pentru abordările nomotetice şi idiografice pe care le-a instrumentat, dar şi prin o bună parte din discipolii săi, ajunşi oameni celebri, cum ar fi *Max Weber (1864 - 1920)*. Rickert a influenţat foarte mult concepţiile lui Weber. Ideile sale erau contrare celor enunţate de Nietsche şi Bergson. *Troeltsch* este şi astăzi considerat în Germania, unul dintre cei mai importanţi reprezentanţi ai sociologiei religiei.

Diferenţele majore între cele două şcoli constau în faptul că *Şcoala de la Marburg* avea abordări şi concepte de natură gnoseologică, pe când *Şcoala de la Baden* şi-a fundamentat constructele ideologice, în jurul ideii de cultură şi valori. Astfel, valorile esenţiale ale organizării vieţii sociale erau considerate v*alorile juridice.* Acestea pot constitui obiectul ştiinţei a dreptului, obiectul unei sociologii juridice dar şi a unei filosofii a dreptului. Ca ştiinţă, dreptul se ocupă cu *valorile juridice* numai din punct de vedere al formei şi constituirii lor.[1]

Rolul idealismului german asupra evoluției sistemului social european

În cadrul idealismului german, se regăsesc concepte care premerg ideile care au stat la fundamentul constituirii Uniunii Europene. Studiul federațiilor statatale și a confederațiilor a constituit obiect de studiu al multor specialiști reputați ai dreptului, precum Pufendorf, dar și al reprezentanților idealismului german, precum Kant[2].

Viziunea lui Kant, privind tendința de a constitui o stare sistemică de tip cosmopolitan s-a alăturat celorlalte influențe care au clădit și configurat Uniunea Europeană astăzi[3]. Aşa cum am arătat şi mai sus, Kant este considerat un precursor al mondializării, iar ideile sale privind o organizare etatică unică, la nivel interstatal pare a prinde un contur din ce în ce mai clar. O asemenea abordare este în deplină consonanţă cu viziunea sa legată de rolul unificator al raţiunii.

În același timp, critica rațiunii, promovată de Kant și de Hegel, având drept scop eliminarea limitărilor impuse de raționalismul occidental a contribuit la rândul său la fundamentarea principiilor Uniunii Europene ca sistem actual. Hegel este, de altfel, unul dintre gânditorii care au abordat principiul subsidiarității și l-au analizat, acesta fiind un principiu fundamental în arhitectura Uniunii Europene[4].

Chiar dacă a avut unele limitări și unele idei criticabile, Fichte s-a alăturat ideilor trasate de Rousseau, Sieyes și Kant cu privire la construcția unui sistem integrat de state europene[5].

O altă dovadă a influenței exercitate de Fichte rezidă în proiectarea diviziunii statelor europene pe care Giuseppe Mazzini o făcea în sec. XIX[6].

---

[1] Emilian Ciongaru, *Law as value*, Volume of International Conference - The Knowledge – Based Organization - KBO 2012, Ministry of National Defence „Nicolae Bălcescu" Land Forces Academy, Sibiu, 2012, p.619.

[2] Frederick K. Lister, *The European Union, the United Nations, and the Revival of Confederal Governance* (Westport, CT: Greenwood Press, 1996), p. 32

[3] Pierre Hassner, "3: Fixed Borders or Moving Borderlands?," in*Europe Unbound: Enlarging and Reshaping the Boundaries of the European Union*, ed. Jan Zielonka (New York: Routledge, 2002), p. 43

[4] Lieven De Winter and Marc Swyngedouw, "3- The Scope of Eu Government," in *Political Representation and Legitimacy in the European Union*, ed. Hermann Schmitt and Jacques Thomassen (Oxford: Oxford University Press, 1999), p. 69

[5] Isaac Nakhimovsky, *The Closed Commercial State: Perpetual Peace and Commercial Society from Rousseau to Fichte* (Princeton, NJ: Princeton University Press, 2011), p.167

[6] Ariane Chebel D'Appollonia, "8: European Nationalism and European Union," in *The Idea of Europe: From Antiquity to the European Union*, ed. Anthony Pagden (Cambridge, England: Cambridge University Press, 2002), p. 183

Concluzii

Idealismul german a constituit un curent deosebit de important în evoluţia dreptului. Originea sa rezidă desigur, în teoriile enunţate de Immanuel Kant. Aceste teorii au fost analizate în mod riguros de toţi continuatorii săi, pe care îi numim astăzi generic neo-kantieni. Unii au încercat să potenţeze sau să perfecţioneze conceptele formulate de Kant. Alţii i-au adus critici destul de severe. Cu toate acestea, toate demersurile acestor gânditori, majoritatea de origine germană au fost articulate într-un sistem interesant de studiat, sistem diferit atât de jusnaturalismul originar, cât şi de pozitivism.

Punctul esențial de analiză în orientarea idealismului german este reprezentat de contrastul dintre invariabilitatea și abstractizarea rațiunii umane și pragmatismul concret al instituțiilor juridice. Această bipolaritate existentă la nivel conceptual se regăsește și în situația actuală a spațiului european, care la rândul său suferă de polarizări excesive.

Orientarea idealistă, fundamentată de Kant și neo-kantieni are limitările sale, dar poate constitui și un fundament pentru cercetări juridice asupra modului în care instituțiile juridice ale Uniunii Europene s-au născut, funcționează și evoluează.

Bibliografie

1.D'Appollonia Ariane Chebel, "8: European Nationalism and European Union," in *The Idea of Europe: From Antiquity to the European Union*, ed. Anthony Pagden (Cambridge, England: Cambridge University Press, 2002)

2.Beiser Frederick C., *German Idealism: The Struggle against Subjectivism, 1781-1801* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 2002)

3.Beleiu Gheorghe, *Drept civil român. Introducere în dreptul civil. Subiectele dreptului civil*, Ediţia a X-a, revăzută şi adăugită de Marian Nicolae şi Petrică Truşcă, Editura Universul Juridic, Bucureşti, 2005

4.Henrich Caird Edward, *The Critical Philosophy of Immanuel Kant*, Vol. 2, Glasgow: James Maclehose & Sons, 1889

5.Ciongaru Emilian, *Law as value*, Volume of International Conference - The Knowledge – Based Organization - KBO 2012, Ministry of National Defence „Nicolae Bălcescu" Land Forces Academy, Sibiu, 2012

6.Dieter, *Between Kant and Hegel: Lectures on German Idealism*, ed. David S. Pacini (Cambridge, MA: Harvard University Press, 2003)

7.Hassner Pierre, "3: Fixed Borders or Moving Borderlands?," in *Europe Unbound: Enlarging and Reshaping the Boundaries of the European Union*, ed. Jan Zielonka (New York: Routledge, 2002)

8.Kant Immanuel, *Kritik der praktischen Vernunft (Critica raţiunii practice)*

9.Lister Frederick K., *The European Union, the United Nations, and the Revival of Confederal Governance* (Westport, CT: Greenwood Press, 1996)

10.Nakhimovsky Isaac, *The Closed Commercial State: Perpetual Peace and Commercial Society from Rousseau to Fichte* (Princeton, NJ: Princeton University Press, 2011)

*11.*Popescu Sofia, *Teoria Generală a Dreptului, Editura Lumina Lex, Bucureşti, 2000*

12.Rockmore Tom, *Fichte, Marx, and the German Philosophical Tradition*, Carbondale, IL: Southern Illinois University Press, 1980

13.Schwarz Hans, *Theology in a Global Context: The Last Two Hundred Years*, Grand Rapids, MI: W.B. Eerdmans, 2005

14.Stratton-Lake Philip, *Kant, Duty, and Moral Worth*, London: Routledge, 2000

15.De Winter Lieven, Swyngedouw Marc, "3- The Scope of Eu Government," in *Political Representation and Legitimacy in the European Union*, ed. Hermann Schmitt and Jacques Thomassen (Oxford: Oxford University Press, 1999)

Evoluţii ale regimului juridic al partidelor politice în România

Marieta ***SAFTA****

Rezumat: *Studiile în materie relevă emanciparea juridică a partidelor politice, creşterea rolului lor la nivel naţional şi internaţional, influenţa pe care o exercită asupra organizării şi funcţionării instituţiilor fundamentale ale statelor, şi chiar un "patronaj" al partidelor politice în Europa contemporană, în contextul dezvoltării şi transformării organizaţionale a acestora.*

Pornind de la aceasta realitate, prezenta lucrare realizează un demers de cercetare, dintr-o perspectivă de drept comparat, a evoluţiei cadrului constituţional şi legal al activităţii partidelor politice în România, cu sublinierea rolului Curţii Constituţionale în această evoluţie.

Cuvinte cheie: *partide politice, acces liber la justiţie, Curtea Constituţională, libertatea de asociere, control de constituţionalitate*

I. Introducere

Asistăm în prezent la emanciparea juridică a partidelor politice[1], la creşterea rolului lor la nivel naţional şi internaţional, a influenţei pe care o exercită asupra organizării şi funcţionării instituţiilor fundamentale ale statelor, şi chiar la un "patronaj" al partidelor politice în Europa contemporană, în contextul dezvoltării şi transformării organizaţionale a acestora[2].

Creşterea acestui rol a determinat, de altfel, reconsiderări ale unor teorii clasice ale dreptului constituţional, astfel cum este, de exemplu, teoria separaţiei puterilor în stat. Astfel cum s-a relevat[3], rolul deosebit al partidelor politice în configurarea instituţiilor politice şi juridice determină ca separaţia şi echilibrul să nu se mai realizeze astăzi între Parlament şi Guvern, ci între o majoritate, formată dintr-un partid sau partide învingătoare la alegeri şi care dispun în acelaşi timp în cadrul Parlamentului şi al Guvernului, şi o opoziţie care speră ca la următoarele alegeri să câştige puterea.

Se vorbeşte astfel, tot mai insistent, despre „statul partidelor", în legătură cu scopurile acestora, eminamente politice[4]. Partidele servesc ca intermediari între popor şi

* Lect. univ. dr., Universitatea Titu Maiorescu – Facultatea de Drept.

[1] Peggy Larrieu – *Les partis politiques, en marge de droit?,* în Revue de droit public, No 1/2011, p. 179-197.

[2] Petr Kopecký and Peter Mair – Party patronage in contemporary Europe – Principles and Practices - EUI Working Papers, RSCAS 2011/41, ROBERT SCHUMAN CENTRE FOR ADVANCED STUDIES - EUDO - European Union Democracy Observatory, disponibil on line la adresa www.eui.eu.

[3] S. Deaconu, *Instituţii politice*, Ed. C.H. Beck, 2013, p. 22.

[4] I. Muraru, *Aspecte teoretice privind conceptul de partid politic*, în Partidele politice, în Partidele politice - comunicări prezentate la seminarul ştiinţific din 21 decembrie 1992, organizat cu sprijinul Curţii Constituţionale, Ed. RA Monitorul Oficial, Bucureşti, 1993, p. 45; în acelaşi sens, R.H. Piles, *Political parties and constitutionalism*, în Comparative constitutional law, EdWard Elgar, USA, 2012, p. 254.

putere şi îşi asumă, atunci când reuşesc să cucerească puterea, direcţia politicii naţionale[1] şi chiar supranaţionale. Astfel, potrivit art.10 alin.(4) din Tratatul privind Uniunea Europeană, „*partidele politice la nivel european contribuie la formarea conştiinţei politice europene şi la exprimarea voinţei cetăţenilor Uniunii*". Membrii Parlamentului European fac parte, de regulă, dintr-un partid politic iar, în pofida unui efort considerabil de a ocroti partidele europene, parlamentarii continuă să fie aleşi în principal ca reprezentanţi ai partidelor lor naţionale[2].

Aşa fiind, orice abordare a rolului Europei în lumea contemporană nu poate ignora evoluţia şi activitatea partidelor politice la nivel naţional şi, respectiv, supranaţional iar, din această perspectivă, a coordonatelor pe care acestea trebuie să le respecte: „principiile libertăţii, democraţiei, respectării drepturilor omului şi a libertăţilor fundamentale, precum şi principiul statului de drept"[3], valori comune statelor membre ale Uniunii Europene. Altfel spus, „emanciparea juridică" a partidelor politice trebuie să fie însoţită de garanţii adecvate, pentru realizarea unui just echilibru între libertatea de asociere în partide politice şi celelalte drepturi şi libertăţi fundamentale. Din această perspectivă, prezintă interes evoluţiile la nivel naţional în sensul realizării unor asemenea garanţii.

Prezentul studiu, dedicat evoluțiilor recente ale regimului juridic al partidelor politice din România, evidenţiază, pe de o parte, cadrul juridic actual al organizării şi funcţionării partidelor politice, iar, pe de alta parte, rolul Curţii Constituţionale în asigurarea dezideratelor mai sus menţionate. Practica recentă a acestei Curți, marcată de un reviriment jurisprudențial semnificativ în materie, este ilustrativă în această privință.

II. Reglementarea partidelor politice

La nivel european, reglementarea partidelor politice este destul de diversă[4]; de regulă, principiile în materie au rang constituţional, fiind dezvoltate în legi speciale[5].

România se încadrează în această regulă, pluralismul politic fiind consacrat chiar în art.1 din Constituţie ca „*valoare supremă*" a statului român, element de referinţă care determină acţiunea autorităţilor publice în ceea ce priveşte asigurarea realizării funcţiilor statului şi garantarea drepturilor şi libertăţilor fundamentale ale cetăţenilor. În considerarea acestei calificări, art.152 din Constituţie înscrie dispoziţiile privitoare la pluralismul politic pe lista celor care nu pot forma obiectul revizuirii, limitând sub acest aspect acţiunea puterii constituante derivate.

Reglementarea pluralismului politic între valorile enumerate în primul articol din Titlul I al Constituţiei, cu referire directă la „*spiritul tradiţiilor democratice ale poporului român şi idealurilor Revoluţiei din decembrie 1989*" este întărită de includerea, în acelaşi titlu dedicat principiilor generale, a unui articol cu rol explicativ. Astfel, potrivit art.8 – *Pluralismul şi partidele politice „(1)Pluralismul în societatea românească este o condiţie şi o garanţie a democraţiei constituţionale. (2) Partidele*

[1] P. Pactet, *Institutions politiques, Droit constitutionnel*, Masson, Paris, 1991, p. 128-129.

[2] R. Schutze, *Dreptul constituţional al Uniunii Europene*, Ed. Universitară, 2013, p. 90.

[3] Regulamentul 2004/2003 privind statutul şi finanţarea partidelor politice la nivel european (JO L 297, 15.11.2003, modificat prin Regulamentul 1524/2007 (JO L343, 27.12.2007).

[4] De exemplu, Austria, Danemarca; a se vedea, pentru o prezentare comparativă, R. Cinca, *Partidele politice in Uniunea Europeană, nivel de reglementare şi formalităţi de înregistrare,* in Revista Expert Electoral, nr.4/2013, p. 29-48.

[5] S-a remarcat ca tendinţă faptul că legile fundamentale recente sau modificate recent tind să se refere la partidele politice, în timp ce acelea mai vechi nu o fac - R.H. Piles, *op. cit.*, p. 255.

politice se constituie şi îşi desfăşoară activitatea în condiţiile legii. Ele contribuie la definirea şi la exprimarea voinţei politice a cetăţenilor, respectând suveranitatea naţională, integritatea teritorială, ordinea de drept şi principiile democraţiei."

Constituţia mai stabileşte că activitatea partidelor politice se desfăşoară în condiţiile stabilite prin lege organică [art.73 alin.(3) lit.b)], cu respectarea cadrului constituţional prevăzut de art.40 - *Dreptul de asociere*. Acest din urmă text al Legii fundamentale reglementează dreptul cetăţenilor de a se asocia liber în partide politice şi limitele acestui drept, atât în ceea ce priveşte scopul şi activitatea partidelor politice (statuând că sunt neconstituţionale acele partide care, „*prin scopurile ori prin activitatea lor, militează împotriva pluralismului politic, a principiilor statului de drept ori a suveranităţii, a integrităţii sau a independenţei României*"), cât şi membrii acestora („*nu pot face parte din partide politice judecătorii Curţii Constituţionale, avocaţii poporului, magistraţii, membrii activi ai armatei, poliţiştii şi alte categorii de funcţionari publici stabilite prin lege organică."*)

Caracterizarea ca neconstituţionale a partidelor politice a căror activitate sau scopuri nu se încadrează în limitele expres prevăzute în Constituţiei a determinat consacrarea unei atribuţii distincte a Curţii Constituţionale în această materie. Astfel, potrivit art.146 lit.k) din Legea fundamentală, Curtea Constituţională „*hotărăşte asupra contestaţiilor care au ca obiect constituţionalitatea unu partid politic."*

Examinarea dispoziţiilor constituţionale menţionate relevă importanţa pe care legiuitorul constituant a acordat-o reglementării în detaliu a principiilor care guvernează activitatea partidelor politice - fără îndoială justificată având în vedere contextul adoptării Constituţiei din 1991, precum şi faptul că pluralismul politic reprezintă fundamentul unui regim democratic[1], de neconceput fără existenţa unei competiţii reale şi corecte pentru putere a mai multor partide politice.

Pe de altă parte, textele citate relevă preocuparea pentru asigurarea cadrului legislativ necesar pentru ca această activitate să fie un vector al democraţiei, iar nu un „cal troian" pentru edificiul statului de drept. Altfel spus, legiuitorul constituant român a stabilit, la nivel de principiu şi de normă constituţională, atât limitele activităţii partidelor politice, cât şi limitele intervenţiei statului, prin autorităţile acestuia, în scopul garantării pluralismului politic şi a statului democratic, valori deopotrivă consacrate prin art.1 din Constituţie[2]. Aceste dispoziţii sunt dezvoltate de Legea nr.14/2003 a

[1] Curtea Europeană a Drepturilor Omului a statuat în acest sens, de exemplu prin Hotărârea din 31 iulie 2001, pronunţată în cauza *Refah Partisi şi alţii împotriva Turciei*, în sensul că că nu poate exista democraţie fără pluralism

[2] În acelaşi sens sunt, de exemplu, Constituţia Franţei, care, în art.4, consacră atât libertatea de asociere în partide politice şi a activităţii acestora, cât şi exigenţa respectării principiilor suveranităţii naţionale şi democraţiei. Constituţia Germaniei prevede, în art.21, libertatea de asociere în partide politice, precum şi obligaţia ca organizarea internă a acestora să fie conformă cu principiile democratice. De asemenea, acelaşi articol acordă o reglementare distinctă obligaţiei partidelor politice de a face publice sursele şi modul de utilizare a fondurilor şi bunurilor lor, precum şi competenţei Curţii Constituţionale de a constata neconstituţionalitatea acelor partide care prin scopurile, activitatea lor sau a membrilor lor, încearcă să determine schimbarea ordinii democratice sau pun în pericol existenţa Republicii Federale a Germaniei[2]. De altfel, poziţia centrală a partidelor politice în sistemul politic german l-a determinat pe legiuitor să le supună unui control juridic riguros. (A.Mohr, *Les partis politiques au Bundestag allemand,* Sanderlienst, nr. 4/1986, p. 3); tot astfel, Constituţia Spaniei cuprinde în Titlul preliminar un text special pentru partidele politice, în care statuează şi faptul că structura internă a partidelor şi modul de funcţionare trebuie să fie democratice (pentru dezvoltări a se vedea A. Iorgovan, *Partidele politice ca subiecte de drept public*, *op. cit.*, p. 45). De asemenea, Constituţia Portugaliei reglementează dispoziţii cu privire la partidele politice, atât în partea consacrată

partidelor politice[1], respectiv, în ceea ce priveşte aspectele legate de finanţarea partidelor politice, de Legea nr.334/2006[2] privind finanţarea activităţii partidelor politice şi a campaniilor electorale.

Autonomia partidelor politice este, prin urmare, limitată de exigenţele democraţiei, sens în care s-a dezvoltat şi jurisprudenţa curţilor constituţionale şi a Curţii Europene a Drepturilor Omului, care antamează problematica înregistrării, funcţionării şi dizolvării partidelor politice.

Remarcăm că legislaţia română califică partidele politice ca fiind persoane juridice de drept public, soluţie legislativă mai puţin întâlnită[3], majoritatea legislaţiilor calificându-le drept persoane juridice de drept privat (de ex: Africa de Sud, Brazilia, Republica Cehă, Republica Chile, Franţa, Irlanda, Luxemburg, Republica Moldova).

III. Regimul juridic al partidelor politice

1. Înregistrarea partidelor politice

Legislaţia română prevede o amănunţită reglementare a înregistrării partidelor politice, fiind, sub unele aspecte, mai restrictivă decât alte reglementări europene.

Astfel, Legea nr. 14/2003[4] stabileşte instanţa competentă - Tribunalul Bucureşti şi condiţiile de ordin formal care trebuie îndeplinite pentru a se realiza înregistrarea partidului politic: documentele care trebuie depuse la această instanţă[5] împreună cu cererea de înregistrare, cerinţele de publicitate cu privire la această cerere[6] și condițiile pe care trebuie să le îndeplinească listele de susținători[7].

Cu privire la aceste din urmă condiţii, menţionăm că privesc reprezentativitatea partidelor politice, prin impunerea unui număr minim de membri necesar pentru înfiinţarea acestora şi a unei dispersii teritoriale. Astfel, potrivit art.19 alin.(3) din Legea nr.14/2003, *„Lista trebuie să cuprindă cel puţin 25.000 de membri fondatori, domiciliaţi în cel puţin 18 din judeţele ţării şi municipiul Bucureşti, dar nu mai puţin de 700 de persoane pentru fiecare dintre aceste judeţe şi municipiul Bucureşti”*.

---

principiilor fundamentale, cât şi drepturilor fundamentale, respectiv instituţiilor politice, stabilind inclusiv interdicţii cu privire la activitatea partidelor.

[1] Republicată in Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 550 din 6 august 2012.

[2] Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr.632 din 21 iulie 2006, republicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr.510 din 22 iulie 2010.

[3] Reglementări similare sunt de exemplu în Bulgaria; în Polonia, aceeaşi calificare a fost dată partidelor politice pe cale jurisprudenţială.

[4] Capitolul IV.

[5] a) cererea de înregistrare, semnată de conducătorul organului executiv al partidului politic şi de cel puţin 3 membri fondatori, care vor fi citaţi în instanţă; b) statutul partidului; c) programul partidului; d) actul de constituire, împreuna cu lista semnăturilor de susţinere a membrilor fondatori; e) o declaraţie privitoare la sediu şi la patrimoniul partidului; f) dovada deschiderii contului bancar.

[6] Cererea de înregistrare se afişează la sediul Tribunalului Bucureşti timp de 15 zile.; în termen de 3 zile de la data depunerii cererii de înregistrare, anunţul cu privire la aceasta se publică de către solicitant într-un ziar central de mare tiraj.

[7] Lista semnăturilor de susţinere trebuie să menţioneze obiectul susţinerii, data şi locul întocmirii, iar pentru susţinători trebuie să conţină numele şi prenumele, data naşterii, adresa, felul actului de identitate, seria si numărul acestuia, codul numeric personal, precum şi semnătura; susţinătorii înscrierii unui partid politic pot fi numai cetăţeni cu drept de vot; lista trebuie însoţită de o declaraţie pe propria răspundere a persoanei care a întocmit-o, care să ateste autenticitatea semnăturilor.

În sine, aceasta este o problemă sensibilă, deoarece presupune o restrângere a dreptului la asociere şi a pluralismului politic. Cu privire la aceste norme, Curtea Constituţională a statuat că[1] „*aprecierea oportunităţii unui anumit prag de reprezentativitate nu este o problema de constituţionalitate, cât timp pragul instituit nu are ca efect suprimarea exercitării dreptului de asociere, urmărind numai ca asocierea cetăţenilor în partide să aibă semnificaţia instituţionalizării unui curent politic, fără de care partidul rezultat nu-şi poate îndeplini rolul sau constituţional, […] de a contribui la definirea si la exprimarea voinţei politice a cetăţenilor. Or, condiţiile de reprezentativitate prevăzute de art. 19 alin. (3) din Legea nr. 14/2003 nu conduc la aceasta*".[2]

În opinia noastră, chiar dacă o anumită condiţie de reprezentativitate a partidelor politice poate fi susţinută cu argumente pertinente, aceasta priveşte şi se poate realiza sub forma unui prag electoral pentru reprezentarea partidelor politice în Parlament, iar nu printr-o piedică în calea înregistrării partidelor politice. Este adevărat că nu este suprimat în acest fel dreptul de asociere, însă în mod evident realizarea condiţiilor legale pentru înregistrarea de noi partide politice este dificilă.

Cât priveşte aspectele de ordin procedural, Legea nr.14/2003 stabileşte că examinarea cererii de înregistrare are loc în şedinţă publică, cu participarea reprezentantului Ministerului Public. Persoanele fizice sau juridice interesate pot interveni în proces, dacă depun o cerere de intervenţie în interes propriu. Împotriva deciziei Tribunalului Bucureşti pot face contestaţie la Curtea de Apel Bucureşti, în termen de 5 zile de la comunicare, conducătorul organului executiv al partidului politic, membrii fondatori care au semnat cererea de înregistrare şi au fost citaţi în instanţă, Ministerul Public sau intervenienţii. Decizia Curţii de Apel Bucureşti este definitivă.

Şi cu privire la această procedură Curtea Constituţională a fost sesizată în mai multe rânduri. Astfel, referitor la dispoziţiile care consacră caracterul definitiv şi irevocabil al deciziilor Curţii de Apel Bucureşti, Curtea a reţinut că nu încalcă prevederile constituţionale, fiind în deplină concordanţă cu dispoziţiile art.129 din Constituţie referitoare la folosirea căilor de atac, în condiţiile legii[3]. Tot astfel, Curtea a respins ca neîntemeiate criticile în sensul că dispoziţiile legii nu prevăd publicarea în Monitorul Oficial al României şi a hotărârilor judecătoreşti prin care se respinge cererea de înregistrare sau de radiere a partidelor politice ori, după caz, a alianţelor politice: „*raţiunea publicării în Monitorul Oficial al României, Partea I, a înregistrării şi radierii partidelor politice sau, în mod corespunzător, a alianţelor politice, legal constituite, care rezidă în asigurarea publicităţii necesare cu privire la apariţia unui nou subiect în viaţa politică a ţării, nu subzistă şi în cazul în care cererea de înregistrare sau de radiere este respinsă de instanţa competentă, pentru că nu sunt îndeplinite condiţiile prevăzute de lege. În consecinţă, nu se poate pune problema*

[1] Decizia nr. 954/2010, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 551 din 5 august 2010.

[2] Şi în alte ţări europene sunt prevăzute asemenea condţii, diferenţele fiind însă evidente (de ex: Bulgaria: 500 de cetăţeni cu drept de vot, Cehia: 1000, Finlanda – 5000, Irlanda – 300, Letonia, Lituania, Slovenia - 200, Portugalia -7500, Slovacia – 10 000, Suedia-1500) - R. Cinca, *Partidele politice în Uniunea Europeană, nivel de reglementare şi formalităţi de înregistrare*, în Revista Expert Electoral, nr. 4/2013, p. 29-48.

[3] De exemplu Decizia nr. 230/2004, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 677 din 28 iulie 2004, Decizia nr. 65/2004, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 216 din 11 martie 2004, şi Decizia nr. 71/2005, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 380 din 5 mai 2005

încălcării principiului egalităţii, invocată de autorul excepţiei, situaţiile fiind deosebite, ceea ce justifică, raţional şi obiectiv, un tratament juridic deosebit"[1].

În afara aspectelor de ordin formal enumerate mai sus, motivele respingerii cererii de înregistrare pot privi existenţa, în statutul sau programul politic, a unor prevederi contrare legii sau Constituţiei. Considerăm că şi în această din urmă situaţie, soluţia este de respingere a cererii de înregistrare, iar nu a unei declinări de competenţă sau a unei eventuale sesizări a Curţii Constituţionale. Aceasta întrucât competenţa Curţii Constituţionale priveşte soluţionarea contestaţiilor având ca obiect constituţionalitatea unui partid politic, or, în ipoteza analizată, nu există un partid înregistrat. În plus, art.39 alin.(2) din Legea nr.47/1992 stabileşte expres şi limitativ subiecţii care pot sesiza Curtea Constituţională în această situaţie: preşedintele uneia dintre Camerele Parlamentului pe baza unei hotărâri adoptate de Cameră cu votul majorităţii membrilor săi sau de Guvern[2].

Cât priveşte aprecierea pe care instanţa o realizează, şi eventualul refuz de înregistrare, acestea trebuie să aibă în vedere prevederile art.40 din Constituţie, referitoare la dreptul de asociere, cât şi pe cele ale art.53, referitor la restrângerea exerciţiului unor drepturi sau al unor libertăţi.

Sunt de referinţă statuările Curţii Europene a Drepturilor Omului care a stabilit o serie de criterii pentru a determina dacă acest refuz răspunde unei "nevoi sociale imperioase" şi, prin urmare este justificat. Astfel, în Hotărârea nr.3 din 3 februarie 2005, pronunţată în cauza *Partidul Comuniştilor (Nepecerişti) şi Ungureanu împotriva României* Curtea a stabilit aceste criterii după cum urmează: *«(i) dacă există indicii în măsură să dovedească faptul că riscul de atingere adusă democraţiei este suficient şi rezonabil de apropiat; (ii) dacă actele şi discursul conducătorilor luate în considerare în cauză sunt imputabile partidului respectiv; (iii) dacă actele şi discursurile imputabile partidului politic constituie un ansamblu care redă imaginea clară a unui model de societate conceput şi propovăduit de partid şi care ar veni în contradicţie cu conceptul de "societate democratică".»* Curtea a reamintit cu acel prilej că «*nu există democraţie fără pluralism. Iată de ce libertatea de exprimare consacrată prin art. 10 este valabilă, […] nu numai pentru "informaţii" sau "idei" primite favorabil sau considerate ca inofensive ori indiferente, dar şi pentru cele care frapează, şochează sau îngrijorează (...). Având în vedere că prin activităţile lor participă la un exerciţiu colectiv al libertăţii de exprimare, partidele politice pot invoca drepturile prevăzute de art. 10 şi 11 din Convenţie (Cauza Partidul Comunist Unit din Turcia şi alţii împotriva Turciei, Hotărârea din 30 ianuarie 1998, par.42-43).* » Curtea a stabilit, totodată, că „*un partid politic poate face campanie în favoarea schimbării legislaţiei sau a structurilor legale ori constituţionale ale statului, cu două condiţii: 1) mijloacele folosite în acest scop trebuie să fie total legale şi democratice; 2) schimbarea propusă trebuie să fie ea însăşi compatibilă cu principiile democratice fundamentale. De unde decurge, obligatoriu, că un partid politic ai cărui responsabili incită la violenţă sau propun un proiect care nu respectă una ori mai multe reguli ale democraţiei sau care vizează distrugerea acesteia, ca şi ignorarea drepturilor şi libertăţilor pe care aceasta le recunoaşte nu se poate prevala de protecţia Convenţiei împotriva sancţiunilor aplicate pentru aceste*

[1] Decizia nr. 230/2004, cit.

[2] În acelaşi sens, G. Bîrsan, V.M. Ciobanu, *Aspecte procedurale privind înregistrarea partidelor politice,* în Partidele politice, *op. cit.*, p. 27.

motive (Cauza Yazar şi alţii împotriva Turciei, cererile 22.723/1993 şi 22.725/1993, par. 49, şi Cauza Refah Partisi şi alţii, par. 98)."

Faţă de considerentele enunţate, obligatorii pentru instanţele române în temeiul art.20 din Constituţie, rezultă că, din punct de vedere substanţial, controlul pe care instanţele judecătoreşti îl pot realiza cu prilejul înregistrării partidelor politice este destul de limitat, eventualul refuz de înregistrare nefiind justificat decât în măsura în care este susţinut de o necesitate socială imperioasă, astfel cum aceasta este interpretată de Curtea Europeană a Drepturilor Omului. O formaţiune politică ce respectă principiile fundamentale ale democraţiei nu poate îngrijora pentru simplul fapt că a criticat ordinea constituţională şi juridică a ţării şi că doreşte să o dezbată public pe scena politică (a se vedea cauza citată mai sus, par.55, precum şi Cauza *Partidul Comunist Unit din Turcia şi alţii*, citată anterior, par.57).

Pentru că înregistrarea partidelor politice vizează şi simbolurile pe care acestea le utilizează, amintim în context considerentele similare celor de mai sus reținute, de această dată, cu privire la simbolurile pe care partidele politice le pot utiliza. Este vorba despre Hotărârea nr.12 din 4 iunie 2013 a Curții Constituționale din Republica Moldova, prin care s-a constatat neconstituționalitatea dispozițiilor din Legea nr.192 din 12 iulie 2012 privitoare la interzicerea simbolurilor comuniste și a promovării ideologiilor totalitare. Cu referire și la jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului mai sus menționată, Curtea Constituțională a Republicii Moldova a reținut că "*după căderea regimului comunist de mai mult de 20 de ani, invocarea unui pericol viitor, legat de atrocitățile unui regim totalitar anterior, ca măsură preventivă pentru protejarea democrației, nu poate fi văzută ca o "nevoie socială presantă*."

2. Activitatea partidelor politice

Activitatea partidelor politice este guvernată de regulile prevăzute de Constituţie şi de legislaţia infraconstituţională, precum şi de normele interne ale fiecărui partid politic. Este unanim recunoscută sub acest aspect existenţa unei autonomii normative a partidelor politice, care sunt libere să stabilească normele care le guvernează organizarea şi funcţionarea, înscrise în statute şi regulamente de organizare şi funcţionare. La acestea se adaugă uzanţe, practici informale, cutume specifice domeniului politic, conturând ceea ce a fost desemnat prin sintagma „lex politica"[1]. Cât priveşte aceste din urmă reguli, ele trebuie să respecte cadrul constituţional şi normativ; „statutele şi alte regulamente ale partidelor politice trebuie să fie compatibile cu Constituţia în reglementarea chestiunilor interne; partidele politice trebuie să faciliteze exercitarea drepturilor politice stabilite prin Constituţie".[2] Eventuala nerespectare poate fi constatată de instanţele judecătoreşti sau de Curtea Constituţională, în exercitarea competenţelor specifice.

Astfel, în România, controlul instanţelor judecătoreşti asupra partidelor politice se concretizează în verificarea îndeplinirii de către acestea a obligaţiilor impuse de Legea nr.14/2003, respectiv: depunerea la Tribunalul Bucureşti a documentelor atestând desfăşurarea adunărilor generale, în termen de 30 de zile de la data acestora [art.24 alin.(1) lit.a) din lege]; depunerea la Tribunalul Bucureşti a documentele provenind de la autorităţile electorale competente privind desemnarea candidaţilor in alegeri, în termen de 30 de zile de la data alegerilor [art.24 alin.(1) lit.b) din lege]; comunicarea

[1] P. Larrieu, *op. cit.*, p. 186.
[2] Curtea Constituţională din Africa de Sud, Decizia nr. 109/12 din 18.12.2012.

către Tribunalul Bucureşti a modificării statutului sau a programului, în termen de 30 de zile de la data adoptării (care este examinată în vederea încuviinţării) [art.25 alin.(2) din lege]; depunerea la aceeaşi instanţă a listelor actualizate de membrii, a căror obligaţie de întocmire există pentru fiecare an preelectoral (art.27 din lege).

În conformitate cu prevederile art.26 din Legea nr.14/2003**,** în situaţia în care modificările nu sunt comunicate sau daca instanţa a respins cererea de încuviinţare a modificării statutului, iar partidul politic în cauza acţionează in baza statutului modificat, Ministerul Public va solicita Tribunalului Bucureşti încetarea activităţii partidului politic şi radierea acestuia din Registrul partidelor politice. În termen de 15 zile de la înregistrarea cererii Ministerului Public, Tribunalul Bucureşti se va pronunţa asupra acesteia, iar împotriva hotărârii Tribunalului Bucureşti partea interesata poate face contestaţie la Curtea de Apel Bucureşti în termen de 5 zile de la data comunicării hotărârii. Curtea de Apel Bucureşti se pronunţă in termen de 15 zile de la înregistrarea contestaţiei, iar hotărârea sa este definitivă şi irevocabilă. Hotărârea definitivă şi irevocabilă de admitere a modificării statutului se publică în Monitorul Oficial al României, Partea a IV.

Cât priveşte Curtea Constituţională, potrivit art.146 lit.k) din Constituţie, aceasta hotărâşte asupra contestaţiilor care au ca obiect constituţionalitatea unui partid politic, regulile privind exercitarea acestei atribuţii fiind dezvoltate de dispoziţiile Legii nr.47/1992 privind organizarea şi funcţionarea Curţii Constituţionale. Constituţia şi legea organică a Curţii stabilesc limite ale controlului exercitat de Curte atât în ceea ce priveşte autorii sesizării, obiectul sesizării cât şi întinderea controlului pe care Curtea îl poate exercita.

Astfel, controlul exercitat de Curte se realizează la sesizarea unor subiecte expres şi limitativ prevăzute de lege, şi anume preşedintele uneia dintre Camerele Parlamentului sau Guvernul. În ceea ce priveşte preşedintele Camerei, acesta poate formula contestaţia numai pe baza unei hotărâri adoptate de Cameră cu votul majorităţii membrilor săi [art. 39 alin. (2) din Legea nr. 47/1992]. Obiectul sesizării îl constituie, exclusiv, neconstituţionalitatea partidului politic, aşadar controlul Curţii se realizează după constituirea legală a partidului.[1]

Potrivit art. 41 din Legea nr. 47/1992, partidele politice pot fi declarate neconstituţionale în cazurile prevăzute de art. 40 alin. (2) din Constituţie, republicată, respectiv dacă prin scopurile ori prin activitatea lor, militează împotriva pluralismului politic, a principiilor statului de drept ori a suveranităţii, a integrităţii sau a independenţei României. Decizia de admitere a contestaţiei se comunica Tribunalului Bucureşti în vederea radierii partidului politic neconstituţional din Registrul partidelor politice.

Cu privire la limitele controlului pe care Curtea Constituţională îl poate realiza, s-au arătat următoarele: „*caracterul restrictiv al celor care pot formula contestaţia, cât şi a motivelor de neconstituţionalitate, dovedeşte că, în realitate, competenţa Curţii este specifică unei jurisdicţii speciale, de protecţie, pentru a evita alterarea luptei politice a partidelor pentru putere prin şicane judiciare, deturnându-le astfel de la rostul lor şi subminând principiul libertăţii politice, ce stă la baza pluralismului în acest domeniu*".[2]

Aceste limite ale controlului de constituționalitate exercitat în temeiul art.146 lit.k) din Constituție nu împiedică însă Curtea Constituțională ca, în exercitarea altor atribuții

[1] I. Deleanu – „*Instituţii şi proceduri constituţionale*", Ed. CH Beck, p. 356.

[2] *Constituţia României - Comentariu pe articole* – coordonatori I. Muraru, E.S. Tănăsescu, Ed CH Beck, Bucureşti, 2008, p. 1417.

prevăzute de Constituţie sau de legea sa de organizare şi funcţionare, să evidenţieze, acolo unde Constituţia impune, repere ale activităţii partidelor politice în concordanţă cu principiile statului de drept.

Astfel, de exemplu, respingând ca neîntemeiată sesizarea de neconstituţionalitate a Hotărârii Senatului nr.54 din 28 noiembrie 2011 pentru alegerea preşedintelui Senatului[1], Curtea a statuat, într-un context în care retragerea sprijinului politic de către partid a determinat pierderea calităţii de preşedinte al Senatului al respectivului membru, cu consecinţa alegerii în această funcţie a unui senator membru al altui partid politic, următoarele: „*având în vedere că sancţiunea prevăzută de art. 33 alin. (2) din Legea nr. 96/2006 privind Statutul deputaţilor şi al senatorilor, respectiv aceea a încetării statutului de preşedinte al unei Camere ca urmare a retragerii sprijinului politic, intervine, de drept, păstrarea, în această situaţie, a dreptului exclusiv al aceluiaşi partid politic cu privire la funcţia de preşedinte al Camerei deschide calea unor posibile abuzuri, respectiv a unei instabilităţi la conducerea acesteia, întrucât partidul în cauză poate, teoretic, oricând, şi pentru motive care nu pot fi în niciun fel cenzurate, să determine schimbarea persoanei care ocupă funcţia respectivă. Se observă că (...) în cazul retragerii sprijinului politic ca urmare a excluderii din partidul politic, motivele deciziei partidului privesc doar raporturile cu partidul în cauză şi nu există obligaţia de a fi prezentate. Aşadar, pierderea calităţii de membru a unui partid politic este guvernată de normele juridice cuprinse în statutele partidelor şi ţin de jurisdicţia exclusivă a acestora. Această autonomie normativă şi jurisdicţională a partidelor politice constituie o manifestare a tendinţei inevitabile de emancipare a acestora în raport cu ordinea juridică etatică. Controlul normativ al partidelor asupra membrilor lor este adesea foarte puternic şi se extinde chiar şi asupra vieţii lor private, asupra opiniilor lor etc. Tendinţa de autonomie sub aspectele enunţate poate fi justificată având în vedere obiectivele de ordin ideologic ale partidelor politice, însă controlul partidelor politice şi jurisdicţia lor exclusivă nu se poate extinde, implicit, şi asupra unei instituţii fundamentale a statului de drept, aceea de preşedinte al Senatului, ci numai asupra persoanei care ocupă la un moment dat această funcţie."* În continuare, Curtea a mai reţinut că „*autonomia partidelor politice trebuie înţeleasă şi aplicată în limitele principiilor constituţionale"*.

Pe aceeaşi linie de jurisprudenţă, şi văzând consecinţele pe care le produce excluderea din partid[2], precum şi faptul că pierderea calităţii de membru al unui partid poate fi expresia unor premise subiective ori a arbitrariului, Curtea Constituţională procedat în consecinţă la o reconsiderare majoră de jurisprudenţă în materia jurisdicţiei interne a partidelor politice. Astfel cum vom evidenţia, aceasta este o temă problematică şi în alte jurisdicţii, pentru că pune în discuţie concurenţa dintre *lex politica* (care lasă puterea de a sancţiona la mâna unui grup ce poate fi calificat drept privat) şi ordinea juridică etatică.

[1] Decizia nr. 1631/2011, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, 84 din 2 februarie 2012

[2] De exemplu, pierderea mandatului de ales local, în condiţiile art.. 9 alin. (2) lit. h[1]) din Legea nr. 393/2004 privind Statutul aleşilor locali, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 912 din 7 octombrie 2004, astfel cum au fost completate prin art. I pct. 3 din Legea nr. 249/2006 pentru modificarea şi completarea Legii nr. 393/2004 privind Statutul aleşilor locali, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 554 din 27 iunie 2006

3. Jurisdicţia internă a partidului politic: pierderea calităţii de membru al unui partid politic

Potrivit art. 16 din Legea nr. 14/2003, care a format obiectul analizei de constituţionalitate în numeroase cauze „ *(1) Organele împuternicite ale partidului politic hotărăsc primirea de membri, în condiţiile stabilite de statut, ca urmare a cererilor scrise depuse de solicitanţi. (2)Membrii au dreptul de a demisiona din partid în orice moment, cu efect imediat. (3)Dobândirea sau pierderea calităţii de membru al unui partid politic este supusă numai jurisdicţiei interne a partidului respectiv, potrivit statutului partidului."*

Statuând în mod constant asupra constituţionalităţii art. 16 alin. (3) mai sus citat, Curtea Constituţională a reţinut că instanţele judecătoreşti nu sunt legitimate să exercite funcţia de înfăptuire a justiţiei în ceea ce priveşte actele de încălcare a disciplinei interne din cadrul partidelor politice, deoarece răspunderea în materie nu este reglementată prin norme juridice de drept comun, ci prin norme de deontologie proprii; instanţele judecătoreşti nu au competenţa de a cenzura hotărârile organelor de aşa-numita "jurisdicţie internă a partidelor", hotărâri care au caracter de acte politice; în cadrul verificării îndeplinirii condiţiilor cerute pentru constituirea legală a partidelor politice, instanţa de judecată va aprecia dacă procedurile statutare privind aplicarea sancţiunilor asigură petentului nemulţumit de o decizie a partidului dreptul de a-şi susţine în mod efectiv şi eficient cauza[1].

În considerarea evoluţiilor la care am făcut referire şi faţă de consecinţele pe care pierderea calităţii de membru al unui partid politic le produce, prin Decizia nr.530/2013[2], Curtea a constatat neconstituţionalitatea dispoziţiilor art.16 alin.(3) din Legea partidelor politice, reţinând, în esenţă, că instituind competenţa exclusivă a organelor cu atribuţii jurisdicţionale ale partidului politic de a aprecia asupra respectării normelor statuare de către membrii de partid, acest text de lege elimină, în fapt, controlul judecătoresc în ceea ce priveşte respectarea de către aceste organe a propriului statut şi împiedică astfel accesul liber la justiţie.

Fără îndoială că membrii unui partid politic trebuie, în cazul diferendelor determinate de excluderea din partid, să parcurgă procedura în faţa jurisdicţiilor interne ale partidului, să solicite acestora aplicarea întocmai a prevederilor statutare şi doar în cazul în care consideră că aceste organe au încălcat prevederile statuare, să aibă, ulterior, posibilitatea sesizării instanţei judecătoreşti. Însă, deşi organele cu atribuţii jurisdicţionale ale partidului îşi desfăşoară activitatea pe baza unor prevederi statutare care, în principal, trebuie să asigure părţilor dreptul la opinie, dreptul de a se apăra şi o procedură echitabilă, acestea nu pot fi considerate ca întrunind condiţiile specifice unui tribunal independent şi imparţial, în sensul art. 6 din Convenţia pentru apărarea

[1] A se vedea, spre exemplu, Decizia nr. 952/2009, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 571 din 17 august 2009, Decizia nr. 1.255/2009, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 783 din 17 noiembrie 2009, Decizia nr. 197/2010, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 209 din 2 aprilie 2010, Decizia nr. 399/2010, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 334 din 20 mai 2010, Decizia nr. 958/2010, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 561 din 10 august 2010, Decizia nr. 1.461/2011, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 81 din 1 februarie 2012, Decizia nr. 283/2012, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 366 din 30 mai 2012, Decizia nr. 649/2012, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 560 din 8 august 2012, şi Decizia nr. 65/2013, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 176 din 1 aprilie 2013.

[2] Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I nr.23 din 13 ianuarie 2014.

drepturilor omului şi a libertăţilor fundamentale. Or, faţă de dispoziţiile art. 16 alin. (3) din Legea nr. 14/2003, primind o cerere prin care se contestă legalitatea excluderii din partid, instanţa judecătorească, chiar dacă ar observa că au fost încălcate procedurile statutare, nu poate decât să respingă cererea ca inadmisibilă, nefiind competentă material să o judece. Astfel, cererea membrului de partid căruia i s-a aplicat sancţiunea excluderii din partid nu poate ajunge niciodată să fie examinată în mod efectiv de un judecător imparţial şi independent, ceea ce determina ca în această materie, liberul acces la justiţie este nu doar limitat, ci complet anihilat. Se încalcă astfel şi plenitudinea de jurisdicţie a instanţelor judecătoreşti, astfel cum aceasta este reglementată de art. 126 alin. (1) din Constituţie.

Şi în alte state europene este consacrată la nivel legal sau dedusă pe cale jurisprudenţială posibilitatea contestării la instanţele de judecată a deciziilor interne ale partidelor politice.

Astfel, de exemplu, Curtea Constituţională din Republica Cehă a reţinut că atât Constituţia cât şi Carta drepturilor şi libertăţilor fundamentale impun instanţelor obligaţia de a aborda examinarea judecătorească a deciziilor interne ale partidelor politice nu numai din perspectiva respectării statutului acestor partide sau a respectării legii, ci şi din perspectiva unei posibile obstrucţionări a exercitării drepturilor fundamentale de către membrii partidelor politice prin acţiunile partidului. Această întindere a competenţei este necesară pentru protecţia şi dezvoltarea unui standard minim de principii şi reguli democratice în interiorul partidului[1].

În Ungaria, Legea nr. CLXXV/2011 privind libertatea de asociere, regimul juridic al utilităţii publice, precum şi funcţionarea şi sprijinirea asociaţiilor, aplicabilă şi partidelor politice, stabileşte prin art. 11 alin. (3), (6) şi (7) că procurorul, în cadrul competenţei sale de control al legalităţii, poate formula o acţiune la instanţa judecătorească, care, în urma examinării acţiunii, poate dispune anularea oricărei hotărâri nelegale adoptate de partidul politic şi, în funcţie de situaţie, poate obliga la adoptarea unei noi hotărâri.

De asemenea, în Portugalia, articolul 103-D din Legea Curţii Constituţionale a Portugaliei nr. 28/82 din 15 noiembrie 1982 stabileşte că orice membru al unui partid politic poate să conteste, pe temeiul ilegalităţii sau al încălcării unei reguli statutare, deciziile sancţionatorii luate de organele partidului respectiv într-o acţiune disciplinară împotriva acestuia, precum şi deciziile acestor organe care îi afectează direct şi personal dreptul de a participa la activităţile partidului.

In Franţa sunt nule, fiind contrare dreptului de acces la justiţie, clauzele statutare sau infrastatutare prin care membrii unui partid politic renunţă la dreptul de a se adresa instanţei împotriva sancţiunilor disciplinare. [2]

Legea partidelor politice din Germania[3] prevede în art.10 alin.(4) că un membru al partidului politic poate fi exclus din partid dacă încalcă în mod deliberat statutele sau actele într-o manieră contrară principiilor ori disciplinei de partid şi, prin urmare, afectează în mod serios statutul său. Potrivit alin.(5) al aceluiaşi articol, asupra excluderii din partid decide curtea de arbitraj competentă iar dreptul de apel la o curte superioară este garantat. În cazuri serioase şi urgente, comitetul executiv al partidului

[1] Decizia nr.II US 1969/10 din 27.12.2011.

[2] Peggy Larrieu - *Les partis politiques, en marge du droit*? – Revue du droit public, n^0 1-2011, p. 192.

[3] Republicată în Gazeta Oficială din 31 ianuarie 1994.

sau asociaţiei regionale poate exclude un membru de la exerciţiul drepturilor până la pronunţarea deciziei de către curtea de arbitraj.

Precizăm că în decizia menţionată, Curtea Constituţională a României a circumstanţiat controlul judecătoresc în această materie, arătând că nu poate fi realizat decât asupra statutului şi a regularităţii desfăşurării procedurii statutare în faţa organelor cu atribuţii jurisdicţionale ale partidului, şi nu asupra oportunităţii sancţiunii aplicate. Astfel, instanţa judecătorească învestită cu soluţionarea unei cereri prin care se contestă sancţiunea excluderii din partid urmează să analizeze respectarea normelor statutare privind stabilirea şi aplicarea sancţiunii şi să verifice dacă dreptul părţii la apărare şi la opinie a fost efectiv asigurat.

4. Dizolvarea partidelor politice

Potrivit art.22 din Legea nr.14/2003, un partid politic îşi încetează activitatea prin:dizolvare, prin hotărâre pronunţată de Curtea Constituţională, pentru încălcarea art. 40 alin. (2) şi (4) din Constituţia României, republicată; dizolvare, prin hotărâre pronunţată de Tribunalul Bucureşti; autodizolvare, hotărâtă de organele competente prevăzute în statut; reorganizare.

Dizolvarea pe cale judecătorească a unui partid politic are loc in următoarele condiţii: când se constată neconstituţionalitatea partidului politic; când scopul sau activitatea partidului politic a devenit ilicită ori contrară ordinii publice; când realizarea scopului partidului politic este urmărită prin mijloace ilicite sau contrare ordinii publice; când partidul urmăreşte alt scop decât cel care rezultă din statutul şi programul politic ale acestuia; ca urmare a inactivităţii constatate de Tribunalul Bucureşti conform art. 47 alin. (1); ca urmare a neîndeplinirii obiectivelor, constatată de Tribunalul Bucureşti; ca urmare a neîndeplinirii obligaţiilor de comunicare a modificării statutului sau programului partidului sau dacă instanţa a respins cererea de încuviinţare a modificării statutului. Cererea de dizolvare se adresează Tribunalului Bucureşti de către Ministerul Public. Potrivit art.47 din Legea nr.14/2003, inactivitatea unui partid politic se poate constata în următoarele situaţii: nu a ţinut nicio adunare generală timp de 5 ani; nu a desemnat candidaţi, singur sau în alianţă, în două campanii electorale parlamentare succesive, în cel puţin 18 circumscripţii electorale.

Potrivit art. 48 din acelaşi act normativ, neîndeplinirea obiectivelor stabilite pentru un partid politic, conform art. 1 şi 2, se poate constata când un partid politic nu obţine la două alegeri generale succesive un număr minim de voturi. Numărul minim necesar îndeplinirii condiţiilor prevăzute la art. 1 şi 2 este de cel puţin 50.000 de voturi la nivel naţional, pentru candidaturile depuse în oricare dintre următoarele scrutinuri: consilii judeţene, consilii locale, Camera Deputaţilor, Senat.

Pronunţându-se asupra criticilor de neconstituţionalitate referitoare la dispoziţii care reglementează cazuri de dizolvare, prin raportare la aceleaşi dispoziţii constituţionale care consacră dreptul de asociere şi restrângerea exerciţiului unor drepturi sau al unor libertăţi, Curtea Constituţională a statuat că sunt neîntemeiate. Aceasta întrucât unul dintre principalele scopuri ale asocierii în partide politice îl constituie acela de a accede la putere prin intermediul candidaţilor pe care partidul îi propune în campania electorală[1]**.** Or, în măsura în care partidul nu desemnează candidaţi la alegeri şi, în

[1] Faţă de eventuala obiecţie în sensul că nu toate partidele luptă pentru cucerirea puterii, unele dintre acestea, de exemplu cele ale minorităţilor naţionale, fiind conştiente că nu pot avea decât votul cetăţenilor care alcătuiesc minoritatea respectivă, s-a arătat că, în realitate, şi acestea aspiră să aibă

consecinţă, nu obţine voturi, activitatea pe care o desfăşoară nu se mai circumscrie scopului mai sus menţionat. Asemenea organizaţii nu pot revendica statutul de partid politic, având posibilitatea să îşi continue existenţa ca simple forme de asociere a cetăţenilor, cu condiţia ca înfiinţarea şi desfăşurarea activităţii lor să se realizeze potrivit legii, pentru realizarea scopurilor dorite de membrii lor şi în conformitate cu opţiunile acestora, exprimate în mod liber, pe plan social, cultural, economic şi chiar politic[1].

IV. Concluzii

Comisia de la Veneţia a statuat într-unul dintre avizele sale faptul că „*posibilitatea de dizolvare sau interzicere a formării partidului politic urmează a fi aplicată cu atenţie şi doar în cazuri extreme. Partidele politice nu trebuie niciodată dizolvate pentru încălcări minore de conduită administrativă sau operaţională, […] La fel, un partid politic nu trebuie să fie interzis sau dizolvat din cauză că ideile lui nu sunt favorabile, populare sau sunt ofensatoare. Dacă partidul vizat nu aplică violenţa şi nu ameninţă pacea civică sau ordinea democratică a ţării, atunci nu este îndreptăţită nici interzicerea, nici dizolvarea.*”[2]

Acestei depline manifestări a libertăţii de asociere îi corespund responsabilităţi clar definite în legi şi în jurisprudenţa instanţelor constituţionale. Responsabilităţile nu trebuie convertite în sarcini excesive sau nejustificate însă, având în vedere rolul partidelor politice în Europa contemporană, trebuie identificate şi reglementate mecanisme legale care să determine dezvoltarea unui standard de principii şi reguli democratice în interiorul partidelor, precum şi respectarea lor, sens in care reţinem importanţa rolului instanţelor judecătoreşti şi a celor de jurisdicţie constituţională.

---

reprezentanţi în Parlament şi în puterea executivă, fiindcă obiectivele tuturor partidelor politice, fie mici, fie mari, sunt pragmatice. Asociaţiile care rămân în sfera ideologiei, care nu participă la alegerile parlamentare sau locale, nu sunt partide politice, ci asociaţii cu scopuri sociale, culturale, artistice, ştiinţifice sau profesionale (V. Gionea, *Rolul partidelor politice în statul de drept,* în Partidele politice, *op. cit.*, p. 5).

[1] Decizia nr.793/2008, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 571 din 29 iulie 2008.

[2] Memoriul *Amicus Curiae* comun al Comisiei de la Veneția și OSCE/BIDDO referitor la compatibilitatea cu standardele europene a Legii nr.192 din 12 iulie 2012 privind utilizarea simbolurilor regimului comunist totalitar și promovarea ideologiilor totalitare, memoriu adoptat la cea de-a 94-a Sesiune plenară din 8-9 martie 2013.

Contribuţii ale doctrinei juridice la construcţia principiului proporţionalităţii

Marius **ANDREESCU***

Abstract: *The basic features of the principle of proportionality are generally analyzed. Arguments are brought according to which the proportionality is a general principle of law, a principle of constitutional right, which has also applications in different branches of law. We propose a definition of proportionality that will correspond to its implications in juridical sciences. It highlights the role of jurisprudence in defining the principle of proportionality, especially in identifying its dimensions.*

The significances of the principle of proportionality are identified in the legal doctrine and especially in the Romanian juridical doctrine in the post modern and contemporary period, emphasizing the idea of continuity in understanding this principle. The main connotations of this principle, that are found in the doctrine, are expressed by the idea of just balance, adequate ratio, reasonability, equity as well as on logical level, throughout the proportionality dialectic reasoning. The analysis in the doctrine reveals the importance of this principle, whose purpose is to materialize the legal norm, to substantiate the concept of legitimacy in law and to serve as essential criterion that will allow the demarcation between the legitimate manifestation of the state's powers and on the other side, the excess of power in the activity of state authorities.

The doctrine brings arguments according to which the proportionality is not a mere legal instrument but also a principle of law.

Key words: *discretionary power, power excess, subjective right, principle of lawfulness principle of proportionality, constitutional law*

I. Scurte consideraţii privind conceptele de" legalitate" şi „legitimitate"

Legalitatea, ca trăsătură ce trebuie să caracterizeze actele juridice ale autorităţilor publice, are ca element central conceptul de „lege". Andre Hauriou definea legea ca o regulă generală scrisă stabilită de către puterile publice după deliberare şi comportând acceptarea directă sau indirectă a guvernanţilor[1]. În sens larg, noţiunea de lege include toate actele juridice care conţin norme de drept. Legea în accepţiunea sa restrânsă este actul juridic al parlamentului elaborat în conformitate cu constituţia, potrivit unei proceduri prestabilite şi care reglementează regulile sociale cele mai generale şi cele mai importante. Un loc aparte în sistemul legislativ administrat îl are constituţia definită ca lege fundamentală, situată în vârful ierarhiei sistemului legislativ, ce cuprinde norme juridice cu forţă juridică superioară, care reglementează relaţii sociale fundamentale şi esenţiale, cu deosebire cele privind instaurarea şi exercitarea puterii de stat.

* Judecător, Curtea de Apel Piteşti, lector univ. dr., Universitatea din Piteşti.

[1] André Hauriou, *Droit constitutionel et institution politiques*, Ed. Montchrestien, Paris, 1972, p. 137.

Starea de legalitate în activitatea autorităţilor publice se fundamentează pe conceptele de supremaţie a constituţiei şi supremaţia legii.

Supremaţia constituţiei este o calitate a legii fundamentale care în esenţă exprimă forţa juridică supremă a acesteia în sistemul de drept. O consecinţă importantă a supremaţiei legii fundamentale este conformitatea întregului drept cu normele constituţionale[1]. Noţiunea de supremaţie juridică a legii este definită ca „acea caracteristică a ei care îşi găseşte expresia în faptul că normele pe care le stabileşte nu trebuie să corespundă nici unor altor norme în afară de cele constituţionale, iar celelalte acte juridice emise de organele statului îi sunt subordonate din punct de vedere al eficacităţii lor juridice”[2].

Prin urmare, supremaţia legii în accepţiunea de mai sus este subsecventă principiului supremaţiei constituţiei. Important este faptul că legalitatea, ca trăsătură a actelor juridice ale autorităţilor statului implică respectarea principiului supremaţiei constituţiei şi a supremaţiei legii. Respectarea celor două principii este o obligaţie fundamentală de natură constituţională consacrată de dispoziţiile art. 1 alin. (5) din Constituţie. Nerespectarea acestei obligaţii atrage după caz sancţiunea neconstituţionalităţii sau nelegalităţii actelor juridice.

Legalitatea actelor juridice ale autorităţilor publice implică următoarele cerinţe: actul juridic să fie emis cu respectarea competenţei prevăzută de lege; actul juridic să fie emis în conformitate cu procedura prevăzută de lege; actul juridic să respecte normele de drept superioare ca forţă juridică.

„Legitimitatea” este o categorie complexă cu multiple semnificaţii şi care formează obiectul de cercetare pentru teoria generală a dreptului, filozofia dreptului, sociologie şi alte discipline. Semnificaţiile acestui concept sunt multiple. Amintim câteva: legitimitatea puterii; legitimitatea regimului politic; legitimitatea unei guvernări; legitimitatea sistemului politic etc.

Conceptul de legitimitate poate fi aplicat şi în cazul actelor juridice emise de autorităţile publice fiind legat de „marja de apreciere” recunoscută acestora în exercitarea atribuţiilor.

Aplicarea şi respectarea principiului legalităţii în activitatea autorităţilor statului este o problemă complexă, deoarece exercitarea funcţiilor statale presupune şi puterea discreţionară cu care organele statului sunt investite sau altfel spus dreptul de apreciere al autorităţilor privind momentul adoptării şi conţinutul măsurilor dispuse. Ceea ce este important de subliniat este faptul că puterea discreţionară nu poate fi opusă principiului legalităţii, ca dimensiune a statului de drept.

În opinia noastră, legalitatea reprezintă un aspect particular al legitimităţii actelor juridice ale autorităţilor publice. Astfel, un act juridic legitim este un act juridic legal, emis în sfera marjei de apreciere recunoscută autorităţilor publice, care nu generează discriminări, privilegii sau restrângeri nejustificate ale drepturilor subiective şi este adecvat situaţiei de fapt care îl determină şi scopului legii. Legitimitatea face distincţia dintre puterea discreţionară recunoscută autorităţilor statului, iar pe de altă parte, excesul de putere.

Nu toate actele juridice care îndeplinesc condiţiile de legalitate sunt şi legitime. Un act juridic care respectă condiţiile formale de legalitate, dar care generează discriminări

[1] Pentru dezvoltări a se vedea Marius Andreescu, Florina Mitrofan, *Drept constituţional. Teoria generală*, Ed. Universităţii din Piteşti, p. 61-68.

[2] Tudor Drăganu, *Drept constituţional şi instituţii politice. Tratat elementar*, Ed. Lumina Lex, Bucureşti, 1999, vol. II, p. 362.

sau privilegii sau restrânge nejustificat exercitarea unor drepturi subiective sau nu este adecvat situaţiei de fapt ori scopului urmărit de lege, este un act juridic nelegitim. Legitimitatea, ca trăsătură a actelor juridice ale autorităţilor administraţiei publice trebuie înţeleasă şi aplicată în raport cu principiul supremaţiei Constituţiei.

II. Puterea discreţionară şi excesul de putere în activitatea instituţiilor statului

Antonie Iorgovan afirma că o problemă de esenţă a statului de drept este aceea de a răspunde întrebării: "unde se termină puterea discreţionară şi unde începe abuzul de drept, unde se termină comportamentul legal al administraţiei, concretizat prin dreptul acesteia de apreciere şi unde începe încălcarea unui drept subiectiv sau interes legitim al cetăţeanului? "[1]

Abordând aceeaşi problemă, Leon Duguit în anul 1900 realizează o interesantă distincţie între "puterile normale şi puterile excepţionale" conferite administraţiei de către constituţie şi legi, iar pe de altă parte situaţiile în care autorităţile statului acţionează în afara cadrului normativ. Aceste din urmă situaţii, autorul le împarte în trei categorii: 1) excesul de putere (atunci când autorităţile statului depăşesc limitele împuternicirilor legale); 2) deturnarea puterii (atunci când autoritatea statului îndeplineşte un act care intră în competenţa sa urmărind alt scop decât cel prescris de lege); 3) abuzul de putere (atunci când autorităţile statului acţionează în afara competenţelor lor, dar prin acte care nu au caracter juridic).[2]

În doctrina administrativă, care studiază cu precădere problematica puterii discreţionare, s-a subliniat că oportunitatea actelor administrative nu poate fi opusă legalităţii acestora, iar condiţiile de legalitate pot fi împărţite în: condiţii generale de legalitate şi respectiv condiţii specifice de legalitate pe considerente de oportunitate.[3] În consecinţă, legalitatea este corolarul condiţiilor de valabilitate, iar oportunitatea este o cerinţă (o dimensiune) a legalităţii.[4] Totuşi, dreptul de apreciere nu este recunoscut autorităţilor statului în exercitarea tuturor atribuţiilor pe care le au. Trebuie reţinută diferenţa dintre competenţa legată a autorităţilor statale care există atunci când legea impune acestora un anumit comportament decizional strict, iar pe de altă parte competenţa discreţionară, situaţie în care autorităţile statale pot alege mijloacele pentru atingerea unui scop legitim sau în general, atunci când organul statal poate alege între mai multe decizii, în limitele legii şi a competenţei sale. Reţinem definiţia propusă în literatura de specialitate puterii discreţionare: "este marja de libertate lăsată la libera apreciere a unui autorităţi, astfel că în vederea atingerii scopului indicat de legiuitor să poată recurge la orice mijloc de acţiune în limitele competenţei sale."[5]

Deşi problematica puterii discreţionare este studiată cu precădere de dreptul administrativ, dreptul de apreciere în exercitarea unor atribuţii reprezintă o realitate întâlnită în activitatea tuturor autorităţilor statului.[6] Parlamentul, ca organ reprezentativ

---

[1] Antonie Iorgovan. *Cuvânt înainte la:* Dana Apostol Tofan, *Puterea discreţionară şi excesul de putere al autorităţilor publice*, Ed. All Beck, Bucureşti, 1999.

[2] Leon Duguit, *Manuel de Droit Constitutionnel*, Paris, 1907, p. 445-446.

[3] Antonie Iorgovan, *Tratat de drept administrativ,* Ed.Nemira, Bucureşti, 1996, vol. I, p. 301.

[4] *Ibidem*, p. 292.

[5] Dana Apostol Tofan, *op. cit.,* p. 22.

[6] În doctrină, Jellinek şi Fleiner susţineau teza potrivit căreia puterea discreţionară nu este specifică doar funcţiunii administrative, ci apare şi în activitatea celorlalte funcţiuni ale statului, sub forma unei

suprem şi unica autoritate legiuitoare, dispune de cele mai largi limite pentru a-şi manifesta puterea discreţionară, care se identifică din însăşi caracterizarea actului legislativ Puterea discreţionară există şi în activitatea instanţelor judecătoreşti. Judecătorul este obligat să hotărască numai atunci când este sesizat, în limita sesizării. Dincolo de aceasta se manifestă dreptul de apreciere suveran al faptelor, dreptul de a interpreta legea, dreptul de a fixa o pedeapsă minimă sau una maximă, de a acorda sau nu circumstanţe atenuante, de a stabili cuantumul despăgubirilor etc. Exercitarea acestor competenţe nu înseamnă altceva decât putere discreţionară.

Depăşirea limitelor puterii discreţionare semnifică încălcarea principiului legalităţii şi al legitimităţii sau ceea ce în legislaţie, doctrină şi jurisprudenţă se numeşte a fi "exces de putere".

Excesul de putere în activitatea organelor statului este echivalent cu abuzul de drept, deoarece semnifică exercitarea unei competenţe legale fără să existe o motivare rezonabilă sau fără să existe un raport adecvat între măsura dispusă, situaţia de fapt şi scopul legitim urmărit.

Legea contenciosului administrativ român[1] foloseşte conceptul de "exces de putere al autorităţilor administrative", pe care îl defineşte ca fiind:"exercitarea dreptului de apreciere aparţinând autorităţilor administraţiei publice, prin încălcarea drepturilor şi libertăţilor fundamentale ale cetăţenilor prevăzute de Constituţie sau de lege" (art.2, alin.1, lit.m). Pentru prima dată legiuitorul român foloseşte şi defineşte conceptul de exces de putere şi totodată recunoaşte competenţa instanţelor de contencios administrativ de a sancţiona depăşirea limitelor puterii discreţionare prin acte administrative.

Situaţiile excepţionale reprezintă un caz particular în care autorităţile statului, şi în special cele administrative, îşi pot exercita puterea discreţionară, existând evident pericolul excesului de putere.

Desigur, excesul de putere nu este un fenomen care se manifestă numai în practica organelor executive, putând fi întâlnit în activitatea parlamentului sau a instanţelor judecătoreşti.

Apreciem că puterea discreţionară recunoscută autorităţilor statului este depăşită, iar măsurile dispuse reprezintă exces de putere, ori de câte ori se constată existenţa următoarelor situaţii:

1. măsurile dispuse nu urmăresc un scop legitim;
2. deciziile autorităţilor publice nu sunt adecvate situaţiei de fapt sau scopului legitim urmărit, în sensul că depăşesc ceea ce este necesar pentru atingerea acestui scop;
3. nu există o justificare raţională a măsurilor dispuse, inclusiv în situaţiile în care se stabileşte un tratament juridic diferit pentru situaţii identice, sau un tratament juridic identic pentru situaţii diferite;
4. prin măsurile dispuse autorităţile statului limitează exerciţiul unor drepturi şi libertăţi fundamentale, fără a exista o justificare raţională care să reprezinte, în special, existenţa unui raport adecvat între aceste măsuri, situaţia de fapt şi scopul legitim urmărit.

---

libertăţi de apreciere asupra conţinutului, asupra oportunităţii şi asupra întinderii actului juridic (a se vedea Dana Apostol Tofan, *op. cit.,* p. 26).

[1] Legea nr. 554/2004, publicată în M.Of. nr. 1154/2004.

III. Principiul proporţionalităţii, criteriu de delimitare a puterii discreţionare de excesul de putere

Problema esenţială rămâne aceea de a identifica criterii prin care să se stabilească limitele puterii discreţionare a autorităţilor statului şi diferenţierea acesteia de excesul de putere, care trebuie sancţionat. Desigur, există şi problema utilizării acestor criterii în practica instanţelor judecătoreşti sau de contencios constituţional.

În legătură cu aceste aspecte, în literatura de specialitate s-a exprimat opinia potrivit căreia, "scopul legii va fi deci limita legală a dreptului de apreciere (a oportunităţii). Căci puterea discreţionară nu însemnă o libertate în afara legii, ci una permisă de lege."[1] Desigur, "scopul legii" reprezintă o condiţie de legalitate sau, după caz, de constituţionalitate a actelor juridice ale organelor statului şi de aceea poate fi considerat un criteriu pentru a delimita puterea discreţionară de excesul de putere. Aşa cum rezultă din jurisprudenţa unor instanţe internaţionale şi interne, în raport cu tema noastră de cercetare, scopul legii nu poate fi singurul criteriu pentru a delimita puterea discreţionară (sinonimă cu marja de apreciere, termen utilizat de către Curtea Europeană a Drepturilor Omului.), pentru că un act juridic al statului poate reprezenta exces de putere nu numai în situaţia în care măsurile adoptate nu urmăresc un scop legitim, dar şi în ipoteza în care măsurile dispuse nu sunt adecvate scopului legii şi nu sunt necesare în raport cu situaţia de fapt şi scopul legitim urmărit.

Adecvarea măsurilor dispuse de autorităţile statului la scopurile legitime urmărite reprezintă un aspect particular al principiului proporţionalităţii. Semnificativă este opinia exprimată de Antonie Iorgovan, care consideră că limitele puterii discreţionare sunt stabilite de: "regulile pozitive scrise, principiile generale de drept înscrise, principiul egalităţii, principiul neretroactivităţii actelor administrative, dreptul la apărare şi principiul contradictorialităţii, principiul proporţionalităţii" (s.n.).[2]

Prin urmare, principiul proporţionalităţii este un criteriu esenţial care permite delimitarea puterii discreţionare de excesul de putere în activitatea autorităţilor statului.

Acest principiu, este consacrat explicit sau implicit, în instrumente juridice internaţionale,[3] sau de majoritatea constituţiilor ţărilor democratice [4]. Constituţia României reglementează expres acest principiu în art.53, dar există şi alte dispoziţii constituţionale care îl implică.

În dreptul constituţional, principiul proporţionalităţii îşi găseşte aplicarea în special în domeniul protecţiei drepturilor şi libertăţilor fundamentale ale omului. Este considerat ca un criteriu eficient de apreciere a legitimităţii intervenţiei autorităţilor statale în situaţia limitării exerciţiului unor drepturi.

---

[1] Rozalia Ana Lazăr, *Legalitatea actului administrativ. Drept românesc şi drept comparat*, *op. cit.*, p. 165.

[2] Antonie Iorgovan, *op. cit.,* vol. I, p. 296.

[3] Amintim în acest sens, art. 29, alin. (2) şi (3) din Declaraţia Universală a Drepturilor Omului, art. 4 şi 5 din Pactul internaţional cu privire la drepturile economice, sociale şi culturale; art. 5, alin. (1), art.12, alin. (3), art. 18, art. 19 alin. (3) şi art. 12 alin. (2) din Pactul internaţional cu privire la drepturile civile şi politice; art.4 din Convenţia – Cadru pentru protecţia minorităţilor naţionale; art.G Partea a-V-a din Carta Socială Europeană - revizuită; art. 8, 9,10,11 şi 18 din Convenţia Europeană pentru apărarea drepturilor omului şi a libertăţilor fundamentale sau art. B13 din Tratatul privind Comunitatea Economică Europeană.

[4] De exemplu, art. 20, pct. 4; art. 31 şi art. 55 din Constituţia Spaniei; art. 11,13.14,18,19 şi 20 din Constituţia Germaniei sau dispoziţiile art. 13,14,15,44 şi 53 din Constituţia Italiei.

Mai mult, chiar dacă principiul proporţionalităţii nu este consacrat expres în constituţia unui stat, doctrina şi jurisprudenţa îl consideră ca făcând parte din noţiunea de stat de drept.[1]

Acest principiu este aplicat în mai multe ramuri de drept. Astfel, în dreptul administrativ este o limită a puterii discreţionare, a autorităţilor publice şi reprezintă un criteriu de exercitare a controlului jurisdicţional al actelor administrative discreţionare.[2] Aplicaţii ale principiului proporţionalităţii există şi în dreptul penal sau în dreptul civil Principiul proporţionalităţii este regăsit şi în Dreptul Uniunii Europene, în sensul că legalitatea regulilor comunitare este supusă condiţiei ca mijloacele folosite să fie corespunzătoare obiectivului urmărit şi să nu depăşească ceea ce este necesar pentru a atinge acest obiectiv.

Jurisprudenţa are un rol important în analiza principiului proporţionalităţii, aplicat în cazuri concrete. Astfel, în jurisprudenţa Curţii Europene a Drepturilor Omului, proporţionalitatea este concepută ca un raport just, echitabil, între situaţia de fapt, mijloacele de restrângere a exerciţiului unor drepturi şi scopul legitim urmărit sau ca un raport echitabil între interesul individual şi interesul public. Proporţionalitatea este un criteriu care determină legitimitatea imixtiunilor statelor contractante în exercitarea drepturilor protejate de Convenţie. În acelaşi sens, Curtea Constituţională a României, prin mai multe decizii a stabilit că proporţionalitatea este un principiu constituţional [3]. Instanţa noastră constituţională a afirmat necesitatea stabilirii unor criterii obiective, prin lege, pentru principiul proporţionalităţii: „este necesar ca legislativul să instituie criterii obiective care să reflecte exigenţele principiului proporţionalităţii”[4].

Prin urmare, principiul proporţionalităţii se impune din ce în ce mai mult ca un principiu universal, consacrat de majoritatea sistemelor de drept contemporane, regăsit explicit sau implicit în norme constituţionale şi recunoscut de jurisdicţiile naţionale şi internaţionale[5].

În literatura de specialitatea au fost identificate trei nivele de control jurisdicţional al actelor administrative: “a) controlul minim al regulilor de procedură (formă); b) controlul normal al aprecierii juridice a faptelor; c) controlul maximal, când judecătorul se pronunţă asupra necesităţii şi proporţionalităţii măsurilor administrative.”[6]

Controlul maximal, de care face vorbire autorul citat, reprezintă corelaţia dintre legalitate şi oportunitate, altfel spus, dintre exigenţele principiul legalităţii şi a dreptului de apreciere al autorităţilor publice, proporţionalitatea neputând fi considerată ca un criteriu de supralegalitate, ci ca un principiu de drept a cărui principală finalitate o constituie delimitarea dintre puterea discreţionară şi excesul de putere în activitatea autorităţilor publice.

Există deja situaţii în care Curtea Constituţională a utilizat un “raţionament de proporţionalitate” ca instrument de interpretare a corelaţiei dintre dispoziţiile legale

---

[1] Pentru dezvoltare a se vedea Petru Miculescu, *Statul de drept, Ed. Lumina Lex, Bucureşti, 1998,* p. 87-88 şi Dana Apostol Tofan, *op. cit.*, p. 49.

[2] A se vedea în acest sens Dana Apostol Tofan, *op. cit.,* p. 46-50; Iulian Teodoroiu, Simona Maya Teodoroiu, *Legalitatea oportunităţii şi principiul constituţional al proporţionalităţii* în: Dreptul nr. 7/1996, p. 39-42.

[3] Decizia nr. 139/1994, publicată în M.Of. nr.353/1994, decizia nr.157/1998, publicată în M.Of. nr. 3/1999; decizia nr.161/1998, publicată în M.Of. nr. 3/1999.

[4] Decizia nr. 71/1996, publicată în M.Of. nr. 13/1996.

[5] Pentru dezvoltări a se vedea Marius Andreescu, *Principiul proporţionalităţii în Dreptul constituţional*, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2007.

[6] Antonie Iorgovan, *op. cit.,* vol. I, p. 296.

contestate iar pe de altă parte dispoziţiile constituţionale, şi în situaţiile în care proporţionalitatea, ca principiu nu este exprimată expres de textele constituţionale. Edificator în acest sens sunt două aspecte: invocarea în jurisprudenţa Curţii Constituţionale a jurisprudenţei C.E.D.O., care, în materia restrângerii exerciţiului unor drepturi, analizează şi condiţia de proporţionalitate şi al doilea aspect, utilizarea acestui principiu în situaţiile în care se pune problema respectării principiului egalităţii.

. Declararea ca neconstituţională a unei dispoziţii normative pe considerentul nerespectării principiului proporţionalităţii, aplicat în această materie, semnifică în esenţă sancţionarea excesului de putere, manifestat în activitatea Parlamentului sau a Guvernului. Tot exces de putere, sancţionat de Curtea Constituţională, folosind criteriul proporţionalităţii, sunt şi situaţiile în care principiul egalităţii şi nediscriminării este încălcat, dacă prin lege sau printr-o ordonanţă de guvern se aplică un tratament diferenţiat unor cazuri egale, fără să existe o justificare rezonabilă sau dacă există o disproporţie între scopul urmărit prin tratamentul inegal şi mijloacele folosite.

IV. Concluzii

Două sunt finalităţile mai importante ale principiului constituţional al proporţionalităţii: controlul şi limitarea puterii discreţionare a autorităţilor publice şi respectiv garantarea drepturilor şi libertăţilor fundamentale în situaţiile în care exercitarea lor ar putea fi condiţionată sau restrânsă.

Proporţionalitatea este un principiu constituţional, dar în multe cazuri nu există o consacrare normativă explicită, ci principiul este dedus prin diferite metode de interpretare din textele normative. Această situaţie creează unele dificultăţi în aplicarea principiului proporţionalităţii.

În raport cu aceste considerente propunem, în perspectiva unei noi revizuiri a Constituţiei României, ca la art.1 ce are denumirea marginală "Statul român", să se adauge un nou alineat care să prevadă că: *"Exercitarea puterii statale trebuie să fie proporţională şi nediscriminatorie"*.

În acest fel s-ar răspunde mai multor cerinţe:

a) proporţionalitatea este consacrată expres ca principiu general constituţional şi nu numai cu aplicare restrânsă în cazul restrângerii exercitării drepturilor şi libertăţilor fundamentale, aşa cum s-ar putea considera în prezent, având în vedere dispoziţiile art.53 din Constituţie;

b) această nouă reglementare s-ar constitui ca o veritabilă obligaţie constituţională, pentru toate autorităţile statului de a-şi exercita atribuţiile în aşa fel încât măsurile adoptate să se înscrie în limitele puterii discreţionare recunoscute de lege şi să nu reprezinte un exces de putere;

c) se creează posibilitatea pentru Curtea Constituţională de a sancţiona, pe calea controlului de constituţionalitate al legilor şi ordonanţelor, excesul de putere în activitatea Parlamentului şi Guvernului, folosind drept criteriu principiul proporţionalităţii;

d) se poate realiza mai bine corelaţia dintre principiul proporţionalităţii şi principiul egalităţii.

Bibliografie

1. André Hauriou, Droit constitutionel et institution politiques, Ed. Montchrestien, Paris, 1972
2. Dana Apostol Tofan, Puterea discreţionară şi excesul de putere al autorităţilor publice, Ed. All Beck, Bucureşti, 1999
3. Ion Deleanu, Drept constituţional şi instituţii politice, Ed. Europa Nova, Bucureşti, 1996
4. Marius Andreescu, Florina Mitrofan, Drept constituţional. Teoria generală, Ed. Universităţii din Piteşti
5. Marius Andreescu, Principiul proporţionalităţii în Dreptul constituţional, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2007
6. Tudor Drăganu, Drept constituţional şi instituţii politice. Tratat elementar, Ed. Lumina Lex, Bucureşti, 1999

Moțiunea de cenzură în practica parlamentară

Mariana ***OPRICAN****

Abstract: *Inițierea unei moțiuni de cenzură reprezintă o tentativă de retragere a încrederii acordate de către Parlament unui executiv care nu a răspuns coordonatelor politice prezentate prin programul de guvernare. Regimul parlamentar modern are la bază solidaritatea dintre Guvern și majoritatea parlamentară. Această procedură constituțională reprezintă o provocare adresată parlaentarilor de a pune în discuție activitatea Guvernului, în vederea demiterii sale. Semnificația moțiunii de cenzură este majoră și determinantă, atât în asigurarea stabilității forumului democratic cât și în schimbarea majorității parlamentare, întrucât, ipotetic, la declanșarea unei moțiuni de cenzură șansele Guvernului sunt maxime, pentru ca la supunerea la vot a acesteia ele să fie suprimate, în măsura în care majoritatea parlamentară nu mai susține Guvernul.*

Observând practica parlamentară în materie, corespunzător celor două decenii – 1992-2012- numărul de moțiuni de cenzură inițiate relevă faptul că partidele politice care uzează de această procedură constituțională o privesc ca pe un instruent legislativ de ultimă instanță, care poate avea consecințe grave atât în privința Cabinetului în funcțiune cât și asupra popularității și credibilității opoziției. Moțiunile de cenzură introduse au avut drept scop discreditarea Guvernului, precum și rolul de a atrage atenția electoratului asupra greșelilor acestuia. Drept urmare, putem aprecia rolul moțiunilor de cenzură ca măsuri punitive, precum și de instrumente de control legislativ, aflate la dispoziția opoziției.

Cuvinte cheie: *moțiune, Parlament, Guvern, opoziție, majoritate parlamentară*

I. Semnificația procedurii

În realizarea funcției de control a Parlamentului asupra executivului, dispozițiile art. 113 din Constituție care consacră instituția moțiunii de cenzură pot fi coroborate cu dispozițiile art. 109 alin (1) din Legea fundamentală, care stabilesc răspunderea politică a Guvernului numai în fața Parlamentului, pentru întreaga sa activitate. Răspunderea politică a Guvernului nu poate interveni decât în cazul unei conduite culpabile din partea Guvernului, în ansamblul său, sau al unui membru al acestuia, pentru o conduită culpabilă, Guvernul sau ministrul în cauză acționând cu **exces de putere**.[1]Este clar că, dacă s-a recurs la inițierea unei moțiuni de cenzură, iar Parlamentul își retrage încrederea acordată, după o anumită perioadă, fără dubii, Guvernul se face vinovat și nu forul legislativ.

Retragerea încrederii are loc în momentul în care majoritatea membrilor Parlamentului nu mai sunt de acord cu modul de guvernare a Cabinetului, deci Guvernul își pierde legitimitatea dobândită prin votul de învestitură.

---

* Asist. univ. drd., Universitatea Titu Maiorescu, București, Facultatea de Drept.

[1] A. Iorgovan în *Constituția României revizuită-comentarii și explicații*, autori M. Constantinescu, A. Iorgovan, I. Muraru, E. S. Tănăsescu, Ed. All Beck, București, 2004, p. 194 și urm.

Procedura legală pentru inițierea, dezbaterea și votarea unei moțiuni de cenzură, precum și efectele aprobării sale sunt prevăzute expres în Legea fundamentală precum și în Regulamentul ședințelor comune ale Camerei Deputaților și Senatului, fapt de natură a oferi stabilitate Guvernului și de a contribui la limitarea puterii forului legiuitor în a obstrucționa activitatea executivă, de a supune Guvernul„unei politici parlamentare șicanatorii în favoarea imaginii unui anumit partid politic și în detrimentul unei bune administrații publice.[1]Observăm, în practică, situația creată pentru Guvern de a fi la mâna majorității parlamentare sau a unei coaliții majoritare care, în cazul în care nu ar mai spijini executivul, inițiind mai multe moțiuni de cenzură succesive, va genera „erodarea echipei guvernamentale.”[2] Echilibrul puterilor în stat este uneori fragil ceea ce determină ca Parlamentul să se transforme uneori într-o autoritate statală supremă, exercitând asupra executivului presiuni succesive, o putere discreționară, care poate duce la demiterea Guvernului chiar în absența culpei acestuia.[3]

Inițierea unei moțiuni de cenzură reprezintă **o tentativă de retragere a încrederii acordate de către Parlament unui executiv care nu a răspuns coordonatelor politice** prezentate prin programul de guvernare. Regimul parlamentar modern are la bază solidaritatea dintre Guvern și majoritatea parlamentară. Punerea sub semnul responsabilității a relației dintre majoritatea parlamentară și Guvern este improprie, întrucât ea are la bază ideea de culpă și de sancțiune, împrumutată din dreptul civil, fără a se ține seama că, în astfel de situații, ne aflăm în prezența unui acord politic în virtutea căruia pierderea încrederii parlamentare are drept urmare demiterea Cabinetului. Se consideră că răspunderea nu poate fi asociată cu ideea de subordonare, ea urmând să derive„din rolul propriu al subiectului de drept.”[4]

Această procedură constituțională **reprezintă o provocare adresată parlamentarilor** de a pune în discuție activitatea Guvernului, în vederea demiterii sale. Semnificația moțiunii de cenzură este majoră și determinantă atât în asigurarea stabilității forumului democratic, cât și în schimbarea majorității parlamentare, întrucât, ipotetic, la declanșarea unei moțiuni de cenzură șansele Guvernuliui sunt maxime, pentru ca la supunerea la vot a acesteia ele să fie suprimate, în măsura în care majoritatea parlamentară nu mai susține Guvernul.[5]

II. Moțiunea de cenzură. Practică parlamentară

De la adoptarea Constituției României, la 8 decembrie 1991 și până în prezent, parlamentarii au recurs la această procedură, în mai multe rânduri.

Exercițiul democratic al moțiunii de cenzură a creat posibilitatea deputaților și senatorilor, în legislaturile 1992-1996 să uzeze de dispozițiile art. 113 din Constituție de **4 ori**.

În acest context, la **19 martie 1993**, 122 de deputați, aparținând grupurilor parlamentare PD, PNȚCD, UDMR, PNL-AT, PNL-CD, PER și PAC, unul din Grupul parlamentar al minorităților și un independent, au semnat o moțiune de cenzură privitoare **la**

[1] Cristian Ionescu, *Drept constituțional și instituții politice, curs sinteză*, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 45.
[2] *Idem.*
[3] Pierre Avril, Jean Giquel, *Droit parlamentaire*, 2 edition, Montchrestien, Paris, 1996, p. 221.
[4] *Idem.*
[5] Marian Enache, *op. cit.,* p. 187.

Strategia de reformă economico-socială a programului de guvernare, moțiune care **a fost respinsă** cu 192 de voturi, împotrivă pronunțându-se 260 și un vot fiind anulat.

Semnatarii moțiunii critică programul de guvernare, considerând că acesta reprezintă mai degrabă un ansamblu eterogen și contradictoriu de deziderate de politică economică și socială, căruia îi lipsește, în fapt, soluțiile concrete de realizare, termenele de aplicare și care nu ține seama de resursele de care țara dispune în scopul realizării acestor deziderate. Guvernul în funcțiune, -menționează inițiatorii moțiunii- prin slaba sa capacitate de guvernare și lipsa de orientare programatică, îndreaptă țara spre o criză politică, economică și socială, care duce pe termen scurt la stagnare, iar pe termen lung către un model caracterizat prin monopolism, sărăcie în masă și instabilitate. În acest context„se dorește retragerea încrederii actualului Guvern, deschizând calea către o nouă formula guvernamentală bazată pe un puternic sprijin parlamentar, atașat principiilor de moralitate."

La 17 decembrie 1993, a fost dezbătută o moțiune privitoare **la falimentul politicii economice a Guvernului și pierderea totală a credibilității**, semnată de 187 de deputați și senatori. **Moțiunea a fost respinsă** cu 236 de voturi, în favoarea acesteia pronunțându-se 223 de parlamentari.

Parlamentarii semnatari ai moțiunii, criticând politica Guvernului, făceau referire la creșterea inflației, care a atins cote fără precedent, stagnarea reformei, absența unor măsuri menite de a asigura protecția socială. „*Creșterea economică este o iluzie, atât timp cât Guvernul continuă subvenționarea iresponsabilă a întreprinderilor nerentabile cu resurse primite din impozite plătite de fiecare cetățean."*

La **30 iunie 1994**, 140 de parlamentari aparținând mai multor partide, respectiv PNȚCD, UDMR, PD, PAC, PSDR, PER și PNL-CD și doi independenți au supus dezbaterii Parlamentului moțiunea privitoare **la nerespectarea Constituției, depunerea proiectului bugetului de stat pe anul 1994 cu o întârziere de șapte luni.**

„Guvernul nu respectă Constituția și legile țării". De asemenea, se menționează în textul moțiunii, Primul-ministru și mininistrul finanțelor au încălcat Legea finanțelor publice prin întârzierea cu șapte luni a prezentării proiectului de Lege a bugetului de stat.

Moțiunea a fost respinsă, împotriva ei au votat 227 de parlamentari, 208 pronunțându-se pentru adoptarea acesteia.

Scăderea nivelului de trai și manifestațiile de protest de la Reșița au determinat parlamentarii de a iniția **o nouă moțiune de cenzură, -moțiunea privind stoparea privatizării, scăderea nivelului de trai- care a fost susținută de 164 de parlamentari** PNȚCD, PER, PNL-CD, PD, UDMR, PSDR, PAC, Grupul parlamentar liberal și de 4 senatori independenți, moțiune inițiată la data de 13 decembrie 1994.

Parlamentarii semnatari ai moțiunii condamnă Guvernul în funcțiune pentru încălcarea promisiunilor sociale făcute, fapt reflectat în scăderea nivelului de trai, stoparea privatizării având drept rezultat adâncirea crizei. De asemenea, politica de stopare a reformei va conduce inevitabil la o creștere catastrofală a prețurilor. Un alt aspect vizează„politica centralistă a Guvernului care restrânge capacitatea de decizie a autorităților locale și duce la ruina țării."

Moțiunea a fost respinsă cu 249 de voturi.

Din experiența legislaturii 1992-1996, observăm cum Guvernul PDSR a știut să-și negocieze susținerea parlamentară, astfel încât moțiunile de cenzură s-au dovedit ineficiente, iar continuarea depunerii acestor inițiative fără șansa de a fi adoptate ar fi evidențiat slăbiciunea partidelor din opoziție, fapt care a determinat Convenția

Democrată şi PD (partide aflate în opoziţie) de a nu mai depune şi alte moţiuni de cenzură. De asemenea, majoritatea parlamentară, în pofida unor declaraţii făcute în presă cu privire la disocierea unor partide politice din arcul guvernamental faţă de poziţia principalului partid de guvernământ, PDSR, nu s-a destrămat. Aceasta a susţinut Guvernul fără rezerve de ordin politic, înfrângând orice moţiune de cenzură cu o majoritate confortabilă. Pe parcursul celor patru ani de mandat, Guvernul Văcăroiu a rezistat celor 4 moţiuni de cenzură depuse de opoziţie, dar a trecut prin 7 remanieri guvernamentale care i-au modificat componenţa în proporţie de 50%.

În legislatura **1996-2000 au** fost depuse şi respinse **4 moţiuni de cenzură,** dintre care două privitoare la angajarea răspunderii Guvernului pentru un proiect de lege.

La data de **29 mai 1997** a fost iniţiată moţiunea de cenzură referitoare la **incapacitatea Guvernului Ciorbea de a guverna ţara**, semnată de 140 deputaţi şi senatori aparţinând grupurilor parlamentare ale PDSR, PUNR şi PRM.

Semnatarii moţiunii considerau situaţia economica ca fiind dezastruoasă, sărăcia atingând cote alarmante, protecţia socială pentru copii şi pensionari fiind total necorespunzătoare cu explozia preţurilor.„Executivul nu se preocupă de principala măsură de protecţie socială, respectiv asigurarea locurilor de muncă.'' În ceea ce priveşte serviciile medicale pentru populaţie, menţionează semnatarii, se constată o degradare a acestora precum şi reducerea drastică a accesului la medicamente pentru categorii largi de persoane. Raportat la agricultura românească, se constată abandonarea susţinerii agriculturii româneşti şi a intereselor ţărănimii prin renunţarea la facilităţile acordate producătorilor agricoli.

Moţiunea a fost respinsă cu **158 de voturi pentru şi 277 împotriva moţiunii.**

Ca urmare a angajării răspunderii Guvernului asupra unui Proiect de Lege privind reforma globală, la **data de 5 mai 1997** a fost iniţiată o moţiune de cenzură referitor la angajarea răspunderii Guvernului asupra Programului de măsuri privind reforma globală, semnată de 143 de deputaţi şi senatori aparţinând grupurilor parlamentare ale PDSR şi PUNR. Moţiunea a fost respinsă cu 152 voturi pentru şi 268 împotrivă.

Pe data de **17 decembrie 1998** a fost iniţiată moţiunea de cenzură referitoare la incapacitatea executivului de a guverna ţara, semnată de 143 de deputaţi şi senatori, aparţinând grupurilor parlamentare ale PDSR, PUNR, PRM.

Semnatarii moţiunii critică Guvernul care se face vinovat de adâncirea crizei economice şi sociale, fapt care a determinat scăderea substanţială a puterii de cumpărare a tuturor categoriilor de venituri-pensii, salarii, alocaţii. De asemenea se constată lipsa de eficienţă a politicii de protecţie socială, pe fondul regresului economic.

Moţiunea a fost respinsă cu **163 de voturi pentru şi 283 împotrivă.**

Tot ca urmare a angajării răspunderii Guvernului, la data de **15 iunie 1999** a fost iniţiată moţiunea de cenzură referitoare la angajarea raspunderii Guvernului asupra unui Proiect de Lege privind accelerarea reformei, semnată de 158 senatori şi deputaţi aparţinând grupurilor parlamentare PDSR, PRM, PUNR, 11 senatori şi deputaţi independenţi şi un deputat de la grupul minorităţilor naţionale.

Moţiunea **a fost respinsă cu 147 de voturi pentru şi 286 împotrivă.**

În legislatura 1996-2000 au funcţionat trei guverne-Ciorbea, Vasile şi Isărescu-toate bazate pe aceeaşi majoritate parlamentară iniţială şi având aceeaşi compoziţie politică, excepţie făcând faptul că al treilea guvern a fost condus de un independent, respectiv Mugur Isărescu. În această perioadă au fost depuse patru moţiuni de cenzură, iar fiecare guvern a trecut prin cel puţin o remaniere guvernamentală.

Guvernarea Năstase (2000-2004) se confruntă cu inițierea **a două moțiuni de cenzură.**

Prima moțiune de cenzură rezultată ca urmare a angajării răspunderii Guvernului asupra Declarației de politică generală privind bilanțul primului an de guvernare, a fost inițiată la data de **18 decembrie 2001** și semnată de 189 senatori și deputați aparținând grupurilor parlamentare PNL, PD și PRM. Moțiunea a fost respinsă cu 178 voturi pentru și 283 împotrivă.

Cea de a doua moțiune, intitulată sugestiv,**„Mafia sufocă România. Corupția Guvernului PSD sărăcește România**", inițiată la data de 27 martie 2003, a fost semnată de senatori și deputați aparținând grupurilor parlamentare ale PRM, PD și PNL. Moțiunea a fost respinsă cu 158 de voturi pentru și 277 împotrivă.

În legislatura **2004-2008** au intrat în analiza Parlamentului **6 moțiuni de cenzură**, îndreptate împotriva Guvernului Tăriceanu, toate fiind respinse.

Prima moțiune de cenzură îndreptată împotriva Guvernului Tăriceanu a fost inițiată la data de **16 mai 2005**. Intitulată sugestiv,**„Dictatura și incompetența Guvernului Tăriceanu împotriva integrării europene a României",** moțiunea de cenzură în speță vine drept răspuns la angajarea răspunderii Guvernului asupra Proiectului de lege privind reforma în domeniile proprietății și justiției precum și unele măsuri adiacente. Moțiunea a fost semnată de 133 deputați și senatori aparținând grupurilor parlamentare ale PSD. Moțiunea de cenzură a fost respinsă cu 186 de voturi pentru și 265 împotrivă.

La **data de 15 februarie 2006**, un număr de 160 senatori și deputați aparținând grupurilor parlamentare PSD și PRM au inițiat o nouă moțiune de cenzură intitulată,**„Anti-reforma sănătății"**, care a fost dezbătută în ședința comună a Camerei Deputaților și Senatului, din 21 februarie 2006. Moțiunea a fost respinsă cu 214 voturi pentru și 246 împotrivă.

O nouă moțiune de cenzură a fost inițiată la data de **21 iunie 2006**, semnată de 123 de deputați și senatori aparținând grupurilor parlamentare ale PSD, moțiune denumită generic,**„Guvernul Tăriceanu-Fapte și minciuni."**Moțiunea a fost respinsă cu 145 voturi pentru și 235 voturi împotrivă.

Un număr de 119 deputați și senatori aparținând grupurilor parlamentare PSD au semnat, la data de **4 iunie 2007**, moțiunea de cenzură intitulată,**„Guvernul Tăriceanu trebuie să plece".** Din cuprinsul moțiunii desprindem câteva aspecte care, în opinia semnatarilor, definesc politica Guvernului în exercițiu, cum ar fi dezinformarea Comisiei Europene cu privire la situația reală din România; incitarea la nerespectarea voinței cetățenilor și a ordinii constituționale; restrângerea nepermisă a dreptului la vot al cetățenilor prin înființarea unui număr insuficient de secții de votare. Moțiunea a fost respinsă.

La data de **24 septembrie 2007,** 140 de deputați și senatori aparținând opoziției au inițiat o moțiune de cenzură denumită,**„1000 zile de haos. Sfârșitul Guvernului de dreapta",** în încercarea disperată de a demite Guvernul. Moțiunea a fost respinsă cu 220 voturi pentru și 152 împotrivă.

A urmat apoi o altă moțiune de cenzură inițiată de 130 deputați și senatori ai opoziției-**Educația rămâne, Guvernul pleacă**-care nu a mai făcut obiect al dezbaterii forului legislativ.

Lipsit de majoritate parlamentară, Guvernul Tăriceanu, amenințat fie cu moțiuni simple fie cu moțiuni de cenzură, a fost deseori forțat de a accepta pretențiile PSD.

În legislatura **2004-2008**, Parlamentul acordă votul de încredere pentru constituirea Guvernului în două rânduri, astfel: primul Guvern Tăriceanu a fost învestit de către

Parlament pe 28 decembrie 2004 cu 265 voturi pentru şi 200 împotrivă; al doilea Guvern Tăriceanu, rezultat în urma restructurării sale la propunerea Primului-ministru, a fost învestit de către Parlament la data de 3 aprilie 2007, cu 302 voturi pentru şi 27 împotrivă.

În legislatura **2008-2012**, a fost depusă prima moţiune de cenzură **la 4 mai 2009**, intitulată **Marea păcăleală**, când un număr de 24 de parlamentari, aparţinând PNL şi UDMR au semnat o moţiune de cenzură împotriva guvernării PDL-PSD, **moţiune respinsă** cu 272 de voturi, doar 132 de voturi pronunţându-se în favoarea ei.

La 24 septembrie 2009 a fost dezbătută o moţiune privitoare la salarizarea unitară a personalului plătit din fonduri publice, intitulată,**„Decât muncă fără rost mai bine puţin şi prost"**, semnată de 120 de parlamentari ai PNL şi UDMR. Moţiunea **a fost respinsă** cu 137 de voturi împotrivă, în favoarea acesteia pronunţându-se 112 parlamentari.

În legislatura 2008-2012, pentru prima dată în România o moţiune de cenzură iniţiată a fost **şi adoptată de către Parlament**. **Moţiunea de cenzură intitulată„11 împotriva României",** a fost iniţiată de 123 de deputaţi şi senatori, aparţinând grupurilor parlamentare PNL, UDMR şi PSD+ PC şi **a vizat demiterea Guvernului Boc**, din cauza unei triple crize politice, economice şi morale, după cum au susţinut semnatarii acesteia. „*Lipsa unui program coerent şi eficient anticriză, propulsând demagogia şi minciuna, lipsa performanţei economice, incapacitatea de a conduce şi de a gestiona România, scăderea nivelului de trai şi pierderea locurilor de muncă sunt atributele constante ale guvernării Boc."* De asemenea, iniţiatorii au criticat ultimile măsuri adoptate de Guvern, considerând că prin folosirea repetată a procedurii prevăzute de art. 114 din Constituţie Parlamentul a fost transformat într-o„instituţie decorativă".

Moţiunea a fost adoptată la **13 octombrie 2009** cu 254 de voturi pentru şi 176 de voturi împotrivă.

În urma adoptării moţiunii de cenzură, „11 împotriva României", grupurile parlamentare ale PDL din Parlament, au sesizat Curtea Constituţională, în scopul constatării neconstituţionalităţii moţiunii de cenzură, în motivarea sesizării de neconstituţionalitate susţinându-se că moţiunea în cauză contravine prevederilor art. 113 alin. (4) din Constituţia României, deoarece iniţiatorii acesteia au mai promovat o moţiune de cenzură în cursul aceleeaşi sesiuni parlamentare. „Cu toate că cea de a doua moţiune a fost depusă pe fondul situaţiei de excepţie prevăzută de teza finală a alin (4) al art. 113 din Constituţie, respectiv angajarea răspunderii Guvernului potrivit art. 114 din Legea fundamentală, totuşi prevederile art. 113 nu se impun a fi interpretate extensiv, ci în sensul în care se permite aceloraşi iniţiatori ai moţiunii de a iniţia o singură moţiune în aceeaşi sesiune, fie că vorbim de moţiunea reglementată de art. 113 din Constituţie sau fie de o moţiune depusă în cazul angajării răspunderii Guvernului."

Prin **Decizia nr. 1295 din 12 octombrie 2009** [1] Curtea Constituţională a respins ca inadmisibilă sesizarea de neconstituţionalitate, întrucât Curtea Constituţională nu este abilitată să îndeplinească alte atribuţii decât cele stabilite de Constituţie şi de Legea sa de organizare şi funcţionare, iar controlul constituţionalităţii moţiunilor de cenzură nu intră în atribuţiile sale. „*Prevederile art. 146 lit. c) din Legea fundamentală, ale art. 27*

[1] D.C.C. nr. 1295/2009 privind sesizarea grupurilor parlamentare ale PDL pentru constatarea neconstituţionalităţii moţiunii de cenzură „11 împotriva României", publicată în M. Of. nr. 689 din 13 octombrie 2009.

și 28 din Legea nr. 47/1992 privind organizarea și funcționarea Curții Constituționale, invocate de autorii sesizării de neconstituționalitate în susținerea sesizării, nu justifică exercitarea de către Curtea Constituțională a controlului constituționalității moțiunilor de cenzură deoarece textele menționate se referă explicit la controlul asupra Regulamentelor Parlamentului și asupra actelor *juridice de aplicare a acestora."* Mai mult, prin aceeași Decizie se menționează„Curtea Constituțională nu se poate pronunța asupra neconstituționalității unei moțiuni de cenzură, deoarece aceasta reprezintă un act politic cu efecte juridice al Parlamentului."[1] În aceste circumstanțe, **Guvernul Boc a fost demis**, efectul adoptării unei moțiuni de cenzură fiind demiterea Guvernului.

La data **de 8 iunie 2010** un număr de deputați și senatori aparținând grupurilor parlamentare ale alianței PSD + PC și ale grupurilor parlamentare ale PNL au inițiat o moțiune de cenzură intitulată„**Opriți genocidul social",** moțiune care nu a întrunit majoritatea cerută prin Legea fundamentală pentru a fi adoptată.

Moțiunea de cenzură„**România majoritate, moțiune populară",** inițiată la data de **18 octombrie 2010** de către deputații și senatorii aparținând grupurilor parlamentare PSD +PC și ale grupurilor parlamentare PNL din camera Deputaților și Senat, a fost de asemenea respinsă.

Următoarele moțiuni de cenzură dezbătute la data de **20 decembrie 2010 –Legea privind salarizarea în anul 2011-ultima țeapă trasă românilor de guvernarea Udrea, Băsescu, Boc-și cea de pe 16 martie 2011-Codul Boc-salarii mici, șomaj mare, firme falimentare-** nu au întrunit majoritatea cerută pentru adoptare, iar moțiunea de cenzură intitulată„**După 22 de ani democrația este în pericol**" initiată la data de **15 decembrie 2011** a fost respinsă.

În **luna aprilie 2012**, opoziția parlamentară a inițiat moțiunea de cenzură cu **titlul „Opriți Guvernul şantajabil. Aşa nu, niciodată!".** Documentul a fost depus la birourile permanete ale Senatului şi Camerei Deputaţilor, moţiunea de cenzură fiind semnată de 116 parlamentari şi fiind îndreptată **împotiva Guvernului Ungureanu**. Documentul are 15 pagini şi este structurat pe 3 capitole. Potrivit deputatului Mircea Duşa, liderul grupului PSD de la Camera Deputaţilor, aceste capitole se referă la gestionarea frauduloasă de către Guvern a resurselor ţării prin privatizări, alocarea de bani de către Guvernul Ungureanu pe criterii politice, pentru primăriile PDL, UNPR şi UDMR, respectiv reorganizarea, prin intervenţia Guvernului şi cu încălcarea autonomiei universitare, a Universităţii de Medicină şi Farmacie din Târgu Mureş şi înfiinţarea liniei de limbă maghiară.

Prin moţiune se consemnează că toate promisiunile Prim-ministrului Mihai Răzvan Ungureanu s-au transfomat în eşec, întrucât salariile nu revin la nivelul de dinainte de reducerile salariale din anul 2010, fraudarea fondurilor publice şi evaziunea fiscală continuă, IMM-urile nu au fost deloc susţinute, deşi acestea sunt considerate a fi cheia relansării economice. De asemnea, se arată în moţiune, că deciziile luate de Guvernul Ungureanu nu sunt transparente, iar dezbaterile publice promise pentru legi importante lipsesc, cum a fost cazul Tratatului Fiscal European, a legii ACTA, a legii sănătăţii, a legii privind noile privatizări.

Totodată, se menţionează că Guvernul Ungureanu nu aplică, întocmai ca şi Guvernul Boc, o strategie de dezvoltare a ţării, limitându-se doar la îndeplinirea prevederilor acordurilor cu finanţatorii externi. De asemenea, decizia Guvernului de a modifica structura organizatorică a UMF Târgu Mureş încalcă autonomia universitară, fiind luată

[1] *Idem.*

fără consultarea Senatului universitar, încălcând legea la evaluarea şi validarea facultăţii şi a programelor sale de studii, precum şi directivele europene în materie. De asemnea, se precizează că această decizie luată de Guvernul Ungureanu încurajează separatismul, întrucât universităţile sunt declarate universităţi multiculturale şi nu multilingve.

Se arată, de asemenea, în cuprinsul moţiunii, că deciziile pe care le-a luat Guvernul Ungureanu sunt rezultatul unui şantaj evident, abandonând interesele naţionale, manifestând nepăsare faţă de situaţia economică a ţării, fapt care îi determină pe semnatarii moţiunii să ceară demiterea Guvernului prin votul afirmativ acordat prezentei moţiuni de cenzură. Această moţiune de cenzură **a fost adoptată de Camera Deputaţilor şi Senat,** în Şedinţa comună din data de **27 aprilie 2012**, în condiţiile art. 67, art. 110 alin. (2) şi art. 113 alin. (1) din Constituţia României republicată. Moţiunea de cenzură **a fost publicată în Monitorul Oficial al României nr. 284 din 27 aprilie 2012.**

În practica Parlamentului României din 1990 până în prezent, cele două Camere ale Palamentului **nu au fost niciodată dizolvate de către Preşedintele României**, ca efect al demiterii Guvenului. În aceeaşi perioadă însă, Guvernul a fost demis în **patru situaţii**. O dată **în 1998 ca efect al demisiei Primului-ministru**[1]; **în 1999, ca efect al revocării din funcţie de către Preşedintele României a Primului-ministru**[2] **şi de două ori ca efect al adoptării de către Parlament a unei moţiuni de cenzură**[3]**.**

Concluzii

Observăm că moţiunea de cenzură reprezintă un instrument important al controlului parlamentar al Guvernului în cadrul democraţiei constituţionale, chiar dacă rezultatele moţiunii de cenzură nu sunt uneori suficient de concludente, însă virtuţile lor critice se reflectă întotdeauna în rezultatele alegerilor parlamentare şi chiar prezidenţiale[4].

Analizând prin extensie, observăm că în **perioada 1992-2012**, eficienţa moţiunilor de cenzură în lupta opoziţiei împotriva puterii este destul de scăzută, în condiţiile în care în cele două decenii doar două moţiuni de cenzură au fost adoptate. Demiterea Guvernului Boc în octombrie 2009 nu a fost urmată de o înlocuire a acestuia, întrucât, în contextul realegerii lui Traian Băsescu în funcţia de Preşedinte al României, miniştrii PDL au fost reînvestiţi în cadrul Cabinetului Emil Boc II, încălcându-se logica unei guvernări democratice. O astfel de situaţie evidenţiază faptul că guvernele au la dispoziţie instrumentele necesare pentru a-şi asigura o majoritate parlamentară, astfel încât putem vorbi de un mai mare grad de inerţie al raporturilor putere-opoziţie. Inerţia raporturilor putere-opoziţie poate fi explicată în sistemul politic românesc atât prin conservatorismul parlamentarilor, care nu doresc alegeri anticipate, cât şi prin mecanismul constituţional complex care permite unui partid să rămână la guvernare chiar dacă Guvernul a pierdut încrederea Parlamentului, însă are de partea susţinerea Preşedintelui Republicii, cel care are un rol cheie în desemnarea candidatului la funcţia de Prim-ministru.

---

[1] Decretul Preşedintelui României nr. 108/1998 pentru desemnarea în funcţia de Prim-ministru a dl-ui Gavril Dejeu, publicată în M.Of. nr. 131 din 31.03.1998.

[2] Decretul Preşedintelui României nr. 426/1999 pentru revocarea din funcţia de Prim-ministru al Guvernului a d-lui Radu Vasile, publicată în M.Of. 609/14.12.1999.

[3] Hotărârea Parlamentului nr. 36/2009, publicată în M.Of. nr. 692/14.10.2009 şi Hotărârea Parlamentului publicată în M.Of. nr. 284/27.04.2012.

[4] Marian Enache, *op. cit.*, p. 191.

Moțiunile de cenzură au reprezentat doar o fracțiune din toate moțiunile dezbătute în Parlament. Din 1996 până în 2012 opoziția social-democrată a fost suficient de organizată ca să introducă moțiuni de cenzură. Urmărind o dinamică a moțiunilor de cenzură constatăm preponderență în inițierea moțiunilor de cenzură împotriva guvernelor de centru-dreapta.

Perioada 2000-2004 în care România a înregistrat o creștere economică și opoziția a fost extrem de fragmentată, a cunoscut doar două moțiuni de cenzură, una luînd în discuție eșecul Guvernului în implementarea programului său economic în cursul primului an al mandatului său și o altă moțiune criticând omniprezenta corupție care a afectat sistemul administrației publice, fără ca măcar una dintre aceste două moțiuni să obțină majoritatea parlamentară.

În toate cazurile moțiunile au fost luate în serios de către parlamentari, prin prezența lor efectivă la dezbateri. Până în 2008 cele mai multe moțiuni de cenzură au fost introduse în al doilea și al treilea an de mandat legislativ, fapt care sugerează că parlamentarii români au considerat primul an al mandatului lor ca pe un an de acomodare cu noile lor responsabilități de cunoaștere și înțelegere a modului de funcționare al Parlamentului precum și a intereselor votanților din circumscripțiile lor electorale, în timp ce au dedicat ultimul an pregătirii următoarei runde de alegeri, în vederea reînoirii mandatelor lor.

Posibilitatea schimbării Guvernului ca urmare a viitoarelor alegeri generale a descurajat parlamentarii în inițierea moțiunilor de cenzură în ultimile luni ale mandatului lor. Acesta este motivul pentru care doar o cincime din totalul propunerilor introduse în fiecare legislatură au fost discutate în ultimul an de mandat, aproximativ același număr fiind caracteristic și primului an de mandat parlamentar.

Subiectele aduse în discuție prin intermediul moțiunilor de cenzură reflectă nu numai modul în care politicul a afectat statutul țării noastre și standardele de viață ale cetățenilor, dar vizează și domenii de viață considerate a fi cele mai importante de către partidele de opoziție. Până în anul 2008, de exemplu, toate moțiunile de cenzură având drept obiect corupția au fost introduse de partidele de centru-dreapta. Cele mai multe moțiuni privind problemele de educație au fost inițiate de partidele de centru-stânga, care au protestat în repetate rânduri față de reformele care periclitau controlul asupra universităților.

Numărul destul de mic al moțiunilor de cenzură inițiate în cele două decenii relevă faptul că, partidele politice care uzează de această procedură constituțională o privesc ca pe un instrument legislativ de ultimă instanță care poate avea consecințe grave atât în privința existenței Cabinetului în funcțiune cât și a popularității și credibilității opoziției.

Constatăm, specific țării noastre, faptul că moțiunile de cenzură introduse au fost inițiate în principal în scopul de a discredita Guvernul precum și de a atrage atenția populației asupra greșelilor politicii acestuia, a corupției precum și a eșecului executivului de a rezolva problemele prioritare ale națiunii. Drept urmare, putem aprecia rolul moțiunilor de cenzură ca **măsuri punitive**, dar și de **instrumente radicale de control legislativ, aflate la dispoziția opoziției.**

Pe fundalul celor douăzeci de ani de practică legislativă, constatăm că moțiunile de cenzură inițiate nu au vizat în mod expres demiterea Guvernului-poate doar cu excepția moțiunii de cenzură îndreptată împotriva Guvernului Ungureanu- și provocarea de alegeri anticipate, deși toate moțiunile de cenzură inițiate cuprindeau în textul lor cerința de demisie a guvernului în funcțiune. Până în anul 2006, opoziția a continuat să

iniţieze moţiuni deşi era conştientă că Guvernul deţine o majoritate confortabilă, iar posibilitatea ca parlamentarii partidului de guvernământ să sprijine aceste propuneri era mică sau inexistentă.

Ceea ce caracterizează perioada de început, respectiv 1992-1996, este introducerea de către opoziţie a unor moţiuni de cenzură separat, în ambele Camere ale Parlamentului, de asemenea propunerea unor moţiuni justificate deficitar şi scrise neglijent, cu probleme procedurale, sau retragerea moţiunilor după introducerea lor pe ordinea de zi, înainte de a mai fi dezbătute. În perioada care a urmat, conţinutul moţiunilor a fost mult îmbunătăţit, fiind mai ample, mai elaborate şi mai bine structurate, oferind justificare solidă pentru a contesta Guvernul, conţinând referinţe la programul Guvernului, furnizând cazuri concrete pentru a dovedi carenţele guvernărII.

Referinţe bibliografice

1.TRATATE, CURSURI, MONOGRAFII

Avril Pierre, Jean Giquel, Droit parlamentaire, 2 edition, Ed. Montchrestien, Paris, 1996

Constantinescu M, Iorgovan A, Muraru I, Tănăsescu E. S, Constituţia României revizuită- comentarii şi explicaţii, Ed. All Beck, Bucureşti, 2004

Enache Marian, Controlul parlamentar, Ed. Polirom, Iaşi, 1998

Ionescu Cristian, Drept constituţional şi instituţii politice, curs sinteză, Ed. Hamangiu, Bucureţti, 2012

2. LEGISLAŢIE

Hotărârea Parlamentului nr. 362/2009, publicată în M. Of. Nr. 692 din 14 octombrie 2009 şi Hotărârea Parlamentului publicată în M. Of. Nr. 284 din 27 aprilie 2012

Decretul Preşedintelui României nr. 108/1998 publicat în M. Of. nr. 131 din 31 martie 1998

Decretul Preşedintelui României nr. 429/1999, publicat în M. Of. nr. 609 din 14 noiembrie 1999

3. JURISPRUDENŢĂ

D.C.C. nr. 1295/2009 privind sesizarea grupurilor parlamentare ale PDL pentru neconstituţionalitatea moţiunii de cenzură„11 împotriva României", publicată în M. Of. nr. 689 din 13 octombrie 2009

Termenele acordării sau redobândirii cetăţeniei române

Andrei ***TINU***[*]
Cătălin ***BOBOC***[*]

Abstract: *Termenul de 5 luni, prevăzut la art. 16 alin. (2) lit. c din Legea cetăţeniei române, este un termen intermediar, de verificare a cererilor de către Comisia pentru cetăţenie, în condiţiile primirii relaţiilor cerute de art. 16 alin. (2) lit. a din aceeaşi lege. Fixarea termenului are în vedere ipoteza în care dosarul prin care se solicită redobândirea cetăţeniei române este complet, acesta cuprinzând inclusiv relaţiile solicitate de către Autoritatea Naţională pentru Cetăţenie în temeiul art. 16 alin. (2) lit. a. În măsura în care lipsesc, chiar parţial, rezultatele verificărilor, termenul stabilit pentru a soluţiona cererea de redobândire a cetăţeniei române se preschimbă. După cum lesne se poate observa, cerinţa esenţială pentru a se putea soluţiona cererile de redobândire a cetăţeniei române este ca dosarul să fie complet atât sub aspectul documentelor pe care trebuie să-l cuprindă dosarul şi al formei acestora, cât şi sub aspectul îndeplinirii condiţiilor prevăzute la art. 16 alin. (2) lit. a din Legea nr. 21/1991 a cetăţeniei române, republicată, în sensul că petentul trebuie să dovedească prin comportament, acţiuni şi atitudine, loialitate faţă de statul român, că nu întreprinde sau sprijină acţiuni împotriva ordinii de drept sau a securităţii naţionale şi declară că nici în trecut nu a întreprins asemenea acţiuni, precum şi că este cunoscut cu o bună comportare şi nu a fost condamnat în ţară sau în străinătate pentru o infracţiune care îl face nedemn de a fi cetăţean român.*

Cuvinte cheie: *cetăţenia română, refuz nejustificat, tergiversare, redobândirea cetăţeniei române, Autoritatea Naţională pentru Cetăţenie*

Introducere

Cetăţenia română cade sub incidenţa prevederilor articolului 5 din Constituţia României, ea *„se dobândeşte, se păstrează sau se pierde în condiţiile prevăzute de legea organică”*[1]. Este, prin urmare, un drept garantat de legea fundamentală a ţării. Instituţia care îndeplineşte prevederile legale cu privire la acordarea, redobândirea, renunţarea şi retragerea cetăţeniei române este Autoritatea Naţională pentru Cetăţenie, instituţie de interes naţional din subordinea Ministerului Justiţiei. Studiul de faţă încearcă să răspundă la unele întrebări legate de modul în carese dobândeşte cetăţenia română, respectiv de termenele stabilite de lege privind dobândirea sau redobândirea acesteia. Studiul este structurat astfel: o parte introductivă, în care încerc să explic modul de organizare şi funcţionare a Autorităţii Naţionale pentru Cetăţenie, un capitol destinat normelor juridice care reglementează dreptul de a deveni cetăţean român şi o ultimă parte, care se concretizează în analiza unor decizii ale instanţelor din România privind termenele de soluţionare a cererilor de acordare a cetăţeniei.

---

[*] Asistent universitar drd. – Universitatea „Titu Maiorescu” din Bucureşti, Facultatea de Drept.
[*] Master – Universitatea„Ovidius” din Constanţa.

[1] *** *Constituţia României*, art. 5, alin. (1), Ed. Carmel, Bucureşti, 2003, p. 6.

1. Ce este autoritatea naţională pentru cetăţenie

Conform prevederilor Ordonanţei de Urgenţă a Guvernului României (OUG) nr. 5/ 5 februarie 2010, aprobată prin Legea nr. 112/ 16 iunie 2010, instituţia care răspunde de procesele acordării, redobândirii, renunţării şi retragerii cetăţeniei române este Autoritatea Naţională pentru Cetăţenie (ANC), instituţie publică de interes naţional, cu personalitate juridică, aflată în subordinea Ministerului Justiţiei.[1] Scopul fundamental al ANC este acela de a îndeplini prevederile legale cu privire la acordarea, redobândirea, renunţarea şi retragerea cetăţeniei române.[2]

1.1. Organizarea şi funcţionarea ANC

În îndeplinirea scopului său, Autoritatea Naţională pentru Cetăţenie are o serie de funcţii şi atribuţii care îi conferă statutul de instituţie importantă. Activitatea ANC este reglementată de unregulament de organizare şi funcţionare aprobat prin ordin de ministrul Justiţiei[3], funcţiile şi atribuţiile autorităţii derivând din scopul fundamental prevăzut la articolul 4 din OUG 5/ 5 februarie 2010.[4] Pentru a-şi desfăşura activitatea în bune condiţii, ANC *„dispune de un aparat administrativ propriu, organizat la nivel de direcţii, servicii, birouri şi birouri teritoriale"*[5], repartizarea personalului făcându-se *„prin ordin al preşedintelui Autorităţii Naţionale pentru Cetăţenie"*[6].

Funcţiile ANC sunt în număr de trei şi ele vizează îndeplinirea prevederilor legale privind dobândirea sau pierderea cetăţeniei, activitatea de consiliere şi participarea la procesul de iniţiere şi elaborare a actelor normative care reglementează domeniul său de activitate.[7] Atribuţiile Autorităţii Naţionale pentru Cetăţenie sunt prevăzute la articolul 4 din ROF. Printre acestea se numără: ANC *„ţine evidenţa cererilor de acordare, redobândire, retragere şi renunţare la cetăţenia română, alcătuind dosare pentru fiecare caz în parte"* (pct. 1), *„asigură secretariatul Comisiei pentru cetăţenie"*(pct. 3), *„redactează certificatele de cetăţenie şi îndeplineşte procedura de rectificare a acestora"* (pct. 6), *„asigură solemnitatea depunerii jurământului de credinţă faţă de România şi păstrează evidenţa persoanelor care au depus jurământul de credinţă"* (pct. 7).[8]

Conducerea Autorităţii Naţionale pentru Cetăţenie

Conducerea Autorităţii Naţionale pentru Cetăţenie este asigurată de un preşedinte, cu rang de secretar de stat, acesta fiind ajutat în activitate de doi vicepreşedinţi, cu rang de subsecretar de stat. Atât preşedintele, cât şi vicepreşedinţii sunt numiţi şi eliberaţi din funcţie prin decizia Primului-ministru. Mandatul acestora este de patru ani, cu posibilitatea reînnoirii o singură dată. Calitatea de preşedinte al Autorităţii Naţionale

---

[1] ***OUG nr. 5/5 februarie 2010*, art. 1, alin (1), *apud*http://cetatenie.just.ro/wp-content/uploads/oug5.2010.pdf, consultat la data de 4 aprilie 2014, ora 21.45.

[2] *Ibidem*, art. 4.

[3] ****Regulamentul de organizare şi funcţionare a Autorităţii Naţionale pentru Cetăţenie (ROF)*, aprobat prin Ordinul ministrului Justiţiei nr. 745/C/27.02.2014, M.Of., Partea I, Nr. 212/25.III.2014 (ediţie electronică). Vezi http://www.monitoruloficial.ro/emonitornew/emonviewmof.php?fid=MS43MDc0MDU1ODkzNzkxRSszMA, consultat la data de 5 aprilie 2014, ora 8.15.

[4] *Supra*, p. 1.

[5] ****ROF*, art. 1, alin (3).

[6] *Ibidem*, alin (5).

[7] ****OUG nr. 5/5 februarie 2010*, art. 6, literele a)-c).

[8] ****ROF*, art. 4, pct. 1- pct. 13. Vezi http://www.monitoruloficial.ro/emonitornew/emonviewmof.php?fid=MS43MDc0MDU1ODkzNzkxRSszMA.

pentru Cetăţenie,respectiv devicepreşedinte, este incompatibilă cu oricare altă funcţie publică sau privată, excepţie făcând cele didactice din învăţământul superior şi cele de instruire din cadrul instituţiilor de formare profesională.[1]

Conform atribuţiilor stabilite prin lege, preşedintele conduce întreaga activitate a instituţiei, reprezintă Autoritatea în relaţiile cu autorităţile administraţiei publice, cu persoanele juridice şi fizice române sau străine, precum şi în justiţie, şi este ordonator terţiar de credite. Acesta emite ordine, decizii şi instrucţiuni, delegând atribuţii, cu excepţia celei privitoare la emiterea ordinului privind acordarea, redobândirea, retragerea sau renunţarea la cetăţenie, atribuţie ce nu poate fi delegată.[2] Aşa după cum precizam mai sus, preşedintele este ajutat în activitatea sa de doi vicepreşedinţi, cu rang de subsecretar de stat. Aceştia conduc şi răspund de activitatea structurilor pe care le coordonează.[3]Vicepreşedinţii, pe baza delegărilor de competenţe, reprezintă Autoritatea şi îndeplinesc orice alte atribuţii specifice domeniului, atribuţii rezultate din lege sau din dispoziţiile preşedintelui.[4]

În conformitate cu noile prevederi ale Regulamentului de organizare şi funcţionare, în cadrul Autorităţii Naţionale pentru Cetăţenie funcţionează trei structuri permanente de lucru: **Comisia de monitorizare, coordonare şi îndrumare metodologică a dezvoltării sistemului de control managerial**, **Comitetul de securitate şi sănătate în muncă**, respectiv **funcţionarul de securitate**.[5]Aceste trei structuri permanente de lucru au drept scop îmbunătăţirea activităţii Autorităţii Naţionale pentru Cetăţenie.

Comisia de monitorizare, coordonare şi îndrumare metodologică a dezvoltării sistemului de control managerial este înfiinţată din ordinul preşedintelui şi are drept scop punerea în aplicare a prevederilor Ordinului ministrului finanţelor nr. 946/2005 pentru aprobarea Codului controlului intern/managerial (pct. 1). Comitetul de securitate şi sănătate în muncă contribuie la definirea politicii de securitate şi sănătate în muncă, realizează planul de prevenire şi protecţie şi urmăreşte îndeplinirea obiectivelor Autorităţii în domeniul siguranţei şi sănătăţii în muncă (pct. 2). O structură aparte este **funcţionarul de securitate**. Numit prin ordin al preşedintelui ANC, acesta elaborează, aplică şi urmăreşte îndeplinirea normelor privind protecţia informaţiilor clasificate, întocmeşte programul de prevenire a scurgerilor de informaţii, asigură relaţii cu instituţiile abilitate în domeniul protecţiei informaţiilor clasificate (pct. 3).[6]

Tot din structura de conducere a instituţiei – aş numi-o conducerea executivă a Autorităţii Naţionale pentru Cetăţenie – fac parte directorii de direcţii, şefii de serviciu şi şefii de birou. Articolul 5 din ROF aprobat prin Ordinul ministrului Justiţiei nr 745/C/27 februarie 2014 prevede existenţa Direcţiei secretariatului tehnic al Comisiei pentru cetăţenie, a Direcţiei administrativ-economice şi resurse umane, a Direcţiei contencios şi relaţii publice, a Biroului comunicare şi IT.[7] Pe lângă acestea mai există cinci Birouri Teritoriale la Iaşi, Timişoara, Cluj-Napoca, Galaţi şi Suceava, a căror activitate este coordonată de unul dintre vicepreşedinţii ANC.

---

[1] *Ibidem*, art. 10-11.
[2] ****OUG nr. 5/5 februarie 2010*, art. 8-9.
[3] *Ibidem*, art. 9, alin. (6).
[4] ****ROF*, art. 11, alin. (5)-(6).
[5] *Ibidem*, art. 6.
[6] *Ibidem.*
[7] *Ibidem.*

Comisia pentru cetăţenie

Comisia pentru cetăţenie este, aşa cum prevede Legea 21/1991, o entitate fără personalitate juridică în cadrul Autorităţii Naţionale pentru Cetăţenie, care verifică îndeplinirea condiţiilor privind acordarea sau pierderea cetăţeniei române şi care propune preşedintelui Autorităţii acordarea sau retragerea cetăţeniei române. Comisia este formată dintr-un preşedinte şi 20 de membri, numiţi prin ordin al ministrului Justiţiei pentru un mandat de 2 ani, fiind ajutată în misiunea încredinţată de un secretariat tehnic. Comisia are activitate permanentă, lucrările acesteia nu sunt publice şi ele se desfăşoară în prezenţa a cel puţin 3 membri.[1] Comisia pentru cetăţenie are ca atribuţii: soluţionarea cererilor de acordareşi redobândire a cetăţeniei române, soluţionează sesizările de retragere a cetăţeniei române şi, de asemenea, cererile de renunţare la cetăţenia română.[2]

După depunerea jurământului de credinţă faţă de România, Comisia eliberează certificatul de cetăţenie română, întocmit în două exemplare şi semnat de preşedintele Autorităţii.[3]

2. Cadrul legislativ în care îşi desfăşoară activitatea autoritatea naţională pentru cetăţenie

Autoritatea Naţională pentru Cetăţenie îşi desfăşoară activitatea în baza Ordonanţei de Urgenţă a Guvernului nr. 5 din 5 februarie 2010 şi a Regulamentului de organizare şi funcţionare, aprobat prin Ordinul ministrului Justiţiei nr. 745/C/27 februarie 2014, precum şi în baza altor acte normative. Obiectul de activitate al ANC este reprezentat de acordarea, redobândirea, renunţarea şi retragerea cetăţeniei române, reglementat prin Legea cetăţeniei române nr. 21/1991, republicată.Este lege organică, aşa după cum prevede, la articolul 5, Constituţia României (alin (1)). Adoptată în 1991, Legea cetăţeniei române a fost modificată şi completată ulterior prin: OUG nr. 84/1991[4], OUG 167/2001[5], OUG 68/2002[6], OUG 160/2002[7], OUG 43/2003[1], Legea nr. 248/2003[2], OUG 87/2007[3], OUG 147/2008[4], OUG 36/2009[5] şi Legea 44/2013[6].

---

[1] ****Legea nr. 21/1991 privind cetăţenia română, republicată*, art. 14, M. Of., Partea I, Nr. 576 din 13 august 2010, *apud* http://www.dreptonline.ro/legislatie/legea_cetateniei_romane.php.

[2] ****OUG nr. 5/5 februarie 2010*, art. 13.

[3] ****ROF*, art. 7, alin. (9).

[4] Ordonanţa Guvernului nr. 84/2001 privind înfiinţarea, organizarea şi funcţionarea serviciilor publice comunitare de evidenţă a persoanelor, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 544 din 1 septembrie 2001, aprobată cu modificări şi completări prin Legea nr. 372/2002, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 447 din 26 iunie 2002, cu modificările şi completările ulterioare. Cf. http://www.dreptonline.ro/legislatie/legea_cetateniei_romane.php.

[5] Ordonanţa de urgenţă a Guvernului nr. 167/2001 privind suspendarea aplicării prevederilor art. 35 din Legea cetăţeniei române nr. 21/1991, republicată, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 802 din 14 decembrie 2001, aprobată prin Legea nr. 225/2002, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 290 din 29 aprilie 2002. Cf. http://www.dreptonline.ro/legislatie/legea_cetateniei_romane.php.

[6] Ordonanţa de urgenţă a Guvernului nr. 68/2002 pentru modificarea şi completarea Legii cetăţeniei române nr. 21/1991, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 424 din 18 iunie 2002, aprobată cu modificări prin Legea nr. 542/2002, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 726 din 4 octombrie 2002. Cf. http://www.dreptonline.ro/legislatie/legea_cetateniei_romane.php.

[7] Ordonanţa de urgenţă a Guvernului nr. 160/2002 privind suspendarea aplicării unor dispoziţii din Legea cetăţeniei române nr. 21/1991, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 850 din

Legea cetăţeniei conţine 7 capitole. Primul capitol este intitulat „Dispoziţii generale", legea prevăzând la articolul 1 alin (1) că prin cetăţenie română se înţelege *„legătura şi apartenenţa unei persoane fizice la statul român"*[7]. Cel de-al doilea capitol face referire la modul în care se dobândeşte cetăţenia român. Aceasta se dobândeşte prin naştere, adopţie şi acordare la cerere[8], ultima categorie presupunând şi redobândirea cetăţeniei de către persoanele care au pierdut-o şi descendenţilor lor până la gradul al II-lea[9], respectiv gradul al III-lea[10]. În capitolul III legiuitorul a prevăzut procedura de dobândire a cetăţeniei române, inclusiv conţinutul jurământului de credinţă faţă de România, pentru ca în capitolul al IV-lea să fie menţionat modul în care se dovedeşte apartenenţa la statul român. În următoarele capitole – V şi VI – sunt prevăzute modalităţile în care se poate pierde cetăţenia română, prin retragere (art. 25) şi prin aprobarea renunţării la cetăţenia română (art. 27) sau alte modalităţi (art. 29-30), respectiv procedura retragerii şi renunţării la cetăţenia română. Capitolul VII, ultimul, conţine dispoziţii finale şi tranzitorii.

Alte norme juridice care reglementează activitatea Autorităţii Naţionale pentru Cetăţenie: Declaraţia Universală a Drepturilor Omului din 10 decembrie 1948, Carta Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene, Convenţia Europeană asupra cetăţeniei, Legea nr. 122 privind azilul în România, Legea 677/2001 pentru protecţia persoanelor cu privire la prelucrarea datelor cu caracter personal, Legea 544/2001 privind liberul acces la informaţiile de interes public, cu normele de aplicare ale legii, Legea 233/ 2002

---

25 noiembrie 2002, aprobată cu modificări prin Legea nr. 165/2003, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 305 din 7 mai 2003. Cf. http://www.dreptonline.ro/legislatie/legea_cetateniei_romane.php.

[1] Ordonanţa de urgenţă a Guvernului nr. 43/2003 pentru modificarea şi completarea Legii cetăţeniei române nr. 21/1991, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 399 din 9 iunie 2003, aprobată cu modificări prin Legea nr. 405/2003, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 721 din 15 octombrie 2003. Cf. http://www.dreptonline.ro/legislatie/legea_cetateniei_romane.php.

[2] Legea nr. 248/2003 pentru completarea Legii cetăţeniei romane nr. 21/1991, republicată, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 414 din 13 iunie 2003. Cf. http://www.dreptonline.ro/legislatie/legea_cetateniei_romane.php.

[3] Ordonanţa de urgenţă a Guvernului nr. 87/2007 pentru modificarea Legii cetăţeniei nr. 21/1991, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 634 din 14 septembrie 2007, aprobată cu modificări şi completări prin Legea nr. 70/2008, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 283 din 11 aprilie 2008. Cf. http://www.dreptonline.ro/legislatie/legea_cetateniei_romane.php.

[4] Ordonanţa de urgenţă a Guvernului nr. 147/2008 pentru modificarea şi completarea Legii cetăţeniei române nr. 21/1991, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 765 din 13 noiembrie 2008, aprobată cu modificări şi completări prin Legea nr. 171/2009, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 321 din 14 mai 2009. Cf. http://www.dreptonline.ro/legislatie/legea_cetateniei_romane.php.

[5] Ordonanţa de urgenţă a Guvernului nr. 36/2009 pentru modificarea şi completarea Legii cetăţeniei române nr. 21/1991, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 259 din 21 aprilie 2009, aprobată cu modificări şi completări prin Legea nr. 354/2009, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 781 din 16 noiembrie 2009. Cf. http://www.dreptonline.ro/legislatie/legea_cetateniei_romane.php.

[6] Legea nr. 44/2013 pentru modificarea Legii cetăţeniei române nr. 21/1991, republicată, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 148 din 20 martie 2013. Cf. http://www.dreptonline.ro/legislatie/legea_cetateniei_romane.php.

[7] ***Legea cetăţeniei române nr. 21/1991, republicată*, art. 1, alin. (1).

[8] *Ibidem*, art. 4.

[9] *Ibidem*, art. 10.

[10] *Ibidem*, art. 11.

pentru adoptarea OUG 27/2002 privind reglementarea activităţii de soluţionare a petiţiilor, OUG 44/2004 privind integrarea socială a străinilor etc.[1]

După cu aderarea României la Uniunea Europeană, odată cu dobândirea cetăţeniei române, petentul dobândeşte concomitent şi cetăţenia europeană. În acest sens, prima reglementare cu privire la cetăţenia europeană a fost introdusă în 1993, la data întrării în vigoare a tratatului de la Maastricht. Acesta introducea noţiunea de cetăţenie a Uniunii, continuând cu precizarea că este cetăţean al Uniunii orice persoană care are cetăţenia unui stat membru. Cetăţenia Uniunii Europene completează cetăţenia naţională, dar nu se substituie acesteia. Aceste dispoziţii sunt întărite şi dezvoltate ulterior, prin Tratatele de la Amsterdam (1999), Nisa (2003) şi Lisabona (2009).[2]

3. Unele aspecte vizând termenele acordării sau redobândirii cetăţeniei române

În baza Legii 21/1991 există patru categorii de cereri care vizează acordarea, redobândirea şi renunţarea la cetăţenia română, corespunzătoare articolelor din legea cadru, în speţă articolele 8 (pentru dobândire), 10 şi 11 (pentru redobândire) şi 27, care reglementează renunţarea la cetăţenie.

Prima categorie de cereri este cea privitoare la acordarea cetăţeniei române persoanelor fără cetăţenie sau cetăţenilor străini în condiţiile stabilite de articolul 8 din Legea cetăţeniei române. Condiţiile stipulate de lege sunt: s-a născut şi domiciliază pe teritoriul României la data depunerii solicitării sau, dacă nu îndeplineşte această condiţie, domiciliază în România de 8 ani sau este căsătorit de cel puţin 5 ani cu un cetăţean român (litera a), este loial statului român (litera b), este major (litera c), are mijloace legale pentru un trai decent (litera d)nu a fost condamnat pentru săvârşirea unei infracţiuni(litera e), cunoaşte limba română şi are cunoştinţe de cultură şi civilizaţie românească (litera f) şi, evident, ştie Constituţia şi imnul de stat al României (litera g).[3]Termenele prevăzute la alineatul 1 pot fi reduse la jumătate în anumite condiţii.[4]

În cazul în care condiţiile privind acordarea cetăţeniei sunt îndeplinite, persoana este programată pentru interviu la o dată ce nu depăşeşte mai mult de şase luni de la momentul verificării de către Comisia pentru cetăţenie a condiţiilor de acordare a cetăţeniei. Legea 21/1991 menţionează un termen de răspuns al Comisiei de cinci luni.[5] Termenul de 5 luni, prevăzut la art. 16 alin. (2) lit. c) din Legea cetăţeniei române, este un termen intermediar, de verificare a cererilor de către Comisia pentru cetăţenie, în condiţiile primirii relaţiilor cerute de art. 16 alin. (2) lit. a) din aceeaşi lege. Fixarea termenului are în vedere ipoteza în care dosarul prin care se solicită redobândirea cetăţeniei române este complet, acesta cuprinzând inclusiv relaţiile solicitate de către Autoritatea Naţională pentru Cetăţenie în temeiul art. 16 alin. (2) lit. a). În măsura în care lipsesc, chiar parţial, rezultatele verificărilor, termenul stabilit pentru a soluţiona cererea de redobândire a cetăţeniei române se preschimbă. După cum lesne se poate observa, cerinţa esenţială pentru a se putea soluţiona cererile de redobândire a cetăţeniei

[1] Vezi http://cetatenie.just.ro/legislatie/, consultat la data de 11 aprilie 2014, ora 22.33.

[2] Marieta Safta, *Drept constituţional şi instituţii politice,* Volumul I:*Teoria generală a dreptului constituţional, drepturi şi libertăţi*, Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2014, p. 148-149.

[3] ***Legea cetăţeniei române nr. 21/1991, republicată*, art. 8, alin. (1).

[4] *Ibidem*, alin. (2).

[5] *Ibidem*, art. 16, alin. (2), lit. c).

române este ca dosarul să fie complet atât sub aspectul documentelor pe care trebuie să-l cuprindă dosarul şi al formei acestora, cât şi sub aspectul îndeplinirii condiţiilor prevăzute la art. 16 alin. (2) lit. a) din Legea nr. 21/1991 a cetăţeniei române, republicată, în sensul că petentul trebuie să dovedească prin comportament, acţiuni şi atitudine, loialitate faţă de statul român, că nu întreprinde sau sprijină acţiuni împotriva ordinii de drept sau a securităţii naţionale şi declară că nici în trecut nu a întreprins asemenea acţiuni, precum şi că este cunoscut cu o bună comportare şi nu a fost condamnat în ţară sau în străinătate pentru o infracţiune care îl face nedemn de a fi cetăţean român.

Depunerea jurământului de credinţă faţă de România se face în termen de 3 luni de la data comunicării ordinului preşedintelui Autorităţii Naţionale pentru Cetăţenie la sediul instituţiei ori la misiunile diplomatice ale României. În cazul în care jurământul nu se depune din cauza solicitantului, aceasta *„atrage încetarea efectelor ordinului de acordare sau de redobândire a cetăţeniei române faţă de persoana în cauză”*[1].

Un alt tip de cerere este cel care priveşte redobândirea cetăţeniei române în conformitate cu prevederile articolului 11 din legea menţionată mai sus.[2]Aceste prevederi se aplică pentru foştii cetăţeni români care au dobândit cetăţenia română prin naştere sau prin adopţie şi care au pierdut-o din motive neimputabile lor sau le-a fost ridicată fără voia lor, precum şi descendenţi de gr. I, II şi III ai acestora.[3]

La articolul 27 din Legea cetăţeniei române sunt prevăzute condiţiile în care solicitanţii pot renunţa la cetăţenia română, prevederi care fac obiectul ultimei de categorii de cereri adresate Autorităţii Naţionale pentru Cetăţenie. *„Pentru motive temeinice se poate aproba renunţarea la cetăţenia persoanei care a împlinit vârsta de 18 ani şi care: a) nu este învinuită sau inculpată într-o cauză penală ori nu are de executat o pedeapsă penală; b) nu este urmărită pentru debite către stat, persoane fizice sau juridice din ţară sau, având astfel de debite, le achită ori prezintă garanţii corespunzătoare pentru achitarea lor; c) a dobândit ori a solicitat şi are asigurarea că va dobândi o altă cetăţenie.”*[4] De obicei, termenul cel mai des aplicat acestei categorii de cereri este cel intermediar, de cinci luni, timp în care Comisia pentru cetăţenie verifică condiţiile de aprobare a renunţării la cetăţenia română.

Una dintre controversele legate de termenele privind acordarea/respingerea cetăţeniei române vizează perioada de cinci luni, termen în care Comisia pentru cetăţenie verifică dacă sunt îndeplinite condiţiile prevăzute de Legea 21/1991, republicată.

Practica Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie, cât şi a Curţii de Apel Bucureşti a statuat că termenul de cinci luni invocat de petent şi reţinut de instanţa de fond ca termen de soluţionare a cererii de redobândire a cetăţeniei române face referire la perioada în care Comisia pentru cetăţenie verifică dacă solicitantul îndeplineşte condiţiile impuse de lege pentru dobândirea/redobândirea cetăţeniei române.

Termenul de 5 luni prevăzut de legiuitor prin art. 16 alin. (2) lit. c) din Legea nr. 21/1991, republicată, este stabilit exclusiv pentru verificarea de către Comisia pentru cetăţenie a îndeplinirii condiţiilor necesare acordării sau redobândirii cetăţeniei române,ca etapă iniţială/prealabilă în cadrul procedurii de soluţionare a cererilor de acordare sau redobândire a cetăţeniei române. În sensul celor mai sus arătate, Înalta

[1] *Ibidem*, art. 21, alin (1).
[2] *Supra*, p. 1 sqq.
[3] Vezi http://cetatenie.just.ro/categorii-de-cereri/articolul-11/.
[4] ****Legea cetăţeniei române nr. 21/1991, republicată*, art. 27.

Curte de Casaţie şi Justiţie a reţinut că„termenul de 5 luni în care trebuia soluţionată cererea de redobândire a cetăţeniei (...) este stabilit de legiuitor pentru verificarea condiţiilor necesare acordării sau redobândirii cetăţeniei române şi se calculează de la data înregistrării cererii, a cărui prelungire este necesară uneori atunci când îşi găseşte justificarea în aspecte legate de complexitatea procedurii”1. De asemenea, într-o altă decizie, Curtea reţine că termenul pentru verificarea îndeplinirii condiţiilor de redobândire a cetăţeniei române este prevăzut în sarcina Comisiei pentru cetăţenie, entitate fără personalitate juridică din cadrul Autorităţii Naţionale pentru Cetăţenie, soluţionarea cererilor, realizându-se ulterior prin ordin al preşedintelui Autorităţii Naţionale pentru Cetăţenie, pe baza propunerilor Comisiei.

Chiar dacă legea „tace”, în situaţia în care la termenul fixat Comisia pentru Cetăţenie nu poate analiza cererea în lipsa tuturor relaţiilor de la autorităţile abilitate să le furnizeze, este evident că se impune fixarea unor termene ulterioare la care autoritatea, după ce primeşte şi relaţiile lipsă până la acel moment, să poată verifica şi soluţiona fiecare cerere.

În caz contrar, ar însemna ca cererile care nu pot fi verificate din cauza lipsei tuturor relaţiilor solicitate de la instituţii, să fie respinse în pofida legii. Pentru aceste motive, întotdeauna este de preferat acordarea unui nou termen pentru soluţionarea cererii, decât respingerea acesteia pentru lipsa informaţiilor necesare, ceea ce ar fi o soluţie arbitrară şi abuzivă, chiar dacă, aparent justificată de textul de lege menţionat.

Concluzii

Prin prezentul studiu am încercat să prezint câteva aspecte care vizează termenele de soluţionare a cererilor de acordare, redobândire şi renunţare la cetăţenia română, aşa după cum sunt specificate în Legea cetăţeniei române nr. 21/1991, republicată. În acordarea/ retragerea cetăţeniei române sunt implicate mai multe instituţii ale statului român şi, de aceea, nu poate fi fixat cu certitudine un termen în soluţionarea cererilor depuse la sediul Autorităţii Naţionale pentru Cetăţenie, la Birourile teritoriale de la Iaşi, Suceava, Galaţi, Timişoara şi Cluj-Napoca ori la misiunile diplomatice ale României din străinătate. Prin urmare, termenul de soluţionare al unui dosar diferă de la caz la caz, în funcţie de complexitatea verificărilor necesare soluţionării cererii, precum şi de cât de complet este dosarul (au/ nu au toate documentele solicitate).

Un alt aspect relevant este cel referitor la numărul de instituţii solicitate să avizeze cererile de dobândire, redobândire sau renunţare la cetăţenie, număr care diferă de la caz la caz, întrucât legea nu prevede un anumit număr de instituţii publice de la care Autoritatea Naţională pentru Cetăţenie poate cere avize. Un alt impediment în stabilirea unui termen privind soluţionarea cererilor adresate ANC îl reprezintă fluxul variabil al răspunsurilor venite de la instituţiile cărora Comisia pentru cetăţenie le solicită relaţii. Acesta este stabilit prin acordurile inter-instituţionale şi are un termen de transmitere de maxim 90 de zile, variind în funcţie de complexitatea solicitărilor Autorităţilor.

Studiul de faţă deschide o direcţie de cercetare nouă, care să analizeze comparativ şi calitativ legislaţia privind acordarea/retragerea cetăţeniei în diferite ţări ale lumii, precum şi pentru elaborarea unui proiect care să stabilească normele generale comune de acordare/retragere a cetăţeniei la nivelul Uniunii Europene.

[1] Decizia nr. 4739 a Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie – Secţia Contencios Administrativ şi Fiscal, Dosar nr. 4946/2011.

Referinţe bibliografice

A. Acte normative:

1.***Constituţia României, 2003*, Editura Carmel, Bucureşti, 2003;

2.***Legea cetăţeniei române nr. 21/1991,republicată în 2010* (ediţie electronică);

3.***Legea nr. 44/2013 pentru modificarea Legii nr. 21/1991* (ediţie electronică);

4.***Ordinul ministrului Justiţiei nr. 745/C/2014 privind aprobarea Regulamentului de organizare şi funcţionare a Autorităţii Naţionale pentru Cetăţenie* (ediţie electronică);

5.***Ordonanţa de urgenţă a Guvernului nr. 5/2010 pentru înfiinţarea, organizarea şi funcţionarea Autorităţii Naţionale pentru Cetăţenie* (ediţie electronică);

B.Decizii ale instanţelor de judecată

1.Decizia nr. 4739 a Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie – Secţia Contencios Administrativ şi Fiscal

2.Sentinţa civilă nr. 5565/ 4.10.2011 a Curţii de Apel Bucureşti – Secţia a VIII-a Contencios Administrativ şi Fiscal

3.Sentinţa civilă nr. 7045/ 24.11.2011 a Curţii de Apel Bucureşti – Secţia a VIII-a Contencios Administrativ şi Fiscal

4.Decizia nr. 1312 a Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie – Secţia Contencios Administrativ şi Fiscal

5.Decizia nr. 1681 a Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie – Secţia Contencios Administrativ şi Fiscal

6.Decizia nr. 3600 a Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie – Secţia Contencios Administrativ şi Fiscal

7.Decizia nr. 4031 a Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie – Secţia Contencios Administrativ şi Fiscal

C. Cursuri

1.SAFTA, Marieta, *Drept constituţional şi instituţii politice,* Volumul I: *Teoria generală a dreptului constituţional, drepturi şi libertăţi*, Editura Hamangiu, Bucureşti, 2014;

D. Surse internet

1.http://cetatenie.just.ro;

2.www.dreptonline.ro;

3.www.monitoruloficial.ro.